

Consulenza medica e consenso informato

SOMMARIO: 1. Premessa 2. La consulenza medica: una prestazione medica o uno strumento di comunicazione? 3. Consulenza medica e telemedicina 4. Consulenza medica e consenso informato: due volti della stessa medaglia.

1. Premessa

La consulenza è uno strumento ricorrente in ambito sanitario attraverso il quale è possibile informare e spiegare le prestazioni mediche al paziente. È, al pari dell'informativa e del consenso informato un mezzo per raccogliere la volontà della persona ma si differenzia per il suo carattere d'indipendenza e di unitarietà.

È sorgente di suggerimenti per la gestione del problema, non solo per la sua risoluzione, nell'ottica di poter conseguire un giudizio clinico complessivo¹.

Con la consulenza medica si crea un rapporto, un confronto sicuro tra il consultato ed il consulente così come accade in ambito assicurativo e finanziario², in cui è di sostegno al cliente per meglio pianificare i suoi investimenti e le proprie coperture. Due discipline diverse ma che fanno ricorso al medesimo strumento. È interessante quindi l'esame della consulenza in ambito sanitario nell'ottica di poter esser di spunto per l'ambito finanziario assicurativo evidenziandone anche gli aspetti comuni.

2. La consulenza medica: una prestazione medica o uno strumento di comunicazione?

La consulenza medica nasce come rapporto tra medico ed altro medico e non tra medico e paziente. Solo con il tempo ha assunto anche questa seconda veste, per cui si è trattato di consulenza non solo tra medico e medico ma anche tra medico e paziente, genericamente in tutto l'ambito ospedaliero, più specificatamente in determinate discipline come in campo genetico³ o di procreazione medicalmente

¹ G. PARISI, L. PASOLLI, *Clinica, relazione, decisione. La consultazione medica nelle cure primarie*. FrancoAngeli 2016.

² M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002

³ M. CASINI, *La consulenza genetica in Italia: problemi, regole di consenso informato, trattamento dei dati genetici e privacy in Medicina e morale*, 2009, fasc. 6 pag. 1121 - 1151

assistita⁴, in cui viene anche regolamentata. Nella quotidianità, infatti, era ed è più ricorrente l'utilizzo del termine visita medica, piuttosto che di consulenza medica. Visita che poi si struttura in una parte consulenziale in cui il medico descrive le proprie capacità professionali, instaura un rapporto con il paziente e spiega al paziente le prestazioni mediche e di una parte diagnostica in cui, identificato il problema del paziente, vi si associa, quindi, la cura.

Una nozione⁵ di consulenza medica è possibile rinvenirla nelle linee guida per test genetici del 1998 del Comitato per la biosicurezza e le biotecnologie⁶ in cui veniva precisato che «le informazioni fornite prima del test dovrebbero offrire al potenziale utente la possibilità di comprendere ciò che gli viene comunicato e di esprimere le proprie valutazioni e le preoccupazioni relativamente ai vari aspetti del test. Il colloquio diretto con il consulente ha particolare rilevanza per coloro che non possono o non sanno leggere e quindi non sono in grado di utilizzare materiali scritti...tale processo consultoriale è una tappa essenziale sia nella sperimentazione del test che nel suo uso routinario. Infatti, in entrambe le situazioni, è della massima importanza che il consenso informato nasca da un dialogo nel corso del quale il potenziale utente riceve dal sanitario che gestisce il test genetico informazioni complete e accurate riguardo a tutte le possibili implicazioni dei risultati ottenibili».

Un dialogo tra paziente e medico che proprio attraverso il consulto riesce a trasmettere tutte le informazioni necessarie al test. Si è parlato di principio di *Beratungsvorbehalt*, cioè principio della

⁴ Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, art.7 legge n.40 del 2004, linee guida 2015 in cui si enuncia come l'attività di consulenza sia un processo di comunicazione, riconosciuto di grande beneficio, correlato ad ogni tipo di trattamento offerto. Ogni centro di PMA dovrebbe prevedere la possibilità di consulenza alla coppia e la possibilità di un supporto psicologico per la donna e le coppie che ne abbiano necessità.

⁵ Interessante è anche il concetto di consulenza nel libro di ERIKA GIORGINI *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, collana Scienze assicurative, vol. 8, 2017, in cui è stata data una chiara nozione di cosa sia la consulenza in ambito finanziario definendola come una prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario . La raccomandazione, in questo caso è da intendersi personalizzata quando rappresenta il cliente, rappresenta le sue scelte individuali. Al contrario, una raccomandazione non è personalizzata se viene diffusa al pubblico.

⁶ www.governo.it/biotecnologie/documenti/linee_guida_test_genetici.pdf “«le informazioni fornite prima del test dovrebbero offrire al potenziale utente la possibilità di comprendere ciò che gli viene comunicato e di esprimere le proprie valutazioni e le preoccupazioni relativamente ai vari aspetti del test. Il colloquio diretto con il consulente ha particolare rilevanza per coloro che non possono o non sanno leggere e quindi non sono in grado di utilizzare materiali scritti. Possono essere usate anche altre modalità di comunicazione che siano comunque idonee a fornire quelle informazioni supplementari, di solito fornite in forma scritta, che hanno lo scopo di rafforzare la comprensione dei problemi trattati (sistemi audiovisivi). Nel caso delle persone non udenti deve essere presente al colloquio un interprete della lingua dei segni, ed è utile avvalersi anche dell'ausilio di materiali scritti o visivi. Nel caso in cui il soggetto comprenda con difficoltà la lingua italiana, si dovrà ricorrere all'aiuto di un traduttore nella/dalla lingua del potenziale utente. Particolare attenzione deve essere posta al contesto culturale dal quale proviene il soggetto, soprattutto se appartenente ad altre etnie, in modo da adeguarsi al suo livello di comprensione ed al suo sistema di valori. Il consenso informato ad un test genetico è il risultato di un processo che deve aiutare il soggetto a decidere se sottoporsi o meno al test. Tale processo consultoriale è una tappa essenziale sia nella sperimentazione del test che nel suo uso routinario. Infatti, in entrambe le situazioni, è della massima importanza che il consenso informato nasca da un dialogo nel corso del quale il potenziale utente riceve dal sanitario che gestisce il test genetico informazioni complete e accurate riguardo a tutte le possibili implicazioni dei risultati ottenibili”. V. anche R. DAMM, *Prädiktive Medizin und Patientenautonomie. Informationelle Persönlichkeitsrechte in der Gendiagnostik*, *MedR*, 1999, 437, e 439 per cui si parla di medicina loquente, espressione della cooperazione tra medico e paziente.

riserva di consulenza, previsto dal legislatore austriaco nel par. 69, comma 1, GTG per cui, in Austria, sussiste una consulenza genetica prima e dopo lo svolgimento dei test, con richiesta di certificazione sottoscritta dal consultando e il rendiconto del consulente. Uno strumento, è stato scritto, quello della consulenza, di tutela empirica e giuridica dell'individuo, relativamente nuovo perché, in effetti, gli strumenti classici di tutela del paziente con il medico sono il consenso e l'informazione.

È necessario, quindi valutare il rapporto tra informazione (Aufklärung) e consulenza⁷ (Beratung), considerando che comunque il consenso segue entrambe e considerando anche che la consulenza, se ben fatta, supera l'informazione.⁸

Eppure la consulenza medica non è protagonista nel nostro paese nelle pagine della dottrina, nelle norme e nei regolamenti se non, come abbiamo visto, nei casi in cui è espressamente prevista a differenze invece di altre materie come in ambito finanziario, in cui attraverso la MiFID (Market in Financial Instrument Directive) la consulenza si è riappropriata di uno spazio tra i servizi e le attività di investimento riservate ex artt.1, comma5, lett. f, e 18, comma 1, del t.u.f.. L'articolo 4 paragrafo 1, punto 4, della direttiva 2014/65/UE⁹ ha disposto che "la consulenza in materia di investimenti¹⁰ è

⁷ In ambito finanziario si distingue tra consulenza strumentale e consulenza pura, a tal proposito M.T. PARACAMPO, *Gli obblighi di adeguatezza nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.* 2007 in cui si scrive come la consulenza strumentale si distingue da quella pura in quanto insita, come fase connaturale, nella prestazione di ogni servizio di investimento, che si conclude con la valutazione di adeguatezza della specifica operazione in consequenzialità, guardando al profilo finanziario e al rischio dell'investitore. Forse la medesima distinzione andrebbe apportata anche nel rapporto tra informazione e consulenza precisando quanto l'informazione a differenza della consulenza faccia parte di una prestazione complessa e quindi a differenza della consulenza abbia un grado di strumentalità maggiore finalizzato al completamento della prestazione medica.

⁸A. DIURNI, *Esperienze di regolamentazione della diagnostica genetica* in *Danno e Resp.*, 2017, 7, 660.

⁹ Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE Testo rilevante ai fini del SEE

¹⁰ Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58: Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 520F, aggiornato con le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 84 del 14.7.2020, dal D.L. n. 76 del 16.7.2020, coordinato con la legge di conversione n. 120 dell'11.9.2020 e dal D.L. n. 104 del 14.8.2020, coordinato con la legge di conversione n. 126 del 13.10.2020 in www.consob.it
Art. 24- bis, Consulenza in materia di investimenti.

1. In caso di esercizio della consulenza in materia di investimenti il cliente è informato, in tempo utile prima della prestazione del servizio, anche di quanto segue:

- a) se la consulenza è fornita su base indipendente o meno;
- b) se la consulenza è basata su un'analisi del mercato ampia o più ristretta delle varie tipologie di strumenti finanziari, e in particolare se la gamma è limitata agli strumenti finanziari emessi o forniti da entità che hanno con il prestatore del servizio stretti legami o altro stretto rapporto legale o economico, come un rapporto contrattuale talmente stretto da comportare il rischio di compromettere l'indipendenza della consulenza prestata;
- c) se verrà fornita ai clienti la valutazione periodica dell'adeguatezza degli strumenti finanziari raccomandati.

2. Nella prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti su base indipendente, si applicano le seguenti regole:

a) è valutata una congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che siano sufficientemente diversificati in termini di tipologia ed emittenti o fornitori di prodotti in modo da garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano opportunamente soddisfatti e non siano limitati agli strumenti finanziari emessi o forniti:

- i) dal prestatore del servizio o da entità che hanno con esso stretti legami, o
 - ii) da altre entità che hanno con il prestatore del servizio stretti legami o rapporti legali o economici, come un rapporto contrattuale talmente stretto da comportare il rischio di compromettere l'indipendenza della consulenza prestata;
- b) non sono accettati e trattenuti onorari, commissioni o altri benefici monetari o non monetari pagati o forniti da terzi o da una persona che agisce per conto di terzi, ad eccezione dei benefici non monetari di entità minima che possono migliorare la qualità del servizio offerto ai clienti e che, per la loro portata e natura, non possono essere considerati tali

la prestazione di raccomandazioni personalizzate ad un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa dell'impresa di investimento, riguardo ad una o più operazioni relativa a strumenti finanziari"¹¹. La consulenza, quindi, acquisisce l'aggettivo di personalizzata, adeguata alla persona che ne fa richiesta,¹² al fine di far ricorso a strumenti finanziari più idonei al caso concreto. Diversamente dall'ambito medico, in cui invece, trattando delle prestazioni, si scrive¹³ che il contratto d'opera professionale del medico ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale e che all'interno del rapporto giuridico tra medico e paziente vi sono indubbiamente obblighi di informazione, di protezione e che la modulistica con cui si raccoglie il consenso informato possa essere un punto di partenza per ricostruire la prestazione medica in senso stretto – attività diagnostica e terapeutica- ma poco si scrive sull'attività di consulenza, quasi che la stessa non andando ad incidere sulla persona, se non seguita da una prestazione effettiva, non debba trovare rilevanza.

In giurisprudenza è stata affrontato il delicato tema della consulenza medica in ambito penalistico, vi sono state, a riguardo, pronunce che hanno analizzato la prestazione consulenziale in relazione alla posizione di garanzia del medico. Il quesito, infatti, è stato se il medico che si trovi a fare consulenza possa ricoprire o meno per il paziente una posizione di garanzia e quindi assumere una responsabilità nel caso in cui possano poi insorgere delle complicanze.

Interessante a tal proposito alcune sentenze, in ambito ospedaliero, tra specialisti, che indirttamente forniscono strumenti per distinguere tra consulenza semplice, consulenza resa avanti ad una patologia ad evidente ed elevato rischio ed infine la consulenza seguita da prescrizione di esami.

Nella sentenza n.13573 del 2018¹⁴, per esempio, è stato ritenuto responsabile il medico specialista in cardiologia a cui era stato mandato un paziente, dal pronto soccorso, per svolgere una consulenza. Un paziente che si presentava con dolore toracico tipico per sindrome coronarica, in concomitanza di plurimi fattori di rischio, come la condizione di ex fumatore e di iperteso, la familiarità per infarto miocardico, per il quale non attese di conoscere l'esito delle analisi prescritte in pronto soccorso, relative proprio al dosaggio delle troponine, marcatori cardiaci ed omise di dare rilievo ad alcuni segnali rinvenibili nel tracciato dell'elettrocardiogramma. Correttamente, per la Corte di Cassazione, la Corte territoriale non aveva importanza al fatto che non vi fosse la possibilità di trattenere il

da pregiudicare il rispetto del dovere di agire nel migliore interesse dei clienti. Tali benefici non monetari di entità minima sono chiaramente comunicati ai clienti

¹¹ G. RISSO *Consulenza in materia di investimenti e tutela dell'investitore nella direttiva MIFID: tra armonizzazione europea e soluzioni interpretative nazionali*, in *Contr. Imp. Eu.*, 2014, p.821 e p. 823.

¹² F. TEDESCHI *Mifid. La consulenza finanziaria e l'ambito di applicazione ai promotori finanziari*, in www.dirittobancario.it, 2008.

¹³ C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico, dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, cit. pag. 245.

¹⁴ CED Cass. pen. 2019; sulla stessa linea v. anche *Diritto & Giustizia* 2020, 11 febbraio con nota di S. GENTILE; *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)* 2020, 2, 1197; *Ilpenalista.it* 23 NOVEMBRE 2020 con nota di NIZZA VITTORIO.

paziente presso il reparto di cardiologia in attesa del risultato delle analisi ematiche in quanto non era il luogo di attesa del paziente che ha condizionato la completezza della diagnosi da parte del medico ma la verifica delle analisi, senza la quale la diagnosi non poteva essere formulata, così come giustamente non è stato dato rilievo alla prassi ospedaliera, tale per cui il paziente effettuava la consulenza specialistica da cui ne discendeva una diagnosi provvisoria e quindi il rinvio al pronto soccorso per concludere l'iter diagnostico. Viene biasimata, in sentenza, la diagnosi provvisoria¹⁵ che veniva fondata su dati incompleti e per questo non assumibile come *modus operandi* se ad essa non fosse accompagnata anche una procedura di completamento diagnostico, per assicurare una tempestiva diagnosi, inquivocabilmente definita, fondata su tutti gli accertamenti svolti, non appena consultabili.

In conclusione, veniva affermato, che il cardiologo interpellato per una consulenza, in situazione di urgenza, una volta disposti dal reparto di pronto soccorso gli esami clinici utili all'individuazione di una patologia cardiaca, non potesse esimersi in alcun caso dal fornire allo specialista, che quella consulenza ha richiesto, le valutazioni cliniche desumibili dalla lettura delle analisi che esprimano elementi sintomatici tipici di quel tipo di affezioni, limitandosi a formulare una diagnosi non definitiva e rimettendo la verifica degli ulteriori accertamenti diagnostici al medico richiedente.

Posizione quindi, ferrea, quella della Corte, diversamente dalla sentenza, sempre nel 2018, con la n. 53349¹⁶ in cui aveva, parzialmente, temperato questo dovere dello specialista. In quello specifico caso era emerso, infatti, come i risultati degli ulteriori accertamenti eventualmente disposti dall'urologo "applicato" in sede di visita ambulatoriale, non dovessero essere necessariamente valutati dal predetto sanitario, dovendo essere analizzati dal medico urologo di turno al momento dell'ulteriore visita successiva all'effettuazione degli esami stessi. Il sistema organizzativo dell'ambulatorio urologo dell'ospedale non prevedeva, infatti, che il medico che aveva prescritto una visita avesse anche poi il compito di seguire gli esiti degli esami ed i relativi referti, consultandoli solo quando e se il paziente si ripresentava dopo aver eseguito gli esami.

Il medico non è responsabile perché quello che rileva è l'organizzazione della struttura ospedaliera, in quanto il sanitario che inizia l'intervento assumendo l'anamnesi e disponendo eventualmente ulteriori accertamenti non è necessariamente identico a quello che conclude l'intervento formulando una diagnosi e predisponendo una terapia.

¹⁵ Sulla diagnosi provvisoria vedi anche A. FOTI, *Prima diagnosi sbagliata e decesso del paziente: il medico non è responsabile se la vittima si è rifiutata di sottoporsi ad ulteriori esami specialistici*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.0, 2014, pag. 48

¹⁶ Cassazione Penale 2019, 7, 2681, CED Cass. pen. 2019

Ma ancora, nel 2018 la sentenza n. 24068¹⁷ della Cassazione penale in cui si affronta un altro caso di responsabilità professionale sanitaria, specificando come, da sempre, in giurisprudenza il medico di pronto soccorso in virtù della propria posizione di garanzia a tutela della salute dei cittadini bisognosi di primo intervento rimanga investito della posizione di garanzia anche laddove, dopo aver disposto il ricovero del paziente in un reparto specialistico, nuovamente interpellato dal personale paramedico per un consulto, senza che fosse stato allertato il medico di turno responsabile del reparto, avesse continuato a prestare assistenza al paziente disponendo ulteriori trattamenti terapeutici.

Vicerversa, per quanto attiene la posizione di garanzia del medico che sia stato interpellato per un semplice consulto specialistico, il principio presentando in sentenza, è quello per cui in tema di responsabilità professionale, il medico che, sia pure a titolo di consulto, accerti l'esistenza di una patologia ad elevato ed immediato rischio di aggravamento, in virtù della sua posizione di garanzia ha l'obbligo di disporre personalmente i trattamenti terapeutici ritenuti idonei ad evitare eventi dannosi ovvero, in caso di impossibilità di interventi, è tenuto ad adoperarsi facendo ricoverare il paziente in un reparto specialisitico, ovvero nel caso in cui non vi sia disponibilità di posti letto nel reparto specialisitico richieda che l'assistenza specializzata venga presta nel reparto dove il paziente si trova ricoverato e questo perché il medico chiamato a consulto è pur sempre gravato degli stessi doveri professionali del medico che ha in carico il paziente e non può esonerarsi adducendo che è stato chiamato solo per valutare una specifica situazione.¹⁸

Quindi emerge un andamento sulla posizione della consulenza e dello specialista che fa consulenza, che si basa su fattori quali: il sistema organizzativo ospedaliero, la gravità della patologia della persona ed infine il controllo esercitato dallo specialista che ha dato consulto sul paziente prima e dopo la visita. Emerge una consulenza che rileva sia come consulenza o visita specialista, semplicemente intesa e scoordinata da altro e la consulenza all'interno del meccanismo sanitario quale momento chiarificatore, ulteriore, richiesto per diagnosticare la pataologia del paziente. Allo stesso modo, però, sembra emergere anche come la consulenza, semplicemnte intesa, da definire pura, non gravi di particolari posizioni il medico se non solo quando investita oltre che dal consulto anche da esigenze emergenziali.

È interessante e tornando alla consulenza in ambito finanziario, osservare le similitudini. Ci sono, infatti, posizioni della dottrina che scindono anche la consulenza finanziaria tra consulenza strumentale e consulenza pura prevedendo la prima, quella strumentale (o c.d. illustrativa) come insita, come una fase connaturale, nella prestazione di ogni servizio di investimento allo stesso modo

¹⁷ Ipenalista.it 23 AGOSTO 2018 con nota di V. NIZZA ; *Guida al diritto* 2018, 28, 85

¹⁸ Cass. pen. sez. IV, 26/01/2010 n. 3365 con nota di M. DRAGONE *Il medico chiamato per un consulto prende in carico il paziente, al pari del medico che l'ha in cura* in www.personaedanno.it, 2010.

della consulenza medica all'interno di un meccanismo ospedaliero, per cui dal pronto soccorso si passa al reparto specialistico e viceversa¹⁹. In giurisprudenza a proposito della consulenza in ambito finanziario è stato detto che “l'intermediario, allorchè negozia un *interest rate swap*, deve prestare una specifica consulenza al cliente, indipendentemente dalla conclusione di un apposito contratto di consulenziale, sul solo presupposto che la natura stessa dello strumento finanziario richiede che nella definizione dei suoi contenuti e quindi delle condizioni dell'alea, l'intermediario si raffiguri il miglior interesse del cliente, del tutto irrilevante restando il motivo che lo abbia indotto a contrattare, sia esso di copertura ovvero speculativo”.²⁰ Anche in questo caso, così come per l'ambito medico è l'interesse del cliente da salvaguardare, cercando di conseguire il *best interest*.

3. Consulenza medica e telemedicina.

La consulenza medica, semplice, o come l'abbiamo chiamata prima pura, sembrerebbe, invece, riappropriarsi di una sua posizione solo oggi, attraverso la telemedicina a cui è stato necessario fare ricorso a causa del virus covid -19. Il termine telemedicina è stato introdotto negli anni 70 dallo statunitense Thomas Bird ed indica la pratica della medicina senza l'usuale confronto fisico tra medico e paziente, utilizzando un sistema di comunicazione interattivo multimediale.²¹

In dottrina la telemedicina è stata individuata in video consulenze, prescrizioni elettroniche, gestione e monitoraggio a distanza di sintomi e di parametri vitali²².

Una sentenza, della Corte di Giustizia europea del 2020²³ ha fatto un po' anche da apripista in questo tempo per la telemedicina. Infatti, attraverso il quesito giudiziale, se la consulenza telefonica su

¹⁹ M.T. PARACAMPO, *Gli obblighi di adeguatezza nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007. Al contrario risulta la posizione di F. PARRELLA, *Il contratto di consulenza finanziaria* in E. Gabrielli e R. Lerner (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, Utet, 2010 in cui si sostiene come non si possa, alla luce della MiFID esservi più una distinzione tra consulenza pura e strumentale, in quanto anche questa rientra nella prestazione principale.

²⁰ L. CALZOLARI, *Una sentenza in materia di contratti swap poco in linea con il diritto nazionale ed europeo*, in *Riv. Soc.*, 2014, p.441 e ss nota a sentenza Corte App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459.

²¹ L. BEOLCHI, A DAUTOVA (2000). *Telemedicine Glossary, Glossary of standards, concepts, technologies and users*. Dg Infso-B1 version 2.10. L'OMS ha definito la telemedicina “l'organizzazione di servizi di cura ed assistenza, in situazioni in cui la distanza è un fattore critico, da parte di qualsiasi operatore sanitario attraverso l'impiego delle tecnologie informatiche e della comunicazione per lo scambio di informazioni utili alla diagnosi, al trattamento e alla prevenzione di malattie e traumi, alla ricerca e alla valutazione e per la formazione continua del personale sanitario, nell'interesse della salute dell'individuo e della comunità”v. WHO Organization (1997). *A health development: report of the WHO group consultation on health telematics*, 11-16 December, Geneva. WHO press. P. 1-40.

²² G. RICCI, L. LEONIDA CAMPANIZZU, G. NITTARU, A. SIRIGNANO *La telemedicina come una risposta concreta alla pandemia da Sars-Cov-2 Telemedicine as a concrete response to covid-19 pandemic* in *Rivista italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)* fasc.2, 1Aprile 2020, pag.925.

²³ Sentenza 5 marzo 2020 della Corte di Giustizia UE, causa C-48/19, sul regime di esenzione IVA delle cure prestate telefonicamente, con nota di G. FORMICA E F. MANZO *Il trattamento iva delle prestazioni di telemedicina* in *Fisco*, 2020, 45, 4324.

argomenti relativi la salute possa o meno essere esente iva di cui all'art. 132, paragrafo 1, lett. c), della Direttiva IVA si è data nozione di cosa possa essere riconosciuto come consulenza medica, seppur non effettuata in presenza e cosa invece non lo è.

I giudici europei dopo aver specificato che la nozione di "prestazioni mediche" riguarda attività finalizzate a diagnosticare, curare e, nella misura del possibile, guarire malattie o problemi di salute hanno indicato che la finalità terapeutica non va intesa in un'accezione particolarmente restrittiva.²⁴

Le consultazioni consistenti nello "spiegare le diagnosi e le terapie possibili nonché nel proporre modifiche dei trattamenti seguiti, dal momento che consentono alla persona interessata di comprendere la sua situazione sul piano medico e, se del caso, di agire di conseguenza, segnatamente di assumere o di non assumere un determinato farmaco, possono perseguire uno scopo terapeutico e rientrare, a tale titolo, nella nozione di 'prestazioni mediche', ai sensi dell'art. 132, paragrafo 1, lettera c), di detta Direttiva".

Quindi la consulenza medica è prestazione medica sia se effettuata telefonicamente, sia se effettuata in presenza, sia che vi segua una terapia, sia che non²⁵ vi segua una terapia ma sia solo uno strumento per spiegare alla persona il suo stato di salute. Questa è la consulenza medica oggi, è la spiegazione anzi la comunicazione verbale che spiega al paziente la sua condizione. In questo tempo di pandemia la consulenza medica è telemedicina²⁶ che diventa uno strumento per l'erogazione di servizi di assistenza sanitaria, attraverso il ricorso a tecnologie innovative, come le *Information and Communication Technologies* (ICT), in situazioni in cui il medico e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località. La consulenza medica non è però solo consulenza tra medico e paziente nella telemedicina ma è anche teleconsulto e quindi consulenza a distanza fra medici, che permette a uno di essi di chiedere il consiglio di uno o più altri specialisti, in ragione della loro specifica formazione e competenza.

²⁴ Negli stessi termini, Corte di Giustizia, sentenza del 10 giugno 2010, causa C-86/09, Future Health Technologies, punto 40, secondo cui "Sebbene le 'cure mediche' e le 'prestazioni mediche' debbano avere uno scopo terapeutico, non ne consegue necessariamente che la finalità terapeutica di una prestazione debba essere intesa in un'accezione particolarmente rigorosa (v. sentenze 11 gennaio 2001, causa C-76/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-249, punto 23; 20 novembre 2003, causa C-212/01, Unterpertin ger, Racc. pag. I-13859, punto 40, e L.u.P., cit., punto 29)" in www.eur-lex.europa.eu

²⁵ In Italia abbiamo a disposizione le "Linee di indirizzo generali sulla telemedicina" della Conferenza Stato Regioni del 20 febbraio 2014. Recentemente, il Rapporto dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) del 13 aprile 2020 (recante "Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19") mentre a livello internazionale l'Organizzazione Mondiale della Sanità OMS ha presentato le Recommendations on digital interventions for health system strengthening del 17 aprile 2019.

²⁶ In ambito finanziario ricordiamo la tecnofinanza cioè la fornitura di prodotti e servizi finanziari attraverso le più avanzate tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT). V. S. LANDINI, Legal Constraints agli investimenti finanziari di lungo periodo nell'età del breve, Cultura Giuridica e Rapporti Civili, 29, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019

Ecco che allora la consulenza, prima di qualsiasi ulteriore necessità, se non quella di avere notizie sul proprio stato di salute conquista un suo ruolo all'interno delle prestazioni mediche, oggi rafforzato dalla presenza e dal ruolo attribuito alla telemedicina che ha investito la consulenza di quel riconoscimento essenziale e cioè dell'importanza che rappresenta oggi più di ieri il dialogo tra il medico ed il paziente e tra lo specialista ed altro specialista.²⁷

Torniamo, attraverso l'ausilio della consulenza medica anche alle parole della legge del 22 dicembre 2017 n.219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" che all'art.1, comma 8 enuncia come il "il tempo della comunicazione è tempo di cura".

Forse è proprio questo il vero significato di tutto: la comunicazione.

Comunicazione che è stata interpretata dai più nella compilazione di un modulo, nella sottoscrizione di un consenso informato ma che in realtà è altro, il bisogno è quello di una spiegazione più che di una firma o di un modulo informativo, conseguibile con la consulenza medica che non deve essere intesa solo nella sua funzione consulenziale ma anche strumentale all'interno di un percorso terapeutico, che informa attraverso il dialogo quello che il paziente andrà ad effettuare, in una visione procedimentale dell'intera operazione, riprendendo il tema finanziario, che si snoda a partire da tutte le fasi della contrattazione, fino all'esecuzione dei singoli ordini²⁸. Quindi una consulenza intesa sia come atto, prestazione medica sia come strumento finalizzato all'acquisizione di tutte quelle informazioni necessarie per capire l'intervento che sarà praticato dal medico.

La domanda sorge, quindi, spontanea e cioè quale aspetto della consulenza è più rilevante nel rapporto tra medico e paziente? Il suo ruolo di prestazione medica o il suo lato strumentale quale mezzo per aiutare a capire o a far chiarezza su un atto medico? Il suo profilo sostanziale o il suo lato funzionale?.

La risposta, per chi scrive, è sicuramente la seconda. Al di là di come abbiamo incontrato la consulenza medica anche in giurisprudenza (ora come pratica medica, ora come ausilio all'informazione, ora come assunzione di responsabilità) quello che più interessa è il suo ruolo di mezzo, di strumento per arrivare al risultato tanto atteso dal paziente: il suo equilibrio psicofisico.

La consulenza medica ed il consenso informato: due volti della stessa medaglia.

²⁷ Un'indagine condotta in America dalla *Technology Advice Research* per valutare la fiducia allo strumento della telemedicina ha evidenziato che le persone sono disposte a programmare consulenze virtuali a patto però di aver precedentemente conosciuto il medico di persona prima. LUZ PLD (2019). *Telemedicine and the Doctor/Patient Relationship. Arq Bras Cardiol*, 113 (1):100-102. Doi: 10.5935/abc.20190117.

²⁸ ERIKA GIORGINI *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, in *Collana Scienze assicurative*, vol. 8, 2017

Ecco che quindi ci spostiamo sull'ultimo fronte della consulenza e quindi al suo rapporto con il consenso informato²⁹. Come già precisato, si parla di consulenza medica già nella legge sul consenso informato, infatti si dice che il tempo di cura è tempo di dialogo ma credo sia necessario focalizzare l'attenzione su entrambi, al fine di rimarcare il differente ruolo che svolgono.

Il consenso informato, infatti, tema caldo soprattutto negli ultimi anni, svolge il delicato compito di raccogliere la volontà della persona ad una determinata prestazione medica. Questo suo difficile ruolo, purtroppo, però, è passato dall'essere svolto in modo ordinato ad essere praticato in assenza di un reale e vero bisogno. Tutta l'ars medica è diventata un consenso per il paziente, si è abusato di un modulo per proteggersi dalle richieste relative a possibili conseguenze anche fisiologiche delle prestazioni mediche, per poi scoprire, però, che anche quel modulo era oramai diventato un ulteriore strumento di giustizia per il malato. Il meccanismo di medicina difensiva che vedeva nel consenso lo strumento per evitare che il paziente ricorresse al sistema giudiziario, è diventato un mezzo per conseguire risarcimenti del danno anche se il danno non c'è realmente stato. Si è dato portata e voce ad un principio di autodeterminazione che sì, esiste, ma non può diventare il fine di ogni mezzo. Il principio di autodeterminazione³⁰ insito nell'art.32 della nostra carta costituzionale va interpretato in modo che sostenga il sistema sanitario oltre che il paziente, in una visione unitaria del diritto alla salute e non parziaria e quindi non come un diritto del paziente al tutto e al più di tutto. Il dovere del medico e dell'ospedale, soprattutto in ambito pubblico è un dovere di cura e non di accanimento nella cura o di assecondamento nelle cure. Il medico ha un sapere che è la sua conoscenza medica che non può essere interpretata ma solo applicata al caso, non può essere accomodata ma solo migliorata nella sua absolutezza attraverso le evidenze scientifiche, i protocolli ospedalieri. In questo quadro si inserisce la consulenza che se intesa come strumento all'interno del percorso non può che superare l'informazione e diventare anche più importante di un consenso informato perché nella consulenza c'è qualcosa che supera il consenso o l'informativa: c'è un dialogo, un rapporto tra il medico ed il paziente, in termini giuridici potremmo identificare la consulenza come un contatto preliminare che

²⁹ A. SANTUOSSO *Il consenso informato* Raffaello Cortina Editore 1996; CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Forum. La legge n.219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in Riv. Biodiritto, n. 1/2018, 21.

³⁰ L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione* in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 9, 1351 (commento alla normativa). L'autrice parla del principio di autodeterminazione spiegando come "Taluno ha osservato che ricostruendo il consenso informato alla stregua di un nuovo dogma della volontà si trascura la sua funzione di garantire il rispetto della persona nei trattamenti sanitari e si rischia di reintrodurre quella reificazione del corpo che proprio mediante il consenso informato si vorrebbe evitare.

Si traspone cioè surrettiziamente nell'ambito dei diritti alla persona il modello proprietario: così come il proprietario può usare o anche distruggere la sua cosa, così il soggetto ha il diritto di distruggere la propria vita. Rispetto alla vita varrebbe invece lo stesso paradosso della libertà: il diritto in cui essa consiste non può essere esercitato in un modo che ne implichi la negazione. In senso analogo, sarebbe forse possibile chiedersi se il principio di autodeterminazione nel nostro ordinamento possa davvero declinarsi in termini assoluti: l'omicidio del consenziente e il divieto di cui all'art. 5 cod. civ. inducono infatti a revocare in dubbio tale assunto."

si instaura tra il medico ed il paziente , si mette a conoscenza della persona quello che dovrà affrontare, gli esami medici, eventuali interventi chirurgici e i postumi di questo percorso che potrebbe comportare, in quanto, l'effettiva tutela del cliente, in questo caso del paziente, non risiede nell'abbondanza delle informazioni disponibili ma nell'affidamento sulla correttezza dell'agire dell'intermediario, in questo caso del medico curante³¹. Si presenta una strada attraverso la consulenza medica, un tracciato che inizia con un dialogo e che procede con quanto previsto dal medico. Da consulenza preliminare, da strumento di dialogo, a conclusione del confronto la consulenza diventa prestazione. Viene accettata e non solo come consulenza ma soprattutto come prestazione medica che ricomprende prestazioni ulteriori e più specifiche. Un percorso in cui ciò che viene permesso al paziente è la possibilità di revocare la sua accettazione al percorso. Il consenso quindi si pone in un momento antecedente per arrestarsi e ciò che rileva davvero è che la consulenza sia stata esaustiva, che ci sia stato un chiaro dialogo tra le parti che si formalizza nella stesura di un atto in cui si acconsente non alla singola prestazione medica ma al percorso terapeutico così come ci è stato presentato e così come è protocollato³² nella struttura sanitaria, più nello specifico nel singolo reparto. Così come accade in ambito finanziario, in cui si parte da una consulenza sul singolo prodotto finanziario per arrivare a concludere un apposito contratto consulenziale, a vendere quel prodotto, a seguire il cliente nei suoi investimenti. Si arriva alla fiducia tra le parti.

Una consulenza che quindi, elimina parte della burocrazia e diventa essa stessa informazione ed informativa, che crea una posizione di garanzia non tanto nel medico quanto nel singolo protocollo sanitario e che risponde a quanto richiesto dalla legge sul consenso: fornisce una pianificazione nella cura.³³

³¹ R. LENER E P. LUCATONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p.377.

³² E. GIUSTI, *l'incidenza delle linee guida e protocolli nell'area sanitaria in Autoassicurazione e gestione del rischio* (a cura di S.LANDINI), Fondazione Cesifin, Alberto Predieri, 2015 p. 99 e s.

³³ ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova Giur. Civ.*, , 2018, II, 247 ss.