

La relazione di cura nell'era della comunicazione digitale*

Massimo Foglia

Abstract

Nell'era della comunicazione digitale e dei social network, accade con frequenza sempre maggiore che la comunicazione medico-paziente avvenga anche a distanza, con l'ausilio di strumenti quali e-mail, social network, sms, messaggi WhatsApp e via dicendo. Il presente contributo si sofferma sul problema della spersonalizzazione del rapporto medico-paziente, nonché sull'emergere di nuovi scenari di responsabilità sanitaria connessi appunto all'impiego di mezzi di comunicazione digitali.

In the age of digital communication and social networks, the doctor-patient communication is increasingly performed via remote, using means like e-mails, SMS, WhatsApp messages and so on. This article deals with the issue of the depersonalization of the doctor-patient relationship, as well as on the emergence of new basis of medical liability related to the use of digital communication means.

Sommario

1. Introduzione. – 2. *Comuni-care*: tempi e luoghi del consenso alle cure. – 3. Una relazione “a distanza”. – 4. Nuovi scenari di responsabilità medica. – 5. Conclusioni.

Keywords

relazione di cura – comunicazione digitale – responsabilità medica

1. Introduzione

Nell'era della comunicazione digitale e dei social media, accade con frequenza sempre maggiore che la relazione di cura sia condotta anche a distanza, con l'ausilio di strumenti quali e-mail, social network, sms, messaggi WhatsApp e via dicendo¹; nuovi

* Su determinazione della direzione, in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista, l'articolo è stato sottoposto a referaggio anonimo

¹ V., di recente, A. Spina, *La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 319 ss.; L. Rufo, *Social media e consulto medico: tra opportunità e rischi per i pazienti*, in *Inform. e dir.*, 2017, 1-2, 383 ss.; G. Pascuzzi - U. Izzo, *Le problematiche giuridiche connesse all'utilizzo delle nuove tecnologie in sanità*, in *psychiatryonline.it* (3 novembre 2012); M. De Angelis, *Alcune questioni giuridiche sulla regolamentazione del progresso tecnologico in sanità*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2017, 31; E. Pietrafesa - R. Di Leo - M.

canali telematici per mezzo dei quali il paziente comunica a distanza con il medico curante, al fine di metterlo a parte dei sintomi di una malattia o per trasmettergli i risultati di analisi, oppure ancora per formulare richieste di vario tipo.

L'odierno impiego dei mezzi di comunicazione digitale può essere visto come un contemporaneo simbolo di separazione che allontana il medico dal paziente, come accaduto in passato con l'invenzione dello stetoscopio²: un tempo lontano, il gesto che vedeva il medico accostare l'orecchio al torace di un malato, quasi nell'atto di cingerlo tra le braccia, colmava una distanza, un vuoto.

Due, in particolare, sono le conseguenze del processo di allontanamento del medico dal paziente che il presente contributo si propone di affrontare.

La prima concerne la spersonalizzazione del rapporto medico-paziente ed i riflessi negativi che la privazione di una relazione di cura individuale provoca nell'accompagnamento del malato: il dialogo ed il confronto tra questi ed i curanti sono presupposti di una vera consensualità; l'aspetto relazionale e comunicativo della prestazione sanitaria costituisce il momento di saldatura di un dovere giuridico oltre che etico³, e rappresenta l'espressione di un generale principio di solidarietà sociale, in grado di dare concretezza al ruolo del consenso nell'ambito del rapporto terapeutico, che impone al professionista di agire nell'ottica dell'interesse altrui a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge⁴.

Il secondo aspetto, invece, riguarda l'emergere di nuovi scenari di responsabilità sanitaria connessi all'impiego di mezzi di comunicazione digitali. Dal tema della comunicazione discendono problematiche che si riallacciano ai profili della responsabilità medica⁵. La comunicazione è infatti il veicolo dell'informazione, che a sua volta è il presupposto del consenso all'atto medico. Da qui si può cogliere chiaramente il *filo rosso* fra la dinamica del rapporto medico-paziente e il discorso giuridico sul consenso informato nelle sue varie declinazioni⁶.

Castriotta, *ICT [Tecnologie dell'informazione e della comunicazione] e mercato tra nuove professioni e rischi emergenti*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 2014, 405 ss.

² In questi termini S.B. Nuland, *How We Die: Reflections on Life's Final Chapter* (1993), trad. it. *Come moriamo. Riflessioni sull'ultimo capitolo della vita*, Milano, 1994, 297: «Questo ruolo assunto dagli strumenti fu considerato positivamente già dalla comunità medica del tempo: pochi clinici si sentivano (e si sentono tuttora) a proprio agio dovendo accostare l'orecchio al torace di un malato. A tale ragione e alla sua immagine, rappresentativa di un particolare status, questo strumento [lo stetoscopio, ndr] deve la sua popolarità; basta trascorrere qualche ora seguendo un giovane medico interno mentre fa il giro del reparto per osservare i diversi ruoli che assume questo simbolo di autorità e di separazione».

³ Da ultimo con la legge 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento»). V., in part., l'art. 1, c. 8, ove si legge che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

⁴ Anche sotto questo profilo si avverte l'esigenza di un ripensamento del rapporto medico-paziente. In questi termini R. Pucella, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?*, in *Resp. medica*, 2017, 3 ss. Il consenso alle cure non è un elemento stabile e risente di innumerevoli fattori personali, psicologici, familiari, sociali, culturali e religiosi. Cfr. *Raccomandazioni della SICP: Informazioni e consenso progressivo in cure palliative: un processo evolutivo condiviso* (ottobre 2015).

⁵ In tale prospettiva v., per tutti, R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, spec. 153 ss.

⁶ Per un approfondimento sia consentito il rinvio a M. Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto*

Prima di affrontare le singole questioni suddette, è utile delineare lo sfondo sul quale esse si innestano, descrivendo talune peculiarità della realtà sanitaria che incidono inevitabilmente sul presente discorso.

2. Comuni-care: tempi e luoghi del consenso alle cure

La questione del consenso del paziente all'atto medico è molto antica. Per secoli il principio del consenso al trattamento è rimasto estraneo al rapporto medico-paziente. Un mondo "silenzioso"⁷, caratterizzato da un forte paternalismo, in cui il malato è stato sostanzialmente privato della sua competenza e della sua libertà di decidere⁸. Nello scenario odierno, di contro, si può affermare che il credo paternalistico del "*doctor knows best*" abbia forse raggiunto il punto più avanzato della sua fase discendente, verso quel progressivo cambiamento culturale che ha portato nella pratica sanitaria ad un nuovo e diverso modo di pensare, favorevole ad un *empowerment* del paziente⁹, specialmente sotto il profilo del suo diritto ad essere informato e posto nelle condizioni di assumere scelte terapeutiche consapevoli¹⁰.

Lo ha ribadito, di recente, la *Supreme Court* inglese sottolineando con parole efficaci come il dovere del medico non possa dirsi assolto «bombardando il paziente di informazioni tecniche»; informazioni che probabilmente egli non sarà neppure in grado di comprendere¹¹.

Ebbene, in Italia, la legge n. 219/2017, in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, ha lanciato una sfida culturale al mondo della sanità, e in particolare ai medici chiamati ad abbandonare la postura mentale della medicina paternalistica. Tra questi principi giuridici vi è quello secondo il quale «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1, c. 8) ed il con-

terapeutico, Torino, 2018.

⁷ Parla di "mondo silenzioso" il medico americano J. Katz nel suo libro *Id., The Silent World of Doctor and Patient*, New York, 1984, 1 ss., in cui l'A. ripercorre le tappe storiche del rapporto medico-paziente.

⁸ I documenti storici testimoniano come siano mutati tanto il comportamento del paziente nei confronti del medico quanto la natura dei loro reciproci rapporti. Cfr. P. Ariès, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident* (1975), trad. it. *Storia della morte in occidente*, Milano, 1998, 69. Sul tema attuale dell'isolamento del morente, v. N. Elias, *Über die Einsamkeit der Sterbenden in unseren Tagen* (1982), trad. it. *La solitudine del morente*, Bologna, 1985.

⁹ Cfr. F.D. Busnelli, *Il fattore "potenziamento": salute, medicina e deontologia al vaglio delle nuove tecnologie*, in *Resp. medica*, 2017, 315 ss.

¹⁰ Da un modello centrato sulla malattia ("*disease centred*"), il cui obiettivo è semplicemente raggiungere una diagnosi corretta e intervenire attraverso strategie terapeutiche adeguate, si è progressivamente passati, a partire dagli anni '80, ad una "*patient-centred medicine*", un modello centrato sul paziente: scopi della visita medica sono il raggiungimento di una diagnosi corretta, la comprensione del vissuto/prospettiva del paziente e l'intervento attraverso strategie terapeutiche adeguate.

¹¹ *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11, par. 90: «...the doctor's advisory role involves dialogue, the aim of which is to ensure that the patient understands the seriousness of her condition, and the anticipated benefits and risks of the proposed treatment and any reasonable alternatives, so that she is then in a position to make an informed decision. This role will only be performed effectively if the information provided is comprehensible. The doctor's duty is not therefore fulfilled by bombarding the patient with technical information which she cannot reasonably be expected to grasp, let alone by routinely demanding her signature on a consent form».

senso informato è l'«incontro» – e dunque il confronto – tra «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, c. 2).

Eppure, le caratteristiche dell'attività sanitaria, come la velocità dei ritmi lavorativi o la mancanza di tempo e di spazio dedicati al dialogo con i pazienti¹², contribuiscono ancora oggi all'idea fallace secondo la quale il consenso alle cure si riduce alla compilazione di un modulo, quando invece il momento comunicativo consente al paziente di conoscere tutte le informazioni necessarie al fine di operare scelte di cura consapevoli e serve nel contempo al medico affinché questi non sia estraneo alla decisione che matura nella sfera del malato¹³.

È probabile che il medico in cuor suo sappia che il consenso del paziente è molto più di una pratica modulistica. La sensazione è che gli operatori della salute stiano iniziando a vedere le regole del consenso informato sotto un'altra luce, e a riconoscere in esse un utile strumento della relazione di cura¹⁴.

La regola, anche di natura deontologica¹⁵, postula una vera e propria interazione tra il medico e il paziente, ponendosi l'obiettivo di colmare quel *deficit* di partenza che caratterizza la relazione di cura, allo scopo di riequilibrare il rapporto con il soggetto

¹² V., ad esempio, la testimonianza di L. Fontanella, *La comunicazione diseguale. Ricordi di ospedale e riflessioni linguistiche*, Roma, 2011.

¹³ R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 84 s.: «È il medico che conosce le malattie, che ne ha chiare le cause e di rimedi; di fronte a lui vi sono il malato ed il suo vissuto. [...] Nessuno dei due possiede la verità, che sgorga, invece, dal riconoscimento del vissuto del malato come storia. Lo strumento attraverso il quale questo obiettivo si realizza è il dialogo, per mezzo del quale il paziente è sollecitato a far riaffiorare il vissuto alla coscienza; non si tratta, però, di ricorrere alla semplice anamnesi, intesa come interrogatorio guidato dell'ammalato, diretta a far risalire alla sua memoria un vissuto che consente al medico di pronunciare la diagnosi. [...] Se, dunque, il medico non può rinunciare alla funzione cognitiva del malato, quest'ultimo ha bisogno dell'aiuto del medico nel perseguire la sua miglior salute».

¹⁴ V. P. Borsellino, *Consenso informato. Una riflessione filosofico-giuridica sul tema*, in *Salute e società*, 3, 2012, 17 ss. Lo testimonia anche il fatto che vengono organizzati molti convegni al riguardo e che in letteratura sono sempre più numerosi i riferimenti alla centralità della relazione di cura. Ma l'attuale, complessa realtà sanitaria presenta ancora forti criticità. Ciò può essere dovuto ad un insieme di fattori che il giurista non può ignorare. In medicina, come in qualunque professione, bisogna infatti fare i conti con le risorse, con i sistemi e con gli assetti organizzativi consolidati. Sul passaggio «dall'ospedale all'azienda» v. R. Lusardi - S. Tomelleri, *Non è solo retorica. Le immagini della collaborazione in sanità*, in *Rass. it. sociologia*, 2016, 55 ss., spec. 62. L'attuale funzionamento dell'organizzazione ospedaliera è riconducibile al modello industriale, risponde a logiche di mercato e mira al raggiungimento di determinati obiettivi di produzione. Maggiore è il numero di pazienti assistiti ogni anno, più alta è la redditività delle aziende ospedaliere, anche del settore pubblico, che ottengono finanziamenti in proporzione al numero delle prestazioni offerte ai pazienti. Da ciò deriva un'esigenza di velocizzare le prestazioni sanitarie: fenomeno che avvicina i luoghi dello spazio ospedaliero, come gli ambulatori, le sale operatorie e le sale parto, a «luoghi il cui funzionamento ricorda per molti aspetti quello di una *catena di montaggio*» (C. Quagliariello - C. Fin, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna, 2016, 77 ss., corsivo dell'A.). A ciò si aggiunga il progressivo aumento dei pazienti accolti nelle strutture sanitarie e, come conseguenza, il sovraffollamento dello spazio ospedaliero, accentuato dalla carenza di personale medico.

¹⁵ Il Codice di deontologia medica (2014) dispone che, nell'informare il paziente, «il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale, corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza» (art. 33, c. 2).

Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

professionista che detiene il bagaglio informativo¹⁶. Se il paziente non fosse in grado di comprendere “realmente” ciò che il medico gli comunica, il consenso espresso dal malato non potrebbe dirsi effettivo né la sua volontà autentica, poiché mancherebbe una vera conoscenza e comprensione delle informazioni comunicategli su cui fondare la scelta terapeutica.

In altre parole, il processo comunicativo include quello informativo¹⁷, ma si svolge nell’ambito del rapporto interpersonale di cui il malato è parte attiva¹⁸. Una delle esigenze principali dei malati e dei familiari è infatti quella di relazionarsi con i professionisti. Essi chiedono il dialogo con il personale sanitario, e desiderano risposte, spiegazioni¹⁹.

Molti medici ammettono che “parlare” con il malato è quasi sempre d’aiuto ma spesso non viene fatto; che per migliorare le cure, specialmente quelle di fine vita, «ogni medico dovrebbe essere un esperto di comunicazione»²⁰. Tutto ciò è ancor più vero se si pensa che a volte la medicina non può fare alcunché per vincere la malattia: «quando non c’è posto per il bisturi, le parole sono l’unico strumento del chirurgo»²¹.

La parola allora “guarisce”²², acquista il senso di una cura in grado, entro lo spazio

¹⁶ «L’uno sa e l’altro ignora», come osserva M. Portigliatti Barbos, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 894. È sempre nell’ottica di questo rapporto dialogico che il Codice di deontologia prevede che «ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta» (art. 33, c. 3), disponendo che sul medico incombe l’obbligo di fornire «le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona», ma con la cautela – dice il Codice – di informare «con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza» (art. 33, c. 5).

¹⁷ È solo attraverso il dialogo medico-paziente che si possono individuare le quattro dimensioni che caratterizzano il malato nella difficile convivenza con la malattia: i.) la dimensione delle *idee di malattia*; ii.) la dimensione dei *sentimenti*; iii.) la dimensione delle *aspettative*; iv.) la dimensione del *contesto*. L’insieme di queste quattro dimensioni viene identificato nella letteratura medica con l’efficace espressione «agenda del paziente», che, a differenza del più ristretto concetto di “vissuto del paziente”, implica una «dimensione relazionale», poiché sta ad indicare «il vissuto della malattia portato al medico» (così E.A. Moja - P. Poletti, *Comunicazione e performance professionale: metodi e strumenti*, II, *La comunicazione medico-paziente e tra operatori sanitari* (Aprile 2016), Ministero della Salute, Direzione Generale della Programmazione Sanitaria, 10, reperibile nel sito internet del Ministero).

¹⁸ Com’è stato ben descritto da un medico palliativista: «Comunicare la diagnosi non è semplicemente fornire un’informazione. [...] Informazione e comunicazione non sono la stessa cosa [...] La comunicazione integra l’informazione all’interno di un processo relazionale, usa la continuità della relazione come strumento» (così G. Lonati, *L’ultima cosa bella. Dignità e libertà alla fine della vita*, Milano, 2017, 21).

¹⁹ Cfr. A. Gawande, *The Heroism of Incremental Care*, *The New Yorker*, January 23, 2017, trad. it. *Il medico che ti può salvare la vita*, in *Internazionale*, 10 novembre 2017, n. 1230, 43 ss.: «Ho cominciato a capire [...] quando mi sono accorto che i dottori, gli infermieri e il personale che lavorava all’accoglienza chiamavano per nome quasi tutti i pazienti che entravano. Spesso li conoscevano da anni e avrebbero continuato a vederli per anni. Osservandolo mentre si occupava di un paziente che era arrivato con dolori all’addome, Asaf non mi sembrava un dottore speciale. Ma quando mi sono reso conto che medico e paziente si conoscevano sul serio [...] ho cominciato a capire l’importanza di quella familiarità».

²⁰ *The Economist*, *A Better Way to Care for the Dying*, April 29, 2017, trad. it. *Verso la fine*, in *Internazionale*, 16 giugno 2017, n. 1209, 42 ss., dove si apprende, per esempio, che gli oncologi statunitensi devono sostenere una media di 35 colloqui al mese sul fine vita.

²¹ P. Kalanithi, *When Breath Becomes Air* (2016), trad. it. *Quando il respiro si fa aria*, Milano, 2016, 57.

²² Cfr. M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, *I diritti in medicina*, a cura Lenti, Palermo Fabris, Zatti, Milano, 2011, 220. Nella letteratura medica v., di recente, R. Milanese - S. Milanese, *Il tocco, il rimedio, la parola. La comunicazione tra paziente e medico come*

di relazione col malato, di restituire dignità e significato all'esperienza della malattia e della morte.

Non stupisce, dunque, che una delle cause più comuni dello stress tra i medici sia proprio l'incapacità di parlare della morte con i pazienti. Quasi tutti gli oncologi che visitano malati terminali ammettono che nessuno mai ha insegnato loro a parlare con questo tipo di pazienti²³.

Non va infine dimenticato che la comunicazione può incidere anche sullo stato d'animo dei familiari o delle persone vicine al malato. Dai racconti dei medici si ha conferma che all'arrivo di un paziente in gravi condizioni, la prima conversazione con il medico potrebbe segnare per sempre il ricordo che la famiglia crea di quella morte²⁴. I familiari possono accoglierla pacificamente e accettare che sia giunta l'ora di una fine ineluttabile, oppure rifiutarla dolorosamente e magari accusare i medici di non aver fatto tutto il possibile per salvare la vita del proprio caro.

È dunque chiara la ragione per la quale nella relazione tra il medico e il paziente è essenziale la comunicazione, quale momento strutturale del rapporto medico-paziente. Da tali considerazioni appare evidente come la "digitalizzazione" della comunicazione nella relazione di cura abbia provocato un vuoto, di fatto un'assenza di dialogo che innegabilmente produce effetti negativi sul rapporto medico-paziente e sull'accompagnamento del malato.

3. Una relazione "a distanza"

L'atto medico presuppone sempre l'"incontro" tra due persone. Sin dalla medicina antica si insegna che alla base di tutto c'è un contatto «umano» tra il medico ed il paziente, quel contatto umano che il progresso tecnologico e l'inevitabile burocratizzazione della pratica medica rischia di spersonalizzare, di inibire, di raffreddare.

È accaduto di recente negli Stati Uniti che un familiare venisse informato del decesso del proprio caro da un robot entrato nella stanza in cui egli si trovava in attesa di notizie. In un mondo dominato dalle macchine, tale fatto non stupisce ma deve sollecitare una riflessione.

strumento terapeutico, Firenze, 2015, in cui è svolta un'analisi estesa sull'influenza della comunicazione sull'agire terapeutico.

²³ *The Economist*, April 29, 2017, cit. Per colmare questo vuoto l'*Ariadne Labs*, un gruppo di ricerca fondato dal noto medico statunitense Atul Gawande, ha compilato una "Guida alle conversazioni con i malati gravi", una lista molto semplice degli argomenti che i medici dovrebbero affrontare con i malati terminali (il materiale è consultabile nel sito web.ariadnelabs.org). Da questa guida emerge, ad esempio, che i medici dovrebbero chiedere al paziente quanto sa della sua malattia, verificare quanto vuole sapere, fare una prognosi sincera, domandargli quali siano i suoi desideri e quali compromessi è disposto a fare. Un testo fondamentale sulla comunicazione tra medico e malato terminale è della psichiatra E. Kübler-Ross, *On Death and Dying* (1969), trad. it. *La morte e il morire*, Assisi, 2013.

²⁴ P. Kalanithi, *Quando il respiro si fa aria*, cit., 57. Sul punto v. anche M. Marzano, *Scelte finali. Morire di cancro in Italia*, Bologna, 2004, 67: «Le decisioni comunicative adottate nella prima fase della malattia condizionano pesantemente tutti gli eventi successivi, secondo una sorta di effetto "imprinting" per cui la "prima mossa è quella che conta". La ragione di questo effetto è legata all'azione dei dispositivi fiduciari, e cioè relativi al "contesto di aspettative aventi una valenza positiva per l'attore sociale e formulate in condizioni di incertezza"» (corsivo dell'A.).

Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

Nell'era tecnologica viviamo e interagiamo con i robot e gli agenti artificiali in generale, così la scena della realtà ci costringe una volta di più a ripensare la scena del diritto. Dagli innovativi studi sulla c.d. mente incorporata (*embodied mind*), dove è riconosciuto un ruolo fondamentale, nella conoscenza umana, al corpo e alle emozioni, emerge che il progresso nella conoscenza della nostra "socialità" è fondamentale se si vuole elaborare un «programma che permetta ad un agente robotico di partecipare in modo convincente e moralmente accettabile a un'interazione sociale». Su tale premessa, al fine di introdurre un robot come partner sociale in una casa di riposo, una scuola, un ospedale o un supermercato, occorre implementare nei robot sociali forme di "empatia artificiale"; e per far questo è necessario comprendere a fondo come funziona l'emozionalità umana, apprendere i meccanismi fisiologici che stanno alla base dell'arrossire, del piangere o del suicidarsi²⁵.

Tali considerazioni si riallacciano al tema della comunicazione digitale, della relazione "a distanza" tra il medico e il malato o comunque al tema della relazione "mediata" dalla macchina. In questo scenario, infatti, l'introduzione della tecnologia nelle strutture sanitarie ha per certi versi acuito, nello specifico, il problema comunicativo²⁶. Da un lato la tecnologia ha certamente contribuito ad accorciare i tempi della prestazione sanitaria e ad incrementare la qualità del servizio ma, per altro verso, il problema comunicativo, ora traslato anche nella dimensione digitale, ha determinato, come già sottolineato, un allontanamento del medico dal paziente. Non sembra infatti che il tempo "risparmiato" grazie ad una più agevole erogazione dei servizi sanitari sia andato a vantaggio del tempo dedicato alla relazione e al dialogo con il paziente.

Ad ulteriore conferma di questa tendenza alla separazione del medico dal paziente si pensi al diffuso impiego della "telemedicina", in virtù della quale per la realizzazione di talune pratiche mediche, per lo più diagnostiche, non vi è la necessaria compresenza nel medesimo luogo del paziente o dell'operatore sanitario, operando quest'ultimo sulla esclusiva base di dati a lui pervenuti attraverso tecnologie informatiche il cui utilizzo, appunto, consente lo svolgimento di atti medici anche "fra assenti"²⁷.

Va però osservato, per completezza, che la comunicazione mediata dalla tecnologia offre nuove potenzialità di interazione e di cura. L'uso della tecnologia in medicina non va certamente osteggiato, ma accolto e governato. Una medicina fortemente tecnologizzata, le cui potenzialità si concentrano quasi esclusivamente sul corpo inteso come organismo, richiede d'altro canto un maggior investimento nella umanizzazione delle cure nella prospettiva più sopra delineata.

²⁵ Per approfondimenti v. P. Dumouchel - L. Damiano, *Vivere con i robot. Saggio sull'empatia artificiale*, Milano, 2019, spec. 60.

²⁶ Nell'ambito del rapporto professionale si parla ormai da tempo anche di "deontologia digitale": v. A. Graziani, *La deontologia digitale*, in *Arch. civ.*, 2002, 429 ss.

²⁷ Così Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2019, n. 38485, in *Riv. pen.*, 2019, 1036. Per ulteriori approfondimenti v. C. Leanza, *La telemedicina: profili civilistici di responsabilità*, in *Rass. dir. farm.*, 2020, 531 ss.; C. Botrugno, *La diffusione dei modelli di cura a distanza: verso un "diritto alla telesalute"?*, in *Rivista di Biodiritto*, 2014, 17 ss.; Id., *Un diritto per la telemedicina: analisi di un complesso normativo in formazione*, in *Pol. dir.*, 2014, 639 ss.; C. Filauo, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno resp.*, 2011, 472 ss.; R. D'Angiolella, *Responsabilità e telemedicina*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 921 ss.

4. Nuovi scenari di responsabilità medica

Da altra prospettiva è interessante osservare come l'ingresso della tecnologia nelle strutture sanitarie, e in particolare la digitalizzazione della comunicazione medico-paziente, abbia inciso anche sotto il profilo della responsabilità professionale del medico. Va detto, a mo' di premessa, che l'impatto della rivoluzione digitale nel mondo delle professioni intellettuali è notevole, sotto molti e diversi punti di vista: dall'estensione del perimetro e del contenuto dell'obbligazione professionale in ragione dell'avanzamento delle nuove tecnologie, all'affacciarsi di nuovi profili e nuove competenze che la legge o il mercato impone al moderno professionista.

Il professionista, oggi, è chiamato ad affrontare nuovi e più numerosi obblighi²⁸, nonché ad acquisire competenze un tempo non richieste: basti pensare, su tutte, alle ormai fondamentali e ineludibili competenze informatiche essenziali per lo svolgimento delle quotidiane attività del professionista.

A fronte di un aumento delle pretese e delle aspettative dell'utente²⁹, sempre più esigente ed avvertito³⁰, si potrebbe discorrere, parafrasando il passo di un recente saggio,

²⁸ Obblighi che vanno da quelli di informazione e di trasparenza, a quelli di riservatezza e trattamento dei dati personali; dal dovere di formazione professionale continua, imposto a talune categorie professionali, ad un dovere di "protezione" nei confronti dei destinatari finali del servizio. Del resto la tendenza oggi è di considerare superata la concezione monolitica del rapporto obbligatorio, riconoscendo la presenza di obblighi "altri", quali i cosiddetti "obblighi o doveri di protezione" (*Schutzpflichten*), che, a differenza dell'obbligo principale (di prestazione), sono suscettibili di gravare su ambedue le parti del rapporto – sul debitore e sul creditore – posto che essi si distinguono tanto dagli obblighi positivi di prestazione, quanto dagli obblighi di carattere meramente accessorio. Sull'argomento si possono consultare, C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.; C. Scognamiglio, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1255 ss.; C.W. Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 793 ss.: «I primi [doveri di prestazione, ndr] sono finalizzati alla realizzazione ed alla promozione dell'interesse alla prestazione, i secondi [doveri di protezione, ndr] alla protezione dei restanti beni della controparte. La peculiarità decisiva dei "doveri di protezione" e, nel contempo, la loro differenza sostanziale con gli "obblighi del traffico", sta nel fatto che la loro violazione determina una responsabilità alla stregua dei principi contrattuali».

²⁹ L'utente oggi si identifica con la figura del «consumatore» o «contraente debole». La letteratura sul punto è vastissima. Si possono consultare, tra gli altri, V. Roppo, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, 701 ss.; C.M. Mazzoni, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, I, 1976, 624 ss.; M. Bessone, *Interesse collettivo dei consumatori e regolazione giuridica del mercato. I lineamenti di una politica del diritto*, in *Giur. it.*, IV, 1986, 296 ss.; Id., «Consumerism» e tutela dei consumatori. I percorsi obbligati di una politica del diritto, in *Pol. dir.*, 1987, 615; V. Zeno-Zencovich, voce «Consumatore (tutela del)», in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; V. Buonocore, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995, 6 ss.; R. Pardolesi, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, V, 1994, 138 s.; G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 21 ss.; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 49 s.; E. Gabrielli - A. Orestano, voce *Contratti del consumatore*, in *Digesto civ.*, 2000, 1 ss.; A.P. Scarso, *Il contraente debole*, Torino, 2006. Più di recente, v. V. Cuffaro, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, 745 ss.; P. Trimarchi, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1387; A. Fici, *Sulla nozione di "contratto del consumatore"*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 435 ss.

³⁰ Nell'epoca di una società veloce, liquida e complessa, il comune cittadino, privo di specifiche competenze, è indotto a credere di poter fare a meno dell'intermediario, del mediatore, dell'esperto, del professionista, poiché la rivoluzione digitale ha consentito l'accesso ad una massa enorme di informazioni, permettendo così la realizzazione di esperienze immateriali e l'acquisizione di presunti "sapori".

Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

di una “professionalità aumentata”³¹. Lo si vede con solare evidenza nel campo sanitario, dove il paziente di oggi, informato e navigatore di siti internet, può raccogliere una moltitudine di informazioni, più o meno attendibili, riguardanti la propria malattia e i suoi sintomi; dunque il peso dell’informazione si sposta sul piatto della bilancia del paziente e provoca un insolito capovolgimento nell’agire del medico, costretto ad integrare e correggere informazioni già acquisite, accertandosi anzitutto di cosa sa, o crede di sapere, il malato della sua condizione³².

In tale scenario l’attività medico-sanitaria è chiamata a conformarsi a standard qualitativi sempre più elevati. La complessità ed evoluzione della scienza medica hanno contribuito al processo di specializzazione della medicina e del medico, e così alla scomposizione della prestazione sanitaria in capo ad una pluralità di soggetti che compongono l’*équipe*³³.

È in tale direzione che si registra una significativa espansione del concetto di diligenza professionale³⁴. Maggiori sono le possibilità tecniche offerte dal progresso scientifico e tecnologico nel campo delle professioni intellettuali, più elevato è lo standard di diligenza richiesto al professionista.

Sotto il profilo della diligenza richiesta, si ricava infatti, dall’art. 1176 c.c., c. 2, un concetto “elastico” che va rapportato al singolo caso concreto, anche in relazione all’evoluzione della dotazione tecnologica del singolo professionista in virtù della quale crescono le aspettative del creditore, al punto da segnare il passaggio, in taluni casi, da un’obbligazione di mezzi ad una di risultato³⁵. Sicché in definitiva si è indotti ad affer-

³¹ A. Baricco, *The Game*, Torino, 2018, spec. 80 ss.

³² Cfr. G. Lonati, *L’ultima cosa bella. Dignità e libertà alla fine della vita*, cit., 66: «Partiamo da quello che sa lei: che cosa ha trovato in internet sulla malattia?».

³³ La relazione medico-paziente costituisce un rapporto obbligatorio «complesso», che si realizza nell’arco di tutte le fasi dell’intervento medico e non si limita all’aspetto strettamente terapeutico della prestazione professionale. La condotta medica è volta alla «protezione» del paziente sin dal primo contatto con il medesimo e in tutte le fasi dell’intervento medico, tra cui quello informativo e diagnostico. Più di recente, l’art. 5 della legge n. 24/2017 (legge Gelli) ha imposto agli esercenti le professioni sanitarie l’osservanza di c.d. linee-guida, oggetto di raccomandazioni specifiche, che facciano capo ad associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, iscritte in appositi elenchi istituiti con decreto del Ministero della Salute. E, in ogni caso, in mancanza di tali linee-guida, è fatto obbligo ai medici di attenersi «alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 5 della legge Gelli). L’obbligo del medico di attenersi a quanto stabilito dalle linee guida o dalle pratiche assistenziali ha rilevanza tanto in sede penale, quanto in sede civile, nella valutazione della colpa professionale del medico e nella determinazione del risarcimento del danno (art. 7, c. 3, legge Gelli). Sul punto è di recente intervenuta Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *Foro it.*, II, 2018, 217; in *Giur. it.*, 2018, 841 (m), con nota di A. Di Majo: «In tema di responsabilità dell’esercente la professione sanitaria, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell’art. 5 l. 8 marzo 2017, n. 24 - pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l’osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia - non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all’obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l’esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene».

³⁴ Il concetto di diligenza, come espressamente dichiarato nella Relazione (n. 559) al codice civile, «riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo».

³⁵ Si pensi all’avanzamento della medicina ed a quelle operazioni medico-chirurgiche diventate nel

mare che «il professionista è sempre meno *magister*, quindi è sempre meno mago, per scimmiottare il filologo, ed è sempre più fornitore di servizi, anche se di alta qualità, per i quali è impegnato al pari di qualsiasi altro debitore»³⁶.

Ebbene, in tale contesto, la digitalizzazione della comunicazione medico-paziente incide sulla responsabilità professionale del medico, allorché questi, ad esempio, autorizzi il (o anche solo consenta al) proprio paziente di comunicare proprio a mezzo degli strumenti informatici di cui sopra; in tal caso, a mio avviso, egli poi non può ignorare le informazioni ricevute adducendo a sua discolpa l'inadeguatezza o l'irritualità del canale comunicativo impiegato. Una volta provato che il medico abbia effettivamente ricevuto e negligenzemente ignorato il contenuto del messaggio (si pensi, in ipotesi, agli esiti di un esame radiografico che richiedano un tempestivo intervento), appare difficile sostenere che il professionista non fosse tenuto a considerare tali informazioni in ragione della pretesa straordinarietà del mezzo di comunicazione usato. Quantomeno egli avrebbe dovuto prontamente invitare il mittente a comunicare attraverso i canali più tradizionali, ed avvisarlo del fatto che mezzi di comunicazione alternativi non potessero garantire un pronto ed attendibile riscontro.

Diversamente, il medico è chiamato a valutare e ponderare tutte le informazioni a lui pervenute, secondo i canoni di diligenza professionale, e così ad attivarsi tempestivamente ogni qual volta risulti necessario invitare il paziente a sottoporsi agli opportuni accertamenti del caso.

A titolo esemplificativo, nella giurisprudenza si registrano vicende di responsabilità professionale connesse alla mancata tempestiva diagnosi di una patologia imputabile alla negligenza del medico che abbia trascurato i segnali di pericolo lanciati dal paziente per telefono³⁷.

Con riguardo all'«idoneità» del mezzo di comunicazione impiegato dal paziente per comunicare con il proprio medico, occorre poi rammentare che, sul piano probatorio, la giurisprudenza ammette la rilevanza, almeno in astratto, dei mezzi tecnologici più moderni.

Il messaggio WhatsApp o sms, ad esempio, può essere assimilato ad una comunicazione e-mail, ai sensi dell'art. 20, c. 1-*bis*, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (*codice dell'ammini-*

tempo interventi cosiddetti di routine.

³⁶ M. Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, 2^a ed., Torino, 2016, 6.

³⁷ V. Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2010, n. 24143, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2011, 449, con nota di M. Foglia, *Errata diagnosi del medico, il problema causale e la chance perduta*. Sul tema più di recente, Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2015, n. 16993, in *Riv. nel diritto*, 2015, 1759: «L'omissione o la tardiva diagnosi di una patologia terminale cagiona al paziente un danno, nonostante l'esito ineluttabile della malattia, con conseguente responsabilità medica dello specialista e necessità di risarcire il danno morale terminale patito agli eredi della vittima, in conseguenza della grave negligenza professionale e del nesso causale che sussiste fra l'esercizio negligente della propria attività e la perdita della chance di procrastinare l'evento infausto e di diminuire il dolore»; Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2011, n. 12961, in *Danno e resp.*, 2013, 639, con nota di B. Tassone: «In tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la chance di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la chance di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti».

Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

strazione digitale), secondo il quale «l'inidoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità».

La giurisprudenza più recente afferma che, in mancanza di contestazione, da parte del destinatario, sul fatto che il messaggio non fosse integro, completo ed adeguatamente leggibile, o che non desse certezza di provenire dalla persona fisica quale mittente, la modalità informatica di comunicazione di una qualsivoglia dichiarazione o volontà può in concreto ritenersi validamente munita del requisito della forma scritta³⁸.

In ambito penale, ad esempio, è ormai pacifico che i dati informatici già acquisiti dalla memoria del telefono in uso all'indagato (Sms, messaggi WhatsApp, messaggi di posta «scaricati») siano idonei a costituire prove documentali, in quanto non rientranti né nel concetto di corrispondenza, la cui nozione implica un'attività di spedizione dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito, né in quello di intercettazione, che postula la captazione di un flusso di comunicazioni in corso³⁹.

Analogamente, è interessante ricordare che, nella giurisprudenza giuslavoristica, il licenziamento intimato per sms è stato ritenuto validamente munito di forma scritta, qualora non ne sia contestata la provenienza dal mittente⁴⁰.

Simili considerazioni potrebbero valere per il telegramma dettato per telefono, riguardo al quale la giurisprudenza non si pone più un problema astratto di esistenza in sé della forma scritta, bensì un problema concreto relativo a come - a fronte di contestazioni svolte dal destinatario - risolvere la questione relativa alla certezza della sua provenienza dal mittente. Ma ogni volta che tali contestazioni non vengono poste, ne discende che la forma scritta esiste.

5. Conclusioni

Le peculiarità dei singoli scenari di cura e la valorizzazione dei concetti di dignità e identità del malato impongono di ripensare all'idea di salute e di medicina, ancor più in un'epoca caratterizzata dalla superiorità della tecnica sull'uomo.

È stato osservato che sullo sfondo dell'interazione medico-paziente, anche nell'ottica dell'acquisizione del consenso informato, campeggia il principio di tutela della dignità della persona e della sua identità. Un valido consenso all'atto medico, anche quando acquisito per ogni singolo atto diagnostico-terapeutico nelle forme previste dalla

³⁸ In tal senso v. App. Firenze, 5 luglio 2016, in *Argomenti dir. lav.*, 2017, 189, con nota di C. Lazzari; *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 120, con nota di A. Rota.

³⁹ Così Cass. pen., sez. V, 21 novembre 2017, n. 1822, in *Foro it.*, 2018, II, 252, con nota di Minafra.

⁴⁰ App. Firenze, 5 luglio 2016, cit. In fatto, tale comunicazione — letta prima sul display del telefono e poi stampata come documento da produrre in giudizio — fu intesa dal destinatario come l'effettiva comunicazione di un licenziamento ed in tali termini fu quindi oggetto della relativa impugnazione stragiudiziale. Infatti, il lavoratore non metteva in discussione la legittimazione della persona fisica (i.e. il proprio datore di lavoro) da cui proveniva la manifestazione di volontà. Piuttosto, in giudizio negava l'idoneità in sé del messaggio sms ad integrare il requisito della forma scritta necessario per intimare un recesso efficace.

legge, si può realizzare solo in un più ampio e autentico contesto relazionale, in cui il consenso, inteso come processo relazionale di decisione, si articola in un percorso che coinvolge i sanitari, il malato e i suoi familiari, sviluppandosi nella dimensione umana delle interazioni tra gli attori coinvolti.

Il dialogo talvolta risulta faticoso, ma serve a cambiare prospettiva, a vestire i panni dell'altro – il malato – ed a metterlo nel proprio orizzonte. Il bravo medico, nel tempo della medicina tecnologica, è colui che non sovrappone la sua concezione di vita a quella del paziente, ma sa individuare il limite del suo potere, raggiunto il quale egli si fa garante della dignità del malato, guidandolo, dopo averlo informato, nelle decisioni; e accompagnandolo, quando la morte diventa inevitabile, nell'ultimo tratto della sua esistenza.

Queste, credo, dovrebbero essere le condizioni per una vera consensualità, i presupposti di scelte terapeutiche meditate e consapevoli nel rispetto della persona umana, nella sua unicità. Il compito del giurista è quello di aiutare il medico a mettere a fuoco tali condizioni: ma occorre una lettura operosa della realtà dell'uomo che vive l'esperienza della malattia e della sofferenza⁴¹.

⁴¹ Per spiegare la condizione del malato e della malattia, ho trovato efficace la metafora dell'acquario: M. Foglia, *Nell'acquario. Contributo della medicina narrativa al discorso giuridico sulla relazione di cura*, in *Resp. medica*, 2018, 373 ss.