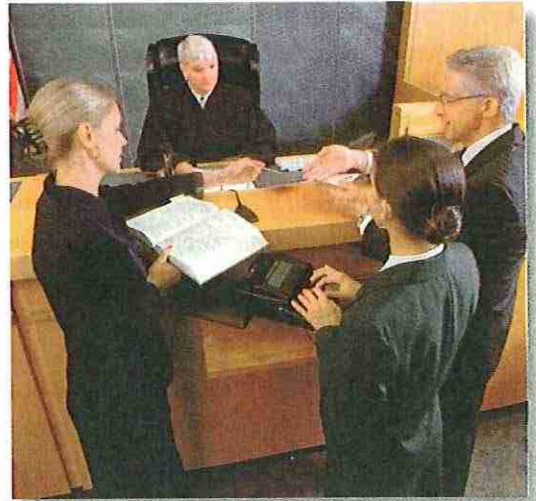


## La prova del consenso informato

La sentenza n. 24742/07 della terza Sezione Civile della Corte di Cassazione, depositata lo scorso 28 novembre, offre utili spunti per disquisire in merito ad una problematica di non poco momento ovvero quella relativa alla prova del consenso informato.

La vicenda giudiziaria posta al vaglio della Corte ha tratto origine da un'azione risarcitoria proposta da un paziente il quale, nei motivi adottati a sostegno dell'azione medesima, ha lamentato anche la mancata preventiva informazione da parte del chirurgo circa i rischi e le conseguenze connesse all'intervento praticato. I Giudici di legittimità, prima di affrontare nel dettaglio la specifica doglianza di cui sopra, hanno inteso riproporre l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di qualificazione giuridica del rapporto fra paziente e struttura privata od ospedaliera.

Sul punto, la Corte si è così espressa: *"Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'aprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c.,*



*all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonchè, in virtù dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto." (Cass. Sentenza n. 13953 del 14/06/2007; v. in senso conforme: Cass. n. 13066 del 2004; e Cass. n. 1698 del 2006)".*

Venendo, quindi, al tema del consenso informato, il Supremo Collegio si è premurato di porre l'accento su un altro principio di diritto, che individua la necessità del consenso informato pure nel caso di intervento necessario: *"In tema di consenso informato prima di un intervento chirurgico, la necessità o meno per il paziente di sottoporsi all'intervento stesso è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per*

*la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni e che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione tanto dell'art. 32 Costituzione, comma 2, (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dell'art. 13 Costituzione, (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33 (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 c.p.)".*

Svolti i suesposti rilievi, la Corte è giunta a ravvisare nel caso di specie l'effettiva acquisizione del consenso informato sulla base di due differenti dati valutativi.

Il primo, particolare piuttosto curioso, ha tratto origine proprio da un elemento di prova indicato dal paziente.

Ed invero, secondo quest'ultimo il chirurgo gli aveva garantito il buon esito dell'intervento, suffragando tale affermazione attraverso il richiamo ad una sua conferenza che di lì a poco avrebbe tenuto nella sede dell'Accademia Medica del Policlinico Umberto I sull'argomento "chirurgia della carotide a rischio zero".

I Giudici, a comprova di un'attenta e puntuale disamina degli atti di causa, non solo hanno desunto da siffatte argomentazioni che l'argomento del rischio operatorio fu ampiamente trattato tra le parti ma, altresì, hanno riscontrato che il reale argomento della conferenza - "Chirurgia della carotide a rischio zero. Un tra-

guardo in avvicinamento" - suggeriva conclusioni opposte a quelle rappresentate dal paziente.

Il secondo profilo su cui i Giudici hanno incentrato il loro percorso logico-deduttivo ha avuto riguardo alla circostanza che nei colloqui fra chirurgo e paziente era, altresì, presente il medico di fiducia del paziente medesimo.

Sul punto, infatti, la Corte si è così espressa: *"l'avv. S. F., per sua espressa ammissione, ma la circostanza risulta anche dagli atti processuali, fu seguito ad ogni passo dal proprio medico di fiducia, persino negli incontri con il prof. F.P. precedenti l'intervento e durante l'intervento, onde non pare plausibile che il prof. F.P. non avesse, stante la presenza costante del collega, ampiamente edotto l'avv. S.F. su ogni aspetto dell'intervento che si andava ad eseguire"*.

Ripercorsa per sommi capi la vertenza giudiziale, emerge una volta di più come né la legge, né la giurisprudenza abbiano ad oggi codificato parametri univoci e certi onde condurre su binari predeterminati la verifica processuale circa l'esistenza o meno del consenso informato.

Ecco, pertanto, che ogni risvolto del caso concreto può assumere una qualche valenza, segnatamente se letto non già nella sua ontologica individualità, bensì alla luce del complessivo comportamento delle parti e di chi con esse si è relazionato.

A chiosa finale dell'articolo preme, comunque, fare un breve richiamo ad alcune pronunce giurisprudenziali, che senza dubbio potranno agevolare la giuridica comprensione della delicata materia.

In questa prospettiva, la recente sentenza del Tribunale di Genova, Sez. II, del 12/05/2006 comprova quanto già riferito in merito alla flessibilità dei mezzi di prova ed all'assenza di presunzioni di Legge: *"In tema di prestazioni terapeutiche si ritiene non vada confuso il consenso*

*informato con il consenso documentato e se la sottoscrizione del modulo relativo non costituisce la dimostrazione del consenso informato, anche l'assenza del prestampato firmato non vuol dire che la prestazione sanitaria sia stata carente dall'angolo visuale del diritto all'informazione."*

Un altro risvolto meritevole di attenta considerazione lo si ricava da una pronuncia della Corte di Cassazione Civile, Sez. III, 14/03/2006, n.5444, secondo la quale l'obbligo di acquisire il consenso informato incombe sempre sul sanitario chiamato ad effettuare la prestazione medica a richiesta del paziente, a nulla rilevando che la richiesta stessa discenda da una prescrizione rilasciata da un altro medico. Ad ogni buon conto, è d'uopo rammentare che l'obbligo d'informazione, che alcune sentenze mirano ad estenderlo anche allo stato d'efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui il medico presta la propria attività (si veda in particolare Cass. civ., Sez. III, 30/07/2004, n.14638), riguarda i soli rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali.

Più dettagliatamente, valga osservare che l'informativa del medico, così come più volte affermato dai Giudici di legittimità, **deve ricomprendere la natura dell'intervento, la portata ed estensione dei suoi risultati nonché le possibilità e probabilità dei risultati conseguibili.**

Tuttavia, se da un lato è ormai pacifico che la corretta esecuzione dell'intervento non manleva il medico da responsabilità per violazione dell'obbligo del consenso informato, dall'altro occorre evidenziare che **l'inadempimento a tale obbligo potrà configurare un danno risarcibile soltanto laddove l'intervento chirurgico abbia portato ad un aggravamento delle condizioni del paziente od all'insorgenza di nuove patologie.**

Sul punto, la già citata sentenza della Corte di Cassazione Civile n.14638/2004, che pure ha dilatato oltremodo la cornice informativa ed il correlativo onere a carico del medico, si è così espressa: *"In caso di insussistenza di un nesso causale tra l'intervento di intubazione ed il danno da afonia lamentato dal ricorrente, ne consegue che, escluso definitivamente in punto di fatto detto rapporto eziologico, non v'è spazio per accertare se occorresse o meno il consenso informato sul punto."*

In ogni caso, non v'è dubbio che l'acquisizione di un dettagliato consenso scritto costituisca il miglior strumento probatorio, come ha ricordato la recente sentenza della Suprema Corte, Sezione terza Civile, n. 17157 del 06/08/2007: *"L'esclusione della responsabilità del medico può trovare fondamento, come nel caso di specie, più che sulle risultanze testimoniali e della consulenza tecnica d'ufficio, sulla firma apposta dal paziente sulla cartella clinica, in cui dichiarava formalmente di accettare l'anestesia, l'intervento e la terapia prescritta"*.

*Avv. Alessandro Lanata*