

Cari Amici,

desidero ringraziarVi per la partecipazione all'evento del 18 dicembre 2020. Per me è stato un momento di confronto molto importante, non solo per gli aspetti tecnici che sono stati contestualizzati dai vari Relatori ed arricchiti dalle Vostre attente quanto indispensabili precisazioni, quanto per aver colto spunti di riflessione espressiva che considererei alquanto chiarificatori per una più ottimale gestione del Nostro paziente e che intenderei ora condividere.

La quotidiana pratica chirurgica e l'esperienza sino ad ora maturata nel campo medico-legale, nel quale mi trovo ad essere soventemente coinvolto a vario titolo (CTU, Consulente di parte attrice, Consulente di Parte Convenuta, terzo arbitro), mi pongono in una sorta di auto confronto, dove – di giorno in giorno – traspare sempre più la necessità di riuscire ad “interpretare” le aspettative del paziente che, spesso e mal volentieri, sfociano in pressanti pretese, non sempre facilmente conciliabili con la realtà fattuale.

Ora, ancor più di prima, comprendo il valore ed il significato della fase informativa, indispensabile presupposto per solidarizzare il rapporto con il Paziente.

Bene ha fatto l'amico e collega Giuseppe Basile ad affrontare una tematica così delicata, come quella del “consenso”, nell'ottica di condividere gli intenti (ma anche gli intendimenti) del paziente, sottolineando che “informazione” e “consenso informato” non sono affatto la stessa cosa.

L'informazione è solo una parte del processo di comunicazione con il paziente propedeutico all'espressione di un consenso libero e informato. La comunicazione non è solo dare informazioni, implica anche l'ascolto del paziente, la risposta alle sue domande, la verifica che abbia compreso quanto gli è stato detto.

E ciò indipendentemente dal “diritto alla autodeterminazione del paziente”, giuridicamente inteso e sempre più soventemente richiamato in sede costituzionale. Ciò che mi ha molto affascinato e che ha risvegliato la mia sensibilità, è aver recepito una sorta di “patto d'onore” tra medico e paziente che, inevitabilmente mi riporta indietro nel tempo, quando da giovane studente notavo una sorta di “riverenza” nei confronti del medico. Parlare, esprimendosi con un linguaggio semplice, misurato, guardando negli occhi il Paziente e ricevendo il proprio consenso, affidato al buon agire del medico e consolidato da una stretta di mano, è un atto tutt'altro che antico.

Ecco che ci ritorna in mente l'insegnamento di Ippocrate, quando il rapporto tra medico e paziente era consolidato su due precisi criteri rappresentati dal dovere professionale di fare il bene del malato e dall'obbligo di questi di accettare completamente le decisioni e l'opera del curante.

L'informazione ed il consenso possono essere paragonati a due facce della stessa medaglia che coincidono e si unificano dando contenuto alla libertà e dignità della persona: da una parte vi è la fase dell'acquisizione del consenso, preceduta da una corretta e sincera informazione, interpretata e decifrata come una importante fase ed essenziale indicatore della buona condotta e diligenza medico-professionale; dall'altra il consenso stesso direttamente concepito come obbligo finalizzato al pieno rispetto del diritto all'autodeterminazione, all'indipendenza ed alla autonomia del malato visto come persona.

Si è dunque passati da una concezione, oltre che filosofica, legislativa e giurisprudenziale, di tipo gerarchica del rapporto medico-paziente ad una vera e propria collaborazione tra questi due, diretta a combattere la malattia e tesa ad assicurare al secondo il più desiderabile livello di vita e non quello oggettivamente fisicamente migliore. Viene oggi dunque promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico.

Un dato importante da non trascurarsi assolutamente e che con la Legge Gelli-Bianco (L. n. 24/2017), il consenso informato costituisce prestazione altra e diversa (e quindi autonoma) rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, di talché l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione.

Tale consenso, dunque, è talmente inderogabile – al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità – che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del deficit di informazione, il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti e, comunque, si verifica una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali di sofferenza fisica e/o psichica.

In altre parole, quando il medico, senza previa acquisizione del consenso informato, esegue correttamente sul paziente un intervento chirurgico, che ex ante appaia necessitato sul piano terapeutico ed ex post si riveli anche risolutivo della patologia che il paziente presentava, la lesione alla libertà di determinazione del paziente cagionata dalla mancata acquisizione del consenso è, comunque, idonea a determinare un danno risarcibile.

Chiaramente, occorrerà comunque fornire la prova del pregiudizio fisico o morale in rapporto causale con la mancata informazione, non essendo ravvisabile, in tale ambito, un danno in re ipsa, essendo necessario, quindi, far riferimento alla c.d. prova controfattuale che consiste nel prevedere la condotta diversa che il paziente avrebbe tenuto ove gli fosse stata fornita l'informazione e le diverse conseguenze, meno dannose, principalmente sotto il profilo non patrimoniale, che il soggetto avrebbe patito ove non avesse acconsentito alla scelta terapeutica, clinica o chirurgica cui è stato sottoposto.

Va considerato poi che alla luce della Legge Gelli-Bianco il Sanitario **il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura** come previsto espressamente dal comma 8 dell'art. 1, L. 219/2017 (“quanto all'obbligo d'informazione ed all'onere della relativa prova basta ricordare che la responsabilità professionale del medico - ove pure egli si limiti alla diagnosi ed all'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento che ritenga di dover compiere, allo scopo di ottenerne il necessario consenso informato - ha natura contrattuale e non precontrattuale; ne consegue che, a fronte dell'allegazione, da parte del paziente, dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, è il medico gravato dell'onere della prova di aver adempiuto tale obbligazione”).

Il creditore deve dimostrare l'inadempimento e il contenuto dell'obbligazione rimasta inadempita, mentre il debitore è tenuto, dopo tale prova, a giustificare l'inadempimento che il creditore gli attribuisce.

Basterà, dunque, al creditore-paziente allegare l'inadempimento, mentre graverà sul debitore-medico l'onere di fornire la prova dell'assolvimento dell'obbligo contrattuale posto a suo carico.

Ciò che rileva e che nel caso in cui venga citata la struttura sanitaria per la mancata informazione al paziente da parte del medico operante al suo interno, la responsabilità della struttura per il fatto del medico, ex art. 1228 c.c. sarà contrattuale, ai sensi dell'art. 7, comma 1, L. n. 24/2017, trattandosi di norma imperativa. A seguito della mutata natura dell'azione nei confronti del medico (da contrattuale ad extracontrattuale) sia che trattasi di consenso scritto o meno, è il paziente a dover fornire la prova della mancanza di informazione.

Il paziente danneggiato, ove citi direttamente il medico con l'azione extracontrattuale, comunque non può limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, ma deve, oltre che allegare, anche provare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; non è più il medico tenuto a dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante, ma tale onere si sposta sul paziente. Ove venga citata, invece, la struttura sanitaria nulla muta rispetto alla giurisprudenza precedente e sarà la struttura a dover fornire la prova della adeguata informazione.

Bene ha fatto l'amico Giuseppe Basile nella sua attenta relazione a puntualizzare che il consenso informato non deve essere inteso come un atto puramente formale e burocratico, ma deve essere frutto di un rapporto leale ed onesto tra medico e paziente in cui il sanitario è tenuto a raccogliere un'adesione effettiva e partecipata, non solo cartacea, all'intervento; generalmente quindi si conclude con la compilazione di un modulo recante la decisione del paziente, ma va rilevato che senza una informazione adeguata, qualsiasi modulo di consenso sottoscritto non è validamente prestato. Oltre ad avere quindi la forma scritta, il consenso deve essere caratterizzato dei seguenti requisiti: 1. informato, nel

senso che si deve rispettare le caratteristiche della corretta informazione che, a sua volta, deve essere: **personalizzata, comprensibile**, cioè espressa con linguaggio semplice e chiaro, attraverso l'uso di notizie e dati specialistici forniti senza sigle o termini scientifici, affinché venga correttamente e completamente compreso ciò che viene detto, sempre con **grafia leggibile** per tipologia e dimensioni, **veritiera, obiettiva**, ossia basata su fonti validate o che godano di una legittimazione clinico-scientifica, **esaustiva**.

Spero di non averVi annoiato con questa mia breve discettazione e Vi invito a non trascurare quanto sino ad ora ho cercato di segnalare, posto che la prova di aver ben informato diventa oltre che **strumento e mezzo di cura**, anche un **mezzo di prova medico-legale**, sia in sede giudiziaria che in sede professionale ed amministrativa quale elemento di giudizio.