

CONSENSO INFORMATO (?)

Introduzione

1. Sulle essenze della persona umana

a.1. Intelligenze e volontà

a.2. Quale libertà?

2. La “competenza” anticipata del paziente sulla morte

b.1. La validità delle direttive anticipate

b.2. La liceità dell'attività medico-chirurgica rispetto alla volontà del
soggetto-paziente

Conclusione

Introduzione

Consenso informato è un concetto preso in prestito dalla giurisprudenza statunitense, dove la dizione **informed consent** fu per la prima volta usata in un

processo celebrato in California nel 1957. In quella occasione, fu sancito il principio dell'autonomia decisionale del paziente, di contro alla tendenza dei sanitari ad assumersi la quasi esclusiva responsabilità nella scelta del trattamento da seguire. Autonomia – questa – trascurata nella filosofia ippocratica, dove al medico veniva riconosciuto il diritto-dovere di non rivelare nulla al paziente circa le sue condizioni di salute e i trattamenti sanitari cui era sottoposto.

La locuzione inglese **informed and consent** mette in risalto come una corretta informazione sul trattamento sanitario, debba precedere il consenso dell'assistito. Di contro, l'espressione **consenso informato** reso in lingua italiana, mette in evidenza un deficit di conoscenza esaltando l'autonomia.

Nell'ordinamento italiano non vi è alcun esplicito riferimento al **consenso informato**, ma lo si può rinvenire per analogia nell'art. 50 del Codice Penale, nell'art. 1325 del Codice Civile ed estrapolare dagli artt. 13 e 32.2 della Costituzione. Inoltre, la Convenzione di Oviedo del 1997, ratificata con la legge n. 145/2001, ne fa esplicito riferimento negli artt. da 5 a 10.

In effetti, l'informazione del paziente diventa parte integrante della prestazione del sanitario, tanto da considerarla una prestazione essa stessa.

A. Sulle essenze della persona umana

a.1. Intelligenza e volontà

Secondo la definizione classica: “Sostanza individuale di natura razionale” (Boezio), la persona risulta composta, come tutti gli enti creati, di *atto di essere* e di *essenza*. L'essenza dell'uomo ha come “accidenti necessari” l'intelligenza e la

volontà. Accidente significa che non ha l'essere in sé, ma lo deriva da quello di un soggetto: non è l'intelligenza che comprende, ma è sempre una persona che intende qualcosa. Dell'intelligenza e della volontà dobbiamo dire anche che sono "necessari". Ciò significa che è proprio dell'essenza della persona, del suo progetto, la necessità di mettere in atto le sue "potenze operative" per poter raggiungere i suoi fini e quindi le sue perfezioni. In altre parole, l'essenza dell'uomo non può che esprimersi attraverso l'intelligenza e la volontà. Grazie ad esse la persona può compiere atti, indirizzati alla verità e al bene, ma può anche non compierli, può dare l'essere alle sue azioni, ma può anche non darlo. In questa radicale contingenza della persona (contingente è ciò che può ricevere l'essere), e in particolare dei suoi atti, è la radice della nostra libertà. Infatti, noi possiamo compiere certi atti in relazione a certi fini, ma possiamo anche non compierli, non dare l'essere alle nostre azioni, anche se la nostra intelligenza ci dice che quei fini dovrebbero essere perseguiti per il bene nostro e degli altri.

A questo punto possiamo chiederci: quali sono le caratteristiche che scaturiscono dalla struttura metafisica della persona?

Se intelligenza e volontà sono accidenti che possono operare in direzione del perfezionamento della persona, ma possono anche non operare, ciò vuol dire che la dignità ontologica dell'essere umano non è vincolata al fatto che l'intelligenza e volontà agiscano e permettano alla persona di entrare in rapporto con il mondo esterno. L'essenza dell'uomo prevede che l'intelligenza e la volontà siano "potenze" operative, dunque non necessariamente in atto. La dignità dell'uomo, il suo valore ontologico, sta nell'essenza e nell'essere della persona. È qui che si radicano i diritti primari dell'uomo: nel fatto di esistere (per aver ricevuto l'essere) e nel fatto di appartenere al genere umano (per avere l'essenza o natura di uomo), non nel fatto che intelligenza e volontà per i motivi più vari siano o meno in condizioni di operare. Da ciò si comprende facilmente perché l'embrione o il malato terminale hanno lo stesso diritto alla vita di una persona adulta.

a.2. Quale libertà?

Ci siamo trovati almeno una volta nella vita dinanzi a questa domanda che implica un atto di umiltà ed uno sforzo intellettuali inusuali.

Come uomini del nostro tempo, assumiamo come date molte risposte fornite dalle correnti di pensiero che hanno generato, immeritadamente, il nostro consenso abdicando, così, alle nostre facoltà intellettive.

Possiamo riconoscere due modi di concepire la libertà: una detta da alcuni autori libertà “falsificata” e da altri “indifferenziata”, e la libertà di “qualità”.

La prima è una libertà di tipo orizzontale che consiste nel superare a tutti i costi i limiti della condizione umana attraverso la competizione con noi stessi e gli altri, fino all'estremo degli sforzi possibili. La ricerca smodata dell'arricchimento e la conoscenza quantitativa ed “economizzabile” ne sono alcuni esempi possibili.

Questo tipo di libertà è proprio delle filosofie contemporanee: dall'Idealismo all'Esistenzialismo sartriano, secondo cui il nostro sforzo è teso verso *ciò che non siamo*, in una spirale di cerchi concentrici dati dal riconoscimento dei nostri limiti da superare continuamente. In tal modo, gli altri sono ostacoli al raggiungimento dei nostri fini coi quali finiamo per identificarci, perdendo padronanza sul nostro essere. In questa prospettiva, la libertà o è data tutta intera o non è libertà, con il conseguente dissolvimento della sostanza permanente quale centro di imputazione della responsabilità nel soggetto, che non ha più una *natura* in senso metafisico, ma persona come mero fenomeno, nel fluire senza senso degli eventi. La libertà è un epifenomeno, come l'ombra proiettata da un oggetto in movimento.

Questa libertà falsificata è anche alla base delle filosofie politiche moderne come il *Contrattualismo*, che concepisce la statualità come “contratto sociale”, un patto associativo, ovvero compromesso di interessi in gioco. In tale prospettiva, il diritto positivo è convenzione, in cui moralità e legalità coincidono.

Ma c'è un'altra libertà: la *libertà di qualità*, propria della persona padrona del proprio essere. L'uomo, in quanto essere partecipato di Dio, ha ricevuto la libertà come espressione della natura dell'Ente, con precise caratteristiche e proprietà scaturenti dal progetto che costituisce l'essenza dell'ente. Dunque, è la libertà che si

realizza nel tempo, che non è data tutta intera, ed è in rapporto equivalente al proprio perfezionamento che avviene in proporzione alla capacità di operare il Bene.

La legge (come diritto positivo) è strumento per un cammino di crescita, che orienta l'uomo verso il suo fine ultimo. In tal senso, diritto e morale coincidono e, di conseguenza, diritto non equivale a legalità.

Come potrei essere libero, padrone delle mie azioni, se per delega stabilissi le modalità della mia morte? Non avrei alcuna sovranità sugli atti da compiere e, dunque, l'essere liberi, che è proprio di una natura intellettuale, finirebbe per coincidere con la propria fisicità (materialità) e, quindi, coincidente col divenire delle leggi fisiche e biologiche.

Noi, essendo padroni dei nostri atti, rendiamo la nostra volizione attuale che perde ogni orizzonte di senso se collocata in un tempo di là da venire. La nostra libertà è imperfetta, perché l'essere e l'operatività, sono in noi distinti, ma possiamo indirizzare i nostri atti al compimento della perfettibilità che realizza la nostra stessa natura, secondo le qualità trascendenti presenti nel nostro essere. Nella filosofia moderna, la libertà è concepita come "indifferenziata" – abbiamo detto – e ciò ha portato all'autodeterminazione dell'uomo sul piano esistenziale, ma dopo aver perduto "l'atto di essere". Da ciò, ne è derivata la convinzione di assolutizzazione dell'ente finito (uomo), con conseguente autodistruzione, prodotta dalla forza esercitata sulla struttura metafisica dell'essere.

B. La "competenza" anticipata del paziente sulla morte

b.1. La validità delle direttive anticipate

La discussione in Parlamento del ddl *Calabrò* sul "testamento di vita", che introduce nel nostro ordinamento il **consenso informato** e le **dichiarazioni anticipate di trattamento**, li codifica espressamente agli artt.4 e 5 della legge in argomento per colmare così una lacuna normativa.

In via preliminare va osservato che la legge viene proposta in tempi in cui gli orientamenti giurisprudenziali, sia in sede civile che penale, hanno operato un ridimensionamento del principio di autonomia del paziente e della scelta volontaristica in generale, riqualificando il principio della liceità dell'attività del medico secondo cui il consenso del paziente non rileva in via assoluta rispetto all'intrinseca utilità e vantaggiosità sociale, perché essa persegue la finalità, costituzionalmente garantita, della tutela del bene della salute.

I obiezione: anche la salute, in tale concezione, viene ad essere “scarnificata” dalla persona umana, non in vista dell'ordine pubblico, ma dell'autolegittimazione del “trattamento sanitario”. Anche la Salute, dunque, come lo Spirito assoluto, lo Stato e la Classe, assume prerogative proprie dell'Ente assoluto, ma senza trascendenza, senza tenere conto di ciò che è storico e contingente.

A contrario, al trattamento medico viene riconosciuto il requisito di liceità che ne rende l'esecuzione pienamente conforme a legge: in tal modo, all'attività medica, considerata di alto valore sociale, viene ad essere integrata, di norma, dall'acquisizione del consenso del malato, che ne rimuove un limite rispetto al suo esercizio.

II obiezione: il formalismo giuridico, che rende preminente la procedura rispetto al contenuto, conferisce validità al trattamento medico-chirurgico offrendo una esimente da reato per il medico che intervenga sul paziente, in caso di pericolo di vita o di grave pregiudizio per la sua integrità fisica, nel caso non vi sia stato dato consenso ma anche nonostante il suo dissenso.

Il primato assoluto della volontà del soggetto contemplato dal disegno di legge in argomento, oltre che nelle sue proiezioni verso il futuro, viene a confliggere con il principio che l'ordinamento ha acquisito, della titolarità di una “posizione di garanzia” del bene della salute del malato affidato alle cure del medico.

Il *Codice di Norimberga*, che sarà il primo e più autorevole passo nel sancire il *principio di autonomia* alla base della moderna bioetica, così recita: «1. [la persona] [...] deve avere sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi della situazione in cui è coinvolto, tali da metterlo in posizione di prendere una decisione

cosciente e illuminata. [...] . [...] Il dovere di constatare la validità del consenso pesano su chiunque inizia, dirige o è implicato nell'esperimento – leggasi anche trattamento –. È un dovere e una responsabilità che non possono essere impunemente delegati ad altri».

Al Codice di Norimberga faranno seguito altre importanti dichiarazioni formulate dall'Associazione Medica Mondiale: la *Dichiarazione di Ginevra* (1948) e la *Dichiarazione di Helsinki* (1962).

L'esatta identificazione dell'autonomia come "principio primo" della bioetica la dobbiamo a Ruth R. Faden e Tom L. Beauchamp, che definiscono autonome le azioni quando soddisfano tre condizioni: l'*intenzionalità*, l'azione non deve essere solo «desiderata» ma anche «voluta»; la *conoscenza*, non si può volere ciò che non si conosce – ad esempio come si morirà – , perché la conoscenza per essere adeguata deve essere inerente l'oggetto specifico conosciuto. Infine, l'*assenza di controllo esterno*, ovvero l'assenza di coercizione e di persuasione, ad esempio da parte dei mezzi di comunicazione di massa che, invece di informare, spesso manipolano la libertà di pensiero, impedendo, di fatto, quella che possiamo definire un'*opinione pubblica strutturata*.

Fatta questa doverosa digressione, un profilo di rilievo problematico è posto anche dalla mancanza del requisito di "attualità" del consenso, operato nella disciplina in discussione. Dal punto di vista etico, il retropensiero che sottende un testamento biologico, non è tanto stabilire in che modo operare, quanto piuttosto il *desiderio di non soffrire* o di non vedere prolungata oltre la propria agonia. Si vuole a tutti i costi espungere, o ridurre al minimo, l'esperienza del dolore che contrasta con una concezione "felicistica" della vita. Dal punto di vista giuridico, le direttive anticipate, che protraggono l'efficacia nel tempo della volontà del malato, non garantiscono però il requisito di persistenza di tale volontà, ossia la sua "attualità" nel momento in cui concretamente il medico debba intervenire, senza ritardo, su di lui.

In una gerarchia di valori la volontà del paziente verrebbe al primo posto, essendole subordinato ogni altro bene anche quello della vita stessa. Ma porre il

consenso a *fondamento* dell'atto medico stesso significa porvi la sua *ragion d'essere*. Ciò significa dare alla «scelta» una priorità valoriale che di per sé non ha e rendere problematica la legittimazione di interventi fatti non *contra voluntate* (come ad esempio un'operazione che il paziente rifiuta) ma *extra voluntate* (come nei casi di necessità ed urgenza).

Va ricordato che, la nostra Costituzione pone tra i diritti inviolabili il “diritto alla vita”, con la sua connotazione di intangibilità assoluta e il sistema penale protegge il bene della vita, anche oltre la volontà del soggetto che ne è titolare, se è vero che viene punito **l'omicidio del consenziente** (art. 579 c.p.), come pure la condotta di chi istighi o agevoli in qualsiasi modo **l'esecuzione di un suicidio** (art. 580 c.p.), e sono persino vietati gli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica (art. 5 c.c.).

Passando dalla realtà etica all'istituto giuridico, il consenso viene ad essere snaturato perché è la formalizzazione non necessaria di quanto il medico già vive e pratica. Tuttavia, una sua stesura scritta e firmata costituisce un maggior impegno al suo rispetto e alla diffusione della sua prassi. L'istituto del consenso è innanzitutto etico e poi giuridico e se assume una sua dimensione legale è in virtù della sua cogenza etica e non viceversa.

Proprio per il significato che il consenso acquista, non ogni tipo di consenso può dirsi idoneo. Occorre fissare dei requisiti che ne definiscano l'accettabilità. Questa sussiste ove il consenso sia *lecito, valido, libero e informato*.

Il primo requisito è quello della *liceità*. Deve ritenersi lecito un intervento per il quale il rapporto tra i benefici attesi per il paziente, se non le certezze, siano proporzionati ai danni che questi conosce e accetta.

Il secondo requisito è la *validità*, che gli autori inglesi chiamano *competence*. È strettamente necessario che chi consente sia competente a farlo, in grado cioè di capire sufficientemente a cosa sta consentendo – rileva l'attualità –. Il piano etico e quello giuridico ancora una volta possono essere divergenti. Ad esempio un minore può esprimere un consenso valido anche se giuridicamente incompetente. Eticamente,

al di là degli schematismi della legge penale, ognuno risponde dei suoi atti nella misura in cui è in grado di comprenderne il significato.

Poi il consenso deve essere *libero*, nel senso che la libertà non sempre può essere assoluta o del tutto incondizionata. Il divario di competenze esistente tra medico e paziente, fa sì che si crei un rapporto fiduciario, di tipo *paternalistico*, per cui il soggetto assistito si affida al curante, anche se non lo ha ben compreso. In tali casi rileva l'attività del personale infermieristico portando il paziente, attraverso un linguaggio adeguato, ad un più alto grado di consapevolezza.

L'ultimo ed il più importante dei requisiti è che questo sia, appunto, *informato*.

Mentre i primi tre dipendono essenzialmente dal malato, per quanto riguarda l'informazione la responsabilità è posta in capo agli operatori sanitari che devono essere in grado di fornirla nel modo più adeguato. Il più delle volte accade che l'informazione da parte del medico sia molto sintetica ed incomprensibile e, pertanto, diventa compito di ogni altro operatore sanitario riuscire a integrare quanto ha detto il medico.

Da quanto fin qui brevemente detto, risulta assai evidente come una catalogazione legislativa del "testamento biologico" sia assai complessa, dal momento che i due aspetti della volontà del paziente e dell'attività medico-chirurgica, sono tra essi complementari. Se non si vuole aumentare lo spazio della "incertezza del diritto" è quanto mai necessaria una massima concordanza tra dottrina, giurisprudenza e classe medica, al fine di evitare disarmonie o contraddizioni.

b.2. La liceità dell'attività medico-chirurgica rispetto alla volontà del soggetto-paziente

Per potere affrontare esaustivamente la sistemazione logico-giuridica delle direttive anticipate, bisogna affrontare, sul piano della disciplina normativa, il nodo fondamentale della rilevanza penale dell'attività medico-chirurgica, stabilendo i limiti, le facoltà e gli obblighi della potestà medica rispetto alla volontà del malato.

Infatti, è da più parti reclamata la preminenza di questa rispetto alla questione del “testamento biologico”, che rientra nella più generale rilevanza della volontà del paziente nell’attività medico-chirurgica.

Nella dottrina penalistica, le dichiarazioni preventive vengono considerate con diffidenza, dal momento che non garantiscono la “reale volontà” del paziente, magari perché espresse in uno stato di benessere psico-fisico precedente. Il medico verrebbe ad essere un mero “esecutore testamentario” del paziente, col gravissimo rischio non solo del malato che, per una improvvida scelta legale, si priverebbe di un ausilio indispensabile per salvare la propria vita non potendosi confrontare con la situazione concreta, qualora nuove acquisizioni scientifiche rendano guaribile una patologia prima riconosciuta fatale. La distorsione temporale è un fattore di cui non si può non tenere conto. Ma anche la sua stessa posizione verrebbe certamente limitata dalla mancanza di garanzie sulla piena coscienza e capacità del soggetto, che ha reso determinate dichiarazioni di volontà non in sua presenza. Ciò che rileva non è tanto la “concessione” fatta al medico, quanto piuttosto i limiti che il suo operare dovrà avere.

Considerato che il principio dell’indisponibilità della vita è tutelato costituzionalmente e dal momento che non si configura nel nostro ordinamento un diritto di morire, inteso come posizione giuridica soggettiva tutelata in modo assoluto, cioè a fronte della quale si possano rifiutare anche le cure “salvavita”, attesa l’inadeguatezza della volontà del paziente nelle gravi situazioni di rischio, risulta implicitamente lecito l’intervento del medico, anche in presenza di una contraria manifestazione di volontà del malato.

Il problema giuridico sollevato dal testamento biologico, si pone in particolare in quei contesti in cui il paziente intende operare tale scelta, ovvero se nella privatezza del suo domicilio o in un presidio ospedaliero. In ogni modo al cospetto di un sanitario, l’ordinamento affida proprio il compito di tutelare la salute del suo assistito, e lo obbliga ad attivarsi in tal senso.

Dalla titolarità della “posizione di garanzia” ne deriva direttamente l’obbligo di attivarsi e fare tutto il possibile per la salvaguardia dell’interesse del tutelato, e ciò

senza che sia necessaria una specifica disciplina normativa volta a definire il contenuto della sua condotta.

Diversa è la questione dell'esigibilità della prestazione nei casi "estremi" da parte del medico. Questi vengono a consistere nell'impossibilità obbiettiva di agire per adempiere l'obbligo, dettata dall'incapacità di disporre di tutti i mezzi necessari all'attuazione del proprio compito, e dalla mancanza di controllo di tutti i fattori necessari al raggiungimento dello scopo. In tal caso, non può neanche ipotizzarsi un'omissione.

Almeno altri due aspetti sono degni di considerazione: 1) il sistema burocratico delle "direttive anticipate", precludono la possibilità al medico di verificare la lucidità, la capacità e la presenza a se stesso del malato all'atto delle dichiarazioni rese in sua assenza; 2) la perplessità suscitata, per quanto un passo in avanti notevole, dal mandato fiduciario previsto dalla disciplina in argomento.

Riguardo al primo punto, il sanitario non avrebbe alcuna garanzia della piena coscienza e capacità del soggetto nel momento in cui avrebbe reso determinate dichiarazioni di volontà. Al secondo punto, pure insicure potrebbero considerarsi le condizioni di capacità del delegante nel momento della delega. Inoltre, nulla può garantire che il mandatario possa fare quella scelta che venga ispirata alla tutela ed al rispetto della volontà del mandante e che non risulti inquinata dall'interesse proprio.

Nell'uno e nell'altro caso manca l'istituto della *fiducia* che solo attraverso una relazione diretta tra sanitario e paziente viene a stabilirsi.

La posizione del medico verrebbe ad essere incrinata dalla responsabilizzazione rispetto al suo operato, se obbedisse ciecamente alla volontà del paziente, ancorché impossibilitato per mancanza di mezzi. Di fronte a tale condizione conflittuale, certo il medico può sempre operare la sua obiezione di coscienza, ma questo verrebbe a vanificare l'intera prassi.

Il testamento biologico non potrà mai avere carattere vincolante, ma costituirà una formulazione orientativa dei desideri del paziente.

Conclusioni

A nostro modesto parere, una legge che consente non è mai una buona legge, perché lascia indeterminata ogni scelta e, dunque, si colloca pienamente in quella posizione che sorregge la cosiddetta “libertà falsificata”.

Tuttavia, è innegabile che la legge in argomento circoscriva ad un ambito di liceità tra paziente - o suo fiduciario - e sanitario tale libertà, evitando derive eutanasiche, di assistenza al suicidio e di accanimento terapeutico.

Bibliografia

Fondamenti metafisici dell'etica, Sergio d'Ippolito, Loffredo Editore, Napoli 2006

Nuovo manuale di bioetica, Salvino Leone, Cittanuova, Roma 2007.