



**IL CONSENSO INFORMATO DEL PAZIENTE
AL TRATTAMENTO SANITARIO:
TUTELA DELL'AUTODETERMINAZIONE INDIVIDUALE
E RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE**

SIMONA CACACE

Alla corte della Responsabilità Sanitaria, si esibisce oggi il giullare Consenso Informato. Molteplici e sorprendenti i numeri nascosti nel suo cappello a sonagli, molte le storie che potrebbe decidere di raccontarci e cantarci.

La prima storia si chiama 9 febbraio 2010, n. 2847, Corte di cassazione civile: la paziente si sottopone ad intervento chirurgico per cataratta, dal quale consegue una cheratite corneale bollosa; nondimeno, l'operazione è stata correttamente eseguita e ha risposto ad un'adeguata ("necessaria") indicazione diagnostico-terapeutica. Trattasi, in effetti, della realizzazione di un rischio prevedibile, addirittura "più che probabile", attorno al quale il medico ha omesso, però, qualsivoglia informazione. Pertanto, si ragiona della liquidazione di due voci di danno, ovvero: (a) di danno biologico e (b) di altri danni non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto del paziente all'autodeterminazione.

(a) Danno biologico: per la prima volta in Italia in sede di legittimità si statuisce con fermezza e chiarezza che, ai fini della riparazione del danno biologico conseguente ad intervento correttamente eseguito, il paziente deve dimostrare che avrebbe rifiutato il trattamento sanitario, laddove adeguatamente informato. Non è sufficiente dimostrare il nesso eziologico fra l'atto sanitario e il pregiudizio alla salute; l'affermazione di una responsabilità professionale è altresì subordinata alla sussistenza di un rapporto causale fra la violazione del medico (ovvero l'omessa informazione) e la lesione del bene integrità fisica.

(b) Altro danno non patrimoniale: la riparazione di tutte le (altre) conseguenze pregiudizievoli di natura non patrimoniale conseguenti alla violazione dell'autodeterminazione individuale prescinde dalla sussistenza di un danno biologico. Che cosa significa? Si pensi al rifiuto opposto dal paziente Testimone di Geova ad un'emotrasfusione. Questa viene comunque praticata; il paziente ha salva la vita: sarebbe morto, altrimenti. Non esiste danno biologico conseguente all'atto sanitario (è la giurisprudenza ad esprimersi in questi termini). Dov'è il danno, allora? Il paziente ha diritto di sapere e (pertanto e soprattutto) di scegliere la tutela di quale interesse debba, nel caso di specie, prevalere: se a prevalere dev'essere la salvaguardia della stessa sua vita ovvero il rispetto di determinati precetti religiosi ovvero, infine, una propria, personale concezione della dignità umana (anche a costo, giova ripeterlo, della sua sopravvivenza).



Questo è un danno non patrimoniale oggetto di liquidazione al ricorrere di una duplice condizione: 1) il superamento della soglia della gravità dell'offesa, ovvero di un minimo livello di tollerabilità giudizialmente valutato; 2) tale danno dev'essere dimostrato: l'omessa informazione non cagiona, di per sé, lesione del diritto all'autodeterminazione; il "danno evento" è escluso. Al riguardo, poi, non solo si deve dimostrare la natura e l'entità del danno, ma altresì il nesso causale, così come è stato espresso per il danno biologico. Anche in questo caso, quindi, deve accertarsi che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento, se il suo consenso informato fosse stato adeguatamente ottenuto.

La dimostrazione che l'interessato, se informato, avrebbe rinunciato all'intervento non è invece necessaria in un'ultima ipotesi. È il caso del pregiudizio che ben potremmo definire "da impreparazione", del turbamento ingenerato dalla realizzazione di conseguenze che non erano state "prospettate come possibili". Si tratta, quindi, di quella "condizione di spirito" dalla quale pure scaturisce una naturale propensione ad incolpare il medico per lo sgradevole esito dell'intervento, possibile sì (ed effettivamente verificatosi), ma dal paziente del tutto ignorato. Del resto, è questo uno shock molto simile (seppur nell'ambito di circostanze parzialmente difformi) a quello subito a seguito di mancata diagnosi di malformazioni fetali: l'handicap del neonato non è in alcun modo eziologicamente riconducibile all'operato medico; nondimeno, anche a prescindere dalla possibilità che la madre optasse o potesse optare per un'interruzione volontaria della gravidanza, aveva costei diritto a che una diligente informazione la "preparasse" alla nascita di un bambino non perfettamente sano.

La seconda storia si chiama (e mi scuso per i titoli poco accattivanti) 6 dicembre 2007, Cour de cassation: il paziente presenta una grave patologia cardiovascolare; a seguito dell'eseguita operazione si realizza il rischio (raro) di emiplegia; il paziente decede tre anni dopo, in ragione del progressivo decadimento delle sue condizioni psico-fisiche. Cosa dice la Corte? Tenuto conto della gravità del problema cardiaco, della sua rapida evoluzione e del fatto che il rischio realizzatosi è un rischio raro, il paziente si sarebbe fatto comunque operare. Non c'è nesso eziologico. E neppure esiste un autonomo spazio risarcitorio per il préjudice moral da mera "impreparazione" (che invece era stato riconosciuto in secondo grado nella misura di euro 3.000).

L'erba del vicino, quindi, non è più verde; tutt'altro. Infatti, le corti francesi escludono il risarcimento del danno non solo nel caso (come quello appena sintetizzato) d'intervento sanitario "necessario" (per una pretesa assenza di nesso causale: il paziente "non avrebbe potuto" rifiutare), ma altresì nell'ipotesi di operazione "fausta" ovvero laddove sia stato cagionato un danno non più grave di quello che, in ogni caso, si sarebbe verificato senza il trattamento (per la mancanza, questa volta, di un danno biologico: si nega così qualsivoglia autonomia al danno non patrimoniale da violazione dell'autodeterminazione individuale).



Attenzione, però: anche in ipotesi d'intervento "non indispensabile" e anche in presenza di un pregiudizio alla salute, il danno non viene integralmente riparato. Oggetto di risarcimento in Francia è dal 1990 solo una frazione del danno non patrimoniale subito (anche biologico): oggetto di riparazione è la mera perte de chance di rifiutare l'atto sanitario, la perte de chance di evitare il rischio (il danno) effettivamente realizzatosi. Un problema di accertamento del nesso eziologico, dinanzi all'incerta incidenza dell'omessa informazione sulla decisione finale del paziente, viene così artificiosamente e (direi) compromissoriamente risolto con una falcidiata quantificazione del pregiudizio sofferto. Niente riparazione integrale del danno; il giudice valuta quant'era grande la chance del paziente di rifiutare: più grande sarà stata questa chance, più il risarcimento sarà vicino a soddisfare il danno (sostanzialmente, danno biologico) effettivamente subito.

La terza (ed ultima) storia si chiama 28 gennaio 2010, Cour de cassation: l'intervento viene eseguito in maniera tecnicamente corretta; ciononostante, esso si rivela inutile (perché inadatto alla patologia della vittima) e gravemente mutilante: colposa è la scelta stessa d'operare. L'informazione non resa riguarda proprio l'inopportunità del trattamento; il pregiudizio risiede nella stessa esecuzione dell'atto sanitario, non nella realizzazione di un rischio in quest'ultimo insito. Da ciò consegue che, laddove adeguatamente edotta, la vittima avrebbe senz'altro rifiutato.

Orbene, la Corte risarcisce due volte: da un lato, per la perdita chance "di evitare l'operazione chirurgica incriminata" (violazione del dovere d'informazione - pregiudizio riparato "parzialmente"); dall'altro, per i danni derivanti "in maniera diretta, certa ed esclusiva da un'operazione inadatta e ingiustificata" (colposa scelta del trattamento - pregiudizio riparato "integralmente"). Peraltro, non vi è "impreparazione" alla realizzazione di un rischio, poiché non si può essere preparati a subire le conseguenze dell'altrui condotta colposa. Orbene, è chiaro che, se tale decisione appare ai francesi sbalorditiva e destabilizzante (si risarcisce due volte lo stesso pregiudizio?), essa ricorda agli italiani da molto vicino il sodalizio danno biologico/altro danno non patrimoniale conseguente alla mancata informazione. Certo, nel caso di specie appare forse artefatto il ricorso stesso al difetto di comunicazione medico-paziente (e la conseguente duplicazione del risarcimento del danno), laddove di colpa professionale tout court sembra, più semplicemente, trattarsi.

L'abbiamo chiamato "giullare", il nostro Consenso Informato. Il ciarlatano, il saltimbanco della Responsabilità Sanitaria: un po' anche perché la tutela dell'autodeterminazione individuale è diventata l'"ultima spiaggia", in sede giudiziale, per le pretese risarcitorie di parte attrice, laddove si realizzi una conseguenza sfortunata a séguito di atto sanitario pur diligentemente condotto. Abbiamo detto che molte storie avrebbe oggi potuto raccontarci; avrebbe potuto parlare di art. 32 Cost., di atti di disposizione del proprio corpo, d'informazione (e di quantum dell'informazione), dei reati suscettibili d'essere integrati dall'intervento medico



eseguito senza il previo consenso informato del paziente oppure, infine, di nascita indesiderata (laddove sempre dell'inadempimento di un obbligo informativo si tratta).

Ma il giullare avrebbe anche potuto riservarci uno dei suoi trucchi. E cambiare maschera, e presentarci il suo alter ego, il suo doppio e contrario: il Dissenso, ovvero non della sola facoltà di scegliere fra i differenti trattamenti prospettati dal medico, ma anche fra dette terapie e nessuna di queste, poiché il diritto alla cura delle malattie in atto non può tramutarsi in obbligo e nemmeno diventare oggetto d'imposizione autoritativo-coattiva.

Ma questa è un'altra storia - il tempo stringe, la Corte è già annoiata - e si dovrà raccontare un'altra volta.