

Il consenso informato

dopo la sentenza n. 5444/06 della Corte di Cassazione

Avv. Paolo Vinci

Con la sentenza n. 5444/06 la Corte di Cassazione affronta ancora una volta il delicato e sempre attuale tema del consenso informato alla prestazione medica (sia essa chirurgica e/o terapeutica); campo questo più volte esplorato negli ultimi dieci anni dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, tanto da quella civile che da quella penale. La pronuncia in esame è incentrata sulla vicenda, umana ancor prima che giudiziaria, di una donna che agisce in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni riportati in conseguenza di un trattamento radioterapico praticato presso un ospedale, quale terapia complementare di un delicato intervento chirurgico di asportazione di massa tumorale. In particolare, la paziente lamenta di non avere ricevuto alcuna valida informazione circa l'insorgenza di pesanti effetti collaterali per effetto del trattamento chemioterapico.

Secondo i Giudici della Corte di Cassazione, la violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente viene ad essere sottoposto e dal successivo prodursi, in forza di un nesso di causalità con esso, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente. Ai fini della configurazione di siffatta responsabilità, è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Il consenso informato (beninteso, correttamente formato) ha il fine di legittimare l'intervento clinico, che, altrimenti, sarebbe illecito, perché lesivo del diritto soggettivo del paziente alla sua integrità psicofisica. Invero, il consenso informato non ha nulla a che vedere con il legittimo diritto del paziente a ottenere una prestazione medica esatta. Il consenso riguarda eventi lesivi che trovano la loro causa nel fatto che il medico non ha adempiuto l'obbligo di informarlo: la fonte di responsabilità non è rappresentata dallo evento dannoso in sé, ma dalla mancata preventiva comunicazione della eventualità di tale evento. Viceversa, il diritto alla prestazione esatta, opera sul diverso piano del risultato che il paziente intende conseguire, sia stato esso correttamente informato o no. Il diritto al consenso informato discende tanto dall'art. 32, comma secondo della Costituzione (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge) quanto dall'art. 13 della Costituzione (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica) nonché dall'art. 33 della legge n. 833/1978 (che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità; ex art. 54 cod. pen.), donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed alla integrità fisica per il caso che esse, a causa dell'esecuzione del trattamento, si presentino peggiorate. Peraltro, l'acquisizione del consenso non vale in alcun modo a limitare la responsabilità del medico per inosservanza delle *leges artis*. La manifestazione di volontà espressa del paziente costituisce soltanto un'accettazione consapevole del rischio insito in ogni pratica invasiva, anche magistralmente eseguita, e delle inevitabili conseguenze negative, e non dichiarazione di esonero da responsabilità colposa. La diversità funzionale tra responsabilità per omessa e/o insufficiente informazione e responsabilità colposa per prestazione professionale, espressione della disomogeneità dei beni giuridici tutelati, si riflette non solo nell'inefficacia del consenso come limite alla responsabilità per violazione di regole esecutive del trattamento, ma anche nel consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che pone a carico del sanitario la responsabilità civile per le lesioni conseguenti all'intervento, anche nel caso in cui questo sia stato correttamente eseguito, e quindi il danno fisico sia risultato inevitabile.

Ciò posto, si rileva che la carenza di informazione vizia il consenso rendendolo invalido, quindi non produttivo di alcun effetto, come se non fosse stato prestato: il consenso c'è o non c'è, *tertium non datur*. Dal dovere del medico di intervenire soltanto a seguito ed in virtù del consenso del paziente consapevolmente manifestato, deriva l'obbligo di quest'ultimo di rendere tale consenso consapevole, ovverosia di fornire le necessarie (e preventive) informazioni. È difficilmente sostenibile, infatti, che il rapporto fra medico e paziente sia un rapporto fra soggetti paritari, non soltanto per il fatto che esiste comunque un timore reverenziale del paziente nei confronti del proprio medico, ma anche per le obiettive disparità di conoscenze che caratterizzano i due soggetti. Il paziente non può sapere quali sono i benefici e le modalità dell'intervento, né qual'è la scelta migliore fra più alternative possibili. D'altra parte, è impensabile che il medico fornisca tali informazioni con la stessa precisione tecnica che potrebbe usare nei confronti di un proprio collega, in quanto queste risulterebbero probabilmente incomprensibili per il paziente. Le indicazioni concrete utili al paziente debbono essere quindi date prudentemente con riferimento al livello culturale del paziente stesso, tenendo nel debito conto la sua attività lavorativa e la sua vita di relazione. L'assenza di un valido consenso rende giuridicamente rilevante il trattamento medico - chirurgico, sia esso fausto che infausto, dato che la liceità di una condotta arbitraria non può dipendere dallo esito dell'intervento. In effetti, è proprio la mancata informazione a rappresentare il nucleo della colpa del medico reo dell'inosservanza del dovere di completa informazione - prescrizione sui limiti del ricorso alla terapia. Siffatta omissione viene posta a carico, nella fattispecie in esame, sia del sanitario che ha eseguito la prestazione medica che "*di riflesso della struttura ospedaliera per cui egli agisce*". Peraltro, la responsabilità dell'Azienda Sanitaria viene sancita, pure in presenza di prestazioni espletate dai medici in un regime di attività libero - professionale, sul presupposto che l'ente aveva soddisfatto la richiesta di cure specialistiche della paziente mettendo a disposizione sia la struttura ospedaliera che la relativa organizzazione di persone e strumenti. In relazione alla configurazione dei rapporti tra Azienda sanitaria locale e medici dipendenti, in punto di riferibilità alla prima dei comportamenti dannosi posti in essere dai secondi, è il caso di rilevare la possibilità di configurare in modo triplice il rapporto che si instaura tra paziente ed ente ospedaliero. Le ipotesi interpretative vanno dall'inquadramento, in materia di responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., nella disciplina della responsabilità per fatto degli ausiliari, a quello, in materia di responsabilità aquiliana, nella disciplina della responsabilità dei padroni e dei committenti, ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., per arrivare all'affermazione della responsabilità diretta nel segno della c.d. immedesimazione organica dell'ente, gestore di un servizio pubblico sanitario, con i suoi dipendenti. Quest'ultima posizione trova maggiori consensi in giurisprudenza, conoscendo articolate applicazioni ad opera della Suprema Corte di Cassazione. Su tali basi si afferma pertanto la concorrenza della responsabilità dell'ente con quella dei medici suoi dipendenti, nelle forme che si sono illustrate brevemente in precedenza. La prospettiva muta parzialmente se si passi ad analizzare il tema nei confronti della struttura privata. Infatti, in tale evenienza la responsabilità del sanitario non è mai diretta, come accade se si accoglie il principio della c.d. immedesimazione organica propugnato da certa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, ma da valutarsi come di consueto, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., sotto il profilo della responsabilità contrattuale, nonché, ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., sotto quello della responsabilità extracontrattuale.

Nessuna responsabilità incombe, invece, sul professionista che ha prescritto la terapia perché i medici dell'Azienda Sanitaria non risultano assolutamente esser vincolati a tali prescrizioni; la regola generale vuole, infatti, che ad acquisire il consenso sia proprio il sanitario che dovrà eseguire personalmente l'attività medica. L'obbligo del consenso informato, infatti, è a carico del sanitario che, 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, a nulla rilevando che la richiesta del paziente discenda da una prescrizione di altro sanitario.

Delicata è la tematica dell'acquisizione del consenso nel caso in cui l'intervento terapeutico, effettuato in strutture in cui si avvicendano vari medici, venga poi praticato da altri sanitari. La risoluzione della questione è incentrata sulla qualificazione della natura della prestazione medica. Se essa viene reputata un'obbligazione infungibile, si potrà configurare un addebito di responsabilità sia in capo al medico che ha ricevuto il consenso quanto a quello che ha effettuato il trattamento. Ciò comporta, però, delle complicazioni all'interno di strutture particolarmente complesse, quali quelle delle Aziende sanitarie.

E' preferibile, dunque, optare per una fungibilità della prestazione medica in quanto il paziente che presta il consenso per un dato trattamento è di certo edotto della circostanza che lo stesso verrà in seguito esteso anche ad altri medici che operano nella stessa struttura.

Dal punto di vista civilistico, l'area della responsabilità del medico che non si sia procurato il consenso informato del cliente è, generalmente, quella contrattuale, la quale comporta che il medico deve fornire la prova dell'avvenuta prestazione del consenso informato (per la responsabilità contrattuale del medico che sia intervenuto in assenza di un valido ed informato consenso Cass. 12.6.1982, n. 3604; Cass. 1.12.1998, n. 12195; Cass. 10.9.1999, n. 9617); con queste pronunce la Corte ha stabilito che la mancata od errata informazione determina un vizio del consenso causa di inadempimento di un'obbligazione contrattuale; l'obbligo di informazione assume rilievo nella fase c.d. precontrattuale e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto; analogamente, in ordine alla natura contrattuale della responsabilità per omissione della informazione (cfr. Cass. 23.5.2001, n. 7027). In piena aderenza a tale orientamento, i Giudici della Corte di Cassazione hanno rigettato la richiesta di rivalsa della Azienda nei confronti del medico che aveva proseguito la terapia sul presupposto, appunto, che l'obbligo di informazione assume rilievo nella fase precontrattuale di formazione del consenso. Un'estensione della responsabilità in capo al predetto medico può assumere rilievo soltanto nell'ipotesi in cui le fasi successive "*assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo a scelte operative diversificate comportanti rischi diversi*". Invero, i medici che hanno proseguito il protocollo in precedenza stabilito dal precedente collega non sono tenuti a sapere se quest'ultimo abbia effettivamente e preventivamente informato il paziente dei rischi connessi all'esecuzione della terapia. Ne discende che la rivalsa potrà essere esercitata esclusivamente nei confronti del sanitario che ha iniziato la terapia e intrattenuto il primo rapporto con il paziente. In conclusione, occorre sottolineare che la mancanza di uno specifico *corpus* riferito alla problematica del consenso informato rende difficile l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio idoneo a bilanciare l'interesse del paziente ad assumere decisioni consapevoli circa la sua salute e l'interesse del medico di non vedersi di fatto sottratta quella precipua autonomia decisionale a volte fondamentale nell'esercizio della sua attività, onde evitare la trasformazione di uno strumento di garanzia del malato in un *boomerang* capace di condizionare l'*an* e il *quomodo* dell'attività medica, spesso in pregiudizio proprio di chi di quella tutela dovrebbe beneficiare. Sarebbe quindi quanto mai opportuno un intervento legislativo che, prevedendo una disciplina *ad hoc*, sollevi la dottrina e la giurisprudenza dallo sforzo di adattare la (sovente datata ancorché anacronistica) frammentaria normativa vigente in tema di attività medica alle esigenze maturate negli ultimi decenni.

Milano, 19 aprile 2006

Avv. Paolo Vinci