

# IL CONSENSO ALLE CURE

A CURA DELLA COMMISSIONE  
DI ODONTOIATRIA LEGALE  
F. MONTAGNA, M.L. SCARPELLI  
A. NOBILI, L. DALEFFE



F. MONTAGNA



M.L. SCARPELLI

## 1° PARTE

### 1. Introduzione

Negli ultimi anni la violazione dell'obbligo di informazione e di consenso è diventata una delle accuse su cui si fondano numerosi processi penali e civili nei confronti di sanitari.

In particolare il lamentare l'assenza di informazione scritta di dettaglio rappresenta senza dubbio lo strumento più comodo per attivare il contenzioso giudiziario da parte di pazienti insoddisfatti. Si tratta dell'applicazione strumentale di una interpretazione discutibile che vorrebbe porre l'onere di provare l'assolto dovere di informazione in capo al sanitario; in contrasto a quanto è previsto nel nostro ordinamento e confermato dalla giurisprudenza prevalente che pongono tale obbligo in capo al paziente.

Del resto, nell'ambito del contenzioso, esiste il rischio che la dimostrazione di un'avenuta e corretta informazione orale, in certi casi, venga a costituire una prova diabolica più sensibile a impostazioni soggettive (affermazioni del tipo non sapevo, non mi è stato detto chiaramente, non ho capito), che a realtà oggettive sostanziate da documenti o testimonianze precise. Tale situazione ha provocato una reazione di diffuso malessere tra i sanitari, che, alla ricerca di un inesistente standard legale, hanno tentato di formulare ricette di comportamento che rilevano lo scopo di creare un falso senso di sicurezza.

Da tale situazione ha preso abbrivio il proliferare di modulistiche che ci si

deve chiedere quanto siano, in realtà, espressione di diligenza o ispirate alla cosiddetta medicina difensiva e diventano quindi una finzione legale.

Un ulteriore quesito riguarda la loro ampiezza per non rappresentare irrealistici capitolati di appalto, che altrimenti vengono definiti informazione catastrofica, perlopiù elenco dei rischi assurdi e ingestibili, fonte di traumatizzazione psichica. In tal senso è auspicabile che il radicalismo, che ha permeato le valutazioni dottrinali per qualche decennio, lasci il posto a valutazioni più equilibrate e consapevoli. In particolare va sdrammatizzata l'importanza del binomio informazione-consenso in odontoiatria, dove, per le caratteristiche specifiche della materia, tale obbligo va considerato assolto senza il ricorso a particolari formule o precauzioni nella maggior parte dei casi:

- Le terapie, e i rischi insiti in esse, sono sufficientemente note alla quasi totalità della popolazione, sia per la loro semplicità che per la vasta diffusione.
- L'erogazione avviene normalmente in condizioni di elezione, su persone in pieno possesso delle proprie facoltà mentali, attraverso numerosi e laboriosi appuntamenti.

Si può, quindi concludere che l'elevato numero di prestazioni semplici, normalmente erogate nel regime ambulatoriale odontoiatrico, rende, nella maggior parte dei casi, inutilmente oneroso e inattuabile l'esplic-

tazione di una informazione estesa o di un consenso scritto e giustifica la prassi di un'informazione ridotta e un consenso implicito nella stessa richiesta di cure.

### 2. La norma giuridica

Il rapporto, instaurato tra odontoiatra e paziente con la richiesta di cure, consiste in un contratto, cioè un negozio giuridico che, per formarsi correttamente, richiede alcuni elementi essenziali (Art.1325 cc) la cui carenza determina l'inefficacia del contratto in forma di annullabilità:

- Il consenso che esprime l'accordo tra le parti e l'accettazione cioè la volontà (Art.1326 cc).
- La causa (funzione economico-sociale).
- L'oggetto che consiste nella prestazione (che deve essere possibile, lecita e determinata).
- La forma cioè il mezzo con cui si manifesta la volontà (implicita, esplicita, orale, scritta).

I vizi di consenso (Artt.1427-1440 cc) rappresentano uno dei motivi più frequenti di contenzioso in materia contrattuale. Il dovere di informazione del professionista, invece, viene ricondotta dalla dottrina civilistica al dovere generale di correttezza (Art.1175 cc). Il termine autonomia negoziale va intesa nella duplice accezione:

# IN ODONTOIATRIA



G. SFREGOLA



L. DALEFFE

- Vincolo, cioè irrevocabilità dell'impegno preso col contratto (Art. 1372 cc).
- Libertà di determinare effetto, tipo, contenuto e modalità del contratto (Art. 1322 cc).

L'espressione consenso informato, invece, non si ritrova nei codici civile e penale, ma deriva dalla lettura e dalla elaborazione, dottrinale e giurisprudenziale, di alcuni diritti fondamentali dell'uomo ispiratori del nostro ordinamento:

- Il diritto alla salute (Art. 32 cost.) da intendere come rispetto dell'integrità fisica e diritto all'assistenza sanitaria.
- Il diritto all'integrità fisica, bene personale irrinunciabile e indisponibile (Art. 5 cc), protetto dal codice penale (Artt. 582, 590 cp) e civile (Art. 2043 cc).
- Il diritto all'autodeterminazione in relazione ai propri bisogni di salute (Art. 13 cost.) che identifica il limite della potestà di cura del sanitario.

### 3. La forma

Il mezzo con cui si manifesta la volontà negoziale è definito forma; essa rappresenta un elemento essenziale del negozio giuridico e la sua assenza è motivo di nullità del contratto (difetto genetico o originario). Nel nostro ordinamento vige il princi-

pio della libertà della forma e solo in alcuni casi è prevista la forma vincolata scritta (Art. 1350 cc). In materia contrattuale, quindi, è consentito emettere la dichiarazione di volontà indifferentemente nella forma che si preferisce:

- Manifestazione tacita (cd facta concludentia) che risulta implicita nel fatto stesso con cui si dà corso all'esecuzione del contratto; consistente in un comportamento che sarebbe incompatibile secondo il comune modo di pensare ed agire con una volontà diversa. La situazione è tipica in odontoiatria, dove il paziente si reca abitualmente, sua sponte, a diversi appuntamenti presso lo studio dentistico per ultimare il ciclo di cura costituito da interventi di elezione preordinati in un piano di terapia.
- Dichiarazione espressa attuata con qualunque mezzo che renda palese il pensiero, sia oralmente che per iscritto. Ipotesi che in odontoiatria si verifica normalmente con un'accettazione verbale e, meno frequentemente, con la firma di un modulo di consenso; inoltre anche la sottoscrizione per accettazione di un preventivo di un piano di cura, analiticamente descritto, può essere intesa come prova in tal senso (anche se non determinante nei confronti della comprensione completa).

**3.1 Informazione scritta od orale**  
Tradizionalmente si parla di un consenso presunto che viene considerato implicito nella richiesta di prestazione da parte del paziente; tale forma, sinonimo di consenso tacito, è da ritenersi sufficiente nei casi di trattamento semplici e non rischiosi di pazienti già conosciuti o in cura. Motivi di opportunità devono portare il sanitario a richiedere di norma un consenso espresso; ricordiamo comunque che la forma orale è ancora oggi prevalente anche nei casi di prescrizioni diagnostiche e terapeutiche più impegnative. È evidente che in tale situazione la mancata produzione di una documentazione scritta non influisce sulla validità del negozio, ma solo sulla difficoltà di provarlo, che in caso di contestazioni avverrà attraverso testimoni o per presunzioni semplici (scripta manent, verba volant). Da notare inoltre che in tali casi possono risultare dirimenti alcune prove la cui affidabilità aumenta in caso di congruenza verso un comune regime probatorio:

- Le testimonianze del personale di studio.
- Le annotazioni (anche generiche) sulla cartella clinica.
- La disponibilità di preventivi analitici.
- La dimostrazione di successivi appuntamenti a conforto di una volontà del paziente di sottoporsi alle cure.

Diverso è il problema dell'opportunità di ottenere una manifestazione di consenso in forma scritta, utile ai fini probatori per documentare l'esatto adempimento del dovere di informazione e l'ulteriore momento di riflessione da parte del paziente. Si deve tenere, quindi, presente che gli odontoiatri devono trarre ormai le conseguenze della dottrina giuridica, della giurisprudenza e dell'opinione pubblica e considerare l'opportunità di fare un uso sistematico di un consenso scritto sufficientemente informato. Per il futuro, quindi, è auspicabile il ricorso sempre maggiore alla forma scritta sia attraverso formule generiche di sottoscrizione sia mediante moduli specifici. La forma più semplice proponibile in odontoiatria consiste nell'adozione di un modulo prestampato: che contenga in calce poche righe che riassumano la descrizione del contenuto dell'informazione prestata (cioè le complicanze e gli esiti concretamente prevedibili). In tale direzione possono risultare utili la conservazione in archivio dei certificati di conformità delle protesi (L. 93/42 CEE) ed eventuali lettere spedite al paziente in caso di abbandono delle cure. Si deve, infatti, ricordare, che l'importanza di una corretta informazione è peraltro sottolineata sia nella fase preliminare, che nella fase dopo l'esecuzione della prestazione e anche nel caso di cessazione del rapporto di cura per volontà unilaterale del paziente.

## 4. Il vizi di consenso

Uno dei principali motivi di contestazione in ambito sanitario è la mancanza di consenso conseguente a un'informazione deficitaria che induce il paziente a intraprendere terapie alle quali, se correttamente edotto sulle complicanze, non si sarebbe sottoposto. Il concetto trova riscontro nell'espressione vizi di consenso (Artt. 1427-1440 cc), in materia contrattuale, con cui si fa riferimento ai vizi della volontà intesi come elementi perturbatori che si inseriscono nel processo formativo della volontà fuorviandola; cioè il soggetto pone in essere un atto che altrimenti non avrebbe compiuto. I vizi (errore, dolo e violenza morale) sono considerato difetti genetici (originari) della causa del contratto e determinano l'inefficacia del contratto in forma di annullabilità.

L'errore costituisce una falsa rappresentazione della realtà e può essere di due specie:

- Errore ostativo (ostacolo) che si realizza quando si determina divergenza tra dichiarazione e volontà. Ad esempio il paziente dice il nome di una terapia o indica un dente da curare ma ne intende un altro.
- Errore vizio quando una falsa rappresentazione incide sul processo formativo della volontà. Ad esempio il paziente pensava di accettare di sottoporsi ad un trattamento odontoiatrico diverso da quello che in realtà era, come una protesi mobile invece di una fissa.

L'errore, per essere causa di annullabilità del negozio deve essere:

- Essenziale, tale cioè da determinare la parte a concludere il negozio; nel nostro caso convincere il paziente a sottoporsi a quello specifico trattamento eseguito al quale in realtà non voleva sottoporsi.
- Riconoscibile dall'altro contraente con la normale diligenza (Art. 1431 cc). Cioè identificabile da parte di un odontoiatra in una situazione analoga; viceversa operare in buona fede, non avendo riconosciuto l'errore del paziente, esclude l'illecito (principio della conservazione e affidamento nella tutela del contratto).

Il dolo (Artt. 1439-1440) va inteso come dolo-vizio della volontà, diverso dal dolo elemento psicologico del reato; cioè come artificio o raggiro di un soggetto (deceptor) in grado di determinare un altro soggetto (deceptus) a porre in essere un negozio che altrimenti non avrebbe concluso. Da questo *dolus malus* va distinto il *dolus bonus* che non ha alcuna rilevanza giuridica; in ambito commerciale è rapportabile, ad esempio, alla normale esaltazione della qualità di un prodotto a scopo pubblicitario. Nel settore odontoiatrico possiamo pensare alla normale descrizione che l'odontoiatra può fare dei vantaggi inerenti la proposta terapeutica e della propria esperienza e capacità clinica per rassicurare il paziente. La violenza morale (Artt. 1434-1438) consiste nella minaccia di un male ingiusto (antigiuridico) e notevole (di una certa entità) per determinare un soggetto sensato a compiere un negozio. Ipotesi che non risulta applicabile

all'odontoiatria data la eccezionalità di patologie con conseguenze gravi da trattare in regime di emergenza, da cui la possibilità e la consuetudine diffusa dei pazienti di consultare diversi professionisti per verificare la necessità e priorità degli interventi.

4.1 La completezza dell'informazione presupposto di un valido consenso L'informazione altro non è che la verità di quanto può realmente accadere al paziente, il consenso la sua autorizzazione a procedere: da un'informazione incompleta deriva un'autorizzazione non valida e quindi un atto arbitrario. Riteniamo che in odontoiatria non serva un'informazione diffusa di dettaglio, ma una ragionevole quantità di informazioni commisurate in base alla consueta pratica professionale che un qualsiasi odontoiatra ragionevole fornirebbe. Per quanto riguarda il contenuto è difficile un'astratta predeterminazione quantitativa e qualitativa degli elementi di informazione, problema che deve essere risolto in concreto nei singoli casi in conformità ai principi di correttezza e di buona fede; evitando la frettilosità di tale adempimento, la sottovalutazione dei rischi e il mancato ascolto del paziente. La ragionevolezza e l'adeguatezza dovrebbe comportare l'esclusione del flusso informativo di considerazioni inutili e mantenere un rapporto di diretta proporzionalità tra rischio e informazione.

- Negli atti di routine, di comune uso e applicazione, il sanitario può limitarsi a comunicare al paziente le informazioni strettamente necessarie, scendendo nei dettagli solo su specifica richiesta.
- È opportuno che l'informazione diventi più dettagliata in relazione agli interventi più rischiosi in modo da mettere il paziente in condizioni di valutare la convenienza del trattamento. Esiste la necessità di rappresentare al paziente solo le conseguenze tipiche del trattamento e non quelle atipiche.
- Nei casi in cui il sanitario si renda conto della difficoltà del paziente a comprendere le spiegazioni (ad esempio per inabilità o incapacità temporanea); è opportuno soprassedere all'atto sanitario procrastinabile senza danni, rinviando il colloquio in modo da trovare una comune base di comunicazione.

Da ricordare comunque che il consenso informato non elimina la possibilità di una indagine in tema di responsabilità del sanitario in caso di esito sfavorevole dell'intervento, ne tantomeno giustifica eventuali errori conseguenti a malpratica.

## 5. Profili di responsabilità per omessa o incompleta informazione

I profili di responsabilità per omessa o incompleta informazione da parte del sanitario risultano molteplici dal momento che il paziente esprime, con un unico consenso, due diverse manifestazioni di volontà (tabella 1).

- Il consenso come presupposto della legittimità del trattamento in quanto espressione del diritto di autodeterminazione della propria

salute; principio il cui mancato rispetto rappresenta fonte di responsabilità penale in quanto delitto contro la libertà morale (Art. 610 cp) e, in ipotesi di lesioni personali, in quanto delitto contro la vita e l'incolumità individuale (Art. 582, 590 cp).

- Il consenso al contratto relativo alla prestazione sanitaria; in sede civile possibile fonte di responsabilità contrattuale per violazione del dovere generale di correttezza (Art. 1175 cc) e di informazione. Ne consegue l'annullabilità del contratto per vizio di consenso (Artt. 1427-1440 cc) e la responsabilità extracontrattuale in ipotesi di lesioni (Art. 2043 cc).

Ricordiamo che date le caratteristiche stesse della prestazione odontoiatrica (piani di terapia che richiedono numerosi appuntamenti, applli-

cazione di cure di routine generalmente note a tutti i pazienti indipendentemente dal loro grado di cultura), l'informazione in odontoiatria deve ritenersi soddisfatta nella quasi totalità dei casi.

Probabilmente, da tale dato di fatto deriva la scarsità della casistica giurisprudenziale, inerente la responsabilità per violazione dell'obbligo di informazione, nello specifico settore odontoiatrico, nei confronti, invece, di una vasta produzione disponibile nell'ambito medico (in particolare nella chirurgia generale ed estetica). Il limite della elaborazione dottrinale e giuridica applicata in medicina legale, consiste nella mancanza di specificità e nella interpretazione per analogia trasportata dall'ambito medico a quello odontoiatrico in modo arbitrario.

