# Medicina legale

## Diritti e doveri nel consenso informato in una società multietnica

L. Perugia
G. Martini[1]
D. Perugia[2]

Una della maggiori difficoltà nel rapporto umano e professionale fra medico e malato è certamente rappresentata dalla necessità dell'uno di chiaramente esporre perché l'altro possa chiaramente comprendere.
Il rapporto fra esseri umani ha sempre presentato una ricorrenza di comportamenti che, evidentemente, possono essere concordati od indotti.
Il problema si è ampliato negli anni a causa dell'evoluzione di tecniche, metodiche diagnostiche e mezzi chirurgici, la cui complessità ha progressivamente reso più difficile stabilire un esauriente scambio conoscitivo.
Lo specialista conosce bene la difficoltà di spiegare le caratteristiche di una tecnica chirurgica e delle sue possibili risultanze e complicazioni a malati di ascendenze culturali anche molto diverse che, negli ultimi anni e ancora di più in futuro, deriveranno anche da etnie e livelli di integrazione sociale notevolmente diversificati.
Nella scienza medica il rapporto fra medico e malato, sempre finalizzato al conseguimento di uno stato di salute o almeno di compenso funzionale può e deve essere di reciprocità di intenti e di consenso, ove si eccettuino quelle condizioni patologiche che presentino uno stato di necessità od una temporanea riduzione delle capacità di intendere e di volere, tali da dover riconoscere un consenso implicito perché presunto.
I diritti ed i doveri del consenso informato in una società confluente comunque in un unico "modus vivendi" sono da riconoscere al più antico dei rapporti sociali del genere umano, quello del contratto.
Solo a limitato titolo di esempio, una analisi del rapporto fra medico e malato può essere intenso, secondo il Codice Civile italiano come "l'accordo di due parti per costituire regolare ed estinguere tra loro un rapporto giuridico e patrimoniale" (art. 1321 c.c.).
Sono state intenzionalmente omesse le oggettivazioni del rapporto perché, in campo medico, il termine "giuridico" va sostituito da "etico", e la qualifica "patrimoniale" allude al bene rappresentato dalla salute, proprietà non alienabile e non disponibile dell'individuo e della società.
I requisiti del contratto (art. 1325 c.c.), in senso clinico, devono fare considerare le figure del medico e del malato come soggetti di uguale responsabilità, ambedue consapevoli della reciprocità di diritti e doveri.
"Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte" (art. 1326 c.c.).
Nel rapporto terapeutico la parte proponente può essere interpretata dall'organizzazione sanitaria, e per essa dal singolo medico, in quanto deputata a tutelare il bene salute in base ad un diritto acquisito con una specifica preparazione professionale, e ad un mandato conferito da leggi e norme.

Università "La Sapienza", Roma
[1] Università "G. d'Annunzio", Chieti
[2] Università "Tor Vergata", Roma

Per la parte proponente emerge quindi il diritto al riconoscimento di una adeguata considerazione sociale unito al dovere di mantenere e meritare quotidianamente tale dignità, e di portare a conoscenza della società le possibilità ed i limiti che delimitano la sua area di attività.
Si delinea in tale quadro la cogenza di una sempre più puntuale ed efficace partecipazione del medico a tutte le esigenze normative e logistiche che influenzano la sua opera, direttamente od indirettamente.
Il malato e prima ancora la società rappresentano la parte accettante.
Deve essere allora a conoscenza dei vantaggi e delle difficoltà inerenti l'organizzazione e le dinamiche di una Sanità che troppo spesso ha gli onori di un'ampia attenzione solo quando dimostri dei limiti che, oltre tutto, non sempre le sono propri.
Il cittadino, parafrasando un noto aforisma, ha la Sanità che merita; ciò perché la considera solo quando sia malato, e la sente estranea, delegando con mal risposta indifferenza la soluzione di problemi che sono più facilmente risolvibili quando siano tempestivamente affrontati.
Da parte del malato quindi non può essere considerata sussistente una proposta, ma una esigenza di cure; queste tuttavia iniziano molto prima che siano necessarie in quanto richiedono una preparazione ed una programmazione che le rendano tempestive e modulabili rispetto a necessità sempre variabili.
E deve essere ben chiaro che l'obbligazione del medico proponente (art. 1333 c.c.) va limitata al suo comportamento non potendosi questo ritenere responsabile di risultati legati a variazioni biologiche, ed ai talora rischiosi progressi delle moderne tecniche chirurgiche.

## LA CAUSA

L'art. 1343 così recita:
"La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume".
Anche se questo aspetto del contratto sembra allontanarsi dal tema del rapporto medico-malato, ci sembra che, particolarmente alle diversità normative comparate dalle plurietnie, presenti aspetti esemplificativi di notevole interesse, quando applicato al malato non come persona fisica, ma entità astratta, soggetto ed oggetto di diritti.
Fermo restando che la causa del contratto terapeutico è il raggiungimento del migliore stato di salute compatibile con le menomazioni, si può presentare il problema di uno sfavorevole o difficile rapporto fra benefici e rischi, o di un risultato raggiunto con notevoli difficoltà tecniche. E non del tutto fruibile da parte del malato.
Tanto più se questi, di etnia differente, abbia abitudini, mentalità, imperativi religiosi diversi da quelli del medico curante, o da questo ultimo non facilmente valutabili: ne è esempio l'impossibilità che un'artroprotesi d'anca determina nella genuflessione rituale nella religione islamica.
L'informazione al malato su una prognosi infausta a tempi brevi, l'accanimento terapeutico nei malati terminali, e la stessa eutanasia rappresentano laceranti tematiche di carattere etico che la medicina occidentale dovrà tentare di risolvere, lasciando tuttavia il problema aperto per malati di altre culture e di altra fede.
L'applicazione diretta ed impersonale delle norme del Codice Penale è, al momento, inevitabile giuridicamente, nonostante possa determinare conflitto con la coscienza professionale del medico.
Siamo ragionevolmente certi che la multietnicità dei malati possa amplificare il problema ed accelerarne un'accettabile soluzione che, in ogni caso, non potrà non derivare che da un responsabile rapporto fra i due aventi diritti e doveri nei confronti di un consenso che ambedue saranno chiamati ad esprimere.

## L'OGGETTO

"L'oggetto (secondo l'art. 1346 c.c.) del contratto deve essere possibile, determinato o determinabile".
Non è facile definire con chiarezza la qualità e la quantità del bene salute che medico e malato si devono reciprocamente proporre nella costituzione del contratto terapeutico.
In rapporto alla menomazione, si devono infatti distinguere tre livelli prognostici.
La prognosi "quoad vitam" esprime infatti una esigenza prioritaria che determina uno stato di necessità, e che richiede un intervento immediato derivante da un consenso presunto e da un'implicita accettazione del malato riguardo i modi ed i tempi del trattamento (art. 54 c.p.), dato che la sopravvivenza è un diritto assoluto e non disponibile;
La prognosi "quoad functionem" riguarda menomazioni non del tutto emendabili, nelle quali l'obiettivo terapeutico è rappresentato dal perseguire il più valido risultato funzionale che lo stato patologico consenta; una opzione

prevalentemente mirata al recupero funzionale, ponendo in secondo piano esigenze cronologiche, estetiche o di integrazione riabilitativa o farmacologica, può essere una esplicita scelta del malato, ove sussistano particolari esigenze personali o lavorative di maggiore cogenza che si possano ad esempio presentare in particolari momenti della carriera dell'individuo in ambito lavorativo, sportivo od altri;
La prognosi "quoad valetudinem" indica l'obiettivo di raggiungere una condizione morfo-funzionale uguale a quella precedente il fatto patologico; è tuttavia impossibile, ed occorre avvertirne il malato, raggiungere una guarigione tale da non residuare esiti, dato che qualsiasi tessuto di riparazione ha caratteristiche biologiche inferiori a quello di origine.
Non diversa interpretazione prognostica meritano le sostituzioni di sistemi funzionali con protesi interne; in questi casi il miglioramento seguito al trattamento può essere rilevante, ma spesso l'usura dell'impianto ne determina una perdita di congruenza i cui tempi derivano in parte dall'impiego funzionale, ed, in definitiva, dal grado di rispondenza ad una corretta informazione sulle modalità d'impiego che, in questo caso, sono in grado di condizionare il danno biologico derivato.
L'oggetto del contratto è quindi rappresentato dal tipo di aspettativa del malato in rapporto a quanto scienza ed organizzazione sono in grado di promettere e realizzare.
Questo rapporto può quindi essere gravemente alterato da una informazione che, essendo indiretta, non si rivolge al singolo individuo, ma alla massa di utenza potenziale.
Se il medico ha il dovere di fornire notizie attendibili, il malato, in quanto corresponsabile della sua salute nei confronti della società cui appartiene, ha quello di documentarsi in maniera adeguata, e di non delegare passivamente una scelta terapeutica che lo riguarda non solo come oggetto di cure, ma, e molto di più, come soggetto.

## LA FORMA

Per quanto si riferisce alla forma "(gli atti) devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità" (art. 1350 c.c.).
L'aderenza esemplificativa di questo requisito del contratto è determinata dalla necessità di documentare l'accordo fra medico e malato nella maniera più esauriente e di maggiore efficacia probatoria.
Il consenso può evidentemente mancare di una adeguata documentazione in quei casi nei quali sussista lo stato di necessità previsto dall'articolo 54 c.p. che esime da una informazione incompleta o resa impossibile dall'urgenza e dalla gravità delle condizioni cliniche, ed attribuisce al malato un consenso presunto.
Nelle usuali condizioni di capacità di intendere e di volere, siamo perplessi sull'efficacia del consenso implicito, come viene definito il ricorso spontaneo del malato ad un centro di cura con il quale contrae un rapporto di fatto e non di forma.
In questi casi, che appaiono prevalenti nei malati di altre etnie, non appare documentata una informazione esaustiva, particolarmente difficile in rapporto alla novità ed alla complessità di molti atti terapeutici.
Il consenso esplicito, espresso con chiarezza e consapevolezza, rende il malato soggetto di collaborazione e corresponsabile nei confronti del risultato, e realizza nella sostanza e nella forma la sua adesione al contratto clinico.
Ogni specialista ha potuto osservare, nella sua esperienza, difetti di risultato di un trattamento derivati da inosservanza, per leggerezza o disinformazione da parte del malato, di regole e precauzioni che avrebbe dovuto accuratamente osservare in base a chiare e motivate prescrizioni mediche.
Il contenzioso giuridico che può derivarne postula sempre la responsabilità del medico e quasi mai quella del malato; ciò è dimostrato da recenti e numerose interpretazioni giurisprudenziali tendenti all'inversione dell'onere di prova citato dal secondo comma dell'art. 2697 c.c. ("chi eccepisce l'inefficacia di tali fatto ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda").
Non è più tanto il malato a dover dimostrare la sussistenza di un danno riconducibile al comportamento del medico ("chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" – primo comma art. 2697 c.c.).
Ciò non appare giusto a nostro avviso, se non nel caso che il malato abbia affrontato il trattamento in modo inconsapevole e del tutto passivo.
È quindi da riconoscere, e da far conoscere, che il rapporto terapeutico è di natura etica, economica e sociale, come espresso dalla Suprema Corte, secondo la quale "… si identifica nella funzione economico – sociale che esso obiettivamente persegue e che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini" (Cassazione Civile, 13/10/1975, n. 3300).
Il livello di responsabilità che vede il medico ed il malato tenuti ambedue, ed in concorso, ad un comportamento

"diligente, prudente e perito" (art. 43 c.p.), deriva da una consapevolezza reciproca di problemi tecnici e gestionali che scaturisce ed acquista dignità etica da un rapporto informativo tra le due parti che prelude ad un consenso, anch'esso reciproco.

È evidente, come in tutti i rapporti riguardanti fenomeni di tipo biologico mutevoli, e talora non prevedibili secondo scienza e coscienza, che "le parti possono subordinare l'efficacia e la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un avvenimento futuro incerto" (art. 1353 c.c.).

A nostro avviso, l'informazione ed il consenso rappresentano in conclusione obbligazioni reciproche, e pongono in conseguenza reciproci doveri e diritti.

Il medico deve:

- illustrare con chiarezza i risultati diagnostici,
- rappresentare le riserve di prognosi del fatto patologico sia in caso di trattamento che di evoluzione spontanea,
- chiarire le opzioni di trattamento proponibili, descrivendo le possibilità risolutive o compensatorie, ed i fattori di rischio generico e specifico,
- documentare chiaramente tutte le fasi terapeutiche e le verifiche cliniche periodiche che si rendessero necessarie.

Il malato ha peraltro il dovere di:

- esprimere con chiarezza l'anamnesi e la sintomatologia,
- richiedere tutte le delucidazioni che riterrà opportune,
- esplicitare le necessità e le aspettative, ove di particolare specificità,
- apprendere le istruzioni cliniche che gli verranno impartite,
- collaborare con impegno e con l'acquisita consapevolezza nei trattamenti post-operatori di recupero funzionale,
- portare tempestivamente a conoscenza del medico qualsiasi fenomeno biologico abbia riscontrato.

Il rapporto di reciproci diritti e doveri fra medico e malato ci è sembrato, sia pure con le dovute riserve di carattere dottrinario, efficacemente esemplificato dalle norme giurisprudenziali e giuridiche che abbiamo espresso.

La caratteristica che abbiamo ricercato in uno "ius conditum" è soprattutto la chiarezza espositiva delle norme, e la consuetudine derivante dal costituire il tessuto giuridico della nostra società.

L'atteggiamento che più condividiamo sul tema del rapporto plurimo tra diverse etnie professionali, sociali e biologiche discende in conclusione dall'assoluta cogenza interpretativa che, nel diritto romano, faceva del "praetor peregrinus" un efficace punto di contatto fra l'etica di una società in grado di fornire civiltà e numerose etnie che, nei secoli, hanno chiesto di poterne fruire.