

Il trattamento terapeutico e la falsa logica del consenso

Therapeutic treatment and the false logic of consensus

Sandra Regina Martini¹

Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities, Brasil
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
srmartini@terra.com.br

Virginia Zambrano²

University of Salerno, Itália
vzambrano@unisa.it

Abstract

La natura giuridica del consenso all'atto medico è analizzata mettendo a confronto l'esperienza italiana e quella brasiliana ed evidenziando analogie e differenze. Il dibattito che si è sviluppato in tema fa emergere l'attenzione che, in entrambi gli ordinamenti giuridici, viene assegnata all'autonomia del paziente. In Italia, a differenza di quanto accade in Brasile, il dato normativo offre delle aperture significative alla libertà di scelta del paziente che può anche scegliere di non curarsi. Diverso l'approccio prescelto dal sistema brasiliano in cui il rispetto della vita assume una sacralità che impone al medico di intervenire, finendo così con il limitare la pur proclamata autonomia del paziente.

Parole chiave: Attività medico-chirurgica, Autonomia del paziente, Dignità, Consenso all'atto medico.

Abstract

The legal nature of the consent for medical treatment is analyzed in a comparative perspective between the Italian and Brazilian experiences from the evidence of their analogies and differences. The debate developed on the topic has raised the attention that, in both cases, the respective legal systems are directed to the autonomy of the patient. But in Italy, unlikely to what occurs in Brazil, normative definitions offer significant openings to the freedom of choice of the patient, who may also choose not to be treated. In contrast, the Brazilian system brings respect to life as a basilar principle, imposing on the physician to intervene, thus limiting the patient's proclaimed autonomy.

Keywords: Medical-surgical activity, patient autonomy, dignity, consent by medical act.

¹ Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities. Av. Manoel Elias, 2001, Passo das Pedras, 91240-261, Porto Alegre, RS, Brasil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Av. João Pessoa, 80, Centro Histórico, 90040-001, Porto Alegre, RS, Brasil.

² University of Salerno. Via Giovanni Paolo II, 132, 84084 Fisciano SA, Itália.

Introduzione

L'attuale realtà socio-giuridica offre allo studioso una serie di sfide per nuove analisi, studi, ricerche. Gli approcci teorici hanno mostrato i loro limiti ma anche le loro possibilità e queste, molte volte, sono visibili solo attraverso le problematiche che emergono all'interno dello stesso sistema. Proprio partendo da questa considerazione, vale a dire da teorie che sfidano consolidate certezze, si intende proporre una analisi più produttiva per il dato sociale; una analisi nella quale il presente deve essere inteso come differenza tra futuro e passato. La complessità della realtà sociale impone, infatti, risposte tanto alla certezza che alla incertezza, in relazione ad aspettative sociali che sono continuamente frustrate/soddisfatte a causa, appunto, di una complessità sociale in costante crescita. Nella nostra società abbiamo necessità di decidere tanto sopra la nostra vita quotidiana che sulla nostra morte. Questo articolo, costruito a partire da riflessioni nell'ambito del diritto alla salute ad opera di due studiosi di formazione e approccio diversi ma, al tempo stesso, sostanzialmente uguale e vicino, intende approfondire il tema della libertà di scelta del paziente, la sua autonomia e le questioni di responsabilità medica, mettendo a confronto l'esperienza giuridica italiana e brasiliana. Si intende dimostrare che la scienza giuridica deve rispondere alle necessità di una società in perenne evoluzione³.

Nel processo costante di evoluzione del dato sociale emergono, infatti, nuovi diritti che modificano la struttura interna dei sistemi sociali i quali hanno la funzione di ridurre la complessità, giacché sappiamo che la riduzione della complessità conduce sempre – qui il paradosso – ad un aumento della complessità. Il tema del diritto alla salute è propizio per disvelare questo “doppio gioco” di riduzione e incremento, allo stesso tempo, della complessità.

(i) Nei protagonisti dei romanzi di Kafka, lo spazio lasciato al loro potere⁴ decisionale è decisamente secondario, ed essi piuttosto esprimono lo smarrimento

dell'uomo di fronte ad un destino fatto di contingenze. Senza dubbio i suoi personaggi vivono in un mondo di volontà, quindi vogliono e consentono, ma tale volontà, lungi dall'essere espressione di autonoma determinazione, sottende la necessità di accettare regole. L'uomo responsabile, perché informato e fatto consapevole delle scelte⁵ che lo riguardano cessa di appartenere (se mai lo era stato) alla realtà per confluire in una visione dei rapporti, sociali e giuridici, in cui il consenso sembra comporsi secondo un criterio di inevitabilità. Ecco che allora l'equazione libertà di scelta-assunzione del rischio entra in crisi, ridimensionando, come in altro ambito accade per le limitazioni cui va incontro la libertà contrattuale, l'idea di autonomia morale della personalità. Sotto il profilo privatistico, lo sfumare dell'autonomia privata nella libertà di iniziativa economica da conto anche della sostanziale debolezza che possiede la logica del consenso, non in grado di assicurare l'attuazione di un principio di giustizia, se non assistita da meccanismi in grado di evitare abusi (Cfr. Gorla, 1966, p. 272 ss.; Raiser, 1990, p. 56 ss.; Perlingieri, 1991, p. 134 ss.). Il contraente, il consumatore, l'imprenditore, il professionista, il lavoratore, il cittadino, il malato, e così enumerando, anche quando sembrano in condizione di effettuare una scelta consapevole sono dotati di una fragilità che rende le riflessioni sulla libertà di autodeterminarsi meri esercizi teorici.

La contraddizione si avverte nel momento in cui, da un lato, si rivaluta in chiave partecipativa la posizione della persona e, dall'altro, si osserva come il consenso esca sconfitto dalle vicende nelle quali maggiore dovrebbe essere la sua esaltazione. La stessa identificazione del malato quale consumatore di servizi sanitari, cui deve essere assicurata libertà di scelta e garantito uno standard di prestazione secondo parametri di efficienza, se sottolinea l'attenzione del legislatore verso la persona malata, non esce dal vago di una fattispecie descrittiva che attribuisce posizioni soggettive, ma non si occupa di verificarne la concreta realizzazione perché anzi, proprio il rinvio operato dagli artt. 1 e 2 della legge 1998/281 alla tutela del consumatore rafforza il convincimento che il consenso, da solo, sia un mezzo di tutela piuttosto

³ “Il malessere della scienza giuridica non è soltanto un aspetto della cattiva coscienza che segnala la cultura del nostro tempo. È anche il nuovo fenomeno di una costante difficoltà, che (riga illeggibile) i rapporti di questo sapere. [...] Il nomos di una tecne recuperata nella sua funzione per l'uomo non può nutrirsi solo del pensiero della scienza; si nutre del pensiero della poesia. Paradossalmente, la cultura del diritto, dove il disagio è avvertito più che in qualsiasi altro ambito del sapere speciale, è anche l'ambito in cui la natura di quella contraddizione è meno rilevata. La mancata “esplosione” della contraddizione nella cultura del diritto ha provocato una latente implosione del discorso giuridico. Mai così grande è stato il pericolo di un isolamento progressivo del “mondo” del diritto nei confronti della situazione umana” (Baratta, 2006, p. 61).

⁴ In merito al concetto di potere e corpo, si consiglia la lettura di Stefano Rodotà (2016, p. 250): “l'autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso e estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica.”

⁵ Eligio Resta (2008, p. 162) scrive pensieri interessanti: “In un mondo di parole, sottolineo solo alcune frasi: cosa sono allora le parole del giudice che in nome di un tutti, che ricomprende i litiganti, persino il soccombente e il condannato, applica le parole della legge? Dal punto di vista del procedimento decisionale, il sistema giuridico appare come una catena infinita di decisioni (strange loops, nel linguaggio dei paradossi) che hanno a che fare non come meri fatti, ma come costruzioni giuridiche, o, meglio, come costruzioni giuridiche della realtà, che appaiono al sistema del diritto come eventi”.

improbabile. Né in senso diverso depone l'evoluzione del diritto alla *privacy*, culminata nella l. 1996/675, dove l'intervento del Garante deve intendersi concepito in funzione di garanzia, rispetto ad un consenso che non è in grado di assicurare alcun controllo sui propri dati. Dal canto suo, la Convenzione di Oviedo del 1997, dove pure il richiamo al consenso, è compiuto in funzione di salvaguardia della dignità della persona umana (art. 5, comma 1), non contiene alcuna indicazione circa la natura e il tipo di rischi che devono formare oggetto di informazione, lasciando sostanzialmente ai giudici il difficile compito di definire le condizioni affinché il paziente possa esprimere un consenso *libre et éclairé*⁶.

Su queste premesse trovano fondamento talune riflessioni sul consenso al trattamento medico. La Costituzione Brasileira è impregnata di principi fondamentali tra cui va annoverata senz'altro la dignità umana (CF, art. 1°, III), quale principio generale che qui trova applicazione. Dal canto suo, il Codice civile dedica il CAP II, arts. 11 ss. ai diritti della personalità nonché agli atti di disposizione del proprio corpo, al diritto all'intimità della persona, alla libertà della stessa ecc. In particolare l'art. 15 recita "Nessuno può essere costretto a sottoporsi, a rischio della vita, ad un trattamento medico o ad un intervento chirurgico". La formulazione dell'articolo non ha mancato di creare perplessità nella dottrina brasiliana, specie in relazione all'inciso "a rischio della vita" che, argomentando a contrario, sembrerebbe ammettere la liceità di interventi medici non consentiti allorché in discussione non sia il bene vita. Ma, e qui la domanda, quale intervento chirurgico non implica un sia pur minimo rischio per la vita?

Sul profilo del consenso all'intervento medico, un ruolo centrale, in Brasile, è giocato altresì dalla *Resolução CFM 1931/2009 Código de Ética Médica*, cap. V, arts. 31 ss. che sottolinea la centralità della libertà di scelta del trattamento medico. Vero è che il Codice di etica riconosce la libertà di scelta del paziente. Del pari indubbio è il suo presentarsi come una libertà relativa giacché la legge ammette la libertà di scelta "salvo" che la persona versi in pericolo attuale di morte. Il che, a conti fatti, null'altro dice che è pur sempre il medico a definire l'ampiezza del potere di decisione spettante al paziente. Un potere che si arresta allorché in discussione sia un pericolo di morte, nel qual caso la decisione ultima spetta al medico. Questo, in estrema sintesi, il panorama normativo brasiliano in tema di consenso.

In siffatta direzione l'art. 22 (CFM 1931/2009) *Código de Ética Médica* Cap. IV, vieta al medico di "Omettere di ottenere il consenso del paziente o del suo rappresentante dopo aver chiarito il procedimento in questione, salvo in caso di rischio imminente di morte".

In proposito, un autore italiano, Chieffi, osserva che *il diritto non può non intervenire quando è possibile che nelle scelte (bio)etiche individuali siano coinvolti interessi dei terzi e tanto più l'intervento dovrà essere irrinunciabile quanto più grandi possono essere immaginabili le lesioni a terzi* (Chieffi e Giustiniani, 2010, p. 36).

A ben vedere il diritto⁷ non può esimersi dall'intervenire sul tema, soprattutto alla luce delle innovazioni scientifiche e tecnologiche che, in rapporto al corpo umano, si sono prodotte nel settore della medicina e che, non raramente, trasformano proprio il corpo umano in una merce. Specie dinanzi a situazioni di illegalità il diritto è chiamato ad offrire una risposta precisa onde evitare che il diritto alla vita di un cittadino ricco possa compromettere l'analogo diritto alla vita di un cittadino povero che viva alla periferia della modernità. La drammaticità di questo conflitto si avverte chiaramente in Brasile, soprattutto a partire dalla fine degli anni '90.

Nel 2009 nel Rio Grande do Sul un caso del genere si è verificato ed ha allertato l'opinione pubblica. Una persona aveva risposto ad un annuncio di vendita di organi (il caso compare in internet: Itacaré News, 2009), candidamente affermando "Ho offerto il mio rene su internet perché ho visto che ci sono degli altri annunci simili. Ho bisogno di denaro. In questo modo, potro' permettermi da vivere".

Questa vicenda pone all'umanità un interrogativo sopra l'umanità. In casi del genere i giudici, per dare una risposta, sono costretti ad individuare il principio da applicare guardando a casi simili, leggi, accordi e trattati internazionali. Dall'altro lato queste risposte non sono semplici perché implicano sempre tensioni fra valori e, sempre, pongono a confronto valori e ideologie diverse, proprie di gruppi religiosi, studiosi di bioetica, difensori di diritti umani e così via. Tutto ciò trapela, in maniera chiara, dalle considerazioni di Mauro Fusco (2010, p. 43):

[...] se da un lato l'intervento giurisprudenziale si è rivelato in molte occasioni un provvido rimedio all'inerzia del legislatore, non occorre certamente la preparazione del giurista per rendersi conto che tal funzione, latu – ma non troppo – sensu "creatrice di

⁶ Cfr. Fraisseix (2000, p. 375 ss.) Più analiticamente, sui profili di tutela della *privacy*, invece, Giannantonio et al. (1997).

⁷ "La grande sfida del XXI secolo sarà sviluppare una bioetica e un biodiritto che corregga le esagerazioni provocate dalla ricerca scientifica e dal disequilibrio dell'ambiente, mettendo in salvo e valorizzando la dignità della persona umana, fino a considerarla quale nuovo paradigma biomedico umanista, donandogli una visione realmente alternativa che possa arricchire il dialogo multiculturale tra i popoli" (Diniz, 2010, p. 894).

diritto”, sia chiaramente estranea alle funzioni che nell’ordinamento italiano sono attribuite al giudice, che dovrebbe limitarsi ad interpretare l’ordinamento normativo vigente ed applicarlo al caso di specie. Ma quando la norma non esiste? ...lo sforzo del giudice di sopperire alle lacune ordinamentali con l’applicazione di principi costituzionali o giurisprudenziali in assenza di un riferimento legislativo, anche solo “di principio”, ha preso le vie più disparate a seconda delle convinzioni etiche del singolo magistrato.

Certo i giudici, negli ultimi anni, stanno svolgendo un ruolo fondamentale nella individuazione dei principi da applicare, specie in quelle situazioni in cui sono in gioco valori contrapposti, come è nel caso della tutela della dignità della persona. Non per questo però si deve ritenere che si debba aprire ad un “Governo dei giudici”. Si tratta di una visione che qui non si condivide. Non si deve dimenticare, infatti, che a dispetto di quanto segnala la realtà, i giudici sono chiamati ad operare nel rispetto della legge. In questa direzione essi sono certamente attori che contribuiscono in maniera determinante – ma sempre, lo si ripete, nel rispetto della legge – alle trasformazioni sociali⁸.

Attualmente l’intensificarsi dei rapporti fra salute e diritto si avverte proprio quando si guarda al modo in cui si sviluppa il dialogo fra i vari attori sociali e al modo in cui si strutturano le controversie che approdano dinanzi ai giudici. Ma v’è di più.

In ambito medico, proprio la complessità del dialogo fra medici e giudici si riflette sulle decisioni da assumere. Così, per quanto riguarda il diritto a morire con dignità, non si può non osservare come il diritto assuma decisioni che sono lontane dalle reali esigenze delle persone. Non è difficile, certo, comprendere le ragioni che sottendono siffatte decisioni e che sono di natura religiosa, etica o che investono, appunto, l’assenza di informazione. Ma, come si diceva, si tratta di ragioni che rimangono lontane dal sentito sociale.

(ii) Il ruolo centrale che la manifestazione di volontà assume nel trattamento medico-chirurgico è testi-

moniato dallo spazio occupato dal consenso nelle azioni di responsabilità medica dove, in una prospettiva attenta ad esigenze di tutela della dignità della persona, funge da strumento di controllo della liceità e correttezza nello svolgimento del rapporto.

Le origini filosofiche del consenso al trattamento medico-chirurgico, si possono collocare nella storia e nella tradizione pragmatica proprie dello spirito calvinista che, agli inizi del XVI sec., andava diffondendosi in Francia e Germania. L’*homo oeconomicus* di cui discorre Max Weber, in cui non trovano spazio le paure e le fragilità che ne indeboliscono i processi decisionali, e per il quale neppure la malattia può essere un ostacolo per il buon andamento degli affari, fa nascere nel medico l’obbligo di informare accuratamente il paziente dei rischi del trattamento, per consentirgli di pianificare la propria attività. Prende consistenza, progressivamente, l’immagine di un paziente sempre meno disposto a vivere esperienze di “*abandon aveugle*” e sempre più interessato ad un coinvolgimento responsabile nelle scelte relative alla propria salute (Cfr. Bruscutta, 1979, p. 179).

Al rigore di questa impostazione si contrappongono però i casi in cui è necessario non rivelare al malato una prognosi infausta, per non compromettere le condizioni psichiche del destinatario della prestazione, giacché – manco a dirlo tanto appare ovvio – il consenso è un diritto del paziente, non un suo dovere, e se questi rifiuta il trattamento ne va, comunque, rispettata la volontà (Paradiso, 1982, p. 144; De Vita, 1988, p. 334).⁹

In Brasile, nel rispetto dei principi della CF e del Codice Civile, l’art. 34 del *Código Ética Médica* (nel cap.V – rubricato: è vietato al medico) stabilisce che è vietato al medico non informare il paziente su tutti i rischi, in fase di diagnosi o di prognosi, connessi al trattamento, “salvo quando la comunicazione diretta gli possa provocare danno”, nel qual caso la comunicazione deve essere indirizzata al rappresentante legale del malato.

Cosa vuol dire tutto ciò? Nuovamente si ritorna ad un atteggiamento paternalistico che attribuisce al medico, il quale non sempre è preparato a farlo, il potere di decidere in luogo del paziente.

⁸ “Ecco qui il dilemma dei giudici: ragioni operative e opinioni dottrinarie pongono a suo carico compiti molto complessi e un’ampia capacità creatrice, di interpretazione ‘costitutiva’. È necessario che questo si materializzi, in modo da rendere efficaci ed operative le promesse sostanziali necessarie a garantire l’ordine democratico. Promesse che, allo stesso tempo, costituiscono il controllo e il limite del suo sviluppo ermeneutico” (Cárcova, 1996, p. 178).

⁹ La discrezionalità del medico trova nel cd. privilegio terapeutico le condizioni per una riespansione. La riserva di rivelazione su cui esso si fonda testimonia la difficoltà, per il medico, di rassegnarsi al rifiuto del paziente di sottoporsi alle cure e si riflette nell’esigenza di una documentazione che non investe, se non in casi specifici, il consenso. Dal canto suo, il nuovo codice deontologico stabilisce, all’art. 30, comma 4, che talune informazioni, specie se riguardanti prognosi gravi o infauste, debbano “essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza”. Analogamente a quanto accade nell’ordinamento americano, al medico è dunque imposto un dovere di informazione dai contenuti estremamente ampi. La possibilità di mitigare i contenuti della comunicazione, in presenza di gravi quanto inevitabili esiti della malattia, evidenzia come il *quantum* della rivelazione continui a rimanere affidata esclusivamente alla sensibilità del medico. Conferma si ricava da Cass., 8 aprile 1997, n. 3046, in *Giur. it.*, 1998, c. 227, dove i giudici riconoscono che “l’operatore sanitario deve contemperare l’esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento”. Sul pericolo di trasformare il medico nel vero arbitro della decisione, si veda Conti (1998, p. 1173). Per quanto attiene all’esperienza anglo-americana, si veda Kennedy e Grubb (1994, p. 212 ss.).

A ben vedere il problema si riflette sul tipo di condotta richiesta al medico. Quando si discorre di informazione e di consenso, ci si muove sull'incerto terreno di ciò che i francesi definiscono *humanisme médicale*, a ricordare come, di là da qualsiasi affermazione di principio, si tratta di un profilo che supera il rigore impositivo delle regole, siano esse giuridiche o disciplinari (Gambaro, 1982, p. 39; Scalfi, 1982, p. 137).

In Brasile, il dibattito sul fondamento giuridico del consenso si arricchisce così di posizioni giurisprudenziali che, pur in presenza di una normativa piuttosto rigorosa in tema di tutela della vita, non esitano a riconoscere il diritto del paziente a scegliere anche di non essere curati, pur se alla scelta consegue la morte:

CONTENUTO: APPELLO INCIDENTALE. DIRITTO PRIVATO NON SPECIFICATO. TESTIMONE DI GEOVA. TRASFUSIONE DI SANGUE. DIRITTI FONDAMENTALI. LIBERTA' DI CREDENZA E DIGNITA' DELLA PERSONA UMANA. PREVALENZA. OPZIONE PER IL TRATTAMENTO MEDICO CHE PRESERVA LA DIGNITA' DEL RICORRENTE. La decisione impugnata aveva concesso la trasfusione di sangue contro la volontà espressa dal ricorrente, al fine di salvargli la vita. Il ricorrente è persona capace, e' in condizioni di lucidità mentale e dal primo momento in cui richiedette il trattamento medico dispose espressamente la sua contrarietà riguardo ai trattamenti che violano le sue convinzioni religiose, specialmente la trasfusione di sangue. Impossibilità di poter applicare al ricorrente il trattamento medico con cui non concorda, e che per esser applicato necessitava del supporto delle forze di polizia. Trattamento che, nonostante sia volto alla preservazione della vita, priverebbe quest'ultima della dignità legata alle credenze religiose, e trasformerebbe così la restante esistenza in un'esistenza senza senso. Libero arbitrio. Inesistenza del diritto dello Stato di salvare la persona dalle proprie scelte, quando queste non comportino la violazione dei diritti sociali o dei diritti di terzi. Protezione del diritto alla libera scelta, diritto volto alla preservazione della dignità, in modo tale che al ricorrente sia applicato unicamente il trattamento compatibile con le sue credenze religiose. APPELLO APPROVATO (Rio Grande do Sul, 2010).

Nel caso esaminato, relativo al rifiuto di trasfusione di sangue da parte dei Testimoni di Geova, il fondamento giuridico del consenso si fonda sui principi costituzionali di rispetto della dignità della persona come

individuati e applicati da giudici. La valutazione di ciò che costituisce dignità finisce così con l'essere rimessa ad una valutazione del giudice. D'altro canto, a ben vedere, quando non è il medico a decidere, è sul giudice che si "scarica" questa attività. In siffatto panorama, la buona notizia, allora, è che di fatto (ma non in punto di diritto), il rispetto dell'autonomia del paziente si è divenuta una pratica comune negli ospedali, pur a dispetto della non chiara posizione assunta dal legislatore brasiliano.

In entrambi gli ordinamenti, comunque, il dibattito sul consenso si è alimentato della questione se esso vada identificato nel diritto di ciascuno di autodeterminarsi, ovvero attenga, più specificamente, al rispetto dell'integrità fisica della persona, si è sviluppato nella prospettiva kantiana che attribuisce rilievo al consenso, ma a prescindere da una condizione di consapevolezza cui è invece necessario approdare affinché il consenso possa considerarsi effettivo.

L'affermarsi del principio di autodeterminazione, unitamente alla necessità di porre rimedio ad uno squilibrio informativo che nel rapporto medico-paziente vedeva questi «incompetente» a fronte delle conoscenze tecniche del primo, ha prodotto un ribaltamento di prospettiva nel senso di rivendicare al paziente un diritto di partecipazione, che evoca una sorta di *health enterprise* dove medico e paziente, superata la contrapposizione, sarebbero impegnati in una fattiva opera di collaborazione¹⁰.

Quando, però, dalle astratte affermazioni si passa a verificare le condizioni in presenza delle quali possa dirsi intervenuto un consenso illuminato e consapevole all'atto medico, ci si rende conto che la vera partita si gioca sul terreno dell'informazione e sulla difficoltà di fissare i criteri della *disclosure*, continuando ad essere rimesso alla sensibilità del medico il compito di definire il *quantum* di informazione da veicolare al paziente, in relazione alla capacità che questi possiede di intenderla adeguatamente.

Le difficoltà cui si accennava sono puntualmente avvertite dalla giurisprudenza che, anche se in maniera non sistematica, procede ad un ampliamento degli obblighi di informazione. In Brasile, ciò che obbliga il medico è una risoluzione del *Conselho Federal de Medicina* n° 1931/2009 – CAPV che espressamente proibisce al medico:

Art. 34. Di non informare il paziente della diagnosi, o prognosi, dei rischi e degli obiettivi del trattamento, salvo quando la comunicazione diretta possa provo-

¹⁰ Si è osservato, secondo Ferrando (1998, p. 68) che, attraverso il consenso, il paziente diventa protagonista del processo terapeutico. In realtà, eccezion fatta per quei casi in cui sono prospettabili più opzioni, lo spazio che residua al paziente è, di solito, piuttosto marginale e si riduce alla decisione di accettare o rifiutare la cura. In questo senso discorrere di partecipazione è eccessivo. L'unica cosa che veramente importa al paziente è la guarigione, e la stessa possibilità di controllare l'operato del medico, attraverso l'informazione, è più teorica che reale.

cargli danno, dovendo, in questo caso, effettuare la comunicazione al rappresentante legale del paziente.

In Italia, la maggiore sicurezza offerta dal rimedio contrattuale, in ordine alla determinazione delle conseguenze dannose dell'inadempimento, conduce ad impostare il discorso in termini di valutazione dell'inesattezza della prestazione, sì da cadere nella sfera di applicazione dell'art. 1218 cod. civ.; ora considera che gli obblighi di informazione siano espressione di quel comportamento di buona fede che l'art. 1337 cod. civ. impone alle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto¹¹; ora lega arbitrarietà dell'intervento ed esito infausto, attraverso un'operazione di cui è manifesto l'intento, per cui il problema dell'informato consenso non concerne la tutela della personalità morale degli individui, ma è piuttosto un'ipotesi in cui il rischio insito nell'intervento terapeutico è trasferito dal paziente, che ne è normalmente gravato, al curante¹². Nel caso brasiliano non vi è alcuna disposizione del codice civile. C'è il codice di risoluzione della CFM di etica medica.

Il fatto che le argomentazioni della dottrina siano tutte svolte come se si trattasse di un problema di tutela della personalità morale è una delle tante sfasature che il confronto fra le diverse formanti di un sistema ci restituisce (Gambaro, 1982, p. 42).

In Italia, le basi normative del consenso all'atto medico si rinvergono nel frammentario quadro offerto dal codice civile (art. 5 cod. civ.), dalla Costituzione (artt. 2; 13 e 32). Per quanto attiene all'esperienza brasiliana, è il *Código de Ética Médica* che si occupa specificamente di questo profilo. Tuttavia sia la Costituzione che il Codice civile possono essere invocati: la prima, per la generalità dei principi su cui si poggia; il secondo, per la disciplina specifica dei diritti della personalità che offre. Del pari un ruolo non marginale è svolto, in un'ottica transdisciplinare, dai principi di bioetica, come quello dell'autonomia del paziente. Queste fonti normative alimentano un interessante dibattito dottrinale che, tuttavia, raramente approda nelle aule dei tribunali o, per

lo meno, non oltrepassa il primo grado e, per questo, finisce con il rimanere sconosciuto, perdendo gran parte della sua importanza. In Italia, l'evoluzione dottrinale che si è compiuta, a partire dalla rigorosa ed al tempo stesso scarna formulazione dell'art. 5 cod. civ. vale a dar conto, per un verso, del progressivo ridimensionamento subito dalla norma in esame, in considerazione del superamento della logica proprietaria che ne aveva ispirato la formulazione e per l'altro del significato assunto dal consenso quale mezzo di tutela della persona (Santoro Passarelli, 1989, p. 51)¹³.

Le obiezioni della dottrina si sono appuntate essenzialmente sullo schema offerto dall'art. 5 cod. civ., norma in cui la tutela dell'integrità fisica è connessa all'idea di disponibilità, e quindi rimane affidata al potere che ciascuno ha sul proprio corpo, al punto da far ritenere che gli atti di disposizione si esauriscano tutti in "rapporti privatistici e non già pubblicistici", escludendo qualsiasi forma di protezione che non sia quella che spetta al titolare del diritto (Cf. Pesante, 1962, p. 656; De Cupis, 1982, p. 60; Bessone e Ferrando, 1983, p. 200; Cherubini, 1978, p. 76).¹⁴ In Brasile, il Cap. II del *Código Civil*, dedicato ai diritti della personalità recita

Art. 11. Ad eccezione dei casi stabiliti dalla legge, i diritti della personalità sono intrasmissibili e irrinunciabili, non potendo il loro esercizio soffrire limitazioni volontarie.

Art. 13. Salvo per necessità mediche, sono vietati gli atti di disposizione del corpo quando implicano una diminuzione permanente della integrità fisica della persona, o sono contrari al buon costume.

Ne consegue che in Brasile, in caso di trapianto ad esempio, questo articolo non trova applicazione, trovando la disciplina dei trapianti una sua propria disciplina normativa. In Italia, sottoposto alle continue sollecitazioni di un'etica in trasformazione, l'art. 5 cod. civ. è apparso inadeguato ad offrire risposta agli interrogativi sollevati dalla scienza medica. Lo stesso concetto di integrità fisica si è modificato, assumendo una connotazio-

¹¹ App. Bologna, 21 novembre 1996, in *Resp. civ. prev.* 1997, p. 374; Trib. Genova, 3 gennaio 1996, in *Danno e resp.* 1997, p. 94; Trib. Roma, 14 febbraio 1995, in *Gius.* 1995, p. 643 (s.m.). Di responsabilità aggravata si discorre in Cass. 18 luglio 1975, n. 2439, in *Gius. civ.*, 1975, I, p. 1389 dove i giudici non si allontanano dal terreno della colpa professionale dovuta ad errore: il caso era relativo ad un intervento di ernia discale che tuttavia non si era mostrato risolutore, sì che il paziente era stato sottoposto ad altre due operazioni, da una delle quali era residua la derelizione di un ago che avrebbe poi provocato un grave processo infiammatorio alla radice nervosa della regione lombare.

¹² Cfr., App. Milano, 2 maggio 1995, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1418.

¹³ Il richiamo espresso al consenso informato, ma non ai contenuti dell'informazione, si incontra in una serie di leggi che riguardano per lo più l'attività di sperimentazione (art. 1, lett. b, d. l. 16 giugno 1998, n. 186; art. 2, d. l. 11 febbraio 1997, in tema di importazione di medicinali registrati all'estero; art. 1, d. l. 27 maggio 1996, n. 291; art. 1, d. l. 25 marzo 1996, n. 161; art. 2, d. m. 13 ottobre 1995, sulle tecniche di *counselling* da utilizzare per i rilievi epidemiologici da HIV; art. 5, Prov. CUF, 17 gennaio 1997) o la disciplina delle attività trasfusionali: art. 19, d. m. 15 gennaio 1991 sul consenso del donatore di sangue; l. 4 maggio 1990 n. 107; d. m. 19 dicembre 1990.

¹⁴ In giurisprudenza l'eco di queste affermazioni si rinviene in Cass. pen. 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, c. 146, in cui i giudici non si discostano da quanto emerso nel corso del giudizio, sia di primo grado (Trib. Napoli 28 novembre 1931, in *Gius. pen.*, 1932, II, p. 592), che d'appello (App. Napoli 30 aprile 1932, in *Gius. pen.*, 1932, II, p. 1679), dove la non punibilità del medico, in seguito all'ablazione della ghiandola sessuale, trovò giustificazione nel consenso dell'avente diritto.

ne statica, a fronte del più ampio e comprensivo termine salute, intesa quale condizione di benessere psico-fisico, che si connota per contro dinamicamente (Perlingieri, 1972, p. 311; Rodotà, 1992, p. 211).

Il dibattito, sull'art. 5 cod. civ. ha finito così con l'assumere un tono speculativo e, accanto a chi ha affermato l'impossibilità di recuperare, per via interpretativa, l'articolo in esame, non in grado di reagire ai problemi dell'inseminazione artificiale, dei trapianti, delle tecniche di intervento sui geni (Pezzini, 1983, p. 50-52), si è posta altra parte della dottrina che – pur partendo dalla medesima premessa – ha definito l'ambito di applicazione dell'art. 5 cod. civ. in relazione agli atti dispositivi a contenuto patrimoniale (Bessone e Ferrando, 1983, p. 202; Ferrando, 1998, p. 56). Per superare il ridimensionamento dell'art. 5 cod. civ., che questa interpretazione consegna, altri, auspicando una lettura del codice civile alla luce dei principi costituzionali, ha sottolineato come tale soluzione consentirebbe di restituire una specifica funzione all'art. 5 cod. civ., chiamato ad operare quale strumento di controllo della meritevolezza degli atti di disposizione del corpo umano (D'Addino Serravalle, 1983, p. 185)¹⁵. Della ricchezza di questa discussione non si rinviene, però, traccia in una giurisprudenza che appare, più che altro, intenta a definire i limiti alla disponibilità¹⁶.

A ben vedere la dottrina, anche quando collega il consenso alla libertà di effettuare le scelte relative alla propria salute, rifiuta di pensare al consenso come al fondamento esclusivo di legittimità dell'attività medico-chirurgica, in quanto individua in esso una forma di tutela imperfetta. Il consenso si presenta, in altri termini, quale requisito qualificante del trattamento sanitario, condizione necessaria, ma non per questo sufficiente, per la valutazione della sua liceità (Cattaneo, 1957, p. 950; Mantovani, 1974, p. 201),¹⁷ ricevendo dal collega-

mento fra libertà personale (art. 13 Cost.) e tutela della salute (art. 32 Cost.) – cui sembra preordinata l'attività medica – una più solida base argomentativa. Laddove, in Brasile, analoga formulazione si coglie nell'art. 1° *Princípios fundamentais*, inciso III – dedicato alla dignità umana e nell'art. 6° che, sotto la rubrica “Direitos Sociais” – si occupa del diritto alla salute.

Tuttavia, misurare la distanza fra le diverse posizioni assunte dalla dottrina risulta abbastanza difficile: tanto nel caso in cui i limiti alla liceità del trattamento medico siano rinvenuti nei principi costituzionali, quanto nell'ipotesi in cui si ritenga che il limite alla disponibilità riposi su un controllo di meritevolezza del singolo atto dispositivo, il risultato non cambia poiché, in entrambi i casi, si intende garantire la più ampia tutela alla persona, emendando il principio dell'autodeterminazione dal capriccio o dall'arbitrio.

In pratica, liberato il terreno da impostazioni dogmatiche, quello del consenso all'atto medico sembra piuttosto presentarsi come un falso problema.

Il consenso è in fondo l'atto conclusivo di un rapporto di contrapposizione/fiducia fra medico e paziente, in cui il potere ultimo di direttiva rimane pur sempre affidato al medico. Nonostante le aporie cui può dar luogo una sovrapposizione fra analisi giuridica e socio-antropologica, bisogna riconoscere che il consenso o il rifiuto del trattamento dipendono, più di quanto si sia disposti a riconoscere, dall'uso che il medico fa di tecniche di comunicazione, dal modo in cui imposta la risposta o trasferisce l'informazione¹⁸.

La possibilità di autodeterminarsi finisce cioè con il dipendere proprio dall'atteggiamento assunto dal medico¹⁹. Ne sono dimostrazione le tecniche di *counselling* sperimentate con successo in Canada, e in Inghilterra, che si fondano su un intervento volontario

¹⁵ In questa prospettiva, si veda D'Arrigo (1999, p. 270), che da rilievo agli accordi contrattuali in materia di integrità fisica poiché, in caso contrario, ne uscirebbe ridimensionato lo stesso “giudizio di meritevolezza previsto per le dichiarazioni dispositive della sfera vitale, relegandolo ad operare solamente per il consenso ex art. 50 c.p.”.

¹⁶ Si veda, da ultimo, Cass., 13 gennaio 1997, n. 364, in *Giur. it.*, 1998, c. 586, dove i giudici, ribadiscono che “Dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti di cui all'art. 5 cod. civ., non può trarsi la convinzione che il medico possa, di norma ed al di fuori di casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c.p.) intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente”. La giurisprudenza sul punto, è univoca e va da ipotesi di sterilizzazione volontaria, ora considerata lecita: Trib., Lucca, 7 maggio 1982, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 233, ora no: App. Firenze, 6 marzo 1985, in *Foro it.*, 1985, II, c. 383; a casi di interventi chirurgici in cui il chirurgo aveva, senza il preventivo consenso reale o presunto del paziente, ampliato il campo operatorio: Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Giur. mer.*, 1991, p. 1119. Dal canto suo la Corte cost., 24 maggio 1985 n. 161, in *Giur. it.*, 1987 I, I, c. 236 investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l. 164/1982, (sul mutamento di sesso), aveva superato l'eccezione di incostituzionalità, legando tutela della salute psichica e attività dispositiva.

¹⁷ Il rifiuto della logica di cui all'art. 5 cod. civ. si fonda sul fatto che “il consenso dell'avente diritto non è di per sé sufficiente a fondare la legittimità e neppure la mera liceità dell'atto né a scriminare l'agente, essendo invece necessario che le finalità perseguite tendano alla realizzazione di valori costituzionalmente tutelati”. Si tratta quindi di circoscrivere gli atti di cui all'art. 5 cod. civ. a quelli compiuti a favore di altri, come sostengono Romboli (1988, p. 254) e Vincenzi Amato (1976, p. 34-35). Altri preferiscono discorrere sulla “riscoperta” dell'art. 32 Cost., per mettere in evidenza come il consenso sia, al tempo stesso, strumento di esercizio di un diritto di libertà e di attuazione del diritto alla salute, come Gido Alpa (1999, p. 28).

¹⁸ In questo senso si è osservato che il riconoscimento dell'obbligo di informare il paziente conduce “a ritenere che il medico più bravo sia proprio quello che riesce a far sopportare l'operazione più difficile, inducendolo a credere che si tratti di una malattia di poco conto” (Vacca, 1997, p. 346).

¹⁹ “[...] non dà niente da fare, consente solo di riflettere su ciò che viene a mancare quando si è malati. Il sistema della medicina opera, dunque, soltanto quando qualcuno si ammalava. Corrispondentemente, vi sono molte malattie e una sola salute: la terminologia della malattia si sviluppa, mentre il concetto di salute rimane problematico o vuoto” (Corsi et al., 1996, p. 143).

e consapevole del medico nei processi decisionali del suo paziente, in applicazione dei principi su cui si fonda la teoria sistemica, in base alla quale è possibile dar vita a comunicazioni che consentono di ottenere risposte positive e desiderabili, risposte cui un paziente razionale non potrà sottrarsi (Bert e Quadri, 1989, p. 32).

Considerazioni conclusive

I saperi comuni del diritto provocano una dipendenza generalizzata e manipolativa (Warat, 1994, p. 25).

Porre in relazione il Diritto con altre scienze non dovrebbe presentare alcuna difficoltà; tuttavia, quando si va alla ricerca di questa relazione, non raramente incontriamo “relazioni”. Il Diritto è rappresentato, molte volte, come distante da qualsiasi altra disciplina e, in conseguenza di tutto ciò, come distante da altri attori sociali. Questa lontananza può essere contestualizzata storicamente, così come la rottura di quelle “relazioni” di cui si discorreva.

La *analisi del professionista del Diritto* è fondamentale per completare i testi giuridici, spettando a questi “individuare le norme valide, interpretarle, individuare le sue connessioni con altra norma, stabilire i concetti giuridici fondamentali, orientando questa attività all’applicazione del Diritto alla *realtà sociale*”. Per quanto tutto ciò possa apparire ovvio, occorre sottolineare due elementi che contraddistinguono questa attività: analisi e realtà sociale. Il procedimento di analisi implica una necessaria attività interpretativa-investigativa ovvero una rielaborazione del contenuto giuridico applicabile. È in questo punto che emerge “l’io”, cioè è la visione dell’osservatore che implica una descrizione della realtà giuridica alla luce della sua personale visione del Diritto. La realtà sociale è importante nella misura in cui è il prodotto dell’interpretazione, e deve rimanere sempre vincolata alla realizzazione del diritto nella società. Ciò che va oltre è una nozione di dogmatica giuridica centrata esclusivamente nella norma, in detrimento di ciò che accade nella realtà sociale.

Affinchè sia evidente la relazione che qui si intende proporre, basterebbe far riferimento alla importanza della dottrina nella formazione e nel perfezionamento del giurista. Ciò che occorre, in altri termini, è creare le condizioni per umanizzare e approssimare il giurista al suo contesto e, fondamentalmente, far sì che egli sviluppi un approccio più critico. E tutto ciò significa che se nella società esistono disfunzioni è anche compito del giurista comprendere la situazione e non rimanere estraneo alla realtà sociale, chiuso nel suo castello.

Riferimenti

- ALPA, G. 1999. La responsabilità medica. *Rivista italiana di medicina legale*, 21:315-344.
- BARATTA, A. 2006. Nomos e Tecne. Materiali per una cultura pos-moderna del diritto. In: D. MELOSSI (a cura di), *Studi sulla questione criminale*. Bologna, Carocci.
- BERT, G.; QUADRINO, S. 1989. *Il medico e il counselling*. Milano, Il pensiero scientifico, 172 p.
- BESSONE, M.; FERRANDO, G. 1983. Persona fisica (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, XXXIII:193-224.
- BRUSCUGLIA, L. 1979. Legge 13 maggio 1978, n. 180. In: AA.VV., *Nuove leggi civili commentate*. Padova, Cedam, p. 187-191.
- CÁRCOVA, C.M. 1996. *Direito, política e magistratura*. São Paulo, LTr, 221 p.
- CATTANEO, G. 1957. Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, I:949-661.
- CHERUBINI, C. 1978. Tutela della salute e atti di disponibilità del corpo. In: F.D. BUSNELLI; U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*. Milano, Giuffrè.
- CHIEFFI, L.; GIUSTINIANI, P. 2010. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*. Torino, Giappichelli Editore, 288 p.
- CONTI, A. 1998. Errore medico e dovere di informare il paziente. *Rivista italiana di medicina legale*, 20(6):1185-1211.
- CORSI, G.; BARALDI, C.; ESPOSITO, E. 1996. *Luhmann in glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi social*. Milano, Franco Angeli, 259 p.
- D’ADDINO SERRAVALLE, P. 1983. *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*. Camerino-Napoli, ESI, 280 p.
- D’ARRIGO, C. M. 1999. *Autonomia privata e integrità fisica*. Milano, Giuffrè, 450 p.
- DE CUPIS, A. 1982. I diritti della personalità. In: A. DE CUPIS; A. CICU (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano, Giuffrè.
- DE VITA, A. 1988. La colpa professionale. In: AA.VV., *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padova, CEDAM.
- DINIZ, M.H. 2010. *O estado atual do biodireito*. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1112 p.
- FERRANDO, G. 1998. Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza. *Rivista critica di diritto privato*, 22:49-66.
- FRAISSEIX, 2000. La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo. *Revue internationale du droit comparé*, 371:371-413.
- FUSCO, Mauro. 2010. La bioetica italiana tra l’incudine della politica e il martello della magistratura. In: L. CHIEFFI; P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto alla ricerca di un bilanciamento*. Torino, Giappichelli Editore.
- GAMBARO, A. 1982. La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica. In: AA.VV., *La responsabilità medica: atti del congresso tenuto a Pisa nel 1981*. Milano, Giuffrè, p. 25-42.
- GIANNANTONIO, E.; LOSANO, M.G.; ZENO-ZENCOVICH, V. 1997. *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/96*. Padova, CEDAM, 745 p.
- GORLA, G. 1966. La “logica-illogica” del consensualismo o dell’incontro dei consensi e il suo tramonto. *Rivista di diritto civile*, I:215-260.
- ITACARÉ NEWS. 2009. Comércio criminoso venda de órgãos humanos. Disponibile in: <http://itacarenews.blogspot.com.br/2009/09/comercio-criminoso-venda-de-orgaos.html>. Accesso in: 01 jun 2017.
- KENNEDY, I.; GRUBB, A. 1994. *Medical Law: texts and materials*. London/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 1423 p.
- MANTOVANI, F. 1974. *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*. Padova, CEDAM, 1034 p.
- PARADISO, M. 1982. Il dovere del medico di informare il paziente. In: AA.VV., *La responsabilità medica: atti del congresso tenuto a Pisa nel 1981*. Milano, Giuffrè, p. 139-145.

- PERLINGIERI, P. 1991. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli, ESI, 551 p.
- PERLINGIERI, P. 1972. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli, Jovene, 551 p.
- PESANTE, M. 1962. Corpo umano (atti di disposizione). *Enciclopedia del diritto*, X:653-664.
- PEZZINI, B. 1983. Il diritto alla salute: profili costituzionali. *Diritto e società*, I:21-33.
- RAISER, L. 1990. *Il compito del diritto privato*. Milano, Giuffrè, 332 p.
- ROMBOLI, R. 1998. Atti di disposizione del proprio corpo. In: A. SCIALOJA; G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, art. 5*. Bologna/Roma, Zanichelli, p. 225-256.
- RESTA, E. 2008. *Diritto Vivente*. Roma-Bari, Laterza, 225 p.
- RIO GRANDE DO SUL. 2010. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Décima Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70032799041. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Porto Alegre, 06/05/2010. Disponibile in: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=transfus%3Eo+de+sangue+testemunha+de+jeov>. Accesso in: 01/06/2014.
- RODOTÀ, S. 1992. *Repertorio di fine secolo*. Roma/Bari, Laterza, 269 p.
- RODOTÀ, S. 2016. Solidarietà un'utopia necessaria. Bari: Laterza, pg 11
- SANTORO PASSARELLI, F. 1989. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli, Jovene, 336 p.
- SCALFI, G. 1982. Consenso e fiducia nel rapporto medico-paziente. In: AA.VV., *La responsabilità medica: atti del congresso tenuto a Pisa nel 1981*. Milano, Giuffrè, p. 135-138.
- VACCA, C. 1997. La formazione del consenso al trattamento medico. *I Contratti*, p. 339-348.
- VINCENZI AMATO, D. 1976. Rapporti etico-sociali. In: A. SCIALOJA; G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Bologna/Roma, Zanichelli.
- WARAT, L.A. 1994. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre, SAFe, 232 p.

Submetido: 03/07/2017

Aceito: 31/07/2017