

PROBLEMI DI ETICA IN O.R.L.

## Il medico nella società che cambia: tecnologia, professione ed etica

(Lettura Magistrale alla seduta inaugurale del 90° Congresso Nazionale della Società Italiana di Otorinolaringologia e Chirurgia Cervico-Facciale — Roma, 28 maggio 2003)

C. NORDIO

Pubblico Ministero presso il Tribunale di Venezia  
Presidente della Commissione per la Riforma del Codice Penale

È un grande onore, oltre che un grande piacere, parlare a un pubblico così autorevole e così numeroso. Ringrazio il professor de Campora per l'onore che mi ha fatto invitandomi, come ha detto, non in quanto Presidente della Commissione per la Riforma del Codice Penale (quel codice, che contempla i delitti e le pene, anche quelle che riguardano i medici) ma in quanto amico che vive immerso nella problematica della giustizia: un riflettore ora acceso anche nei confronti della vostra benemerita professione.

Credo che questo rapporto privilegiato derivi anche da un'assimilazione di funzioni, perché la professione del magistrato e quella del medico sono unite da un vincolo indissolubile: quello di incidere sugli interessi primari della persona. Voi incidete sulla vita e sulla salute. Noi sulla libertà e sull'onore. Voi operate delle persone ammalate, cercando di guarirle. Noi incarciamo i colpevoli, limitando la loro libertà. Talvolta incarciamo anche degli innocenti.

Molto spesso, comunque, l'immagine dei nostri imputati, colpevoli o innocenti che siano, viene vulnerata attraverso la diffusione, magari tendenziosa, di notizie esagerate da parte della stampa. Noi dunque incidiamo in un settore che non è importante quanto il vostro, perché ai vertici dei valori umani stanno la vita e la salute. Ma certamente incidiamo sui valori che stanno solo un gradino più sotto: la libertà, che noi possiamo limitare attraverso la carcerazione; e l'onore, che possiamo ferire attraverso la pubblicazione sulla stampa delle notizie che riguardano gli inquisiti. Un'altra cosa accomuna, o dovrebbe accomunare, le nostre professioni: le virtù che dovrebbero presiedere alla loro esplicazione. Queste virtù fondamentali, a parte quelle ovvie della preparazione tecnica e dell'aggiornamento professionale, sono l'umiltà e il buon senso. Proprio perché incidiamo su questi valori primari, qualche libro in meno e qualche manifestazione di umiltà in più sarebbe necessaria, se non proprio nel

vostro, certamente nel nostro lavoro.

In una cosa però le nostre attività sono molto diverse. Voi operate su un oggetto frutto degli eventi naturali: quel corpo umano, che possiamo definire immutabile, anche se in realtà si evolve impercettibilmente.

Noi invece abbiamo come campo operatorio un oggetto che muta rapidamente, e che spesso si contraddice, cioè la legge.

Le vostre biblioteche non vengono mai eliminate: vengono aggiornate. Le nostre invece possono, con un tratto di penna del legislatore, essere azzerate, rese inutili e obsolete. Se infatti cambia la legge, cambia tutto quello che noi ne abbiamo studiato negli anni precedenti.

Potete dunque capire quanto per noi sia incerto quel mestiere che, come il vostro, incide su una serie di valori primari. Voi inoltre siete assistiti dalla tecnologia, e noi no. E questa è un'altra grande differenza.

La tecnologia non ha affatto avvilito il vostro lavoro, semmai lo ha esaltato. Può anche darsi che abbia diminuito, se non proprio assorbito, quello che una volta si chiamava l'occhio clinico, l'intuizione del medico di cogliere con uno sguardo la malattia del paziente. Ma è anche vero che la tecnologia non nasce da una sorta di occasionale accidente, ma nasce da voi. Siete voi che attraverso lo studio elaborate e prospettate nuove applicazioni tecnologiche, e che da esse traete nuovi spunti per provare e riprovare, secondo il metodo galileiano. Ogni nuova scoperta tecnologica nel vostro settore non è solo un punto di arrivo: è un punto di partenza verso nuove applicazioni, per nuovi studi e quindi per ulteriori vantaggi per la nostra salute.

Noi magistrati invece non siamo così bene assistiti: non abbiamo questa fortuna. Noi potremmo ottenere qualche miglioria (e ne abbiamo poche) nell'informaticizzazione dei sistemi, nell'uso dei computer, nell'accesso alle notizie, nell'aggiornamento degli schedari

ecc., ma non esiste un'evoluzione della scienza nel diritto. Ed è anche per questo che noi molto spesso commettiamo degli errori. È per questo che nella nostra professione l'errore è fisiologico, e addirittura previsto. In tutti gli stati civili esistono giudici di primo, di secondo e di terzo grado: Tribunali, Corti d'Appello e Corte di Cassazione, mentre non esistono sale operatorie in scala equivalente.

L'errore del medico e del chirurgo, certamente esiste, ma potremmo dire che è l'eccezione. L'errore del magistrato esiste, e purtroppo è quasi la regola. Ma è una regola fisiologica, connessa alla difficoltà del nostro lavoro: quella di interpretare la volontà dell'uomo che sta dietro ai suoi atti, in particolare quelli delittuosi.

Ma torniamo a voi. La tecnologia è insieme la causa e l'effetto della vostra professione.

La causa perché senza di essa sareste disarmati; ma anche l'effetto, perché è la conseguenza logica della vostra esperienza professionale. Siete voi a dare lo spunto per l'invenzione di nuovi strumenti di diagnosi e di cura. E tuttavia questa novità – ora entriamo nel vivo del problema – non ha introdotto per voi una maggior tutela, ma, paradossalmente, una serie di rischi maggiore. La tecnologia vi dà migliori strumenti e maggiori certezze; ma dà anche al cittadino-paziente maggiori pretese, fino al punto da esigere, come oggi molti esigono, una sorta di diritto non alla cura ma alla guarigione.

Con il risultato di intasare i Tribunali civili e penali quando questo preteso diritto non trova soddisfazione.

Il fatto è che la tecnologia non nasce e non si esprime in un ambiente disordinato, ma in un contesto normativo disciplinato dalle leggi. Mi spiego meglio: tutta l'attività diagnostica, prognostica e terapeutica che costituisce la sostanza del vostro lavoro è oggi, a differenza di una volta, integralmente disciplinata dal diritto.

Dirò di più: è disciplinata da una serie esagerata di leggi, regolamenti e discipline che sfociano quasi inevitabilmente nella norma penale. La norma penale, come sapete, è quella che ipotizza un reato e prevede la pena.

Il nostro codice penale (che la nostra Commissione, immeritatamente da me presieduta, sta cercando di riformare) è vecchio di 73 anni. E' stato elaborato nel 1930, e reca la firma di Mussolini e del Re. Ancora oggi, anche se molti non lo sanno, le condanne dei tribunali vengono irrogate in nome di Benito Mussolini e di Vittorio Emanuele III, perché questi sono i nomi che appaiono sul frontespizio del codice penale. Noi cercheremo, e abbiamo buone possibilità, di riformarlo, cioè di presentare al legislatore e al Parlamento un progetto di riforma entro la fine di quest'anno o gli inizi del prossimo.

Ed è proprio dei rapporti tra professione medica, etica e tecnologia da una parte, e prospettive di riforma del

codice dall'altra, che ora vi voglio parlare. Il codice vigente si occupa, naturalmente, anche di voi. Non solo perché si occupa del medico e dei suoi doveri, ma soprattutto perché stabilisce principi rigorosi sulla vita e la salute, cioè sui beni protetti dalle varie norme incriminatrici.

Alcuni di questi principi sono oggi in stridente contrasto con l'evoluzione etica, tecnologica e professionale alla quale stiamo assistendo.

Dicevo che la tecnologia ha introdotto per voi maggiori fattori di rischio perché oggi il cittadino pretende da essa (senza tener conto che è pur sempre uno strumento nelle mani di una persona soggetta ad errori) una sorta di palingenesi miracolistica che ovviamente essa non è in grado di dare. Il risultato concreto è che il contenzioso, non soltanto nell'ambito civile, (dove si chiede il risarcimento del danno) ma soprattutto nell'ambito penale è aumentato a dismisura. Nel senso che oggi quella che una volta era l'eccezione, cioè la denuncia al Procuratore della Repubblica fatta nei confronti del medico, è diventata quasi la regola quando qualcosa non va bene. Già in alcuni nostri ospedali si vedono circolare quelle figure un po' ambigue, mutate dall'esperienza americana, costituite da avvocati che cercano di captare dal malcontento dei pazienti alcuni potenziali clienti per chiedere il risarcimento del danno in sede civile o addirittura attraverso la querela.

Tutto questo avviene in un ambito giudiziario e normativo impreparato ad assorbire e a contenere questa marea montante.

Noi, come Commissione, stiamo studiando dei rimedi per evitare che un tale intasamento di processi nei confronti dei medici crei quella medicina difensiva già presente in certe zone del mondo occidentale e che alla fine si ritorce contro il malato.

Perché, e questo va detto chiaramente, il medico pavido non è un buon medico. Il medico intimorito dalla sorveglianza pressante dei carabinieri o dal Procuratore della Repubblica è in realtà molto più esposto ad errori di quanto non lo sia un medico tranquillo.

Ebbene, noi riteniamo che sotto questo profilo si debba incidere sia nella legislazione sostanziale, sia nella legislazione processuale.

Cosa vuol dire nella legislazione sostanziale? Vuol dire proprio nel codice penale, quello che noi stiamo in questo momento riformando.

Si deve intervenire, per fare l'esempio più importante e concreto, sul concetto di causalità omissiva. Voi sapete che uno dei rimproveri fatti ai medici dal punto di vista penale è quello di aver cagionato un evento non intervenendo in tempo per impedirlo: a questo proposito fino a poche settimane fa l'orientamento della Corte Suprema di Cassazione era estremamente rigoroso nei vostri confronti. Ora si è un po' mitigato, ma l'incertezza normativa continua a gravare sulla tranquillità della vostra professione. Cosa vuol dire

incidere sotto l'aspetto processuale? Vuol dire trovare un mezzo per limitare le querele contro i medici, e cambiare il metodo di accertamento della loro responsabilità da parte del giudice penale.

Non sto facendo un discorso corporativo per strappare il vostro applauso, anche se queste osservazioni possono esservi gradite. Lo sto facendo anche come potenziale paziente perché, lo ripeto, non vorrei mai trovarmi di fronte un medico timoroso o intimorito.

Questo aspetto processuale, sul quale il Parlamento sarebbe bene intervenisse, dovrebbe essere rivolto nelle due seguenti direzioni

La prima, rendere obbligatoria l'assistenza tecnica del querelante. La querela dovrebbe, in altre parole, essere corredata quanto meno da un qualificato parere pro veritate, e non, come accade ora, limitarsi a un esposto redatto nello studio di un legale e portato ai carabinieri in attesa del sequestro della cartella clinica, provvedimento adottato quasi automaticamente dal Procuratore della Repubblica.

La seconda, perfezionare il criterio di accertamento della responsabilità professionale. Oggi esso è affidato alla perizia, non sempre qualificata e affidabile. Noi abbiamo assistito a casi di affermazioni di responsabilità medica sulla base di consulenze elaborate da persone che in realtà non avevano alcuna esperienza tecnica specifica. Una delle proposte più sensate sarebbe quella di rendere obbligatoria la perizia collegiale. Il collegio dovrebbe esser costituito da un medico legale, da un internista e da uno specialista del settore. Ma soprattutto questo collegio di periti non dovrebbe essere scelto a caso, sulla base delle conoscenze personali del Pubblico Ministero o del Giudice, come spesso avviene, ma dovrebbe esser nominato nell'ambito di un albo nazionali approvato dagli ordini. Questo non solo per una maggiore serietà e trasparenza nei criteri di nomina, ma anche al fine di una maggiore omogeneità di indirizzo.

Perché la definizione del giudice come *peritus peritorum*, protagonista della valutazione finale delle argomentazioni presentate dal tecnico, è una vuota astrazione metafisica. Nessun giudice avrà mai le cognizioni idonee a comprendere gli errori nei quali sia, ipoteticamente, incorso il perito. Questo vale non solo per la medicina: vale anche per gli incidenti stradali, per la tossicologia, per la balistica, per i falsi in bilancio, per il disconoscimento di una firma eccetera.

Vale insomma per tutti quei settori dove noi dobbiamo giudicare, ma per i quali abbiamo la necessità di un'assistenza qualificata.

Con questi due rimedi il problema non sarebbe risolto, ma sarebbe abbastanza ridimensionato.

E adesso arriviamo al terzo e ultimo punto con il quale mi avvio alla conclusione.

Esso compare nell'oggetto di questa lettura come il più intrigante: è quello dell'etica.

L'etica è un terreno minato perché ciascuno ha la sua.

E il giudizio etico che un individuo può dare di un suo simile dev'essere, o dovrebbe essere, un non-giudizio.

In questo senso vale il principio evangelico del *nolite iudicare*.

Il precetto di non giudicare per non essere giudicati, non significa infatti, come è ovvio, che il magistrato debba abbandonare la toga e rinunciare al giudizio: in tal caso la società civile si dissolvrebbe. Esso significa, più semplicemente, che nel giudizio morale nessuno di noi è migliore del proprio fratello, perché nessuno di noi può leggere nell'altrui coscienza: il giudizio morale è necessariamente un giudizio sospeso.

Noi magistrati ci accontentiamo del giudizio legale: esso non sempre coincide con il giudizio morale che ciascuno di noi è tentato di formulare, e talvolta lo può persino contraddire. Tuttavia il diritto tende a coincidere con l'etica, pur senza raggiungerla mai. Talvolta esso ignora dei comportamenti che si possono definire immorali. Talvolta esso ne punisce altri che sono eticamente indifferenti.

Vi sono dei reati che sono completamente estranei a qualsiasi considerazione di ordine morale, mentre vi sono comportamenti immorali, almeno per la nostra civiltà, che non hanno nessuna rilevanza penale. L'adulterio è sicuramente un atto, secondo il nostro idem sentire, immorale: eppure è penalmente irrilevante, e non è contemplato dalla legge come reato. D'altra parte quest'ultima prevede una serie di reati contravvenzionali, come ad esempio sollevare moto ondoso nel Canal Grande della mia Venezia, che non hanno nessuna valenza morale negativa.

Il diritto però, nel suo complesso, tende a coincidere con l'etica, e la gran parte dei delitti riflette una serie di comportamenti moralmente inaccettabili: la rapina, il furto, l'omicidio, la violenza carnale, sono crimini in cui vi è coincidenza tra eticità e legalità.

Tuttavia l'avvertimento è d'obbligo: i due settori non coincidono necessariamente. Fatta questa precisazione, dobbiamo tenere presente che anche l'etica, come il diritto, si evolve. Ma a differenza della tecnologia che si evolve, potremmo dire, come una spirale verso l'alto, perché tende a migliorare se stessa, tanto l'etica quanto il diritto non corrono necessariamente in questa direzione propizia. Tante volte hanno, al contrario, delle cadute spaventose.

Mentre la tecnologia si eleva sempre verso nuove scoperte, la legge può precipitare a livelli funesti. La legislazione razziale di Hitler negli anni 30 fu sicuramente una desolante caduta etica e giuridica rispetto alla tradizione culturale tedesca.

A differenza della tecnologia, noi dobbiamo considerare sia l'etica che il diritto non necessariamente rivolti verso un'evoluzione positiva.

Torniamo allora al giorno d'oggi e alla vostra professione. Noi dobbiamo riconoscere che attualmente ci troviamo di fronte ad una contraddizione quasi insa-

nabile tra un'etica solidaristica e una individualistica le quali, invece di opporsi l'una con l'altra tendono, paradossalmente, a convivere nelle stesse persone, negli stessi gruppi o negli stessi movimenti.

Possiamo fare anche degli esempi. Alcuni movimenti che considerano la pace e la vita umana ai vertici dei valori etici, poi proclamano l'assoluta libertà di abortire. Io non sto dando, Dio mi guardi, un giudizio etico in un senso o nell'altro. Sto soltanto rilevando una contraddizione etica che tuttavia si risolve, come vedremo subito, in contraddittorie conseguenze normative che riguardano anche la vostra professione.

Allo stesso modo, per fare un altro esempio, la salute è considerata un bene collettivo primario, tanto da giustificare la compressione di alcune libertà individuali. Pensiamo alla libertà del fumatore. In nome di una solidarietà sanitaria, al fine di tutelare i cittadini che non hanno questo vizio, la sigaretta è oggi quasi dappertutto proibita. Però, allo stesso tempo, noi constatiamo che molte persone ostili al fumo esaltano (non è certo il caso del nostro Ministro della Sanità) sistemi di vita disordinati che configgono con altri interessi primari degli individui e della società. Ci sono individui che fanno in perfetta buona fede la campagna contro il fumo: poi si mettono al volante e scorrazzano violando tutti i limiti umani e divini, provocando incidenti che cagionano, tra le altre cose, danni enormi al sistema assistenziale per le spese che ne seguono.

E potremmo continuare.

Questa contraddizione la si vede oggi nel vostro lavoro in un settore cruciale: quello del "consenso informato". Nella nostra tradizione etica e giuridica tre ideologie, apparentemente contrapposte, anzi sicuramente contrapposte in molti settori, si sono in realtà incontrate. L'ideologia fascista, l'ideologia marxiana e l'ideologia cattolica apparentemente hanno ben poco in comune. E in effetti per molti versi non hanno assolutamente nulla in comune. Una cosa però hanno in comune: quella di considerare l'individuo non come entità primaria attorno alla quale ruotano i valori, ma come entità inserita in una nicchia di valori più importanti di lui. La visione di queste tre filosofie ha un riflesso normativo molto evidente nel nostro sistema positivo. Non lo ha solo, voglio dire, nella nostra tradizione filosofica o religiosa, ma proprio nei nostri codici civile e penale, entrambi elaborati, come ho detto, durante il fascismo.

Ma lo ha anche nella nostra Costituzione, e naturalmente nei Tribunali, nell'applicazione della legge. Dove lo si vede? Lo si vede in un momento essenziale: quello della indisponibilità del diritto alla vita. Secondo il nostro codice penale e secondo il nostro codice civile il diritto alla vita dell'individuo è un bene indisponibile, cioè è un bene del quale l'individuo non può disporre.

Questo è scritto a chiare lettere nel codice civile.

Ed è scritto nel codice penale che punisce severamente non solo l'omicidio del consenziente, cioè di chi chiede di essere ucciso, ma addirittura l'assistenza o l'aiuto al suicidio.

Questi due codici, penale e civile, che sono stati elaborati, ripeto, negli anni '30 e '40 durante la dittatura fascista, in realtà esprimevano un concetto molto nobile: quello dello Stato Etico hegeliano nel quale l'individuo era inserito, da un punto di vista etico, nella nicchia dello Stato garante della morale.

La nostra Costituzione, che ha ripudiato il fascismo, ha invece assorbito alcuni principi tipici sia del marxismo, sia del cattolicesimo, che in realtà sono, nella loro essenza, simili a quelli hegeliani. Perché nell'una e nell'altra ideologia l'individuo è inserito in un contesto che lo condiziona, lo plasma e lo indirizza: nel marxismo, la gabbia immanente del collettivismo sociale. Nel cattolicesimo, la trascendenza escatologica della volontà divina. Cosicché anche nella nostra Costituzione, per ragioni diverse e forse opposte a quelle dei codici del 1930 e del 1942, il diritto alla vita è ancora un diritto indisponibile, e il risultato è il medesimo.

Nel nostro sistema positivo, si badi, non in quello filosofico o religioso, ma nelle leggi vigenti, oggi il diritto alla vita non appartiene all'individuo. Tutto questo andrebbe benissimo e per molti va ancora benissimo se non si fosse inserita surrettiziamente, e senza che nessuno quasi se ne accorgesse, quella sorta di etica individualista di cui parlavo all'inizio.

È l'etica che ha consentito l'introduzione dell'aborto, ed è l'etica che ha fondato quella che oggi è la disciplina del consenso informato. Il consenso informato oggi non è stato apprezzato dal legislatore nella sua efficacia dirompente. Si è affermato poco a poco come se fosse un qualcosa di dovuto all'individuo, magari perché l'abbiamo imparato dai film anglosassoni, dove il medico dice sempre la verità.

Questo può essere un bene o può essere male: certo è che dal punto di vista legale e normativo è in stridente contrasto con tutto il nostro sistema positivo vigente per la ragione molto semplice enunciata prima: che il diritto alla vita è un diritto indisponibile, tant'è che una persona non può chiedere il suicidio assistito.

Riflettiamo: il consenso informato, nel momento in cui consente al paziente di rifiutare una terapia indispensabile alla sua sopravvivenza, di fatto legittima il suo suicidio. In altri termini gli restituisce come diritto disponibile, cioè come diritto all'autodeterminazione della propria vita e della propria morte, quello che era, e realtà continua ad essere, un diritto indisponibile. Fino a venti o anche dieci anni fa, quando il paziente entrava in ospedale e, come ha detto oggi il Ministro Sirchia, si affidava con grande fiducia (potremmo aggiungere: qualche volta anche con rassegnazione) al medico chirurgo, non chiedeva niente e non poneva nessuna condizione. In realtà concedeva

allo stesso chirurgo lo *jus vitae et necis* della propria esistenza.

Questo poteva essere un bene o un male, ma era perfettamente coerente con tutta la nostra impalcatura normativa, nella quale il diritto alla cura è in realtà anche un dovere alla cura. Il diritto a restare in vita comunque era (ed è) in realtà un dovere a mantenere in vita con tutti i mezzi il paziente, perché la sua vita non gli appartiene. Appartiene, secondo i nostri codici di era fascista, allo stato etico, e secondo la nostra Costituzione, molto cattolico-marxiana e solo un poco liberale, a qualche cosa di altrettanto trascendente. Insomma appartiene a tutti tranne che al diretto interessato.

Con l'introduzione della complessa disciplina del consenso informato, che voi ben conoscete, tutto questo sistema, senza che nessuno si accorgesse, è stato completamente stravolto. Tant'è che oggi il paziente arriva da voi, e, dopo aver avuto conoscenza dei rischi che corre attraverso l'operazione, decide se sottoporvisi o meno. Accettando in certi casi, attraverso il rifiuto, una morte sicura.

In tal caso il medico non ha nessun potere coercitivo per impedire al paziente una scelta che è un suicidio di fatto. Il paziente se ne va e accetta di morire.

Una simile disciplina, come è facile capire, è in conflitto insanabile con la residua impalcatura normativa.

Noi magistrati facciamo finta di non vedere, perché difficilmente arriva sul tavolo del Procuratore della

Repubblica il lacerante conflitto di un paziente che decida di non farsi curare; ma lo vediamo bene quando ci troviamo davanti al testimone di Geova che arriva in ospedale e necessita della trasfusione, senza la quale l'exitus è imminente. Lo vediamo come lo vede il medico che non sa che fare, perché una norma gli dice di salvarlo a tutti i costi, e un'altra gli dice di rispettarne la volontà, e lasciarlo morire.

Quali conclusioni allora?

La conclusione è che ci troviamo in un momento di estrema incertezza giuridica nel settore che vi riguarda. Incertezza sulle vostre responsabilità, e soprattutto sui vostri doveri. Nessuno sarebbe oggi in grado di dire con assoluta certezza qual sia il dovere del medico di fronte a casi come quelli che ho prospettato e di fronte a tanti altri non disciplinati da un sistema normativo coerente.

Ed è proprio in questo settore di fluidità, di opacità, di sfumatura, che il legislatore deve al più presto intervenire. Perché, come dicevo all'inizio, un medico esitante, timoroso o intimorito non è mai un buon medico: e alla fine è proprio il paziente a subirne le conseguenze negative. Permettetemi allora di finire con un gioco di parole: è dovere del legislatore assicurare ai cittadini la certezza del diritto; se questo non è proprio possibile, cerchiamo almeno di dare ai medici il diritto alla certezza di cosa debbono fare.