



CONSENSO INFORMATO | I pilastri e i nodi nell'ottica giuridica

NELL'ATTIVITA' MEDICA ESERCIZIO DI VERITA' E CURA

di Luciano Eusebi*

1. Il consenso ha un ruolo fondamentale

e, insieme, pone problemi delicatissimi nell'attività medica. Tale ruolo è riconducibile al fatto per cui l'attivazione di un intervento sulla sfera corporea di un individuo umano cosciente e non affetto da problemi psichici, esprimendosi attraverso il corpo la sua soggettività, richiede un rapporto con l'individuo stesso, in quanto interlocutore e soggetto morale.

Il ruolo del consenso, dunque, non va considerato espressione, come sovente accade, di una visione *relativistica*, secondo la quale – reputandosi impossibile qualsiasi riconoscimento condiviso di ciò che è bene e, pertanto, di criteriologie etiche dell'attività medica – sarebbe inevitabile una visione di tipo *contrattuale* della medicina, in quanto abilità tecnica da utilizzarsi esclusivamente in rapporto a manifestazioni formali della volontà.

Attraverso il dialogo tra medico e malato, si tratta sempre, piuttosto, di perseguire al meglio il bene di quest'ultimo.

In particolare, valorizzare l'importanza del consenso nell'attività medica – e *a fortiori* quello di un'informazione corretta – non significa affatto ammettere il cosiddetto diritto di morire, cioè di poter stabilire col medico una relazione finalizzata alla propria morte, per esempio – come vedremo – attraverso la richiesta al medico di intervenire per interrompere una terapia in atto che sia del tutto proporzionata.

Neppure deve condurre a trascurare la delicatezza della condizione psicologica in cui si realizzano le manifestazioni di volontà del malato, che richiedono una lettura non superficiale alla luce delle dinamiche evidenziate dalla psicologia clinica, e non l'approdo verso rapporti puramente formalizzati, dove ciò che conta sia solo l'apposizione di una firma.

Proprio in quest'ultimo senso si tratta di

evitare che il consenso, e in particolare la firma dei moduli del cd. consenso «informato», risponda, in realtà, a logiche di medicina difensiva – cioè all'ottenimento di una liberatoria, mediante un linguaggio tecnico spesso tutt'altro che chiaro, da possibili responsabilità del medico per eventi avversi – piuttosto che alla prospettiva di offrire al paziente una reale comprensione delle sue condizioni e delle terapie praticabili, come pure la percezione di una presenza amichevole del medico al suo fianco.

D'altra parte, non si deve nemmeno dimenticare che il medico, fermo il suo dovere di non mentire, deve talora *graduare* l'informazione secondo una certa progressività, per renderla sostenibile al malato ed evitare, nel medesimo, atteggiamenti di rimozione psicologica del suo stato che lo conducano alla non collaborazione.

Inoltre, il riferimento al consenso per quanto concerne soggetti titolari di poteri rappresentativi riferiti al minore o a pazienti che si trovino in stato d'incapacità, non deve far dimenticare che simili poteri non sono assoluti, ma vanno esercitati a beneficio del rappresentato e che, dunque, il loro esercizio può essere vagliato dal medico stesso, ove si tratti di evitare con urgenza un danno grave, o comunque in sede giudiziaria.

2. Ciò considerato, sono necessarie alcune precisazioni sulla portata e sui limiti del riferimento al consenso.

Il fatto, innanzitutto, che oggi si riconosca come il medico non possa attivare terapie in modo coercitivo non significa negare il permanere della posizione di garanzia tipica del medico circa la salvaguardia della vita e della salute anche nei confronti di chi, essendosi rivolto a lui o essendogli affidato, non acconsenta alle terapie che nella sua condizione si manifestino appropriate.

Quando l'atto terapeutico del quale si discuta, infatti, risulti senza dubbio conforme all'indicazione medica nonché proporzionato, e

tanto più quando si configuri come un intervento salvavita, il medico resta tenuto a utilizzare tutti i possibili strumenti non coercitivi di informazione, sostegno e persuasione in grado di favorire l'acquisizione del consenso da parte del paziente e, quindi, la salvaguardia della sua salute. Come pure resta tenuto, quando il malato rifiuti in modo insuperabile determinati mezzi, a verificare – se necessario, programmandola per tempo – la praticabilità di altre vie.

Ove invece si sostenesse l'esistenza di un diritto a morire, in tale veste rivendicabile nel rapporto col medico, quest'ultimo dovrebbe semplicemente prendere atto della dichiarazione di rinuncia alle terapie proveniente da un paziente, purché informato, il quale non possa essere ritenuto incapace.

Con ciò trascurandosi, fra l'altro, la vastità degli studi che evidenziano come tale rinuncia rappresenti ordinariamente un *appello* da parte del malato – che spesso non ha altro se non la sua vita residua da mettere in gioco – al non abbandono, sia psicologico ed umano, sia relativo all'eventuale esigenza di cure palliative. E talora, altresì, come dinnanzi a una inaspettata notizia negativa non sia infrequente un atteggiamento di iniziale rimozione.

Del resto, si cade in contraddizione nel momento in cui il supposto diritto a morire venga ricondotto al principio di autonomia, posto che indubbiamente la scelta di morire (che è cosa diversa dalla disponibilità a rischiare la vita per testimoniare un valore) fa venir meno l'individuo stesso in quanto soggetto morale, e dunque capace di autonomia.

Costituzione della Repubblica Italiana

Parte I - Diritti e doveri dei cittadini

Titolo II - Rapporti etico-sociali

Articolo 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

In particolare, il diritto a morire non è affatto deducibile dall'art. 32² della Costituzione, la cui lettera – «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» – non può essere spinta oltre il riconoscimento dell'ordinaria *incoercibilità* dell'attivazione di un intervento medico, nei termini sopra indicati.

Va ricordato, del resto, che la tale norma non risulta finalizzata nell'impianto costituzionale a

regolare le problematiche del rapporto terapeutico tra medico e paziente, bensì a precisare che nessun soggetto – lo Stato, ma anche il datore di lavoro, una compagnia assicuratrice, una società sportiva, il medico stesso per fini di sperimentazione ecc. – può pretendere di imporre interventi che abbiano rilievo rispetto alla salute dei loro destinatari, in quanto simili interventi possono essere adottati solo nell'ambito di una relazione esclusivamente finalizzata alla tutela della salute (salvi i profili di una sperimentazione legittima), stabilita tra l'individuo interessato e il medico cui, ordinariamente, egli abbia attribuito fiducia. Non a caso, il dibattito in Assemblea Costituente – tenuto conto delle sperimentazioni inumane, e comunque prive di consenso, poste in essere nei campi di sterminio – si soffermò soprattutto sulla questione della sterilizzazione coatta.

L'art. 32² Cost., pertanto, non innova alcunché circa le caratteristiche proprie del rapporto terapeutico.

Una situazione diversa da quella relativa all'attivazione di una terapia è data dall'ipotesi nella quale, invece, si discuta dell'*interruzione* di terapie in atto, posto che quest'ultima implica un atto positivo del sanitario (peraltro realizzabile, talora, anche da altre persone) inteso a modificare il quadro di tutela della salute precedentemente apprestato.

Anche a tal proposito resta fermo il criterio comportamentale di fondo secondo cui terapie effettivamente sproporzionate, secondo tutti gli aspetti già considerati, non sono dovute: nel momento in cui, dunque, una terapia in atto venga a manifestarsi ormai sproporzionata durante il corso della sua applicazione essa, in linea di principio, può essere interrotta.

Ove, eccezionalmente, il malato sia cosciente e si tratti di una terapia salvavita, cioè tale che il suo mantenimento sarebbe in grado di garantire un pur breve spazio ulteriore di sopravvivenza, l'eventuale interruzione della medesima in quanto davvero ormai sproporzionata esige, tuttavia, che il malato stesso – adeguatamente informato e accompagnato, ma senza forzature della sua volontà – dia il suo consenso. Non è ammissibile, infatti, che rispetto a un individuo cosciente relativamente stabilizzato, poniamo, nell'ambito di una terapia intensiva si attui un'interruzione di presidi salvavita pur qualificabili come non più proporzionati la quale a sua insaputa, ma nella consapevolezza del personale sanitario, lo condurrà rapidamente a morte.

Non può ritenersi lecita, viceversa, la richiesta, anche se formulata dal paziente, che taluno – sia questi il medico o un'altra persona – agisca per disattivare un presidio terapeutico *proporzionato* in corso di applicazione, tanto più ove si tratti di un presidio salvavita. Ciò configurerebbe un'ipotesi nella quale, rispetto a una condizione *già sussistente* di tutela della salute e non tale da costituire un c.d. accanimento terapeutico, verrebbe consapevolmente presa un'iniziativa idonea a compromettere la salute medesima o, addirittura, a provocare la morte. Il che è in

contrasto coi fini propri dell'attività medica (che secondo l'art. 3 del codice deontologico sono riferiti esclusivamente alla tutela della vita, della salute e al lenimento della sofferenza)

Affinché dunque sia legittimo porre in essere una condotta volta a interrompere l'operatività di uno strumento già attivo per fini terapeutici non è sufficiente il consenso del paziente, ma è necessario che mantenere tale operatività abbia assunto i contorni di un intervento sproporzionato (con riguardo alla ponderazione fra gli ulteriori benefici prevedibili e gli ulteriori costi prevedibili in termini di sofferenza e menomazione che quello specifico strumento possa produrre).

Ciò non esclude che si possano tenere in considerazione, al fine del giudizio di proporzionalità, anche taluni elementi del vissuto personale, secondo quanto precisa lo stesso magistero ecclesiale: ma risulta decisivo che tali fattori rilevino secondo modalità suscettibili di essere eticamente condivise, e non nell'ottica di una mera soggettivizzazione del giudizio.

Del pari sarebbe giuridicamente inaccettabile la richiesta attraverso *dichiarazioni anticipate* (con riguardo a un possibile stato futuro d'incapacità) di non adottare terapie salvavita che risultino *proporzionate* rispetto a un certo quadro clinico.

In tal caso, si domanderebbe a un medico futuro e non predeterminabile l'instaurazione di un relazione sanitaria che, a priori, escluda il ricorso a strumenti pur del tutto proporzionati, vale a dire, di fatto, una relazione orientata alla morte. Ciò in un contesto il quale non permette al medico di instaurare quel dialogo attuale orientato all'informazione, ma anche alla persuasione e al sostegno, che è comunque richiesto in rapporto al soggetto capace.

Mai, del resto, sussiste la certezza nel caso in esame che il paziente, ove ne fosse in grado, confermerebbe il rifiuto precedentemente espresso, e anzi il dubbio appare tanto più consistente in rapporto al carattere non sproporzionato delle terapie di cui si discute: situazione, questa, che rende applicabile il principio *in dubio pro vita*.

Anche quando eventuali dichiarazioni anticipate non abbiano per oggetto la rinuncia a terapie proporzionate essere dovranno peraltro rilevare, conformemente alla Convenzione europea di biomedicina, secondo modalità che non annullino, come se costituissero un *mandato a eseguire*, la dimensione di reciproca relazionalità (cioè di alleanza terapeutica) tra medico e paziente.

Per cui resterà dovere e diritto del medico considerarne i contenuti con riguardo alla non contestualità – che inevitabilmente le caratterizza e che incide dal punto di vista psicologico – rispetto al determinarsi delle condizioni di salute cui esse si riferiscono. Così che il medico potrà valutare la pertinenza di tali condizioni in rapporto al quadro situazionale che il malato effettivamente ebbe a rappresentarsi, come pure la completezza (non più suscettibile di essere integrata) di tale rappresentazione e l'eventuale

rilievo di evoluzioni che fossero nel frattempo intervenute circa gli strumenti terapeutici disponibili.

3. Quanto s'è detto trova argomenti ulteriori a proprio sostegno osservando come una radicale *soggettivizzazione* del rapporto medico finirebbe per indebolire sotto molteplici profili la tutela effettiva del malato. Questi alcuni nodi di particolare rilievo:

- Secondo amplissima letteratura psicologica inerente ai contesti di malattia la dichiarazione di voler morire effettuata dal malato, lungi dal rappresentare una manifestazione di libertà, cela quasi sempre un contesto di *abbandono terapeutico* e costituisce un *appello* – già lo si ricordava – alla presa in carico della sua situazione esistenziale attraverso la vicinanza umana e gli interventi di sostegno palliativo, anche quando non sia ormai possibile contrastare l'evolversi di una data patologia: realtà, questa, che l'ordinamento giuridico ignorerebbe nel momento in cui privilegiasse una formalizzazione deresponsabilizzante dei rapporti.
- La previsione del «diritto a morire» produce l'aspettativa che di esso, sussistendone le condizioni, si faccia effettivamente uso, determinando la *colpevolizzazione* dei malati e dei loro congiunti che dovessero richiedere ulteriori investimenti di risorse socio-sanitarie, una volta superate – pur in assenza di sproporzione dell'intervento – soglie relative allo stato di salute oltre le quali si proponesse come giustificata la rinuncia alla tutela. In condizioni di precarietà esistenziale, dunque, la tutela non costituirebbe più un fatto ordinario, ma l'effetto di una scelta: e la pressione psicologica a che simile scelta, socialmente onerosa, non avvenga si renderebbe molto forte.
- Del pari la presentazione, oggi diffusa, della medicina quale attività senz'altro aggressiva, nei cui confronti il malato, a un certo punto, dovrebbe difendersi utilizzando il diritto all'autodeterminazione, favorisce, in concreto, spontanee uscite di scena dei sofferenti – anche quando non sia in gioco alcuna forma di sproporzione dell'intervento terapeutico – molto vantaggiose dal punto di vista dei costi economici, e che nessuno (*nessun potere politico*) potrebbe esporsi a sollecitare in modo esplicito.
- La stessa proposizione ai malati, tanto più nel momento dell'accettazione in una struttura sanitaria, di moduli per dichiarazioni anticipate comportanti la rinuncia a una serie di prestazioni ove venissero a crearsi certe condizioni soggettive, non di rado descritte in termini alquanto estesi, facilmente assume i contorni di una liberatoria rispetto a oneri

inconsiderati.

- La configurazione come *diritto* dell'intento di vedere realizzata la propria morte impedirebbe, una volta espressa la volontà di rinunciare alle terapie da parte del paziente, qualsiasi atto inteso anche sul piano del dialogo e della persuasione a contrastare simile intento, imponendone, come più sopra si evidenziava, la pura presa d'atto.
- Il rimando a una gestione totalmente soggettiva dei problemi afferenti alla tutela della vita caricherebbe il malato e il suo contesto familiare, venuto meno il riferimento a criteri condivisi, di un onere psicologico enorme, senza dubbio angoscioso e destabilizzante, nonché foriero di gravosi rimorsi; del resto, è significativo che il malato, ma anche i suoi familiari, così spesso si rimettano alla valutazione del medico o, comunque, richiedano di essere aiutati nelle loro decisioni secondo parametri il più possibile oggettivi.
- Appare in ogni caso alquanto equivoco il fatto che il diritto, costituente per sua natura una risorsa a sostegno degli individui più deboli o in difficoltà, possa esonerarsi dall'intervento in favore dei medesimi consentendo, dati certi presupposti, il venir meno della loro esistenza, cioè della situazione stessa che si configura come un appello al suo attivarsi.
- Allo stesso modo, appare quanto mai ambiguo, ma anche discutibile sotto il profilo della laicità, un diritto il quale, piuttosto che limitarsi a garantire il massimo impegno in favore dei più deboli, si avventuri nell'individuare situazioni – lasciando intendere un giudizio di *minor valore* della vita quando esse si manifestino – in cui consentire la cooperazione, anche quando non siano in atto terapie sproporzionate, all'altrui proposito di lasciar intervenire la propria morte. Emerge, in tal senso, come superare il confine fra rinuncia al c.d. accanimento terapeutico ed eutanasia implichi il passaggio da un giudizio sulla congruità delle terapie a un giudizio sulla stessa situazione esistenziale di un dato individuo: passaggio che non può non richiamare alla mente le conseguenze drammatiche già menzionate determinatesi in tutte le situazioni storiche nelle quali l'ordinamento giuridico ha inteso valutare se una vita umana fosse da ritenersi *degn*, o *meritevole, di essere vissuta*.
- Ammessa la disponibilità del bene vita nell'ambito del rapporto medico diviene molto labile il confine (lo testimonia, per esempio, il recente dibattito olandese su prospettive di eutanasia pediatrica o neonatale) con logiche di eutanasia *tout court* involontaria.
- Una visione meramente contrattualistica del rapporto sanitario, infine, trasferisce per gran

parte il rischio della responsabilità medica dal terreno riguardante una non adeguata tutela della salute del malato a quello riguardante la mancata copertura di singoli passaggi terapeutici ad opera del consenso, producendo atteggiamenti, ben noti soprattutto alla letteratura anglosassone, di natura difensiva: atteggiamenti volti a minimizzare da parte del medico il pericolo di essere chiamato a rispondere per violazioni del rapporto contrattuale, piuttosto che a perseguire il miglior interesse del paziente.



**Ordinario di Diritto Penale, Università Cattolica del
Sacro Cuore di Piacenza,
Consigliere Associazione Scienza & Vita*