

Il consenso informato

Come gli interventi, sia giurisprudenziali che normativi, cercano di regolare l'aspetto della dimostrazione dell'informazione

Il profilo del consenso informato – dichiara **Caterina Apostoliti**, Giudice della V Sezione Civile del Tribunale di Milano – è duplice. Da un lato è un profilo sostanziale, il momento qualificante del rapporto medico/paziente, è il momento della vera alleanza terapeutica che si concretizza in un colloquio chiaro e franco sulla tipologia di diagnosi, sulle alternative terapeutiche, sulla scelta che in concreto si va a compiere, sulle chance positive o negative di una determinata scelta. Si tratta di un atto che non è possibile normare perché rientra nella sensibilità individuale e professionale; più l'approfondimento di questo aspetto è coltivato più porta l'alleanza a reggere. Meno è valido questo momento, più l'alleanza alla prima difficoltà si sgretola. Le questioni di consenso informato nell'ambito di una causa civile, in realtà, possono riguardare anche soltanto parzialmente a questo aspetto: la prima questione infatti si riferisce a quanto effettivamente è stato detto, mentre la seconda questione è come dimostrare (da parte del medico) cosa è stato detto. Quindi i vari interventi, sia giurisprudenziali che normativi, cercano di regolare l'aspetto della dimostrazione dell'informazione; il fatto che il paziente debba essere compiutamente informato della situazione, delle possibilità di

cura e delle scelte che si vanno a compiere, non credo sia un aspetto che abbia bisogno di particolare regolamentazione normativa o su cui si debba particolarmente discutere. Dovrebbe essere così e dovrebbe sempre essere stato così nell'ambito di un rapporto correttamente gestito. Ma il problema è che probabilmente alcuni determinati deficit di carattere personale/professionale – da una parte quelli che vivono la professione medica nell'ottica baronale del non dover rendere conto per quanto attiene all'aspetto tecnico e, dall'altra quelli che vivono la professione in sovraccarico, come molti del resto, e vivendo in continua emergenza – relegano questo aspetto a momenti assolutamente minimali del rapporto con il paziente finendo col perdere quindi l'effettività di questa informazione che viene fatta in maniera veloce e confusa. Quando poi capita che le cose vadano male, per cui l'esito di una terapia o di un intervento non è quello atteso, per un errore o perché così doveva comunque andare, se questa alleanza non è stata sufficientemente salda e se la reazione del medico è "mi dispiace, per i miracoli ci stiamo attrezzando", a quel punto la rottura del rapporto determina spesso l'atteggiamento di voglia di revanche, di trovare un colpevole e quindi l'inizio della causa. Una volta iniziata la causa, la tematica del consenso da un punto

Maria Cristina Parravicini



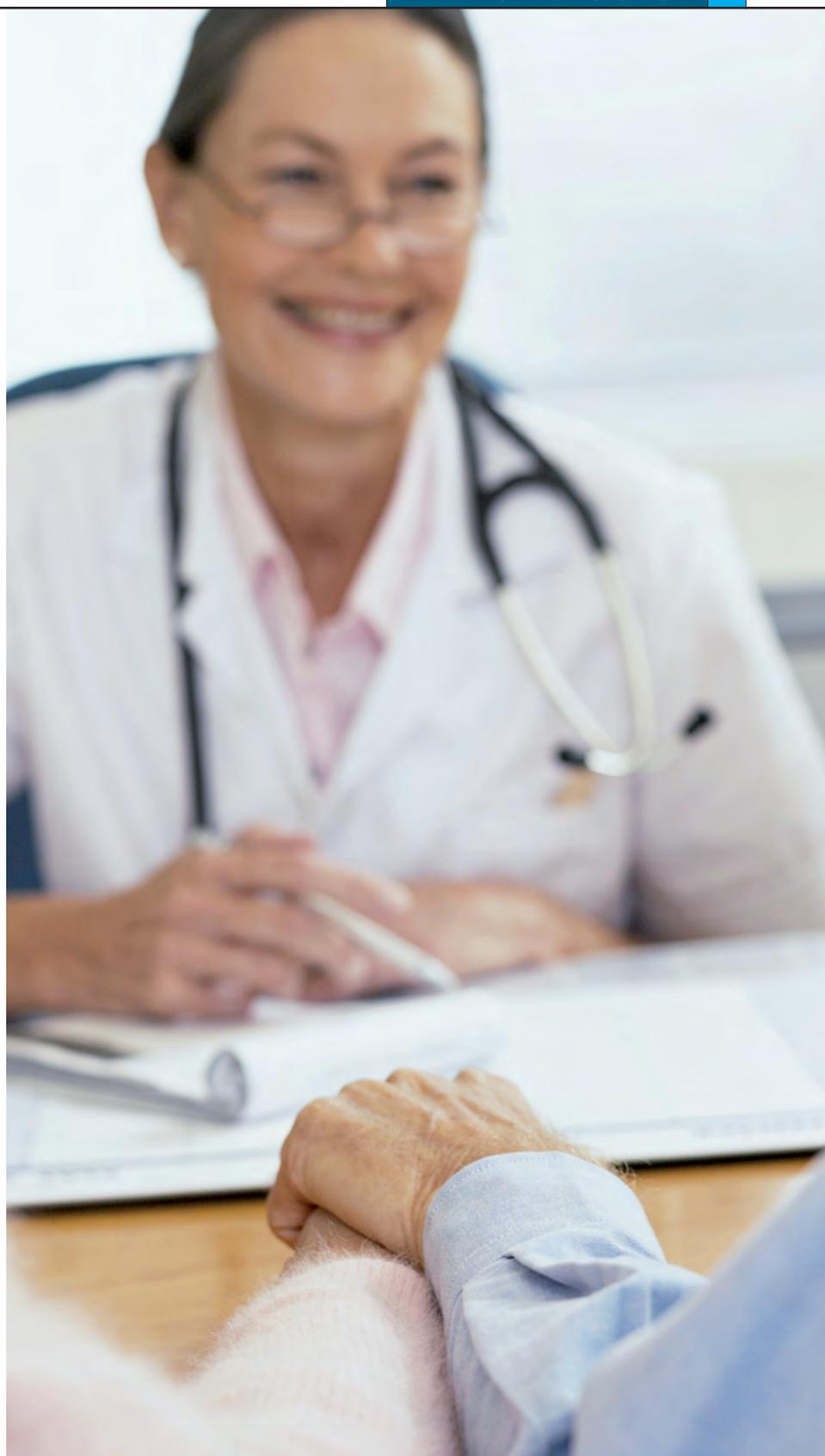
Caterina Apostoliti

di vista giuridico, è quella più agevole per il paziente che si può limitare a dire che non gli è stato spiegato nulla. Il medico quindi deve spiegare in concreto tutto ciò che era stato detto prima e quello che è successo dopo. Se l'esito successivo dipende da un errore, che è sempre possibile, allora avrà determinato una conseguenza dannosa per sua colpa (cioè per un errore nello svolgimento della professione); se invece la prestazione è stata fatta in maniera corretta e l'esito è peggiorativo in maniera del tutto incolpevole, non prevedibile e non prevenibile, ma non riesce a dimostrare di aver segnalato al paziente questa possibilità, là dove sia sollevata la specifica tematica della lesione della libertà di autodeterminarsi in maniera consapevole, paga anche l'esito peggiorativo incolpevole». «Tutta la tematica del consenso – prosegue Caterina Apostoliti – non dal punto di vista sostanziale del corretto rapporto ma dal punto di vista giuridico come motivo di contestazione in causa, integra una tematica di prova per cui il medico,

quando parla di medicina difensiva in relazione al consenso, lo vede solo in relazione a questo secondo aspetto: professionalmente infatti ritiene di aver detto tutto quello che doveva dire, ma si rende però conto di aver bisogno anche di essere capace di dimostrare di averlo detto. Da qui prendono le mosse gli studi da parte delle strutture sanitarie per la predisposizione di moduli, da sottoporre alla firma del paziente prima del singolo atto medico, in cui vengono spiegate le possibili alternative, esiti, complicanze, etc. perché tutto ciò che non è detto nei moduli, potrebbe un domani essere imputato come errore. Si tratta quindi di un atto che diventa formale anche perché in questo momento, l'interpretazione data dalla Corte di Cassazione sulla responsabilità sanitaria, è che il termine di prescrizione per fare valere il diritto, è di dieci anni dal momento in cui il paziente ha avuto consapevolezza dell'evento avverso in dipendenza di un comportamento colposo altrui. Non dieci anni dall'intervento, ma dieci anni dal momento in cui il paziente realizza che forse si trova in quelle condizioni perché qualcuno ha sbagliato. Questo fa sì che gli anni possano essere anche venti e dopo vent'anni, andare a ricostruire cosa è stato detto, diventa impossibile».

Davanti al giudice: numeri e ragioni del contendere

Circa le recenti stime che vedono la spesa generata della medicina difensiva, sia nel pubblico che nel privato, su valori intorno al 10,5% della spesa totale del SSN, Caterina Apostoliti specifica



che «certamente la medicina difensiva forse si presenta di più come causa di aumento della spesa sanitaria nell'ambito degli esami di screening, negli esami diagnostici generali; probabilmente alla prima sintomatologia non del tutto chiara, alla prima segnalazione di disturbo c'è una maggiore velocità dell'interlocutore a prescrivere accertamenti strumentali e non, e questo porta certamente a un incremento di esami di tipo diagnostico anche per evitare contenziosi in un tempo successivo». Quanto alla possibilità che molti pazienti decidano di avviare delle cause sulla scorta di indicazioni supportate da specifiche associazioni "a tutela dei malati" ecc., Caterina Apostoliti precisa che «guardando dal mio piccolo osservatorio (nella nostra sezione saremmo in otto più il Presidente, in realtà in questo momento siamo in cinque), posso dire che mediamente gestivo in un anno una quarantina di questioni nuove di responsabilità sanitaria. Dico gestivo perché, da marzo 2010, non abbiamo più nuove assegnazioni perché la competenza è stata trasferita a un'altra sezione. Attualmente quindi lavoro sullo smaltimento delle pratiche iniziate fino a marzo 2010. Di questa quarantina di vicende nuove annue che ho avuto in assegnazione, le ripartizioni medie interne sono nell'ordine di 1/3 per gli errori di tecnica, di valutazione, di diagnosi che, purtroppo, possono sempre succedere; 1/3 sono complicanze assolutamente non colpevoli, non prevedibili e non prevenibili, su cui però il paziente non si rassegna un po' perché non riesce a elaborare la vicenda, e un po' perché – in alcuni casi – si è rotta questa alleanza terapeutica e il paziente non è stato nemmeno aiutato a elaborare

la vicenda. Questo comporta la voglia di scaricarla come responsabilità, anche se in realtà è un atto incolpevole. L'ultimo terzo è rappresentato da contenziosi del tutto pretestuosi, cioè il tentativo di conseguire, a fronte di situazioni decisamente borderline, un importo a titolo di risarcimento, perché a ciò si viene spinti da notizie anche di carattere giornalistico, come pure da consigli non sempre accorti di qualche legale che utilizza un approccio da «L'uomo della pioggia» di Grisham. Anche questo, ovviamente, ha il suo peso per cui, a livello di casistica, mediamente la ripartizione è più o meno quella che ho indicato. All'interno di questa ripartizione devo dire che io finisco per dover scrivere una sentenza molto più frequentemente sull'ipotesi incolpevole, o sull'ipotesi pretestuosa, quindi una pronuncia in cui si respinge la domanda, rispetto al terzo di casi in cui c'è la responsabilità, e quindi di accoglimento e di quantificazione. In quel caso, una volta

che i miei consulenti hanno valutato la situazione e stabilito che il profilo di responsabilità esiste, se io faccio un invito al medico, o all'ospedale o comunque a chi è convenuto, di effettuare un'offerta risarcitoria nell'ordine di grandezza dell'importo che ho individuato, devo dire che, in un rilevante numero di casi, la controversia viene risolta bonariamente con pagamenti fuori dal giudizio e non si arriva quindi alla sentenza di condanna. È più facile che io scriva una sentenza di rigetto che una sentenza di accoglimento, perché quelle di accoglimento è molto raro che arrivino in questa fase finale. Non a caso mi definisco "il giudice rigettante".

Albo dei consulenti tecnici

Per quanto attiene alla scelta dei consulenti, Caterina Apostoliti precisa che «esiste un albo dei consulenti tecnici. Devo aggiungere però che tutte le volte che mi è capitato di partecipare a convegni istituzionali in tema di responsabilità sanitaria, ho



segnalato la mia personale lettura del problema, e cioè che su questo argomento è l'Ordine dei Medici a non essere sufficientemente presente. È infatti al loro stesso interno che dovrebbero porsi questo problema e dovrebbero riflettere sul fatto che – proprio perché il Tribunale per decidere su determinate questioni ha la necessità di avvalersi di persone assolutamente al di sopra di ogni sospetto e di particolare preparazione tecnica – sarebbe di loro pertinenza proporre ai propri iscritti, giunti ai vertici delle rispettive carriere, di dare la propria disponibilità (per un periodo contenuto, magari biennale) a essere nominati come consulenti. Servirebbero dieci nomi, con le relative specialità, che dovrebbero svolgere una attività di ausilio del giudice anche per senso civico, rendendosi disponibili per questa tipologia di nomine da parte del Tribunale. Nei due anni successivi dovrebbero dare un elenco con altri dieci nomi, e così via. A volte io mi trovo infatti non solo nella difficoltà di individuare il consulente da incaricare sulla singola specialità e sottospecialità, ma soprattutto, quando il comportamento professionale di cui si discute è stato posto in essere da un professionista di rinomata fama, nella necessità di trovare un professionista di altrettanta rinomata fama che non sia in una condizione di soggezione professionale o psicologica nei confronti del collega, ma che sia pronto a fare un'analisi specchiata di quello che è stato il comportamento. Come ho accennato, noi abbiamo un albo in cui sono iscritti i consulenti tecnici di tutte le specialità: sono i medici, nello specifico, che presentano le credenzialità per l'iscrizione all'albo. Non c'è quindi un controllo di merito sulla capacità del

singolo consulente. Io dovrei nominare, a rotazione, in maniera assolutamente automatica nel senso che se mi serve lo specialista con la A, domani nominerò lo specialista con la B, ma questo è un rapporto fiduciario e, proprio perché la mia sentenza è una traduzione in termini giuridici di un accertamento di carattere scientifico, se io lo specialista con la B non lo conosco, mi sento legittimata a saltare alla C, o a rinominare quello con la A con cui ho un rapporto fiduciario. Molte volte mi è capitato, per esempio, di essere costretta, rispetto a determinati nomi, ad andare a cercare un consulente in albi esterni, Torino, Varese, Bergamo, Genova, Verona, pescando un po' in giro, perché i nomi di altrettanta chiara fama – milanesi – non accettavano per diversi ordini di ragioni. In ogni caso io ho l'abitudine, e come me credo tutti i colleghi del Tribunale di Milano, di nominare sempre un collegio costituito da un medico legale che ricostruisce la vicenda in generale, e da uno specialista della materia di cui si discute nella fattispecie. Un'altra difficoltà è che dal punto di vista del Decreto ministeriale, noi dovremmo liquidare come onorario una cifra fissa (256 o 356 euro) per tutta l'attività, a fronte delle parcelle che invece vengono fatte dai consulenti tecnici di parte, nominati da ciascuno delle parti come proprio assistente alla vicenda, che sono invece nell'ordine delle migliaia di euro. E' palese che su questi importi non si può lavorare per cui utilizziamo le tecniche della particolare importanza delle questioni da esaminare per arrivare a una quantificazione del compenso che sia quanto meno dignitosa, se non remunerativa». Prima di congedarci dalla Dottoressa Apostoliti, le chiediamo la sua opinione sulla mediazione conciliazione

obbligatoria prossima (mentre scriviamo), a entrare in vigore. «Nei termini in cui è strutturata, cioè nella sua conformazione minimale, non serve assolutamente a nulla se non a far perdere quattro mesi di tempo. Costruire infatti la mediazione come passaggio obbligato per poter poi bussare alla porta del tribunale, ma poter bussare comunque decorsi i quattro mesi dall'avvio di quella procedura, significa che verrà utilizzata così come è stata utilizzata per cinquant'anni nel rito del lavoro in cui il tentativo obbligatorio di conciliazione è sempre esistito (lettera all'Ispektorato del Lavoro e, in contemporanea, decorso il termine di scadenza del tentativo, veniva preparato l'atto da notificare). L'unico effetto che avrà in prima battuta sarà che per quattro mesi non avremo nuove cause, e questo porterà a un minimo di flessione numerica del contenzioso pendente, che poi non verrà certamente confermata per l'anno successivo! In realtà la conciliazione sulla materia sanitaria sarebbe auspicabilissima ed effettivamente produttiva se fatta in maniera seria. Mi riferisco proprio a tutte quelle cause che sono determinate dalla rottura dell'alleanza; se l'alleanza si riesce a ricostruirla nell'ambito del tentativo di conciliazione, gestita da persone competenti che consentono quindi al paziente un percorso di elaborazione della vicenda e al medico un percorso di elaborazione del suo comportamento, se come dicevo, si creano tutti questi presupposti, tante questioni potrebbero non arrivare nelle aule dei Tribunali. Ma perché questo avvenga, c'è la necessità dell'effettività del tentativo e della gestione da parte di soggetti con competenze mediche, legali e psicologiche».