

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI DI DIRITTO ED ETICA DEI MERCATI

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO INTERNO IN MATERIA INTERNAZIONALE

XI CICLO (NUOVA SERIE)

TESI DI DOTTORATO

**DAL TESTAMENTO BIOLOGICO ALLE DIRETTIVE ANTICIPATE DI
TRATTAMENTO:**

LA COMPLESSA TEMATICA DEL FINE VITA IN ASSENZA DI UNA LEGGE

TUTORS

CHIAR.MA PROF.SSA ANGELA PRINCIPE

CHIAR.MA PROF.SSA VITULIA IVONE

DOTTORANDA

DOTT. SSA GIUSEPPINA NAPOLI

COORDINATRICE

CHIAR.MA PROF.SSA MARIA CRISTINA FOLLIERO

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

Indice

Capitolo I

Le fonti giuridiche in tema di testamento biologicop.4

1. Cenni introduttivip.4
2. Il tentativo di offrire una definizione di testamento biologicop.9
3. L'assenza di una disciplina normativa e la conseguente ricerca di coordinate: l'esigenza di una ricostruzione per principi generalip.11
4. Il sistema delle fonti. La Convenzione di Oviedop.12
- 4.1. segue. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europeap.15
- 4.2. Segue. Il Comitato Nazionale per la Biomedicina ed il Codice di deontologia medicap.18
5. Le fonti costituzionali: gli artt. 2, 13 e 32 Cost.p.21
6. L'art. 5 c.c. : tra la tutela della vita e la libertà di disposizione del proprio corpop.29
7. L'esistenza di un diritto a morire alla luce della disciplina penalisticap.33

Capitolo II

L'evoluzione del consenso informato tra diritto e dovere di cura e i più recenti approdi giurisprudenzialip.40

1. Il diritto o dovere alla salute alla luce della disposizione dell'art. 32 della Costituzionep.40
2. Il consenso all'atto medico: la sua evoluzione attraverso l'esame dei Codici di deontologia medicap.45
3. Il consenso informato nelle ricostruzioni della giurisprudenza costituzionalep.58

4. La manifestazione del consenso in caso di rifiuto dei trattamenti salva vita: rifiutabilità o non rifiutabilità degli stessi í í ..í í í í í í í í í í í í í í í í p.67
5. Il consenso nel paziente capace di intendere e di volere e sue modalità di accertamento; le differenze con il paziente incapaceí í í í í í í í í í í í í í í í í .p.70
6. La sentenza n. 2847 del 2010, consenso informato e profili civilisticií í í .p.78
7. Rilevanza penale del consenso informatoí í í í í í í í í í í í í í í í í .í .p.85

Capitolo III

Il principio di autodeterminazione in ambito medico-sanitarioí í í í í .í .p.92

1. Il principio di autodeterminazione: dall'originario approccio filosofico alle più attuali utilizzazioni del termineí ..p.92
2. La ricerca di un fondamento costituzionale al principio di autodeterminazioneí ...í í í í .p.97
3. Un esempio di forzata interpretazione del principio di autodeterminazione: il "Caso Englaro"í p.102
4. L'esigenza di un "bilanciamento" tra principi e valorií í í í í í íp.107
5. I più recenti approdi giurisprudenziali in tema di lesione del diritto di autodeterminarsií .í í í ..p.112
6. Consenso viziato e tutela dell'autodeterminazione. La teoria del diritto strumentaleí .í ..p.115
7. L'astratta configurabilità di un risarcimento per lesione del diritto all'autodeterminazione terapeuticaí ..í í p.119
8. I contenuti della nuova "alleanza terapeutica"í í í í í í í í í í í .í í p.124

Capitolo IV

La forma di manifestazione della libertà di autodeterminazione: dalla nozione tecnicamente imprecisa di testamento biologico alle direttive anticipate di trattamentoí ..í í í í í í .p.129

1. L'adeguatezza dell'espressione "testamento biologico", quale strumento di manifestazione di future volontà in tema di cure mediche	129
2. Il ricorso alle "Direttive anticipate di trattamento" come strumento meglio qualificato a manifestare il consenso informato al trattamento medico	134
3. Dissenso informato e eutanasia, le strettoie di una differenziazione	136
4. L'efficacia delle direttive anticipate ed il c.d. "testamento di sostegno"	138
5. I registri comunali dei testamenti biologici	141
6. Uno sguardo all'esperienza degli altri Paesi	143
7. Il progetto di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento	147
8. La distinzione tra trattamento terapeutico e normale mezzo di sostentamento	156
9. L'adeguatezza del d.d.l.	158
Considerazioni conclusive	161
Bibliografia	171

Capitolo I

Le fonti giuridiche in tema di testamento biologico

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. 2. Il tentativo di offrire una definizione di “testamento biologico”. 3. L’assenza di una disciplina normativa e la conseguente ricerca di coordinate: l’esigenza di una ricostruzione per principi generali. 4. Il sistema delle fonti. La Convenzione di Oviedo. 4.1. segue. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. 4.2. Segue. Il Comitato Nazionale per la Biomedicina ed il Codice di deontologia medica. 5. Le fonti costituzionali: gli artt. 2, 13 e 32 Cost. . 6. L’art. 5 c.c. : tra la tutela della vita e la libertà di disposizione del proprio corpo. 7. L’esistenza di un “*diritto a morire*” alla luce della disciplina penalistica.

1. Cenni introduttivi.

Quella del fine vita è notoriamente una tematica complessa ed estremamente delicata.

Ciò che un tempo sarebbe stato rimesso alla natura ed alle sue leggi, attualmente è oggetto di valutazioni multidisciplinari poiché, da un lato, lo studioso del diritto si avvicina ad esse alla luce dei principi di dignità umana¹, uguaglianza ed autonomia, dall’altro lato, le medesime fattispecie sono analizzate sulla base delle regole e dei parametri che ogni scienza erge a proprio criterio di riferimento².

Il primo dato inconfutabile da cui occorre prendere le mosse è, certamente, quello per cui, in materia di fine vita, discipline diverse si sono da sempre incontrate e scontrate, talvolta trovando spazi di convergenza e dialogo, talaltra trincerandosi ciascuna dietro le proprie regole ed i propri fondamenti.

¹ <<The living will and its relationship with philosophical and ethical issues must lead the lawyer top u the value of human dignity at the foundation of law>> così è stato osservato da V. IVONE, *Exploring self-determination and informed consent in advance directives in light of the Italian legal system*, in S.Negri (a cura di), *Self-determination, Dignity and End of life care*, Boston, 2011, p. 382 ss.

²S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 247 ss.; A. SANTOSUOSSO- V. SELLAROLLI, *Coscienza, volontà e diritti fondamentali nei pazienti in stato vegetativo permanente*, in *La vita prima della fine*, Galletti e Zullo, Firenze, 2008, p. 72 ss.

Il giurista che voglia avventurarsi in una tanto intricata, quanto affascinante materia, pertanto, è chiamato a dialogare sia con la scienza che con la bioetica³ oltrepassando, quindi, il proprio abitudinario campo d'indagine che è quello delle norme⁴ e del sistema che esse costituiscono, il c.d. "ordinamento giuridico"⁵.

In seno ad una riflessione squisitamente giudica, come quella oggetto del presente lavoro di ricerca, occorre, dunque, rilevare come l'esistenza di un ordinamento giuridico consenta, in presenza di un fatto della realtà sprovvisto di disciplina, di ricostruire pur sempre una base di regole che ad esso possa applicarsi.

Tale considerazione assume rilievo fondamentale e, persino determinante, in una tematica come quella che qui si sta affrontando: il fine-vita.

Le varie fonti del diritto consentono di elaborare dei principi cui il giudice può fare riferimento di fronte al problema che egli è chiamato a risolvere, decidendo così il caso concreto.

Tale discorso è ancor più decisivo ove si consideri il fatto che in Italia manca una normativa *ad hoc* che si occupi dell'autonomia privata della persona nella fase finale della sua esistenza ed a tale assenza si contrappone un ricco e stimolante dibattito relativo alla possibilità di stabilire se l'ordinamento ad oggi vigente consenta o meno alla persona umana di disporre di beni quali l'integrità psico-fisica e, soprattutto, la propria vita⁶.

Come è stato autorevolmente osservato: <<La vita e la morte irrompono nel diritto con pregnanza tale da mettere in discussione tutte le grandi costruzioni e le

³ Per un approfondimento sul rapporto tra consenso informato e biodiritto internazionale, si vedano le considerazioni svolte da S. NEGRI, *The right to informed consent at the convergence of International biolaw and International human rights Law*, in S.Negri (a cura di), *Self-determination, Dignity and End of life care*, Boston, 2011, p. 23 ss.

⁴ Dalla nozione di norma dipende concettualmente la nozione di fonte materiale, intesa come prescrizione generale e astratta. Tuttavia, nella letteratura teorico-generale, vi è un modo di esprimersi secondo cui il nome di 'norma' conviene non solo alle prescrizioni generali ed astratte, bensì anche ai precetti singolari e concreti, contenuti in dispositivi di sentenze o di atti amministrativi, come pure in clausole contrattuali. Cfr. H. KELSEN, *General theory of law and State*, Harvard University Press, 1945

⁵ Quando si parla di ordinamento giuridico si suole far riferimento ad un insieme di norme valide dotato di due proprietà rilevanti: dinamicità e sistematicità. Per un approfondimento relativamente alla struttura dell'ordinamento ed il suo rapporto con la norma giuridica, v. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt.dir. civ.*, Cicu e Messineo, vol. I, Milano, 1998, p. 121 ss.

⁶ S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006, p. 1 ss. L'assenza di una specifica disciplina ha determinato il ricorso a fonti di diritto civile e penale e sempre tenuto conto dei principi di matrice costituzionale, nonché delle raccomandazioni del CNB sul tema "fine della vita umana". Secondo l'A. tali documenti costituiranno vero e proprio punto di riferimento per comprendere in che modo possa evolvere l'ordinamento italiano nella materia in esame.

grandi certezze del diritto>>⁷. Sicché, da quando l'uomo è uomo, la questione relativa alla sua nascita ed alla sua morte ha costituito uno dei più grandi misteri dell'esistenza umana.

Preliminarmente, occorre considerare che l'uomo "moderno" non è stato mai estraneo alla formulazione di regole che disciplinassero il venire al mondo ed il dipartire dallo stesso.

Per l'uomo, infatti, non meno profondo di quello legato alla nascita è il dilemma legato alla morte, in particolare, la questione che più ha interrogato ed attratto la comune attenzione ha riguardato l'esistenza o meno di una possibilità in ordine alla scelta di vivere o morire, laddove le condizioni di salute di una persona fossero tali da rendere la vita particolarmente complessa e faticosa nello svolgimento delle sue ordinarie incombenze.

E' stato sostenuto prioritario seguire le regole dell'esperienza ossia, prima tra tutte, la domanda collettiva di un bene che consiste nella dignità del morire⁸.

Tale aspirazione, dal punto di vista etico-giuridico, si è a lungo tradotta nella valutazione ponderata di quello che gli inglesi chiamano "*best interest*" del paziente.

Il tema, in quanto "eticamente sensibile", si presta ad essere oggetto di confronto e scontro tra istanze morali, ideologiche e politiche e che trova posizioni diametralmente opposte tra correnti di pensiero di tipo radicale, in cui prevale il riconoscimento di un indiscriminato diritto alla libertà di determinazione dell'individuo⁹ (fino ad auspicare il ricorso all'eutanasia) ed impostazioni totalmente diverse di profonda difesa della vita¹⁰, la maggior parte delle quali sono di matrice cattolica¹¹.

⁷ G. RESTA, *Biodiritto (voce)*, in AA.VV., *XXI Secolo, Norme ed idee*, Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2009, p. 51

⁸ D. MALTESE, *Il "testamento biologico"*, in *Riv. Dir. Civ.* (a cura di) W. Bigiavi- A. Trabucchi, n. 4, 2006, p. 525 ss.

⁹ Sulle quali lungamente si soffermeremo nei capitoli successivi del presente lavoro per ragioni di tipo logico-sistematico.

¹⁰ M. SACCHI, *Il testamento biologico tra tutela del diritto alla vita e libertà di autodeterminazione*, in *Vita Not.*, n. 3, p. 1346 ss. qui l'A. si occupa dei rapporti tra testamento biologico e living will anglo-americano.

¹¹ M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico nel magistero della chiesa cattolica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, n. 4, p. 337 ss. Per comprendere la posizione della Chiesa cattolica riguardo al tema del fine-vita bisogna considerare che il diritto canonico si fonda essenzialmente sul diritto divino, posto cioè dal Creatore, distinto in naturale e positivo a seconda che discenda dalla creazione stessa, o sia stato rivelato successivamente risultando dalle sacre scritture. In particolare il diritto naturale è costituito da un insieme di precetti che, prescindere dalla rivelazione, possono essere compresi e fatti propri dall'uomo nella sua razionalità (Così G. BARBERINI, *Elementi essenziali dell'ordinamento giuridico canonico*, 2° ed., Torino, 2008); può pertanto affermarsi che i precetti derivanti dal diritto naturale costituiscono un nucleo di principi fissi ed inderogabili, i quali

Con l'intensa trasformazione tecnologica e l'estendersi delle fasi finali della vita nascono nuove problematiche e necessità legate, da un lato, alla condizione del malato, soprattutto quello terminale, e dall'altro, al ruolo del medico.

Si comincia a delineare il c.d. "diritto a morire con dignità", espressione piuttosto ambigua con cui si fa riferimento, da un lato, al ricorso agli analgesici per alleviare il dolore e, più in generale, alle cure palliative, dall'altro al rifiuto o alla sospensione di trattamenti eccezionali, che non hanno più valore di terapia. In tal senso si delinea il rifiuto dell'accanimento terapeutico, che si configura qualora si ricorra ad un trattamento di constatata inefficacia, cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato o di sofferenza ulteriore per il paziente o si intraprenda un trattamento chiaramente sproporzionato nel rapporto rischi-benefici¹².

L'utilizzo sempre più invasivo di sofisticati macchinari e di nuovi metodi di cura del paziente solleva, quindi, inevitabilmente, questioni di varia natura, le quali attingono non solo alla problematica definizione del limite terapeutico e della sua proporzione rispetto al risultato atteso ma, più ampiamente, all'orizzonte della libertà e della ricerca scientifica.

Il dibattito politico italiano, soprattutto a seguito di casi giudiziari che hanno scosso notevolmente l'opinione pubblica, si è incentrato, negli ultimi anni, sull'opportunità di disciplinare, sul piano del diritto positivo, ciò che comunemente viene definito "testamento biologico".

Particolari problemi sorgono, infatti, quando il paziente non sia più in grado di esprimere la propria volontà e di opporsi a determinati trattamenti. In tal caso possono verificarsi due situazioni: o il malato ha manifestato in precedenza la sua volontà, ed è questo l'ambito in cui si collocano il testamento biologico e le problematiche sulla sua ammissibilità, o manca del tutto un'indicazione precisa in tal senso, discutendosi, quindi, se possa essere ritenuta determinante la volontà del medico o se si possa ricorrere ad una sorta di presunta volontà del paziente desunta da specifici elementi.

Finora, in assenza di una valida normativa di legge, il necessario consenso a determinati trattamenti sanitari da parte di soggetti incapaci è stato sostituito dal

vincolano tutti gli uomini e non sono suscettibili di deroga, né interpretativa, né applicativa. La posizione della Chiesa è stata comunque esplicitamente espressa in Congregazione per la dottrina della fede, Dichiarazione *Iura et Bona*, 5 maggio 1980, in *Enchiridion vat.*, n. 7, Documenti ufficiali della Santa Sede 1980-81, Ed. Dehoniane, Bologna, 1982, p. 341 ss.

¹² C. VIAFORA, *Il diritto a morire con dignità: quattro tesi sull'etica dell'accompagnamento*, in A. Argiroffi, P. Becchi, A.P. Viola, D. Anselmo (a cura di), *I diversi volti dell'eutanasia. Prospettive teologiche, etiche e giuridiche*, Roma, 2009.

consenso di “altri”: dalla volontà di un medico, di un giudice, di un familiare¹³. E ciò a scapito della libertà di autodeterminazione dell’individuo, in un terreno che pone certamente rilevanti problemi etici di demarcazione dei confini entro i quali tale libertà possa esprimersi. La difficoltà di individuazione di tale terreno dipende certamente dal fatto che diametralmente opposti sono i punti di partenza, per cui, a maggior ragione, lo sono quelli di arrivo. Si contrappongono, infatti, impostazioni ideologiche basate su istanze radicali che spingono verso un indiscriminato diritto alla libera determinazione della persona, giungendo al riconoscimento dell’ “eutanasia” *tout court*, ed impostazioni, altrettanto radicali, che giungono ad una vera e propria “idolatria della vita” nella sua dimensione biologica, prescindendo da qualsiasi considerazione “qualitativa” della stessa.

L’unanime consenso circa la necessità di rispettare il fondamentale valore della dignità umana trova un ostacolo di rilievo etico nel momento in cui si discute del rifiuto di trattamenti sanitari nei confronti di malati terminali, cioè di rifiuto di interventi che possano mantenere in vita un soggetto affetto da malattie o lesioni traumatiche cerebrali irreversibili.

A ben guardare, il nostro ordinamento giuridico già offre validi strumenti per analizzare la fattispecie del c.d. testamento biologico (meglio “direttive anticipate di trattamento sanitario”) dal punto di vista della sua liceità, la quale, a sua volta, presuppone un giudizio di valore già effettuato dal legislatore italiano in relazione ai beni ed ai principi da tutelare in via primaria.

Attraverso i principi e le disposizioni costituzionali, attraverso il limite invalicabile dell’art. 5 del codice civile (per i motivi che più avanti si andranno a specificare), attraverso il quadro penalistico e, attraverso tutte le fonti non strettamente vincolanti ma in grado di incidere fortemente sull’*agere* umano, è

¹³ In particolare non è mancato qualche autore che ha rilevato come l’istituto dell’amministrazione di sostegno, introdotto con legge n. 6 del 9 gennaio 2004, svolga un ruolo fondamentale proprio in materia di determinazioni *mortis causa* ove il soggetto versi in uno stato di incapacità tale che lo renda impossibilitato ad assumere decisioni in ordine alla propria cura. Si è sostenuto, inoltre, con riguardo all’impossibilità temporanea, contemplata all’art. 404 c.c., o alla nomina dell’amministratore di sostegno provvisorio, ex art. 405, comma 6, c.c., che una persona, alla vigilia di un intervento chirurgico, potrebbe designare un soggetto affinché assuma decisioni in ambito medico nel tempo in cui essa non sarà in grado di intendere e di volere. Ampia è stata la letteratura in materia; si segnala, in particolare, G. BONILINI, A. CHINIZZI, *L’amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, p. 44 ss.; G. CAMPESE, *L’istituzione dell’amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e di inabilitazione*, in *Fam e dir.*, 2004, p. 126 ss.; AA.VV., *L’amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 57 ss. Di recente la giurisprudenza si è pronunciata in senso negativo sull’ammissibilità di preventiva nomina di amministratore di sostegno per il successivo e futuro momento di incapacità, si rimanda, per tanto a *Cass. Civ., sez. I*, 20 dicembre 2012 n. 23707, in *D&G*, 2012, 0, p. 1105 ss. con nota di A. IEVOLELLA, *Testamento biologico e amministratore di sostegno: nessuna efficacia se l’incapacità è futura ed eventuale*.

possibile individuare un quadro di riferimento che rende la tematica del fine vita, non espressamente disciplinata, pur tuttavia, non totalmente sprovvista di tutela (come si avrà modo di rilevare di qui a breve).

Ciò considerato comincia a delinarsi l'oggetto di indagine cui questa ricerca è rivolta: lo scopo di questo lavoro vuole essere quello di ricostruire l'attuale quadro delle fonti in materia di testamento biologico e di analizzare quanto sia emerso dalla prassi delle Corti dei vari Paesi, puntando lo sguardo su alcune delle vicende che hanno interessato il diritto europeo in generale, ed il diritto italiano, più in particolare. Il discorso non può che prendere le mosse che da una definizione dell'istituto.

2. Il tentativo di offrire una definizione di “testamento biologico”.

Innanzitutto, corre obbligo di tentare una definizione del testamento biologico.

Esso costituirebbe una dichiarazione anticipata di trattamento sanitario, con cui un soggetto, in condizioni di capacità e lucidità mentale, si esprime in merito alle terapie che intende o non intende accettare nell'eventualità in cui dovesse trovarsi, in futuro, in situazioni di incapacità tale da non poter esprimere coscientemente la propria volontà, restando in vita per mezzo di trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione¹⁴.

Il testamento biologico è proprio il “luogo”(documento) in cui tale volontà può essere espressa.

Dal punto di vista giuridico l'espressione “testamento biologico” è imprecisa perché il testamento, come ben noto, è un atto di volontà destinato ad avere efficacia dopo la morte del testatore, è un atto c.d. “*mortis causa*”, con il quale “*si dispone delle proprie sostanze o di parte di esse*”¹⁵.

¹⁴ M. SACCHI, *Il testamento biologico tra tutela del diritto alla vita e libertà di autodeterminazione*, in *Vita Not.*, 2009, 3, p. 1345; AA. VV., *Rifiuto di cure e direttive anticipate – Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2011; E. CALO', *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, 2008; G. COSMACINI, *Testamento biologico – idee ed esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010; E. LECALDANO, *Bioetica - Le scelte morali*, Bari, 2007; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008. RODOTÀ, *Un programma per i diritti fondamentali*, in *Micromega*, n. 7/2011; M. ARAMINI, *Testamento biologico: spunti per un dibattito*, Milano, 2007.

¹⁵ Così espressamente prevede l'art. 587 co. 1 c.c. il testamento è un negozio a causa di morte che si caratterizza come atto personalissimo, unilaterale, esclusivo, formale, revocabile, e patrimoniale. Il suo scopo è quello di dare un assetto ai rapporti della persona per quando questa avrà cessato di

Inoltre, se è vero che il testamento può contenere disposizioni di tipo non patrimoniale, le legge prescrive che esse siano solo quelle tipiche e previste dalla legge, subordinando la loro validità al fatto che tali disposizioni non patrimoniali siano comunque contenute in un atto avente la forma del testamento (così come previsto dal secondo comma dell'art. 587 c.c.)¹⁶.

La *ratio* che giustifica tali atti sta nel fatto che essi sono comunque destinati ad assolvere ad una funzione di sistemazione dei rapporti della persona a seguito della sua morte¹⁷.

Ben evidenti sono, dunque, le differenze con il testamento biologico: *in primis* per il fatto che volontà espressa in tale atto non si riferisce al momento successivo alla morte del soggetto, bensì ad un momento anteriore ad esso.

Inoltre, quanto alla natura delle disposizioni in esso contenute, queste non sono né di tipo patrimoniale (bensì hanno natura personalissima), né rientrano tra le ipotesi tipiche previste dal legislatore di disposizioni testamentarie non patrimoniali.

La scelta del termine "testamento" si giustifica, dunque, come autorevolmente sostenuto, poiché tale termine appartiene, di fatto, al generale patrimonio linguistico e supera gli stretti confini della definizione normativa¹⁸.

Il termine testamento pare addirittura appropriato se in esso si ravvisa il carattere di "discorso" destinato ad essere in concreto ricevuto ed eseguito

vivere. Il testamento risponde, quindi, alla funzione della successione a causa di morte, ma anche alla specifica funzione di liberalità successoria: esso cioè soddisfa il bisogno socialmente rilevante della persona di disporre dei propri beni per dopo la morte a favore di determinati beneficiari. Per un approfondimento vedesi C.M. BIANCA, *Diritto civile*, tomo II, *La famiglia le successioni*, Milano, 2001, 641 ss.; nonché G. BONILINI, *Il testamento*, Padova, 199, e *Testamento*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XIX, p. 338 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. Scialoja- Branca*, a cura di Galgano, *Art. 587-600*, 1993, e in *Tratt. Rescigno*, VI, p. 5 ss.; A. DE CUPIS, *Successione testamentaria*, in *Enc. Dir.*, XLIII, p. 1378 ss.

¹⁶ Le disposizioni testamentarie non patrimoniali si caratterizzano per avere direttamente ad oggetto prestazioni od effetti non patrimoniali; esse comprendono: il riconoscimento di figlio naturale (art. 254, co. 1 c.c.), la designazione del tutore del minore da parte del genitore ultimo esercente la potestà (art. 348, co. 1 c.c.), la nomina del curatore speciale per amministrazione dei beni lasciati al minore (356 co. 1), l'istituzione di una fondazione (art. 14 co. 2 c.c.), la designazione del luogo di sepoltura, la clausola di cremazione, il divieto di prelievo di organi, la confessione (sia pure con efficacia ridotta)

¹⁷ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *Le successioni*, Milano, 2001, pag.651 ss.

¹⁸ P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006, p. 16 ss. L' A. sostiene che il termine "testamento" appartiene al generale patrimonio linguistico come accade ad esempio con il termine "testamento spirituale (che si esaurisce in apprezzamenti, giudizi, moniti, consigli manifestati da un soggetto)", pertanto la locuzione appare appropriata a descrivere questa particolare manifestazione di volontà, se in esso si ravvisa il carattere di un discorso destinato ad essere, in concreto, ricevuto ed eseguito, quando non vi è più alcuna possibilità di controllarne l'esecuzione da parte dell'autore stesso

quando l'autore non abbia più alcuna possibilità di controllarne gli effetti¹⁹. Attualmente si utilizzano anche altre espressioni per indicare lo stesso istituto, quali: "direttive anticipate di trattamento (c.d. DAT)", "volontà previe di trattamento", "testamento di vita" o, nei Paesi anglosassoni, "living will".

Dietro il tentativo di offrire una definizione, non può obliterarsi una questione molto più significativa: la mancanza nell'ordinamento giuridico italiano di una disciplina del fine vita.

3. L'assenza di una disciplina normativa e la conseguente ricerca di coordinate: l'esigenza di una ricostruzione per principi generali.

Il sistema giuridico italiano non possiede una legge che disciplini compiutamente il testamento biologico, pur se in parlamento giace un d.d.l. a firma dell'onorevole Calabrò²⁰, di cui non è facilmente auspicabile la conversione in legge.

In assenza di una legge *ad hoc*, è stato, dunque, di particolare ausilio all'interprete il riferimento a fonti sopranazionali, seppur non vincolanti, ed il ricorso ai principi Costituzionali in tema di dignità della persona e cura della stessa. L'assenza di una disciplina è stata per lo più motivata sulla base dell'impossibilità di offrire una regolamentazione che potesse comprendere, in maniera adeguata, le numerose fattispecie che nella prassi si verificano²¹.

Fatto certo è che la totale *de-regulation* della materia del fine-vita non è stata una soluzione adeguata alla realtà, poiché si è sentita in tutta la sua insistenza la esigenza che una regola, un punto oggettivo, ci fosse, se non altro per non lasciare a provvedimenti giurisdizionali la scelta in ordine alla vita o alla morte di una persona.

Prima, però, sono irrinunciabili due premesse.

Innanzitutto, una nuova legge non nasce mai da un vuoto di regole. Essa introduce norme che incidono su norme preesistenti, ed a sua volta è influenzata da quest'ultime. Ogni norma, quindi, si inserisce imprescindibilmente in un corpo di norme organizzato, cioè in un "sistema"²².

¹⁹ P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, op. ult. cit., p. 17 ss.

²⁰ Di tale disegno di legge si tenteranno di analizzare le disposizioni di maggiore interesse ma soprattutto si espliciteranno le numerose questioni aperte e tuttora insolte nel prosieguo di tale lavoro.

²¹ F. D'AGOSTINO, *Bioetica e diritto*, in *Medicina morale*, 1993, p. 675 ss.; ID. *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in AA. VV., *Nascita e morte dell'uomo*, a cura S. Biolo, Genova, 1993, p. 137 ss.

²² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, op. cit., p. 167 ss.

A ciò deve aggiungersi che nessun sistema di regole può evitare all'individuo di mettere in gioco le proprie convinzioni ed il proprio vissuto emotivo, così che egli non sia mero esecutore delle leggi, ma protagonista del sistema di leggi cui appartiene.

Pertanto, occorre spendere qualche riflessione sui principi generali emersi dalla prassi internazionale e convenzionale prima, e da quelli formulati nel diritto interno, poi, al fine di individuare gli elementi comuni ad entrambi; poiché da tale tipo di indagine potranno tracciarsi le coordinate per l'interprete chiamato a muoversi ed agire in una tanto complessa materia, quale è quella del fine vita.

Qual è dunque il sistema in cui andrebbe ad inserirsi la nuova legge?

Come sopra anticipato, non esistendo una legge sul testamento biologico, gli interpreti si sono serviti di due strumenti fondamentali: fonti di natura sopranazionale da un lato (il documento più importante è certamente la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina), fonti interne aventi rango di principi costituzionali ovvero norme civili e penali di cui fosse possibile un'interpretazione analogica .

Si procederà dunque ad una breve disamina degli stessi, optando per una descrizione che, prendendo le mosse, seppur per principi generali, dai trattati sovranazionali ad applicazione generalizzata, troverà la sua più estesa attenzione nella disamina delle disposizioni più rilevanti di diritto interno, specie di rango costituzionale.

Non potrebbe essere diverso l'ordine di trattazione per un giurista dei nostri tempi, ben consapevole che il diritto è necessariamente un diritto globale, poiché globale sono la cultura, l'economia , la conoscenza. Tanto più, in assenza di una disciplina compiuta, non può prescindersi da un'indagine che parta dai principi generali, anche in ambito internazionale, e dal loro contenuto fondamentale.

4. Il sistema delle fonti. La Convenzione di Oviedo.

Fondamentale è la Convenzione di Oviedo²³ sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997, ratificata in Italia con legge n. 145 del 2001. Si tratta di un trattato internazionale stipulato nell'ambito del Consiglio d'Europa –

²³ La Convenzione consta di XIV capitoli che si articolano sui temi fondamentali di: consenso (cap. II), vita privata e diritto all'informazione (cap. III), genoma umano (cap. IV), ricerca scientifica (cap. V), prelievo di organi ai fini di trapianto (cap. VI), divieto di profitto di parti del corpo umano (cap. VII).

un'organizzazione internazionale nata nel 1949 e attualmente composta da 46 Paesi – che si propone di tutelare i diritti dell'uomo e la democrazia parlamentare, nonché promuovere accordi internazionali per armonizzare le pratiche sociali e giuridiche degli stati membri²⁴.

Come tutti gli accordi internazionali, anche la Convenzione di Oviedo necessita di una ratifica e di un ordine di esecuzione per poter essere attuata nel nostro Paese. L'Italia ha, infatti, provveduto alla ratifica con l. 28 marzo 2001 n. 145 ed insieme alla Convenzione, venne ratificato anche il Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani, che è parte integrante della convenzione stessa²⁵. Con tale legge di ratifica, essa ha dunque assunto il rango di norma di diritto interno.

La convenzione recepisce gli inviti contenuti nella risoluzione n. 3 adottata dai Ministri della giustizia su proposta del segretario generale del Consiglio d'Europa (1990) e nella Raccomandazione n. 1160 (1991) dell'Assemblea parlamentare, entrambi volti all'elaborazione di *“a fram work convention comprising a main text wich general principles and additional protocols on specific aspects”*²⁶.

Le due disposizioni della Convenzione su cui occorre porre l'attenzione sono gli articoli 5, 8 e 9²⁷.

L'art. 5 della Convenzione stabilisce, quale regola generale (“Regola Generale” è proprio la rubrica dell'art. 5), che la persona che deve ricevere un

²⁴ Tale convenzione ha determinato il riaccendersi di un dibattito, in sede europea, sui contenuti della bioetica nei vari Paesi dell'Ue, specie con riguardo alle tematiche del consenso informato e delle pratiche eugenetiche . per un'analisi dei “nodi della bioetica europea v. C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2001, III, p. 1301 ss.; D. NERI, *La Convenzione europea di bioetica e la terapia genica*, in *Bioetica*, 4, 1998, p. 516 ss.; A. BOMPIANI, *Aspetti rilevanti per la trasposizione nell'ordinamento italiano della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, a cura di C.M. Mazzoni, in *Un quadro europeo per la bioetica*, Firenze, 1998, p. 220 ss.

²⁵ Entrambi in *G.U.* n. 95 del 24 aprile 2001

²⁶ Recommendation 1160 (1991) on the preparation of a convention on bioethics , 28-06-1991, in <http://stars.coe.fr/ta/ta91/erec1160.htm>.

²⁷ Non senza tralasciare la norma di apertura della convenzione l'art. 1, rubricato: Oggetto e finalità stabilisce infatti che: << *Le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina. Ogni Parte prende nel suo diritto interno le misure necessarie per rendere effettive le disposizioni della presente Convenzione*>>. L'art. 2 stabilisce, invece, il “Primato dell'essere umano” ossia che: << *L'interesse ed il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza*>>.

intervento di tipo sanitario è tenuta a prestare il proprio consenso libero ed informato²⁸.

Il consenso informato costituisce per il medico un vincolo; implica cioè, una relazione medico-paziente, in cui l'attività professionale del primo deve necessariamente coinvolgere il secondo. Il consenso informato mira a porre al centro dell'attenzione del medico la persona del malato per la quale l'informazione è un vero e proprio diritto e non una mera concessione²⁹.

E' quindi il consenso del paziente che rende lecita l'attività sanitaria, in assenza del quale tale attività costituisce reato ed illecito risarcibile.

L'obbligo del consenso informato subisce eccezioni solo in casi ben determinati: le situazioni nelle quali la persona malata ha espresso esplicitamente la volontà di non essere informata; i casi in cui le condizioni del paziente siano talmente gravi da richiedere un immediato intervento di necessità ed urgenza ed il malato versi in condizioni di incapacità; nonché tutti gli altri casi in cui si possa parlare di consenso implicito, come per le cure di routine.

Ma è proprio da tale "consenso implicito" e dalla condizione d'incapacità del malato a prestare il proprio consenso, che emerge la necessità e l'urgenza di una disciplina specifica della "direttiva anticipata di trattamento sanitario".

Come si può, infatti, consentire legittimamente di delegare ad altri o ad un rappresentante, ricorrendo alla finzione del c.d. "consenso presunto", l'esercizio di un diritto o di una libertà fondamentale della persona?

L'istituto della "rappresentanza", tra l'altro, è escluso per i c.d. "*atti personalissimi*" (come, ad esempio, il testamento), quindi desta qualche perplessità l'utilizzo di tale strumento nell'ambito del diritto alla salute e del diritto al rifiuto di trattamenti sanitari. La sola rappresentanza legale è ammissibile per il malato minore di età o che versi in condizioni di incapacità di intendere e di volere, ma fuori da tali casi sarebbe da escludersi che la volontà di un medico o di un terzo possa legittimamente sostituirsi a quella del paziente, unico titolare del bene giuridico tutelato. La funzione garantista del medico impone un suo intervento ogni qual volta il paziente sia in pericolo di vita: nell'incapacità di esprimere il

²⁸ Art. 5 Convenzione di Oviedo: "*Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato: Questa persona riceve un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*"

²⁹ C. COLOMBO, *Il consenso informato: quale spazio per il testamento biologico e l'amministrazione di sostegno?*, in *Riv. Pen.*, 2009,1, p. 21 ss, dove in particolare l'A. si sofferma sull'evoluzione storico-giuridica dell'informazione e su come sia mutato lo standard di informazione richiesto: dallo 'standard professionale' allo 'standard adeguato'; più recentemente si è fatta strada l'idea di uno 'standard soggettivo', legato alla persona specifica sulla quale devono essere praticati i trattamenti

proprio consenso; ma se tale consenso fosse prestato in via preventiva, secondo i criteri stabiliti dalla legge ed in condizioni di piena capacità di intendere e di volere, il malato potrebbe aver voce anche nei casi in cui tale capacità dovesse venir meno.

Di particolare interesse è l'art. 8 concernente le *“Situazioni d’urgenza”* nelle quali *“il consenso appropriato non può essere ottenuto”*. In queste circostanze *“si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata”*.

È evidente che proprio i requisiti per l’individuazione dello stato di urgenza sono quelli che più si prestano a divergenze interpretative ampiamente aperte al contenzioso, in ragione dell’enorme spettro di situazioni mediche e chirurgiche, generali e specialistiche, che la medicina si trova quotidianamente ad affrontare nei casi concreti. L’urgenza può indubbiamente essere assoluta (in situazioni di vera emergenza), ma può sfumare in una serie graduata di situazioni nelle quali la prevedibilità del danno, in concreto e non in astratto, che può conseguire all’astensione del medico dal fornire la propria prestazione in carenza di consenso, può essere oggettivamente difficile. In molte di queste evenienze, la *“prudenza”* professionale richiesta può prospettarsi nei due opposti versanti della prudente astensione dal trattamento di cui potrebbe essere discutibile l’urgenza in senso stretto, ovvero della prudente esecuzione del trattamento per evitare conseguenze dannose anche non immediate.

Quanto alla possibilità di esprimersi in merito a futuri trattamenti sanitari, la Convenzione di Oviedo, all’art. 9 stabilisce che: *“I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte del paziente che, al momento dell’intervento non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione”*.

E’ dunque riconosciuta al soggetto la libertà di esprimersi ed alla sua volontà di essere *tenuta in considerazione* relativamente alle scelte manifestate sui futuri trattamenti sanitari cui dovrà eventualmente essere sottoposto.

Appare interessante considerare come sia stata interpretata tale locuzione (essere tenuta in considerazione) nel nostro ordinamento giuridico.

4.1. segue. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una

versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione.

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea. Essa risponde alla necessità emersa durante il Consiglio europeo di Colonia (3 e 4 giugno 1999) di definire un gruppo di diritti e di libertà di eccezionale rilevanza che fossero garantiti a tutti i cittadini dell'Unione³⁰.

È ben noto che i trattati istitutivi delle Comunità prevedevano sì una serie di libertà, ma strumentali alla realizzazione del mercato comune. Dai primi anni Settanta la Corte, però, riconobbe che i diritti fondamentali, quali risultano dalle tradizioni costituzionali dei paesi membri e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), fanno parte dei principi generali di cui essa garantisce l'osservanza (nelle situazioni in cui rileva la disciplina comunitaria)³¹.

Gli articoli che vanno da 1 a 5 si occupano proprio della *“Dignità umana”* e, più precisamente, l'art. 1 sancisce l'inviolabilità della vita umana; l'art. 2, rubricata *“Diritto alla vita”* stabilisce che : << *Ogni persona ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato*>>.

Tuttavia, certamente la norma che merita in questa sede più attenzione è l'art. 3 della Carta, che si occupa di: *“Diritto all'integrità della persona”*. Tale norma sancisce che: << *Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: 1. il consenso libero ed informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]*>>

³⁰ I diritti contenuti nella Carta sono classificabili in quattro categorie: 1) le libertà fondamentali comuni, presenti nelle costituzioni di tutti gli stati membri; 2) i diritti riservati ai cittadini dell'Unione, in particolare riguardo alla facoltà di eleggere i propri rappresentanti al Parlamento europeo e di godere della protezione diplomatica comune; 3) i diritti economici e sociali, quelli che sono riconducibili al diritto del lavoro; 4) i diritti moderni, quelli che derivano da alcuni sviluppi della tecnologia, come la tutela dei dati personali o il divieto all'eugenetica. Cfr. G. TESUARO, *Diritto dell'unione Europea*, Padova, 2010; E. FRIBERGH – M. KJAERUM, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2011, p. 33 ss.

³¹ Dal 1977 le istituzioni hanno seguito l'orientamento della Corte e nel 1992, con il Trattato di Maastricht, all'art. 6, si è formalizzata la giurisprudenza della Corte in materia. La comunità ha riconosciuto la CEDU, pur non aderendovi, ma bisogna constatare che comunque la tutela dei diritti fondamentali è sempre stata adeguata al di là di quanto espressamente stabilito dalla base giuridica principale, il Trattato, fino a Maastricht.

Si parla tecnicamente di “diritto all’autodeterminazione”, cioè del diritto del soggetto di essere protagonista ed unico artefice delle scelte riguardanti la propria salute, sia che le stesse comportino un rifiuto dell’intervento medico, sia che si risolvano in una sua accettazione³².

Autodeterminazione significa che “le decisioni riguardanti i trattamenti sanitari spettano alla persona che vi è destinata o, in negativo, che nessuno può essere sottoposto ad un trattamento sanitario senza il suo consenso”³³.

Il riconoscimento della piena operatività di tale principio è, insieme, un punto di arrivo ed un punto di partenza. E’ un punto di arrivo perché comporta l’affermazione che sia generalmente diffuso un principio di disponibilità del diritto alla propria vita, e che anche in materia di salute le norme fondamentali considerano prevalente, nel conflitto tra libertà e coercizione, la libertà dell’individuo. Punto di partenza poiché dovrà ora procedersi all’individuazione del contenuto di tale diritto e dei limiti alla sua operatività³⁴.

La concezione alla base di tale diritto è, dunque, quella per cui il soggetto realizza meglio di chiunque altro i propri interessi scegliendo personalmente la maniera e le modalità di cura o di disposizione a lui più congeniali. In questa logica l’autodeterminazione diventa valore se e nella misura in cui risponda ad interessi meritevoli di tutela³⁵.

Taluno ha ritenuto di dover scorgere in una simile valorizzazione dell’autodeterminazione individuale un passo significativo verso la realizzazione del c.d. “diritto leggero”, ossia verso l’accoglimento dell’esigenza, da più parti avvertita, di una sorta di *deregulation* nelle materie più strettamente legate alla sfera personale, fine vita compreso³⁶.

Occorre, dunque, porsi seriamente la domanda in ordine a quale sia attualmente il riconoscimento che l’autodeterminazione ha nel nostro sistema giuridico, ed in che misura esso consente alla persona di disporre di beni di natura strettamente personale, quali l’integrità psico-fisica ovvero la vita.

³² M. D’ARRIGO, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999, p. 151 ss.

³³ G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 1104 ss.

³⁴ G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita ed amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito*, 2009, 7-8, p. 1776 ss.

³⁵ M. D’ARRIGO, *op.cit.*, p. 163 ss.

³⁶ E. GIAMMARINO, *Diritto “leggero” e principi “pesanti”*, in *Dem. dir.*, 1994, p. 2 ss.

4.2. Segue. Il Comitato Nazionale per la Biomedicina ed il Codice di deontologia medica.

L'indirizzo di massima è ricavabile – pur nella differente *ratio* – da due documenti, uno presentato dal Comitato Nazionale per la Biomedicina³⁷, l'altro è il Codice di deontologia medica³⁸.

Il Comitato Nazionale per la Biomedicina si è più volte espresso sulle tematiche relative al fine-vita, svolgendo un ruolo determinante nella definizione di alcuni principi³⁹.

Il Comitato, poco tempo dopo la sua nascita, nei primi mesi del 1991, ha attivato un gruppo di studio sul problema del consenso informato, che ha lavorato intensamente alla elaborazione di un documento che, dopo l'esame collegiale nelle sedute plenarie del 26 gennaio, del 15 febbraio e del 22 maggio 1992 ha potuto essere approvato il 20 giugno di quell'anno.

Il documento è intitolato *Informazione e consenso all'atto medico* e contiene sia trattazioni di bioetica generale sia di bioetica clinica. Le conclusioni sinteticamente espresse, raggiunte dal C.N.B., stabiliscono, da un lato, che il consenso libero ed informato costituisce legittimazione e fondamento dell'atto

³⁷ In Italia il Comitato Nazionale per la Bioetica (spesso abbreviato in CNB) è stato istituito con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri il 28 marzo 1990. È un organo consultivo della Presidenza del Consiglio dei ministri, che svolge sia funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre Istituzioni, sia funzioni di informazione nei confronti dell'opinione pubblica sui problemi etici emergenti. In effetti, con il progredire delle ricerche e con le nuove applicazioni tecnologiche nell'ambito delle scienze della vita e della cura della salute, si è sentita la necessità di approfondire le implicazioni bioetiche delle scienze biomediche applicate alla vita umana nonché alle problematiche bioetiche relative alla vita non umana. Al Comitato è affidata la funzione di supportare l'orientamento degli operatori normativi sia che agiscono in veste di legislatori sia che siano investiti di tali problematiche in qualità di amministratori. Il CNB, dunque, con il proprio operato contribuisce a definire i criteri da utilizzare nella pratica medica e biologica per tutelare i diritti umani ed evitare eventuali abusi e discriminazioni che possano, anche involontariamente, discendere dalla rapida implementazione dei risultati delle tecno-scienze. Il CNB esprime le proprie indicazioni attraverso pareri e mozioni che vengono pubblicati, non appena approvati, sul proprio sito. L'azione del Comitato si svolge anche in un ambito sovra nazionale con regolari incontri con i Comitati etici europei e internazionali, essendo anche collegato ad analoghi organismi di altri Paesi, dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa.

³⁸ Il codice di deontologia medica è un insieme di regole che definiscono i comportamenti "etici" a cui i medici e gli operatori sanitari in genere devono attenersi. Il codice deontologico è elaborato dalla FNOMCeO, Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, la quale si impegna anche a farlo rispettare esercitando i propri poteri disciplinari (si va dal richiamo alla radiazione dall'Albo).

³⁹ Per un excursus sull'attività del C.N.B. con riguardo ai suoi principali documenti, v. *Il comitato nazionale di bioetica: 1990-2005 quindici anni di impegno, Atti del convegno di Studi*, Roma 30 novembre-3 dicembre 2005

medico e, dall'altro lato, che proprio il consenso costituisce lo strumento che rende possibile la realizzazione della c.d. "alleanza terapeutica"⁴⁰.

Fondamentale è il documento elaborato all'esito della seduta del 18 dicembre 2003, avente ad oggetto: *Dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*.

Il C.N.B. ha precisato anzitutto che le dichiarazioni anticipate *"non possono essere intese soltanto come un'estensione della cultura che ha introdotto, nel rapporto medico-paziente, il modello del consenso informato, ma hanno anche il compito, molto più delicato e complesso, di rendere ancora possibile un rapporto personale tra il medico e il paziente proprio in quelle situazioni estreme in cui non sembra poter sussistere alcun legame tra la solitudine di chi non può esprimersi e la solitudine di chi deve decidere. La finalità fondamentale delle dichiarazioni è, quindi, quella di fornire uno strumento per recuperare al meglio, nelle situazioni di incapacità decisionale, il ruolo che ordinariamente viene svolto dal dialogo*

⁴⁰ Pertanto, sotto il profilo etico: 1) in caso di malattie importanti e di procedimenti diagnostici e terapeutici prolungati il rapporto curante-paziente non può essere limitato ad un unico, fugace incontro; 2) il curante deve possedere sufficienti doti di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale, per regolare su tali basi il proprio comportamento nel fornire le informazioni; 3) le informazioni, se rivestono carattere tale da poter procurare preoccupazioni e sofferenze particolari al paziente, dovranno essere fornite con circospezione, usando terminologie non traumatizzanti e sempre corredate da elementi atti a lasciare allo stesso la speranza di una, anche se difficile, possibilità di successo; 4) le informazioni relative al programma diagnostico e terapeutico dovranno essere veritiere e complete, ma limitate a quegli elementi che cultura e condizione psicologica del paziente sono in grado di recepire ed accettare, evitando esasperate precisazioni di dati che interessano gli aspetti scientifici del trattamento. In ogni caso, il paziente dovrà essere messo in grado di esercitare correttamente i suoi diritti, e quindi formarsi una volontà che sia effettivamente tale, rispetto alle svolte ed alle alternative che gli vengono proposte; 5) la responsabilità di informare il paziente grava sul primario, nella struttura pubblica, ed in ogni caso su chi ha il compito di eseguire o di coordinare procedimenti diagnostici e terapeutici; 6) la richiesta dei familiari di fornire al paziente informazioni non veritiere non è vincolante. Il medico ha il dovere di dare al malato le informazioni necessarie per affrontare responsabilmente la realtà, ma attenendosi ai criteri di prudenza, soprattutto nella terminologia, già enunciati; 7) il consenso informato in forma scritta è dovere morale in tutti i casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e terapeutiche si rende opportuna una manifestazione inequivoca e documentata della volontà del paziente; 8) la richiesta di consenso informato in forma scritta è altresì un dovere morale del medico, nel caso di paziente incapace legalmente o di fatto, nelle ipotesi di cui al punto 7), nei confronti di chi eserciti la tutela o abbia con il paziente vincoli familiari (o di comunanza di vita) che giustificano la responsabilità e il potere di conoscere e decidere, fermo restando che tali interventi hanno un significato relativo e il medico posto di fronte a scelte fondamentali per la salute e la vita del paziente non è liberato dalle responsabilità connesse con i poteri che gli spettano. Il C.N.B. ritiene infine che debba essere con impegno perseguito il ravvicinamento (che è già in uno stadio avanzato) delle disposizioni riguardanti informazione e consenso contenute nei codici deontologici dei vari Paesi ed auspica una migliore regolamentazione della cartella clinica".

*informato del paziente col medico e che porta il primo, attraverso il processo avente per esito l'espressione del consenso (o del dissenso)"*⁴¹.

Il C.N.B. ha ritenuto legittime queste dichiarazioni che, limitando in linea di principio l'ampiezza dei possibili trattamenti medici, costituiscono un dissenso limitativo basato sul principio dell'autonomia.

Tuttavia viene nel contempo ribadito che le dichiarazioni non devono contenere *"disposizioni aventi finalità eutanasiche, che contraddicano il diritto positivo, le regole di pratica medica, la deontologia"*.

Nel contempo, in forza della *"posizione di garanzia"* del medico che si troverà a curare il paziente in circostanze in cui egli non possa esprimere, per incapacità, la propria libera volontà si è riconosciuto il carattere non vincolante delle dichiarazioni anticipate non potendo il medico essere costretto a fare nulla che vada contro la sua scienza e la sua coscienza ma dovendo egli, tuttavia, esprimere in forma scritta le ragioni che lo inducono a non rispettare le dichiarazioni anticipate del paziente.

Con tale disposizione il CNB ha posto, dunque, un significativo limite alla libertà di azione del medico, vincolando lo stesso non solo al rispetto della volontà del paziente, ma anche all'obbligo di offrire giustificazioni scritte per le ipotesi di mancato rispetto di tali volontà.

Sulla stessa scia, pare orientarsi anche il documento che più rappresenta l'operatore medico: il Codice di deontologia medica.

Tale codice rappresenta la posizione ufficiale assunta dall'Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri sul comportamento che egli debba assumere nei vari ambiti che lo coinvolgono⁴².

I medici, che nel lontano passato hanno poco sentita l'esigenza deontologica e giuridica del consenso informato, lo hanno incluso nel proprio Codice di Deontologia Medica già agli inizi del novecento.

Il primo codice italiano che lo menziona è quello dell'Ordine dei Medici di Sassari, emanato nel 1903, il quale all'art. 4, in poche righe essenziali, stabilisce che il consenso deve essere ottenuto dall'ammalato per ogni *"atto operativo"* ovvero ottenuto da chi esercita la tutela se minore o incapace.

Nel contempo il Codice sassarese prevede la deroga nei casi di urgenza eventualmente chiamando un collega ad assumere *"parte della responsabilità"* specie in caso di aborto terapeutico.

⁴¹ Il comitato nazionale di bioetica: 1990-2005 *quindici anni di impegno*, op. cit., p. 269 ss.

⁴² G. A. NORELLI – G. DELL'OSSO, *Codice deontologico e deontologia medica*, Milano, 1980; nonché FINCESCHI (a cura di), *Il codice deontologico medico*, Milano, 1996

Successivi codici sono stati emanati nel 1912 a Torino nel 1948, nel 1954, nel 1978, nel 1989, nel 1995 e nel 1998.

Il codice del 1998 aveva operato alcune modifiche restrittive, in tema di consenso, rispetto ai precetti del codice del 1995.

Mentre l'art. 29 del codice del 1995 stabiliva che si dovesse tenere conto anche del livello di cultura e di emotività e delle "capacità di discernimento" del paziente, l'art. 30 del codice del 1998 si limita a menzionare la "capacità di comprensione" del paziente, risultandone in tal modo un indubbio indebolimento, rispetto al precedente codice, dei limiti che in molti casi si presentano al medico che deve informare il paziente.

I nuovi articoli del codice 2005 presentano poche modificazioni.

Si segnalano però gli articoli 33 e 34 perché le modifiche che li connotano accentuano la posizione di garanzia del medico, pur senza menzionarla esplicitamente, affidando il paziente alla "scienza e coscienza" del sanitario nei casi in cui sia a grave rischio la vita e la salute⁴³.

In particolare l'art. 34, stabilisce che: <<Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestate>>.

In seguito saranno approfonditi significativi aspetti legati alle affermazioni contenute nel Codice di Deontologia Medica.

5. Le fonti costituzionali gli artt. 2, 13 e 32 Cost.

I principi fondamentali attinenti la materia del fine-vita sono quelli posti negli art. 2, 13 e 32 della Costituzione.

Trattasi dei principi generali di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ed in particolar modo della tutela della libertà personale dell'individuo che deve trovare attuazione anche nelle scelte in ordine alla propria salute. In particolare l'art. 2 presenta, sotto un profilo strutturale e funzionale, natura aperta e contenuto atipico: la funzione di tale disposizione spiegata nell'ordinamento giuridico è quella

⁴³ Per una accurata disamina dell'evoluzione del consenso informato nei codici di deontologia medica che si sono succeduti sino ad oggi, v. R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006, p.109 ss.

di clausola generale attraverso cui si è inteso formalizzare il valore unitario della persona

Interessante è il dibattito suscitato dai principi di cui agli art. 2 e 13 della Costituzione, dibattito tutt'ora in corso ed avente ad oggetto la possibilità di configurare una copertura costituzionale al diritto di "*lasciarsi morire*"⁴⁴.

L'ammissibilità in ordine alla esistenza di un simile diritto richiama altra *vexata quaestio*, ossia se il catalogo dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione debba considerarsi chiuso ovvero aperto.

Secondo un primo orientamento dottrinario, attribuire alla clausola dei diritti inviolabili carattere aperto equivarrebbe a rendere estremamente incerta l'esatta estensione della norma, legittimando le più varie ed arbitrarie esegesi interpretative⁴⁵. Di conseguenza, i diritti inviolabili dovrebbero essere interpretati come un catalogo chiuso riassuntivo delle altre previsioni costituzionali, mentre gli articoli 13 e seguenti potrebbero essere soggetti ad un'interpretazione estensiva ed evolutiva, tali da ricomprendere quelli che vengono comunemente definiti "*nuovi diritti*", purchè ricostruibili come aspetti o sviluppi di diritti tipizzati ed enumerati nella Costituzione⁴⁶.

Un secondo orientamento dottrinario⁴⁷, in senso diametralmente opposto, ritiene che una lettura chiusa dell'art. 2 della Costituzione equivarrebbe ad attribuirgli un significato pleonastico e tautologico; sicchè non dovrebbe escludersi l'affermazione di altre posizioni inviolabili oltre a quelle disciplinate dalle disposizioni costituzionali, sia integrando eventuali lacune, sia interpretando le evoluzioni e gli sviluppi del sentimento di giustizia e di coscienza sociale dei cittadini⁴⁸.

Trattasi di posizioni meno lontane di quanto appare poiché, la prima impostazione mira principalmente a consentire la "*positivizzazione dei nuovi diritti*", sempre che se ne dimostri la strutturale connessione con i diritti formulati

⁴⁴ C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, p. 118 ss.

⁴⁵ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (p.g.)*, Padova, 1985, p. 3 ss.

⁴⁶ sempre in tal senso T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1997, p. 746 ss., nonché P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 44 ss.; nonché, ancora, F. MODUGNO, *La tutela dei "nuovi diritti"*, in F. Riccobono (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Atti del convegno tenutosi a Roma, Università Luiss, 5/6 maggio 1989, Milano, 1991.

⁴⁷ G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1990, p. 47 ss.

⁴⁸ P. GROSSI, *Introduzione ad uno studiosi diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, p. 172 ss; nonché A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema ed i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 46 ss.

dallo stesso costituente; l'altra impostazione vorrebbe invece condurre ad una creazione di diritti "autenticamente nuovi"⁴⁹.

Con riguardo all'art. 2 della Costituzione, esso certamente riconosce all'autodeterminazione del soggetto un valore centrale e ciò appare ormai certezza inconfutabile⁵⁰.

Quanto alla nozione di "libertà personale" di cui all'art. 13 della Costituzione, numerose sono state le sue definizioni che si sono susseguite nel corso del tempo.

Parte della dottrina ha derivato la nozione in negativo, sulla considerazione storica e normativa delle ipotesi di coazione della personalità individuale e dei poteri capaci di produrle⁵¹: in tale ottica la libertà personale coincide con la libertà delle restrizioni possibili secondo la legislazione vigente.

Altra impostazione, più tradizionale, individua la libertà personale nella libertà fisica in senso stretto⁵². A questi è però contrapposta l'opinione di chi individua, invece, quale bene tutelato la dignità della persona (teoria c.d. della degradazione)⁵³: la libertà assumerebbe così una connotazione innanzi tutto morale dovendosi intendere quale libertà da qualsiasi provvedimento che implichi un giudizio di carattere negativo sulla persona del destinatario.

Entrambe le posizioni appaiono imprecise ed astratte⁵⁴.

La più autorevole dottrina è infatti giunta alla conclusione per cui, pur essendo da condividere lo stretto collegamento stabilito tra libertà e dignità della persona, la libertà personale deve essere distinta dalla libertà personale (art. 13), la libertà di circolazione (art. 16), e la situazione soggettiva garantita dal divieto di imporre prestazioni personali (art. 23); dalla soluzione di tale problema sembra infatti potersi ricavare un contorno più netto della nozione⁵⁵.

La disposizione che però assume certamente rilievo più significativo, è quella contenuta nell'art. 32 della Carta Costituzionale.

L'interpretazione di tale norma, nel suo assetto complessivo e nel rapporto con l'intero impianto costituzionale, ha subito nel corso degli anni una peculiare

⁴⁹ C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia, cit.*, p. 119 ss.

⁵⁰ Su valori e principi, v. A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli 2007, p. 136 ss. e 357 ss.; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Ann.*, II, t. 2 (2008), p. 198 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, p. 205 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, p. 35 ss.

⁵¹ G. AMATO, *Art. 13*, in G. AMATO, A. PACE E F. FINOCCHIARO, *Rapporti civili (art. 13-20)*, p. 1 ss.

⁵² S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, pp. 17-18

⁵³ C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, I, p. 689 ss.

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, II, Napoli, 2001, p. 67-69.

⁵⁵ Per un approfondimento della nozione della libertà personale alla luce della chiave interpretativa sopra esposta si rimanda a *op. ult. Cit.* p. 68 ss.

evoluzione relativa sia alla qualificazione giuridica da attribuire alla “salute”, sia alle interrelazioni con le altre materie.

A lungo la dottrina ha ricondotto l’art. 32 nell’ambito di un’ filosofia assicurativo-corporativa che poneva il diritto alla salute come diritto dell’uomo all’assistenza sanitaria, quale posizione giuridica nei confronti dello Stato nel quale si articola il servizio sanitario⁵⁶.

Una simile ricostruzione è stata fortemente messa in crisi sul finire degli anni settanta, epoca in cui si risveglia nei giuristi un serio interesse per i diritti fondamentali dell’uomo e si pongono in crisi tutte quelle categorie derivanti da una concezione ottocentesca, illuministico-liberale, del rapporto cittadino-Stato⁵⁷.

Da tale mutamento di prospettiva è derivata una cospicua produzione legislativa che viene generalmente indicata come attuativa del diritto alla salute e che segna proprio il passaggio da una concezione sociale del diritto alla salute, al suo pieno e definitivo ingresso nel novero dei diritti fondamentali⁵⁸.

Non vengono così totalmente sciolti i dubbi ed i contrasti sul contenuto e sulla effettiva modalità di tutela di tale diritto alla salute.

Quanto a tale ultimo aspetto, qualche autore ha identificato il contenuto del diritto nella sola integrità fisica della persona, prescindendo da ogni specifico riferimento all’integrità psichica della stessa⁵⁹. Tuttavia tale impostazione è stata, a ragione, ritenuta estremamente riduttiva data l’essenza della persona che è “unità psico-fisica”⁶⁰ e soprattutto perché la salute riguarda la persona nel suo complesso,

⁵⁶ In tal senso, tra gli altri, E. DE PALME RAINONE, *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Probl. sic. soc.*, 1960, p. 646 ss., secondo la quale l’interesse alla tutela della salute si realizza <<mediante ed attraverso la garanzia dell’attività pubblica diretta a proteggere, nel singolo caso concreto, il cittadino in stato di bisogno>> ; nonché S. LENER, *La sicurezza sociale come diritto pubblico soggettivo*, in *Civ. Catt.*, 1965, p. 355 ss.

⁵⁷ Un significativo passo avanti, in tal senso, è stato compiuto con la l. 20 maggio 1970 n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori), soprattutto per le disposizioni in essa contenute volte a tutelare la salute dei lavoratori (art. 9), con la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833 e succ. modifiche). Tale ultima legge, infatti, pone tra i suoi obiettivi non soltanto il superamento dello stato di invalidità, ma anche la prevenzione, la promozione della salubrità e dell’igiene dell’ambiente naturale di vita e di lavoro, l’igiene degli alimenti, la tutela della salute degli anziani e quella nell’età evolutiva, nonché la formazione di una “coscienza sanitaria” sulla base di un’adeguata “educazione sanitaria” del cittadino e della comunità.

⁵⁸ Il rapporto tra diritto alla salute e capacità della persona è rinvenibile nelle leggi in materia di malattia mentale (l. 13 maggio 1978, n. 180), di tutela delle persone prive della vista (l. 3 febbraio 1975 n. 18), di tossicodipendenza (l. 22 dicembre 1975 n. 685, modif. con l. 26 giugno 1990, n. 162), la legge istitutiva dei consultori familiari (l. 29 luglio 1975, n. 405), nonché sull’interruzione volontaria di gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194) e sulla modificazione volontaria di sesso (l. 14 aprile 1982, n. 164).

⁵⁹ A. DE CUPIS, *I Diritti della personalità*, Milano, 1982, p. 102 ss.

⁶⁰ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli – Camerino, 1972, p. 183 ss.

nel suo equilibrio psichico, mentale e fisico⁶¹. In quanto tale la salute ha rilievo anche nei rapporti intersoggettivi e diviene “*parametro della liceità e della illiceità dei comportamenti e della meritevolezza dell’attività in senso lato dell’uomo*” Essa costituisce un aspetto inseparabile della persona “*la quale anche da un punto di vista giuridico è necessariamente un valore unitario*”⁶².

In quanto tale, il diritto alla salute può atteggiarsi in forme diverse variando la sua configurazione: come diritto al servizio sanitario, alla salubrità dell’ambiente, all’integrità fisica ed a quella mentale.

L’art. 32 cost. al primo comma stabilisce che: <<*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti*>>.

Nonostante in tale comma appaia la necessità di garantire e tutelare la salute dell’uomo proprio in quanto “*fondamentale diritto dell’individuo*”, tuttavia il costituente non si è espresso sugli strumenti attuativi di tale tutela, non avendo predisposto una autonoma azione a tutela delle c.d. situazioni esistenziali. Gli strumenti principalmente utilizzati per impedire che il diritto alla salute fosse “disarmato”⁶³ in quanto privo di tutela giurisdizionale, sono dunque di due tipi: strumenti preventivi e strumenti risarcitori.

Quanto ai primi, il riferimento è agli strumenti previsti dall’art. 9 dello Statuto dei lavoratori, ovvero alle attività di prevenzione predisposte dalla l. n. 833 del 1978, ed ancora, ma in sede giurisdizionale, alle azioni inibitorie ed ai provvedimenti d’urgenza adottabili ex art. 700 c.p.c.

A lungo, inoltre, si è discusso sulla possibilità di utilizzare l’art. 844 c. c, in materia di immissioni, quale strumento di tutela della salute⁶⁴; in realtà tale ultima ricostruzione si è rilevata eccessiva poiché essa ha inteso applicare una normativa tutta ispirata a logiche patrimoniali e, quindi, di tipo strettamente materiale, a vicende relative a valori esistenziali della persona, quali, appunto, la salute⁶⁵.

⁶¹ C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Riv. infort. mal. prof.*, 1961, p. 1 ss.

⁶² P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982, p. 1022 ss.

⁶³ Espressione utilizzata da P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, cit., p. 205.

⁶⁴ In senso favorevole G. D’ANGELO, *L’art. 844 codice civile ed il diritto alla salute*, in Busnelli F.D., Breccia U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 443 ss.; V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. Dir. civ.*, 1982, I, p. 159 ss. In senso contrario: C. SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, in *Giur. It.*, 1973, I p. 804 ss., S. RODOTA’, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi ed interessi reali*, in *Quad. fiorentini*, 1978, p. 898 ss.

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 1026 ss.

Con riguardo alle tecniche risarcitorie, indispensabile è il collegamento con la responsabilità civile, in particolare la determinazione dell'*an* e del *quantum* dell'indennizzo e del risarcimento. E' indubbio che la salute possa subire sia un danno ingiusto extracontrattuale sia un danno nell'ambito di vicende relative ad un rapporto a contenuto determinato (come per la tutela della salute sull'ambiente di lavoro).

Particolare interesse ha però suscitato in dottrina ed in giurisprudenza l'ipotesi nella quale la salute della persona subisce un danno in assenza di un obbligo specifico: i problemi relativi riguardano sia la qualificazione del danno, sia la sua quantificazione. Senza entrare qui nel merito dei lunghi e sofferti passi fatti a colpi di sentenze, ciò che interessa in questa sede è la considerazione della salute che è emersa: ossia quale diritto essenziale della persona la cui lesione deve necessariamente essere riparata.

Il danno alla salute, come danno alla persona, ha una sua autonomia e trova fondamento nei principi fondamentali della Costituzione che ravvisano nella persona il valore fondamentale dell'ordinamento⁶⁶.

Il secondo comma dell'art. 32 Cost. prevede che: <<*Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*>>.

La prima parte di tale comma indicando come limite invalicabile il rispetto della persona umana, propone la problematica relativa alla eventuale configurabilità nel vigente ordinamento, di un diritto a non farsi curare ovvero di un parallelo diritto ad essere malati.

Il tema rientra nel più generale contesto dei diritti di libertà riconosciuti al singolo, soprattutto ogni qual volta la situazione patologica riguarda esclusivamente la persona del malato, senza alcun coinvolgimento degli altri membri della collettività⁶⁷. Diversamente, nei casi nei quali alla esigenza di tutelare la salute del singolo individuo, si affianca l'eguale esigenza di tutelare l'intera collettività: il diritto del singolo dovrà essere temperato con quello della collettività nei limiti di quanto dispone, in tema di trattamenti sanitari obbligatori e coattivi, il secondo comma dell'articolo in esame. Tuttavia non si può prescindere dal riferimento a quei principi fondamentali dell'ordinamento che impongono il rifiuto di ogni istanza meramente individualistica e di concezioni del diritto della personalità inteso come diritto sul proprio corpo⁶⁸.

⁶⁶ P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, cit., p. 206 ss.

⁶⁷ Sul punto M.LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.*, 1980, p. 769 ss.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute*, cit., p.1047 ss.

La scelta del costituente è tesa a realizzare solidarismo e personalismo, dunque tutela della personalità e suo sviluppo⁶⁹.

Per quanto riguarda i trattamenti sanitari ai quali fa riferimento il secondo comma, la dottrina vi ricomprende ogni attività terapeutica o diagnostica, volta a prevenire o a curare malattie⁷⁰.

In proposito si distinguono varie tipologie di trattamento: trattamenti obbligatori, coattivi e non obbligatori⁷¹. Si definiscono obbligatori quei trattamenti caratterizzati da una obbligatorietà prevista dalla legge⁷², sanzionata e resa concretamente operante con il ricorso ad una varietà di meccanismi, tra i quali, ad esempio, l'impossibilità di esercitare certe attività o di recarsi in determinati Paesi con coloro che non si sottopongono a vaccinazione⁷³.

Agli estremi si pongono i trattamenti coattivi, che possono essere imposti con la forza, e quelli non obbligatori, non previsti da alcuna norma e rispetto ai quali si pone il diverso problema relativo al ruolo ed ai limiti del consenso in relazione anche al disposto dell'art. 5 c.c. (di cui si tratterà di seguito)⁷⁴.

L'individuazione della legittimità dei trattamenti sanitari pone un problema di coordinamento tra l'art. 32 comma 2, e l'art. 13 della Costituzione.

Vi è chi considera applicabile ai trattamenti sanitari il solo art. 32 comma 2 Cost., in quanto tale norma si pone in un rapporto di specialità con l'art. 13 Cost.,⁷⁵ e chi invece, distinguendo i trattamenti sanitari in "obbligatori" e "coattivi", ritiene applicabile ai secondi quanto disposto nell'art. 13. Tale norma si porrebbe così quale disciplina generale per tutte le forme di limitazione della libertà personale del soggetto a disporre della propria persona⁷⁶. I trattamenti coattivi non potrebbero essere legittimamente attuati senza il rispetto delle procedure previste nell'art. 13, cioè della riserva di legge assoluta e di un atto motivato dell'autorità giudiziaria⁷⁷.

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., p. 161 ss.

⁷⁰ A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 507; A. ANZON, *Trattamenti sanitari obbligatori e competenza regionale*, in *Giur. Cost.*, 1980, I, p. 1449 ss.

⁷¹ S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. Soc.*, 1979, p. 894 ss.

⁷² Per quanto attiene alla tematica della vaccinazioni obbligatorie, i possibili danni conseguenti e la misura dell'indennizzo, v. Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro It.*, 1996, I, p. 2326 ss. e Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro It.*, 1998, I, p. 1370 ss.

⁷³ S.P. PANUNZIO, *op. ult. cit.*, p. 887 ss.

⁷⁴ A. CANDIAN, *Riflessioni sul consenso dell'avente diritto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1938, p. 457 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 93

⁷⁵ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 560 ss.

⁷⁶ P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, cit., p. 208 ss.

⁷⁷ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., p. 888 ss.

Si è proposto, infine, di basare il criterio di distinzione tra i due articoli in questione sulle diverse finalità dell'intervento, sì da applicare il disposto dell'art. 32 ogni qualvolta si intendano realizzare finalità sanitarie⁷⁸. A differenza dell'art. 13, il quale contiene una riserva di legge assoluta ed una riserva di giurisdizione, l'art. 32 comma 2 contiene una riserva relativa seppure rinforzata⁷⁹.

Tra le ipotesi di trattamenti obbligatori previsti dalla legge vi sono quelli resi possibili a séguito della l. n. 883 del 1978 (art. 33-35) per i malati di mente, quelli disciplinati in materia di sostanze stupefacenti o psicotrope dalla l. 22 dicembre 1975, n. 685 (art. 95 ss.) modificata dalla l. 26 giugno 1990 n. 162.

In conclusione del discorso relativo al contenuto ed alla portata dell' art. 32 della Costituzione pare opportuno segnalare, inoltre, un orientamento che evidenzia la contrapposizione tra primo e secondo comma dell'articolo in esame⁸⁰.

Considerato che nel primo comma la salute viene intesa nella sua accezione pubblicistica, in quanto, non solo diritto personale dell'individuo, ma anche interesse della collettività, mentre nel secondo comma si stabilisce il criterio della volontarietà in ordine alla sottoposizione dei trattamenti sanitari, venendo, quindi, in rilievo, la sfera privata del soggetto e la sua volontà di autodeterminarsi in ordine alle terapie cui essere sottoposto ed ai trattamenti da ricevere; taluni hanno ritenuto che la difficoltà di inquadrare la problematica in ordine alla vicenda del testamento biologico, derivi proprio dalla contraddizione di fondo di tale norma, ispiratrice dell'intero sistema, in ordine alla effettiva natura della scelta in ordine al trattamento sanitario, privatistica ovvero pubblicistica.

Si è infatti sostenuto che, pur essendo una scelta personale quella relativa alle cure cui essere sottoposto, ciò nonostante la modalità in cui un soggetto affronta la fase terminale della propria vita, ha una rilevanza di diritto pubblico, che esorbita i confini strettamente personali, coinvolgendo interessi super-individuali⁸¹.

⁷⁸ D. VINCENZI AMATO, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. Della Cost.* a cura di Branca, Bologna - Roma, 1976, p. 365 ss.

⁷⁹ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 560 ss.

⁸⁰ Le ragioni per cui l'Assemblea costituente è giunta a tali conclusioni è dovuto, tra le altre cose, al fatto che, negli anni in cui l'Assemblea svolgeva il proprio lavoro (1946-1948), veniva celebrato con grande risvolto mediatico, il Processo di Norinberga contro i criminali nazisti e contro alcuni medici che avevano operato nei campi di sterminio. Durante questo processo venne, infatti, approvato il c.d. "Codice di Norinberga" che riconosce, al primo punto, il diritto imprescrittibile del paziente al rifiuto di cure. Cfr. F. TUROLDO, *La sospensione dei trattamenti sanitari in Italia*, op. ult. cit., p. 925 ss.

⁸¹ E. RUSSO, "Testamento biologico e razionalità della legge", in *Vita Not.*, 2009, 2,1, p. 805. Qui l'A. giunge alla discutibile conclusione che: <<In vero il secondo comma ha soprattutto una valenza garantista e politica perché è diretto a vietare che nella competizione politica si pratichino trattamenti sanitari obbligatori ai propri avversari, da parte del potere politico >>

6. L'art. 5 c.c. tra la tutela della vita e la libertà di disposizione del proprio corpo.

Fondamentale è una riflessione sui contenuti dell'art. 5 del cod. civ., disciplinante gli "Atti di disposizione del proprio corpo", norma inserita nel codice del 1942 per eliminare i dubbi sulla configurabilità di un diritto sul proprio corpo e sulle sue singole parti e, quindi, per riconoscere e garantire la validità di alcuni atti di disposizione dell'integrità fisica socialmente apprezzati⁸².

Due sono state le esigenze che il legislatore ha dovuto contemperare all'atto di stesura di tale disposizione: da un lato quella di tutelare la vita intesa come bene di rilevanza giuridica e con essa l'integrità fisica; dall'altro quella di garantire la libertà di disporre del proprio corpo, considerato oggetto autonomo e separato sul quale esercitare propri diritti, anche fonte di guadagni economici⁸³.

La norma si mostra infatti particolarmente sintetica ed ambigua e ciò ha contribuito ad alimentare controversie sia sul significato da attribuire al termine "disposizione"⁸⁴, sia alla dialettica tra attività dispositiva del corpo lecito o illecita⁸⁵.

Appare dunque significativa una prospettiva secondo la quale, mediante una indagine storica, sistematica ed assiologica, devono sostituirsi gli interessi

⁸² Un esempio tipico in tal senso è il contratto di baliatico, ossia di bambino affidato a balia. Sotto il profilo giuridico si oggettiva in un contratto tipico e innominato, disciplinato dalle norme sanitarie, che in particolare prescrivono l'assunzione come balia di una donna che abbia un figlio superiore ai 5 mesi e che goda di perfetta salute. Qualora al lattante sia necessario un latte inferiore ai 5 mesi (ossia di donna che abbia partorito da meno di 5 mesi), deve essere scelta una balia il cui figlio sia deceduto alla nascita o prima del quinto mese, ma non per incuria o per malattia infettiva. Per un approfondimento con riguardo al contratto di baliatico v. D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 c.c. tra vecchie e nuove "immoralità"*, Napoli, 1995, p. 108 ss.

⁸³ Parte della dottrina ha individuato la ratio della norma dell'art. 5 c.c. nella tutela del diritto alla vita, come conservazione del proprio diritto alla vita, inteso anche come astensione altrui dal compimento di azioni lesive o pericolose per la vita. In tal senso v. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, p. 101 ss.; ID. *Corpo (Atti di disposizione del proprio)*, *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 854 ss. M. PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 19, p. 656 ss.

⁸⁴ Atti di disposizione sono stati definiti, in senso quantitativo, come una "menomazione irreversibile con indebolimento permanente", in senso qualitativo come "danno che modifica il modo di essere dell'individuo in rapporto all'ambiente ed incidendo sulla vita di relazione". Nel primo senso si è espresso R. ROMBOLI, *Delle persone fisiche, sub art. 5 c.c.*, in Commentario Scialoja-Branca al c.c., Bologna, 1988, p. 230; nel secondo, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 152 ss.

⁸⁵ G. PERLINGIERI, *sub art. 5 c.c., Codice civile, libro I*, Napoli, 2010, 266 ss. L'A. sottolinea come le difficoltà appaiono ingigantite dalla tendenza ad attribuire alla disposizione un ruolo ermeneutico "sovraccaricato" da contenuti non sempre omogenei, e, dunque, non sempre giustificabili alla luce della ratio originaria.

prevalentemente patrimoniali, di cui è sottesa la norma, e gli interessi pubblici di tutela dell'integrità fisica personale, con i valori espressi dalla Carta Costituzionale⁸⁶.

Secondo tale impostazione, i principi costituzionali sono i referenti normativi sia per la valutazione della liceità e della meritevolezza di tutela degli atti di disposizione sia per la determinazione del contenuto del potere dispositivo, esplicabile attraverso qualsiasi atto, anche non negoziale, incidente sull'integrità personale e quindi dei suoi limiti.

Tale impostazione prende le mosse da una considerazione unitaria della persona umana e della tutela ad essa garantita; da ciò consegue uno stretto collegamento tra la norma in questione ed i principi generali di tutela della dignità della persona umana e del libero sviluppo della sua personalità⁸⁷.

La rilettura dell'art. 5 c.c. in chiave costituzionale ha determinato una serie di modifiche con riguardo ai profili applicativi della stessa: si pensi alla liceità dell'intervento chirurgico in merito al quale, ad esempio, non si tratta di discutere se la lesione viene legittimata dal fine curativo o estetico dell'intervento, quanto di verificare se l'intervento violi o meno i "limiti imposti dal rispetto della persona umana (art. 32 comma 2 Cost.)"⁸⁸.

⁸⁶ P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 297 ss.

⁸⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 535 ss. L'A. qui individua i rapporti intercorrenti tra norma ordinaria e norma costituzionale, affermando la necessità di "rilettura del codice civile e delle leggi speciali alla luce della Costituzione repubblicana"; tenuto anche conto della condivisione di tale esigenza anche in sede giurisprudenziale ove, la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato la necessità di <<rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della sopravvenuta Costituzione>>. Così: Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro It.*, 2000, I, p. 1929 e ss., con nota di A. PALMIERI, e in *Giur. It.*, 2000, p. 1154 ss., p. 1161, con nota di G. GIOIA; nonché Cass. SS. UU. 13 settembre 2005, n. 18128, in *Danno e resp.*, 2006, p. 411 ss. con note di C. MEDICI, *Controllo sulla penale "manifestazione eccessiva" ed equilibrio degli scambi contrattuali*, e A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*. Sull'apporto della Corte Costituzionale al processo di "costituzionalizzazione del diritto privato", v. R. PARDOLESI e B. TASSONE, *Corte costituzionale, fonti e diritto privato: un'analisi comparativa*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, p. 481 ss.

⁸⁸ Trattasi di tematica molto dibattuta e di cui si sceglie volontariamente di non entrare in approfondimento al fine di evitare allontanamenti dal tema principale. Si rimanda pertanto a P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento del sesso*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1970, p. 830 ss.; S. PATTI- M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona – Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986. La giurisprudenza inizialmente negava la possibilità di modificazione dei propri caratteri sessuali, in quanto il sesso era considerato esclusivamente un "elemento biologico" (v. Cass. 13 giugno 1972, n. 1847, in *Foro It.*, 1972, I p. 2399 ss., in cui: <<la psicosessualità non costituisce un elemento determinante per l'individuazione del sesso>>, nello stesso senso Cass. 3 aprile 1980, n. 2161, in *Foro It.*, 1980, I, p. 918 ss.). In un momento successivo si afferma un orientamento che pone in maggior risalto l'elemento psichico, parlando di realtà psico-somatica (così Cass. 3 dicembre 1974, n. 3948, in *Giustizia civile*, 1975, I, p.

Numerosi sono gli esempi presenti nella realtà sociale e giuridica, che interrogano l'operatore del diritto, *lato sensu* inteso. Si pensi alle ipotesi di mutamento di sesso⁸⁹, a quelle relative alla materia dei trapianti di organi⁹⁰, alla sperimentazione volontaria⁹¹, od anche alla fecondazione medicalmente assistita⁹², nonché al diritto sul cadavere ed il sepolcro⁹³.

633 ss.). la legge 14 aprile 1982 ha riconosciuto ai transessuali di rettificare il sesso ad essi attribuito al momento della nascita, a sèguito di una sentenza del tribunale emessa su domanda proposta dall'interessato sulla base delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali. La più recente giurisprudenza, infine, considera la sessualità espressione del più generale diritto della personalità ex art. 2 Cost. e pertanto reputa preminente il valore del sesso "psicologico" rispetto alle componenti genetiche, somatiche e biologiche, con un'accentuazione delle finalità solidaristiche della l. n. 164 del 1982 che, in un'ottica di promozione della persona umana e dei diritti individuali e sociali appresta una tutela a quanti rivendicano l'affermazione sociale di un'identità sessuale. In tal senso G. PERLINGIERI, *sub art. 5 c.c.*, cit., p. 269 ss.

⁸⁹ A. VILLELLA, *Rettificazione di attribuzione di sesso e cambiamento del nome*, in *Rass. Dir. civ.*, 1992, p. 911 ss. L'A. si è occupato in particolare del profilo relativo al rapporto tra mutamento di sesso e cambiamento del nome. Un commento critico alla legge n. 164/1982 è quello di G. PALMIERI- M. G. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam. Pers.*, 1999, p. 1331 ss; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del proprio corpo, e tutela della persona umana*, Napoli, 1983.

⁹⁰ Le problematiche connesse alla materia dei trapianti sono molteplici. Una prima distinzione preliminare è quella tra "trapianto da cadavere a vivente" e tra "trapianto da vivente a vivente". Il primo è disciplinato dalla l. 1 aprile 1999 n. 91, recante "Disposizioni in materia di prelievi e trapianti di organi e tessuti", che prevede all'art. 4 il principio del silenzio-assenso informato in ordine alla donazione degli organi o tessuti del proprio corpo successivamente alla morte. Con riguardo al trapianto da vivente a vivente sono invece espressamente disciplinati soltanto il prelievo del rene, della cornea, del fegato e le emotrasfusioni, rispettivamente con leggi 26 giugno 1967, n. 458; 12 agosto 1993, n. 301; 16 dicembre 1999, n. 482; 21 ottobre 2005, n. 219. Pertanto per gli altri prelievi da vivente non disciplinati da apposita legge, opera l'art. 5 c.c. nella prospettiva costituzionale ispirata al principio personalistico ed a quello solidaristico (su tale ultimo punto v. P. PERLINGIERI, *La morte ed il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Camerino- napoli, 1994, p. 190 ss.) V. in materia, con riguardo al primo tipo di trapianti: F. GIUNTA, *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: principi generali e profili penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, p. 68 ss.; con riguardo al secondo tipo: C.M. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile e nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi tra persone viventi*, in *Dir. fam e pers.*, 2001, p. 1184 ss.

⁹¹ Anche la sperimentazione volontaria suscita problemi strettamente connessi con i contenuti dell'art. 5 c.c. tale articolo non si applica, infatti, sol se si tratta di sperimentazione terapeutica e in presenza di consenso libero cosciente e revocabile, nonché di giusta causa sanitaria. Molteplici sono inoltre le problematiche connesse alle forniture di medicinali gratuiti agli indigenti, ovvero di diritto dell'assistito al rimborso da parte del s.s.n. delle spese sostenute per l'acquisto dei farmaci. Tali problemi ricevono una diversa disciplina a seconda che i fatti si siano verificati prima o dopo l'entrata in vigore della legge 30 luglio 1998, n. 257. Per un approfondimento v. G. PERLINGIERI, *sub art. 5 c.c.*, cit., p. 276 ss.

⁹² La materia, dopo tanta attesa ed un *iter* normativo alquanto tormentato, è stata disciplinata con l. n. 40 del 2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", Il capo I (PRINCIPÌ GENERALI) stabilisce all'art. 1 le finalità della legge: <<1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.2. Il ricorso alla

Trattasi di materie rispetto alle quali il comune cittadino, così come lo studioso o l'operatore del diritto sono particolarmente sensibili per realizzare da un lato il più ampio rispetto della libertà umana, dall'altro salvaguardarne la dignità.

Per il discorso che qui si sta svolgendo, giova sottolineare che il filo comune che lega tutte le vicende sopra menzionate è rappresentato dall'inevitabile richiamo normativo all'art. 5 c.c. in quanto norma che riconosce una libertà e ne individua i relativi limiti.

Senza entrare nel merito delle numerose questioni che ciascuno degli esempi riportati contiene, deve considerarsi che uno degli ambiti di più frequente richiamo all'art. 5 c.c. è proprio quello relativo ai trattamenti di fine vita, all'eutanasia, nonché al c.d. testamento biologico⁹⁴.

Quanto alla ammissibilità dell'eutanasia⁹⁵ nel nostro ordinamento, trattasi di tematica alquanto controversa in quanto presuppone un'opzione di fondo tra la

*procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità>>». Tra i problemi numerosi posti dalla norma, i più significativi sono quelli relativi ai suoi rapporti con l'art. 5 c.c., nonché quello relativo alla sussistenza dell'obbligo della donna a subire l'impianto qualora la coppia venisse a conoscenza di una malattia dell'embrione e sempre che non siano possibili gli interventi terapeutici previsti all'art. 13 n. 3 lett. b) della legge stessa. Per un inquadramento dei problemi principali v. V. IVONE, *Legge 194 e principio di responsabilità*, in AA.VV. *Scritti in memoria di Giuseppe Panza*; 2010, ID. *Brevi riflessioni sul dibattito intorno alla Legge 194*, in AA.VV. *Diritto e vita Bioetica e deontologia professionale*, 2010, p. 249-262.*

⁹³ Anche in tale ipotesi un soggetto dispone del proprio corpo per un momento in cui avrà cessato di vivere. Il diritto di disporre del proprio cadavere si concreta nel potere di scegliere in merito alla destinazione del proprio cadavere sia con riguardo al trattamento (ad es. sepoltura, cremazione ecc.) sia con riguardo alle modalità ed al luogo di tumulazione. Tale potere deve essere esercitato con una manifestazione di volontà precisa ed univoca. In materia è intervenuta la l. 30 marzo 2001, n. 130 "Disposizioni in materia di cremazione e di dispersione delle ceneri" con la quale è stata attribuita particolare importanza alla volontà del soggetto. Tra la ampia bibliografia sull'argomento, v. P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982, p. 79 ss.; S. MOSCA, *Il diritto al sepolcro e la discendenza femminile*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 2378 ss.

⁹⁴ C. DONISI, *Testamento biologico: quale rilevanza?*, in M. CORLETO (a cura di) *Diritto e diritti di fronte alla morte dall'eutanasia al diritto di morire*. Atti del seminario di studi, Napoli, 2006, p. 101 ss.; nonché G. CAPAREZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famila*, 2004, p. 10 55 ss.

⁹⁵ Ne sono in astratto ipotizzabili diverse fattispecie in base alle finalità perseguite. L'e. *terapeutica* consiste nella somministrazione di sostanze all'ammalato per alleviarne il dolore e provocarne la morte; l'e. *eugenetica*, intesa a migliorare la specie depurando la società da soggetti ritenuti infetti o malati, e così preservare la purezza della razza e scongiurare presunte malattie; l'e. *criminale*, destinata ad eliminare i soggetti improduttivi e costituenti un peso per la società ovvero quelli socialmente pericolosi; l'e. *sperimentale*, diretta al sacrificio della vita di alcuni uomini per sperimentazioni scientifiche. Altra distinzione, sulla base delle modalità di esecuzione, è quella tra e. "attiva" ed e. "passiva", in base al fatto che vi sia o meno un atto che abbrevi o metta fine alla vita, ovvero che consista solamente nell'astensione da ogni azione che potrebbe prolungare il

visione sacrale della vita umana, oggetto di tutela in quanto valore in sé, e quella ancorata alla qualità della vita, la quale riconosce maggior spazio all'autonomia individuale.

Essa non trova riconoscimento nel nostro ordinamento, in quanto anche sulla base dell'art. 5 c.c. non si consente che un soggetto possa compiere atti tali da cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, di cui massima espressione sarebbe proprio la morte .

La norma è infatti chiara nel vietare il compimento di atti di disposizione del corpo che comportino una diminuzione permanente della integrità fisica.

E' proprio tale norma che introduce nel nostro sistema giuridico il diritto del paziente di rifiutare le cure mediche semplicemente manifestando una volontà in tal senso. Una sentenza abbastanza recente della Corte di Cassazione si è pronunciata nel 2007, affermando che : <<Il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei trattamenti sanitari per legge obbligatori o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente>>. Ciò, perché: <<La pratica del consenso libero ed informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo ed un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi>>⁹⁶ .

La diminuzione permanente della integrità fisica rappresenta, dunque, il limite alla incondizionata libertà dell'individuo di usare del proprio corpo come meglio crede. In tal senso, scegliere di morire sarebbe l'esempio più acuto di una disposizione del proprio corpo comportante gli effetti di cui all'art. 5 c.c.

7. L'esistenza di un “*diritto a morire*” alla luce della disciplina penalistica.

Dall'indagine sin qui svolta pare potersi affermare con una certa sicurezza che, stando alle disposizioni costituzionali e alla previsione contenuta all'art. 5 c.c., esista in capo al paziente il diritto di non essere sottoposto a trattamento sanitario in base a provvedimenti dell'autorità pubblica che non abbiano forza di legge e che non siano comunque rispettosi del limite costituito dal rispetto della persona umana.

D'altro canto esiste certamente il diritto di rifiutare il trattamento sanitario in assenza di un consenso informato ed esso ha la sua naturale collocazione solo

momento terminale e irrevocabile della vita. Cfr. in argomento, G. CASSANO, *E' lecito il diritto all'eutanasia?*, in *Famila*, 2002, p. 241 ss.

⁹⁶ Così Corte di Cassazione, sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

nell'ambito dei rapporti interprivati trovando il suo fondamento nel complesso delle leggi ordinarie (ivi compreso l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, che stabilisce il carattere generalmente volontario dei trattamenti diagnostici e terapeutici).

Taluno ritiene, al più, esistente una sorta di "sponda" costituzionale offerta dagli art. 2 e 13 della Costituzione nella parte in cui impegnano la Repubblica a riconoscere e garantire i "diritti inviolabili dell'uomo" ed affermano l'inviolabilità della libertà personale; "sponda", alla quale potrebbe astrattamente contrapporsi anche quella, di segno contrario, ricavabile dallo spesso dimenticato comma secondo dell'articolo 4 della Costituzione che impone ad ogni cittadino *"il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società"*. Appare infatti evidente che ad un tale dovere si sottrae, ad esempio, chi rifiuti, senza apprezzabile ragione, un trattamento sanitario che potrebbe valere a rendergli la perdita capacità di lavoro o a toglierlo, quindi, dalla condizione di chi costituisce un peso economico per gli altri consociati⁹⁷.

Escluso, quindi, che con riguardo ai rapporti tra medico e paziente, il diritto di quest'ultimo di rifiutare i trattamenti sanitari abbia un diretto fondamento nella Costituzione, occorre chiedersi se esso equivalga ad una sorta di diritto al suicidio e sia come tale tutelato dall'ordinamento, sia pure a livello di legge ordinaria⁹⁸.

Ora, considerato che il suicidio, al pari dell'omicidio, può essere realizzato sia con condotte commissive che omissive, un soggetto, ad esempio, può procurarsi la morte anche non alimentandosi più, qualora sia in grado di farlo autonomamente, ovvero rifiutando, qualora non lo sia, di essere alimentato da altri. In presenza di

⁹⁷ Per le ricostruzioni sin qui svolte sul punto v.si P. DOBOLINO, *Fondamento e riflessi penalistici del diritto al rifiuto di trattamenti sanitari di sopravvivenza*, in *Riv. Pen.*, p. 391 ss.

⁹⁸ Taluno distingue tra "diritto a morire" e "diritto al suicidio" (v.si S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1995, p. 676- 692) ma la distinzione appare quanto mai speciosa ove si consideri che la morte è un "fatto" normalmente indipendente, come tale, dalla volontà di chi lo subisce, di tal che, ove esso sia riconducibile in qualsiasi modo a quella volontà, viene necessariamente ad assumere la connotazione di suicidio. Il voler "lasciar fare alla natura", nel senso di lasciare che un determinato processo patologico prosegua indisturbato fino al suo esito mortale non è, concettualmente, diverso dal volersi avvalere di un qualsiasi altro processo basato su leggi naturali allo scopo di provocarsi la morte. Sotto questo profilo, quindi, a rigore, ogni atto suicidiario è un "lasciar fare alla natura" perché senza l'ausilio delle leggi che regolano l'agire ed il combinarsi di forze o elementi naturali, di cui mediante l'atto si inneschi il meccanismo, sarebbe impossibile procurarsi la morte.

La sostanziale identificabilità del preteso "diritto di morire" con il "diritto al suicidio" emerge in F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale, i termini di una relazione problematica*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, 1998, p. 256 ss. il quale, a sostegno della ritenuta giustificabilità della rilevanza penale attribuita all'istigazione al suicidio afferma che: <<Il valido esercizio del diritto di morire presuppone, infatti, la libera formazione della volontà del suicida>>

tali condotte l'ordinamento giuridico rimane indifferente, in quanto non prevede alcun tipo di intervento obbligatorio volto ad impedire la realizzazione del proposito suicida e, meno che mai, alcuna sanzione né civile né penale a carico del soggetto che stia perseguendo quel proposito. Ciò non significa che si sia in presenza di un vero e proprio diritto, ove per diritto si intenda una pretesa per la realizzazione della quale si possa chiedere ed ottenere un sostegno dallo Stato mediante gli strumenti processuali a ciò disposti. Pertanto il c.d. "diritto al suicidio" rientrerebbe, a ben vedere, nell'indistinto novero delle mere "facoltà" le quali, siccome non vietate dall'ordinamento, si riassumono nel generico diritto di ciascuno a godere della libertà di porre in essere tutto ciò che non sia da alcuna norma proibito⁹⁹.

Non è mancato, in verità, chi ha inteso sostenere, invece, l'esistenza di un vero e proprio "diritto al suicidio", coperto da garanzia costituzionale, per cui sarebbe giustificato un intervento dello Stato volto a punire chi impedisce l'altrui volontà di suicidio, in quanto lesiva della sua libertà¹⁰⁰.

Sposando la tesi prevalente per cui si tratta di mera facoltà, ad esse l'ordinamento può riconoscere una protezione soltanto "indiretta", ossia intervenire per inibire o anche sanzionare comportamenti che siano in concreto impeditivi della loro realizzazione, senza però poi collaborare affinché questa concretamente avvenga.

Un tale intervento, tuttavia, non può prevedersi per il caso del suicidio, o meglio di tentativo di esso e ciò perché l'eventuale condotta di chi volesse impedire al suicida di realizzare il suo intento, non è inquadrabile astrattamente in ipotesi di illecito civile o penale, come tale suscettibile di intervento impeditivo e repressivo da parte dello Stato, ma perché un siffatto illecito sarebbe automaticamente scriminato dallo stato di necessità, quale previsto dall'art. 54 c.p.¹⁰¹ e dall'art. 2045 c.c., rispettivamente per la materia penale e per quella civile.

⁹⁹ In tal senso M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, 2007, p. 20 ss., secondo cui i poteri che ogni individuo ha di suicidarsi o di peggiorare le proprie condizioni di salute "non sono espressione di un diritto, bensì mere facoltà di fatto che non trovano tutela nell'ordinamento giuridico e non possono farsi valere come pretese giuridiche nei confronti dei terzi"

¹⁰⁰ V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine-vita tra diritto costituzionale, etica, deontologia medica*, in *Riv. Pen.*, 2009, p. 143-44.

¹⁰¹ E' stato altresì osservato che la scriminante de qua non può intervenire in caso di presenza del dissenso informato del paziente, ma rileva esclusivamente per le ipotesi in cui non sussista il consenso. Per un approfondimento sul punto, con particolare riflessione sulla sentenza n. 2049/2007 (caso Welby) cfr. G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche riflessione penalistica)*, in *Salute (tutela della)*, p. 20 ss

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso di chi, strappando con la violenza la pistola dalla mano di chi stia per usarla contro sé stesso, ponesse in essere una condotta sicuramente qualificabile, in sé e per sé, come reato di violenza privata; reato del quale, però, l'autore non potrebbe essere in alcun modo dichiarato colpevole appunto per aver agito in presenza della necessità di salvare l'altro dal pericolo attuale di un danno grave alla persona.

Ma se così è, lo stesso principio *coeteris paribus*, non può non valere anche per il medico; sarebbe infatti assurdo che il *quisquam de populo*, ponendo in essere una condotta penalmente rilevante potesse fruire di una causa di giustificazione di cui il medico, attuando la medesima condotta, non potesse, sol perché medico, parimenti fruire.

Naturalmente il fatto che una determinata condotta, astrattamente idonea a costituire reato, perda il carattere dell'antigiuridicità per la presenza di una causa di giustificazione (anche putativa ex art. 59, ultimo comma c.p.) non può certo significare che essa assuma, per converso, i caratteri della doverosità¹⁰².

Potrebbe tuttavia, a questo punto obiettarsi che, ove la scelta sostanzialmente suicidaria del paziente di rifiutare un trattamento sanitario sia motivata dall'intento di sottrarsi a sofferenze da lui avvertite come peggiori della morte, verrebbe per ciò stesso meno la condizione per l'operatività della scriminante, costituita dall'esistenza del pericolo di un danno grave alla persona, posto che per quella persona sarebbe danno più grave il sopravvivere piuttosto che il morire.

Il limite però di tale impostazione deriva dal fatto che esso presuppone che la scelta suicidaria implichi, per sua natura, l'avvenuta accettazione della morte come male minore rispetto alla prosecuzione della vita con la paradossale conseguenza che il salvatore dell'aspirante suicida non potrebbe mai invocare a proprio favore, come causa di giustificazione, lo stato di necessità, neppure a livello putativo, atteso che, a fronte di un tentativo di suicidio in atto, egli nessun ragionevole dubbio potrebbe aver nutrito circa la scelta in favore della morte liberamente operata dal soggetto da lui poi "arbitrariamente" salvato¹⁰³.

Se dunque il rifiuto del trattamento sanitario da parte del soggetto che, in tal modo, intenda provocare od accelerare il proprio decesso equivale a tentativo di suicidio e se l'ordinamento non riconosce ad un tale tentativo natura di diritto ma

¹⁰² P. DUBOLINO, *op. cit.*, p. 393 ss.

¹⁰³ Taluno ha in verità sostenuto che la condotta eventualmente violenta posta in essere dal salvatore dell'aspirante suicida sarebbe scriminata solo se "l'agente sa o presume di impedire un proposito dettato da motivazioni contingenti e transeunti" e non invece quando si sia in presenza di "suicida razionale". Cfr. sul punto, S. SEMINARA, *op. cit.*, p. 702 ss.

solo di semplice facoltà, ne deriva che risponde del reato di cui all'art. 580 c.p.¹⁰⁴ colui il quale abbia istigato od aiutato il soggetto medesimo a porre in essere quella condotta.

Il medico, dunque, se da un lato è pienamente legittimato ad astenersi da ogni intervento coattivo a fronte della dichiarata volontà del malato di rifiutare le cure onde provocare od accelerare la propria morte, dall'altro lato non è però legittimato ad astenersi da ogni intervento dissuasivo, la cui deliberata omissione può significativamente influire sul formarsi della volontà del paziente e, conseguentemente, dar luogo a responsabilità penale ai sensi dell'art. 580 c.p.¹⁰⁵.

Trattasi del reato di "Istigazione o aiuto al suicidio" e ricomprende tre condotte tipiche: la "determinazione", il "rafforzamento", l' "agevolazione".

Parte della dottrina ritiene che le condotte di determinazione e di rafforzamento non siano caratterizzate da una differenza ontologica e giuridica, ma sarebbero meri sinonimi contraddistinti dall'attitudine del mezzo ad influenzare la volontà del terzo nel suo processo di formazione¹⁰⁶. La stessa dottrina parla con riguardo a tali condotte di "interazione psichica", in quanto capaci di interferire sul processo di formazione del volere del suicida, il quale comunque assume una determinazione autonoma successivamente all'accoglimento dell'istigazione.

Per altra dottrina, invece, le due condotte di istigazione e di determinazione sono tra loro diverse.

L'impostazione più accreditata distingue tra le condotte richiamate, avendo tutte una loro autonomia strutturale ed ontologica, ed essendo riconducibili al concetto di istigazione, in quanto modalità differenti di esplicazione della condotta tipica¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Art. 580. Istigazione o aiuto al suicidio. *Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio.*

¹⁰⁵ Il reato di aiuto al suicidio e di omicidio del consensiente possono essere commessi anche con "modalità omissiva", come ormai generalmente riconosciuto, cfr. P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consensiente al dovere di uccidere*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, p. 598 ss. quanto all'eventuale operatività, con riguardo a tali reati, della scriminante dello stato di necessità, lo stesso A. , più oltre (p 603 ss.) osserva che essa dovrebbe essere esclusa "a fronte di un dissenso validamente manifestato".

¹⁰⁶ M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 205 ss.

¹⁰⁷ M. BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. Pen.*, p. 116 ss.

La qualificazione della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. quale reato di danno, e non di mero pericolo, comporta che, non solo sia del tutto irrilevante la mera istigazione non seguita dall'evento morte o da lesioni personali gravi o gravissime, ma che sia, a fortiori, del tutto irrilevante il tentativo di istigazione¹⁰⁸.

Infine occorre segnalare il dibattito, tutt'ora aperto in dottrina, circa la configurabilità della condotta omissiva: se sia difficile ipotizzare una condotta omissiva che integri gli estremi della determinazione-istigazione ex art. 580 c.p., più probabile è la configurabilità della condotta di agevolazione al suicidio mediante omissione. In tal caso deve essere richiamato l'art. 40 comma 2 c.p. con seguente applicazione della fattispecie in capo al soggetto che ha il dovere giuridico di impedire l'evento¹⁰⁹.

Diversa è l'ipotesi in cui il medico sia chiamato a rispondere del diverso reato di "omicidio del consensiente" di cui all'art. 579 c.p.¹¹⁰ qualora non si limiti ad un atteggiamento passivo, ma ponga in essere una qualsiasi condotta attiva finalizzata a produrre o accelerare la morte del soggetto che ne abbia fatto richiesta¹¹¹.

L'art. 579 c.p. è stato inserito nel codice del 1930 come autonoma figura di reato¹¹², ulteriore rispetto all'omicidio semplice, per la necessità di adeguare la disciplina penalistica all'atteggiamento assunto dai giudici anche con riguardo alle fattispecie di eutanasia¹¹³.

Si tratta, dunque, di autonoma fattispecie caratterizzata da un elemento specializzante (e non circostanza attenuante) rispetto all'ipotesi di cui

¹⁰⁸ V. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1983, p. 1125 ss.

¹⁰⁹ M. BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, *cit.*, p. 117 ss.

¹¹⁰ Art. 579. Omicidio del consensiente. *Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.*

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

¹¹¹ Con riguardo all'art. 579 c.p. è stata da taluno prospettata l'ipotesi della sua incostituzionalità, attesa la disparità di trattamento che esso creerebbe tra chi sia in grado di darsi la morte da solo e chi dovesse invece necessariamente ricorrere all'opera altrui. In tal senso C. TRIPODINA, voce *Eutanasia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, 2006, p. 2370 ss

¹¹² Il codice Zanardelli prevedeva la sola fattispecie dell'istigazione od aiuto al suicidio

¹¹³ La giurisprudenza, infatti, pur di legittimare o comunque di attenuare il rigore sanzionatorio derivante dall'applicazione dell'omicidio volontario, giungeva ad inesatte interpretazioni estensive o analogiche della norma sull'istigazione o aiuto al suicidio fino ad assolvere i medici che avessero praticato l'eutanasia mossi da sentimenti di pietà, in aperto contrasto con la normativa vigente. Cfr. M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. Dir. it. Proc. Pen.*, 2008, p. 1002-1003.

all'art. 575 c.p.¹¹⁴ dato dal "consenso del soggetto passivo". Tale consenso deve permanere fino al momento del compimento del fatto poiché: <<*il delitto previsto dall'art. 579 c.p. presuppone un consenso non solo serio, esplicito e non equivoco, ma perdurante anche sino al momento in cui il colpevole commette il fatto*>>¹¹⁵

Il reato è infatti considerato "delitto di relazione", in cui la vittima si configura come vittima "volontaria", "partecipante", "provocatrice", incidendo in maniera significativa sull'elemento psicologico¹¹⁶.

Da ciò deriva che l'assenza del consenso, rende inapplicabile la fattispecie di cui all'art. 579 c.p. con applicazione dell'omicidio volontario ex art. 575 c.p.¹¹⁷; si parla in tal caso di eutanasia attiva non consensuale, ma sui profili più strettamente legati all'eutanasia, ed alle sue forme e tipologie, ci intratterremo più avanti nel corso di questo lavoro.

¹¹⁴ Art. 575. Omicidio. *Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.*

¹¹⁵ Cass. 13 novembre 1970, n. 334, in *Cass. Pen. Mass.* 1972, p. 173

¹¹⁶ B. PANNAIN, M. PANNAIN, F. SCLAFANI, *L'omicidio del consensiente e la questione eutanasia*, Napoli, 1998, p. 36 ss.

¹¹⁷ M. PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, 1967, p. 107 ss.

Capitolo II

L'evoluzione del consenso informato tra diritto e dovere di cura e i più recenti approdi giurisprudenziali.

SOMMARIO: 1. Il “diritto – dovere” alla salute alla luce della disposizione dell’art. 32 della Costituzione. 2. Il consenso all’atto medico: la sua evoluzione attraverso l’esame dei Codici di deontologia medica. 3. Il consenso informato nelle ricostruzioni della giurisprudenza costituzionale. 4. La manifestazione del consenso in caso di rifiuto dei trattamenti salva vita: rifiutabilità o non rifiutabilità degli stessi. 5. Il consenso nel paziente capace di intendere e di volere e sue modalità di accertamento; le differenze con il paziente incapace. 6. La sentenza n. 2847 del 2010, consenso informato e profili civilistici. 7. Rilevanza penale del consenso informato.

1. Il “diritto – dovere” alla salute alla luce della disposizione dell’art. 32 della Costituzione.

Dall’analisi delle fonti svolta nella parte iniziale, è emerso un dato significativo: ossia che uno snodo cui deve necessariamente accedersi per portare avanti un dibattito sulla questione del fine vita è, di certo, quello relativo alla validità ed ai limiti del rifiuto dei trattamenti sanitari nel nostro sistema giuridico, e, quindi, all’esistenza e alla portata di un “diritto-dovere” alla salute, i suoi contenuti, le sue evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali.

Sicché, accertata l’esistenza nel nostro ordinamento, della vigenza di un principio generale che pone il consenso come presupposto dell’atto medico, potrà verificarsi se e come esso si attegga nella ipotesi di piena capacità di intendere e di volere del paziente, o nel contrario caso di sua incapacità.

Ci si chiederà quindi, quale sia la tutela che può essere accordata al soggetto che sia stato lesa e se essa integri una autonoma fattispecie di danno, ovvero di illecito penale.

Punto di partenza di tale articolato (e potenzialmente illimitato) discorso è inevitabilmente l'art. 32 della Costituzione, di cui si è già avuto modo di precisare la fondamentale funzione di principio fondamentale di portata generale¹¹⁸.

Si è anche avuto modo di osservare come tale disposizione, che al primo comma sancisce il fondamentale dovere dello Stato di provvedere alla salute dei singoli (qualificata come *diritto*) e della collettività (qualificata come *interesse*), pone al secondo comma un generale divieto di trattamenti sanitari obbligatori; divieto al quale sono consentite eccezioni solo previa puntuale previsione legislativa (riserva di legge) e, comunque, fatta salva la necessaria osservanza dei limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Il dibattito sui confini del diritto alla salute e sull'eventuale correlativo diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari è stato in passato molto intenso; pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, si tenterà di tracciare le linee essenziali del suo sviluppo.

Nel tempo si è, dunque, assistito a differenti letture della Carta costituzionale e del principio sancito all'art. 32.

Verosimilmente confortati dai progressi della scienza medica e preoccupati di affermarne l'estensione dei benefici a tutta la collettività, l'iniziale lettura di tale articolo è stata nel senso di privilegiare la doverosità dell'intervento medico a tutela della salute del singolo, soggetto alle valutazioni del sanitario quale unico responsabile e garante della sua salute. Della norma costituzionale venivano valorizzate alcune espressioni del comma 1 ("*...la Repubblica tutela la salute...come interesse della collettività...*") volendosi sottolineare soprattutto il fondamentale diritto dell'individuo a essere curato, trascurandosi la valenza prescrittiva del comma 2 ("*...nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario...*") , inteso non già come precetto immediatamente operante, ma al più come principio di natura programmatica e di indirizzo¹¹⁹.

Tale lettura ha fortemente limitato la portata contenutistica ed applicativa dell'art. 32 Cost. Pur partendo cioè dall'indiscutibile premessa circa l'esistenza di un diritto costituzionale a non farsi curare, questo indirizzo interpretativo è giunto ad invalidarne gli effetti, laddove si fosse stato in presenza di cure necessarie per il

¹¹⁸ Si veda il par. 5 del Capitolo 1, p. 20 ss.

¹¹⁹ Tale lettura costituzionale veniva confortata da un'interpretazione estensiva del disposto di cui all'art. 5 c.c. («*Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*»), secondo cui usciva rafforzato un concetto di integrità fisica e salute inteso alla stregua di diritto soggettivo pubblico, indisponibile per l'individuo, come bene strumentale subordinato a interessi di carattere pubblico, perché l'uomo potesse assolvere ai suoi doveri nella collettività.

mantenimento in vita del paziente, sulla scorta della asserita prevalenza, in questo caso, del principio di indisponibilità della vita (e che troverebbe una ulteriore conferma, oltre che nella previsione di cui all'art. 579 c.p., nella ritenuta antigiridicità del suicidio¹²⁰ e nel divieto di atti di disposizione del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.)¹²¹.

Invero, si sostiene, l'art. 32 Cost.: <<non si occupa minimamente del caso in cui sia in gioco l'alternativa tra vita e morte nell'ambito della relazione tra medico e paziente>>, attenendo piuttosto <<agli interventi che invadono la sfera di salvaguardia della salute, sfera che compete per l'appunto al rapporto del paziente col medico, salva contraria disposizione di legge entro i limiti imposti dal rispetto della persona umana>>; il che finirebbe per evidenziare come la norma costituzionale, <<lungi dal sancire logiche di assoluta autodeterminazione, esiga e presupponga, quando siano in gioco la vita e l'integrità personale, l'esistenza di precisi limiti alla validità del consenso, onde evitare che si possa comunque agire sulla sfera fisiopsichica di un individuo solo sulla base del consenso>>¹²².

Altre posizioni dottrinarie, mettendo in rilievo, essenzialmente, l'interesse alla salute della collettività, hanno cercato di ricondurre il diritto alla salute nel novero dei diritti c.d. "sociali"¹²³: in quanto tale, il diritto alla salute andrebbe finalizzato al perseguimento di un interesse collettivo e, dunque, rispetto al singolo individuo che di esso sia titolare, si manifesterebbe come un diritto soggettivo debole o più esattamente come un interesse¹²⁴. Da ciò deriverebbe che, nella

¹²⁰ Per questa impostazione, nella dottrina penalistica, per tutti, v. S. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 525 ss.; S. EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in Fioravanti(a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001, p. 119 ss.

¹²¹ Sul dibattito, tra i molti, C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, p. 135 ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 61 ss.; R. ROMBOLI, *Commento all'art. 5 del codice civile*, in Scialoja- Branca(a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988, 301 s.; A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, p. 542 ss.

¹²² S. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, cit., p. 133 ss., il quale dietro al problema della effettuazione di trattamenti sanitari contrari alla volontà del malato scorge il fondato e rilevante rischio di un "disimpegno verso il malato non interessante dal punto di vista scientifico o non più sanabile", paventando che "per affermare sul piano teorico un concetto — quello di incondizionata autodeterminazione - ideologicamente (ma erroneamente) percepito come espressione di laicità e di compiuta democrazia pluralista si finisca per favorire il modello di una medicina contrattualistica, scarsamente proclive a offrire comunque il meglio possibile in ogni situazione e ripiegata in un'ottica difensiva: in altre parole, per aprire larghe falle nell'approccio solidaristico al problema della malattia".

¹²³ In tale prospettiva C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1975, I, p. 101 ss.; in senso critico M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, p. 770 ss.

¹²⁴ Sulla natura giuridica di tali diritti, specie rispetto alle disposizioni costituzionali, si v. ad es. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano,

misura in cui il diritto alla salute del singolo dovesse essere finalizzato all'interesse generale alla salute, sarebbe caratterizzato da un grado più o meno elevato di indisponibilità, proprio in quanto strumentale al bene pubblico "salute" prioritariamente tutelato.

Trattasi, comunque, di una impostazione minoritaria.

Più accreditata è, invece, quell'impostazione che definisce il diritto alla salute quale diritto sociale, ma nel senso di affermare un dovere dello Stato di attivarsi perché esso sia effettivamente salvaguardato, e di correlativa pretesa da parte del singolo di poter essere curato efficacemente e con ogni mezzo necessario¹²⁵.

In questa prospettiva, l'interesse alla salute della collettività non va più inteso come il fine cui l'esercizio del diritto da parte del singolo debba essere orientato, ma la risultante di un eguale diritto alla salute riconosciuto in capo a ciascun membro della collettività.

In altri termini, il diritto del singolo alla salute non è orientato alla sussistenza della salute collettiva, ma si bilancia con un simmetrico e correlativo diritto di ogni altro soggetto alla propria salute individuale¹²⁶.

Da tale ricostruzione deriva che, non solo il singolo può vantare una pretesa nei confronti dello Stato affinché sia realizzato il proprio diritto, ma che egli abbia un dovere inderogabile di provvedere alla sua conservazione: con la conseguenza di ritenere illecito ogni comportamento che, mettendo a repentaglio la salute individuale col rifiuto di un trattamento sanitario, costituisca una violazione di tale dovere alla salute¹²⁷.

Il diritto alla salute, in sostanza, trascenderebbe la mera dimensione individuale ed andrebbe letto nell'ottica di una più generale doverosità civica, la quale escluderebbe la possibilità per il soggetto di realizzare tale diritto rifiutando cure e trattamenti indispensabili per la conservazione della salute stessa, qualificata come bene non disponibile totalmente da parte del singolo.

Si è già avuto modo di osservare come parte della dottrina ponga il diritto alla salute in relazione al c.d. *principio personalista*, ricavabile tanto all'art. 2 Cost. che dal secondo comma dell'art. 32 Cost., laddove si afferma che i trattamenti sanitari trovano un limite nel "*rispetto della persona umana*". Cosicché il rispetto

2001; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999

¹²⁵ F. MANTOVANI, *I trapanati e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 111-112.

¹²⁶ P. BELLINI, *Aspetti costituzionali on specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA. VV. *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*, Atti del Convegno di Roma, 01/12/1982, Napoli, 1983, p. 61 ss.

¹²⁷ Così C. MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, III, p. 436 ss.

del diritto alla salute diventa bene strumentale allo sviluppo della personalità, intesa non come volontà arbitraria di autorealizzazione, ma come valore da preservare e da realizzare nel rispetto di se stessi¹²⁸.

Il diritto alla salute si configura pertanto quale diritto soggettivo, personale e disponibile¹²⁹.

L'esaltazione del diritto soggettivo e la sua qualificazione in termini di assoluta disponibilità da parte del titolare, affonda le sue radici nel pensiero dell'Età di Mezzo e, segnatamente, nel pensiero del giusnaturalismo volontaristico della scuola francescana, ove si sviluppò l'idea della radicalità della volontà individuale, intesa come capacità di agire e di determinarsi in modo del tutto potestativo ed autonomo da parte del soggetto¹³⁰.

L'idea dell'assoluta disponibilità del diritto soggettivo, da cui deriva il diritto del soggetto malato di rifiutare le cure, affonda le sue radici nella qualificazione dello *jus* come *potestas*, ossia del diritto di usare dei propri beni come più si desidera.

Se la libertà del singolo si manifesta, dunque, innanzi tutto in un atto di volontà, il diritto soggettivo non è altro che il riconoscimento di uno spazio in cui l'individuo può agire ed utilizzare i beni dei quali abbia la disponibilità, senza che altri lo possano ostacolare e realizzando in ciò la sua propria personalità.

In altri termini, proprio perché il diritto soggettivo è configurato come *potestas absoluta utendi e abutendi*, né l'ordinamento, né i terzi possono legittimamente impedire al soggetto di attuare le determinazioni della sua volontà, dovendosi per contro attestare su di una posizione di rispetto e di astensione.

In tale prospettiva, nessun vincolo di indisponibilità potrà essere opposto in merito a beni sui quali al soggetto sia riconosciuta, nella figura del diritto soggettivo, una potestà assoluta. L'esaltazione della libertà soggettiva, che Locke identifica con: <<*la libertà di disporre e regolare, come gli pare, la sua persona, le sue azioni, i suoi possessi e la sua intera proprietà entro i limiti consentiti dalla*

¹²⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982, p. 1045 ss.

¹²⁹ F. MACIOCE, *Il rifiuto dei trattamenti sanitari: una prospettiva filosofica*, in *Doveri e diritti alla fine della vita* (a cura di) L. PALAZZANI, Roma, 2010, p. 70 ss.

¹³⁰ Trattasi di un'idea che sta alla base di tutte le successive costruzioni del diritto soggettivo e dell'assoluto rispetto dovuto alle determinazioni soggettive della volontà e sulla quale si fonda l'idea che la prassi medica, al pari di ogni altro intervento sulla persona sia lecita non tanto per le finalità perseguite, quanto, soprattutto per la rilevanza del consenso e della volontà libera del soggetto cui di riferisce. In tal senso G. BASCHERINI, *L'emergenza ed i diritti, un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 3 ss.

legge>>¹³¹, sta tutta nella ricerca di uno spazio entro cui la volontà umana non sia soggetta ad altri che a se stessa, salvo – per i casi ristretti, tassativi, e finalizzati al perseguimento del bene comune – il rispetto delle leggi; non caso la manifestazione più concreta della libertà originaria dell'individuo, e dell'assolutezza della sua libertà, è precisamente il diritto di proprietà¹³².

In sintesi, dunque, è proprio questo l'orizzonte nel quale vanno collocate le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza in merito alla qualificazione del diritto alla salute in una prospettiva proprietaria: ossia il potere del soggetto di disporre dei beni sui quali esercita la propria potestà¹³³.

Pertanto, al fine di comprendere quale sia il contenuto e la portata del diritto-dovere alla salute, in primo luogo si tenterà di ricostruire come si sia evoluto tale diritto e come si sia, conseguentemente, evoluta la nozione di consenso e la sua portata, attraverso una ricostruzione operata su uno dei fondamentali strumenti utilizzati dagli "operatori" della materia, i medici.

Attraverso i codici di deontologia medica che si sono susseguiti a partire dagli anni cinquanta, sino ad oggi, potrà quindi cogliersi la significativa evoluzione della libertà di autodeterminarsi del paziente.

2. Il consenso all'atto medico: la sua evoluzione attraverso l'esame dei Codici di deontologia medica.

Nell'affrontare il delicato tema della rilevanza del consenso informato nell'esercizio dell'attività medica è preliminare la constatazione di come, a prescindere dall'intima adesione di ciascuno a qualsivoglia convinzione pre-giuridica sulla disponibilità (ed entro quali limiti) del bene vita, il contributo del giurista debba anzitutto tradursi nell'impegno verso un'impostazione il più possibile affrancata da "ogni pregiudizio etico, emotivo e religioso"¹³⁴.

Il principio del consenso informato del paziente all'effettuazione dell'atto medico, come è stato di recente ribadito, si configura quale "vero e proprio diritto della persona"¹³⁵.

¹³¹ J. LOCKE, *Secondo trattato sul Governo*, 57, Milano, 1998, p. 135 ss.

¹³² Sul punto, si vedano le precise analisi svolte da P. MORO, *I diritti indisponibili*, Torino, 2004, p. 113 ss.

¹³³ F. MACIOCE, *Il rifiuto dei trattamenti sanitari: una prospettiva filosofica*, cit., p. 72 ss.

¹³⁴ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, P. 670 ss.

¹³⁵ Da ultimo, C. cost. 23 dicembre 2008, n. 438. Il Governo impugna l'art. 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (*Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su*

bambini ed adolescenti) con riferimento agli artt. 2, 32 e 117, commi secondo, lettera m), e terzo, della Costituzione. La legge in questione (art. 3, comma 1) prevede che il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto. Inoltre, spetta alla Giunta regionale (art. 3, comma 2) il compito di predisporre un modulo per il consenso informato, recante le informazioni sui vantaggi presunti della terapia, gli effetti collaterali del farmaco, gli eventuali trattamenti alternativi e le modalità di somministrazione. La stessa Giunta individua (art. 3, comma 3) strumenti e modalità per favorire l'accesso a terapie integrative o alternative. Infine, all'art. 3, comma 4, vengono definite le modalità con cui deve essere prestato l'assenso (scritto e allegato a ciascuna prescrizione del farmaco) da parte del genitore o tutore interessato. Secondo il ricorrente queste disposizioni eccedono la competenza legislativa concorrente regionale in materia di tutela della salute poiché il consenso non è richiesto dalla normativa statale per la prescrizione di farmaci stupefacenti o psicotropi, e in particolare non è previsto dal d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*). In altri termini, l'assenso del paziente si atteggia a principio fondamentale in materia di tutela della salute e compete pertanto al legislatore statale la predeterminazione dei casi in cui esso è richiesto. La legge regionale per parte sua ha applicato l'istituto ad una fattispecie non prevista a livello nazionale, sottomettendo la decisione medica alla discrezionalità di genitori e tutori, con la conseguente lesione del diritto alla salute, come tutelato dall'art. 32 Cost., e dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, come garantiti dall'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. La Regione resistente deduce a sua volta che le norme statali regolative del consenso informato, in quanto aventi un ambito applicativo limitato a specifiche attività mediche, non esprimano principi fondamentali, e che dalle stesse non sia ricavabile il principio per cui il consenso può essere richiesto solo nei casi disciplinati da leggi statali. Le disposizioni contestate, che non toccano le prestazioni da rendersi uniformemente sul territorio nazionale, garantiscono la volontarietà dei trattamenti sanitari senza che ciò comporti alcuna limitazione dell'autonomia e della responsabilità dei medici nella scelta della migliore terapia da somministrare sulla base delle conoscenze scientifiche. La stessa Agenzia Italiana del farmaco ha fra l'altro in più occasioni suggerito di subordinare la somministrazione di psicofarmaci sui bambini alla previa sottoscrizione obbligatoria di un modulo di consenso informato. La legge regionale, infine, è conforme ai principi della Dichiarazione Universale dei diritti umani delle Nazioni Unite e ai principi della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino. Tanto premesso, ad avviso della Consulta la questione sollevata è fondata. La premessa da cui muove la Corte è quella per la quale il consenso informato si configura come vero e proprio diritto della persona trovando il proprio fondamento in svariate disposizioni costituzionali: nell'art. 2, che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo; nell'art. 13, che sancisce l'invulnerabilità della libertà personale; nell'art. 32, in ragione del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. In sostanza tale istituto, nel quale si realizza la sintesi fra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute, costituisce un principio fondamentale in materia sanitaria; principio fondamentale la cui concreta conformazione è rimessa al legislatore statale per effetto dell'art. 117, terzo comma, Cost. Le norme impugnate sono costituzionalmente illegittime in quanto con esse la Regione non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio del consenso. Invero, l'art. 3, comma 1, laddove individua i soggetti legittimati al rilascio dell'assenso e le modalità con cui deve essere prestato, disciplina aspetti essenziali dell'istituto nell'ambito di una precisa fattispecie, in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale. Anche i successivi commi, in quanto strettamente connessi col primo, si pongono in contrasto coi citati parametri costituzionali e sono pertanto illegittimi. scelta della migliore terapia da somministrare sulla base delle conoscenze scientifiche.

La riconosciuta rilevanza giuridica del consenso informato ha comportato il tramonto della stagione millenaria del “paternalismo”¹³⁶ in medicina.

Il consenso informato è un vincolo al mandato fiduciario in virtù del quale il medico nel passato poteva, spesso, ignorare le scelte e le inclinazioni del paziente, quando in contrasto con l'indicazione clinica ritenuta obbligatoria.

Il medico, oggi, non può sempre giustificare le sue scelte sulla base di un consenso implicito e presunto, ma deve comunicare tutta l'informazione al paziente, e questi, autonomamente, deve decidere senza alcun condizionamento esterno. In questa prospettiva il soggetto malato può rifiutare un intervento medico per molte ragioni, ispirate a norme morali o a regole di prudenza personali, anche se la scelta può favorire o provocare indirettamente il decesso. Il medico è obbligato a rispettare queste decisioni che comportano un suo astensionismo terapeutico.

Lo studio dei codici deontologici medici succedutisi negli anni e l'analisi di come i vari argomenti vengano in essi trattati, permette di conoscere l'evoluzione che i vari temi di interesse medico hanno subito negli ultimi decenni.

Il codice deontologico, infatti, è la posizione ufficiale assunta dall'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri su come debba orientarsi il comportamento del medico nei vari ambiti che lo coinvolgono¹³⁷. In esso vengono affrontati i temi a valenza etica più importanti e per ciascuno vengono indicate le norme di buon comportamento del medico.

Diviene, perciò, di grande interesse studiare come, nel corso degli anni, il comportamento indicato muti e si trasformi, esprimendo, così, un'evoluzione culturale, scientifica e giuridica¹³⁸.

¹³⁶ Il rapporto medico – paziente è stato caratterizzato fin dal giuramento di Ippocrate da un'etica medica paternalistica, vale a dire da una concezione etica che prescrive di agire, o di omettere di agire, per il bene di una persona senza che sia necessario chiedere il suo assenso, in quanto si ritiene che colui che esercita la condotta paternalistica (nel caso specifico il medico) abbia la competenza tecnica necessaria per decidere in favore e per conto del beneficiario (il paziente). Da questa prospettiva, il medico è impegnato a ripristinare una oggettiva condizione di salute (indipendente dalle preferenze del paziente) e la relazione è fortemente asimmetrica poiché il paziente viene considerato non solo privo della conoscenza tecnica ma anche incapace di decidere moralmente. I principi etici che sono alla base del paternalismo sono il principio di beneficenza – che prescrive l'obbligo di agire per il bene del paziente – ed il principio di non maleficenza - che esprime l'obbligo di non arrecare danno al paziente. Cfr. D. GRACIA, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, Torino, 1993, p. 22 ss.; v., inoltre, M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. Civ e prev.*, 2009, p. 126 ss.

¹³⁷ G.A. NORELLI, G. DELL'OSSO, *Codice deontologico e deontologia medica*, Milano, 1980.

¹³⁸ V. FINESCHI, A. MARZI, E. MAZZEO, A. DELL'ERBA, P. MANNA, *Il nuovo codice di deontologia medica commentato articolo per articolo*, Milano, 1991, 38 ss.

Sin dal codice deontologico del 1954 – definito Codice Frugoni e mai ufficializzato¹³⁹ – il tema del consenso era stato affrontato affermando che: *<<il consenso può essere validamente prestato solo da chi conosce esattamente l'oggetto e le conseguenze del consenso stesso, la qual cosa può avvenire solo eccezionalmente nei rapporti tra medico e malato>>¹⁴⁰* . Viene così stabilito che il consenso può essere richiesto solo dal medico. Più sottile, per le conseguenze che ne derivano, è l'affermazione che segue: *<<All'atto di stipulazione del contratto di prestazione d'opera tra medico e malato si ha una manifestazione di volontà che implicitamente comprende il consenso all'impiego di quei mezzi che il medico ritiene opportuni>>*.

Si afferma, in altri termini, che l'atto stesso di rivolgersi ad un medico sottintende, da parte del paziente, la prestazione di un consenso a qualsiasi atto medico venga deciso. Viene ritenuto, invece, necessario – quindi da prestarsi in modo esplicito – il consenso del malato: *<<soltanto in quei casi nei quali lo scopo desiderato può essere conseguito con identità di risultato (che può essere certo o incerto) adottando trattamenti diversi, ovvero quando il risultato prevedibile non giustifichi di per sé il rischio di un dato intervento, che quand'anche utile, non può essere considerato necessario>>*.

Il consenso esplicito, pertanto, si rende obbligatorio nei casi in cui vi siano diversi trattamenti che raggiungono lo stesso scopo e, quindi, spetta al paziente scegliere quale – e quando vi siano rischi per il paziente non giustificati dalla reale necessità dell'intervento prescelto.

Anche se apparentemente coerenti con gli orientamenti attuali, queste affermazioni hanno portato a pronunce giurisprudenziali piuttosto criticabili¹⁴¹.

¹³⁹ M. BARNI, *Luci ed ombre del nuovo codice di deontologia medica*, Zacchia, 53, 1978, pp. 237-249

¹⁴⁰ T. G. FORMAGGIO, *Deontologia medica e legislazione sanitaria*, Pavia, 1958, p. 639 ss.

¹⁴¹ Si veda, a titolo esemplificativo: Cass. Civ. sez. III, 25 luglio 1967, n. 1950, in *Giust. Civ.*, 1967, I, p. 1772-3: *“La dottrina ha giustamente messo in luce il dovere professionale del medico, il quale intenda eseguire, sul corpo del paziente, un rischioso intervento, tale da porne a serio pericolo la vita o l'incolumità fisica, di renderlo di ciò edotto affinché questi, ch'è il solo arbitro di una decisione attinente alla propria vita e alla propria incolumità fisica, possa validamente, cioè consapevolmente, prestare consenso al trattamento sanitario prospettatogli. La giustezza di tale opinione appare ovvia, ove si consideri che la vita e l'incolumità fisica costituiscono un retaggio così geloso e sacro della persona umana, che essa sola può disporre, nella sfera inviolabile (art. 13 Cost.) della propria libertà personale; onde è da escludere che il medico, nell'esercizio pur nobilissimo della professione sanitaria, possa, a suo libito, attentare ai sommi beni della vita e dell'incolumità fisica, senza che il suo intervento sia stato legittimato da un valido consenso del loro titolare. Alla regola del consenso del paziente, quale necessario presupposto giustificativo di ogni trattamento medico o chirurgico, suscettibile di porne a grave pericolo la vita o l'incolumità fisica, si fa logicamente eccezione secondo l'opinione dominante (eccezione, che peraltro, come si dirà, non rientra nella fattispecie), in situazioni estreme, nelle quali l'intervento del sanitario, qualunque possa esserne l'esito, si palesi necessario ed urgente, laddove in situazioni del genere, il paziente*

Il tema del consenso all'atto medico, nel codice deontologico del 1978, viene affrontato negli artt. 30 e 39. L'art. 39 stabilisce che il consenso del paziente è obbligatorio quando nel trattamento proposto è insito un rischio, inoltre esso deve essere espresso sempre in modo valido¹⁴². Il codice non stabilisce però cosa debba intendersi per "valido". Nei casi in cui il consenso rifiutato sia indispensabile, il medico è tenuto, inoltre, a farsi rilasciare una dichiarazione liberatoria dall'interessato o dai suoi familiari.

È evidente come la libertà di scelta dei trattamenti da parte del paziente sino a quel momento non fosse stata ancora recepita dalla cultura medica, tanto da indurre a ritenere obbligatoria una dichiarazione liberatoria onde evitare qualsiasi risvolto penale.

Molti anni trascorrono prima che venga pubblicato, nel 1989, un nuovo codice deontologico.

Nel corso di questi anni il dibattito su alcuni temi medici si fa incalzante, tanto da portare a un cambiamento culturale incisivo e a una consapevolezza da parte della pubblica opinione talmente forte che gli effetti sono ben palesi nella stesura del codice stesso. Già l'art. 40 del codice del 1989, infatti, opera una sorta di rivoluzione, per cui la richiesta del consenso diventa un dovere vero e proprio per il medico, da attuarsi sempre, sia per le attività terapeutiche che diagnostiche, e, quindi non più solo quando vi siano rischi, casi, questi ultimi, in cui il consenso deve essere dato in modo esplicito, cioè per iscritto. Finalmente si ha anche una miglior precisazione delle caratteristiche che deve avere il consenso stesso, e per la prima volta si fa riferimento all'informazione da dare al paziente. L'art. 39, infatti, è molto chiaro nell'indicare al medico che è suo dovere dare un'informazione, specificando anche su cosa egli debba informare: la diagnosi, la prognosi, le prospettive terapeutiche e le loro conseguenze. Viene addirittura indicato il modo in cui l'informazione deve essere data (tenendo conto del livello di cultura e delle capacità di discernimento del paziente) e il medico deve far capire al paziente che le conoscenze mediche hanno un limite e deve rispettare i diritti del paziente. Tutto ciò al fine di promuovere la miglior adesione del paziente alle proposte terapeutiche¹⁴³.

Il rapporto medico-paziente diventa così un rapporto alla pari, dove il paziente non è più colui che si affida – fidandosi completamente – alle cure del

neppure si trova in grado di esprimere una cosciente volontà, favorevole o contraria all'intervento stesso".

¹⁴² M. BARNI, *Luci ed ombre del nuovo codice di deontologia medica, cit.*, p. 322 ss.

¹⁴³ E. FINESCHI. (a cura di), *Il codice deontologico medico*, Milano, 1996, p. 28 ss.

medico (rapporto paternalistico¹⁴⁴), ma al contrario può chiedere ed esigere dal medico di ottenere tutte le informazioni necessarie affinché lui, e solo lui, possa decidere, con tutti gli elementi a disposizione, a quale trattamento aderire¹⁴⁵.

È chiaro che un rapporto così impostato responsabilizza anche maggiormente lo stesso paziente nel momento in cui il problema della malattia a prognosi infausta viene affrontato nell'art. 30, laddove si precisa che la prognosi può essere nascosta al paziente, ma deve essere riferita alla famiglia.

Secondo un certo orientamento, ciò appare oggi anacronistico e, quindi, in linea con l'approccio paternalistico dell'epoca, in base al quale si arrivava fino a nascondere la verità al paziente, con scelta definitiva affidata ai parenti dello stesso¹⁴⁶.

In ogni modo, veniva anche sancito che la volontà del paziente deve ispirare il comportamento del medico, salvaguardando, laddove fosse esistita una espressione di volontà del malato, un minimo di influenza da parte di quest'ultimo sulle scelte che lo riguardavano.

È chiaro che un rapporto così impostato responsabilizza anche maggiormente lo stesso paziente nel momento in cui accetta la terapia.

Ed è proprio questo il cammino che ha portato al cosiddetto *informed consent*, consenso informato, che se da un lato impegna maggiormente il medico nel rapportarsi al paziente, dall'altro pone il paziente su un piano di autorità verso se stesso di cui, di conseguenza, deve rispondere in prima persona¹⁴⁷.

La possibilità di nascondere una prognosi infausta continua a essere ammessa, ma viene circoscritta "*segnatamente in rapporto con la reattività del paziente*".

Si considera anche la possibilità di attenuare la verità, ma rimane l'obbligo, in questi casi, di riferirla ai parenti. Allo stesso modo viene ribadita l'asserzione per cui la volontà del paziente deve servire da ispirazione al comportamento del medico. Quest'ultima affermazione trova maggior enfasi nell'art. 40, laddove si afferma che in presenza di un esplicito rifiuto del paziente capace di intendere e di volere, il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e curativo; ciò costituisce una prima importante presa di posizione verso la libertà decisionale

¹⁴⁴ Sull'argomento, M. GORGONI, Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario, cit., p. 129 ss.

¹⁴⁵ Tale presa di posizione verrà recepita anche dalla giurisprudenza con la sentenza n. 13 della Corte di Assise di Firenze del 13 ottobre 1990, in www.giurcost.org/studi/lelli.htm

¹⁴⁶ R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006, p. 113 ss.

¹⁴⁷ R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, cit., p. 115 ss.

del paziente che ispirerà i futuri testamenti biologici e trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 32 della Costituzione.

Viene in questo modo sanata l'incongruenza presente nell'art. 39 del codice del 1978, che prevedeva la dichiarazione liberatoria da parte del paziente o dei familiari in caso di rifiuto di cure. Si affronta in modo diretto anche il problema dei trattamenti ad alto rischio che devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità, preceduti da una congrua informazione e devono essere accompagnati da un'opportuna documentazione del consenso.

Di grande importanza è l'art. 44 che afferma che *“ove si accompagni difetto di coscienza”* –primo passo verso le situazioni per le quali oggi si discute di dichiarazioni anticipate di trattamento – *“il medico dovrà agire secondo scienza e coscienza proseguendo nella terapia finché ragionevolmente utile”*.

Si lascia, quindi, al medico il pesante fardello di decidere cosa sia ragionevolmente utile per il paziente. È ovvio che questa posizione ha comportato una maggior propensione verso forme di accanimento terapeutico, avvertito dal medico, lasciato solo a decidere.

Ciò nonostante, l'art. 44 va considerato un articolo *“rivoluzionario”* in quanto per la prima volta viene presa in considerazione, quale parametro di comportamento nel caso di malati terminali, la qualità della vita.

Allo stesso tempo, si comincia a introdurre e ad applicare il concetto di accanimento terapeutico (la cui definizione si trova nell'art. 20¹⁴⁸) nel momento in cui si afferma che, qualora questa sia la volontà del paziente, il medico può limitare la sua opera alla terapia del dolore con trattamenti appropriati e conservando, appunto, la qualità di una vita che si spegne¹⁴⁹.

Il codice deontologico del 1995, nell'art. 29, affina le indicazioni contenute nell'art. 39 del Codice deont. del 1989 su come debbano essere fornite le informazioni per un valido consenso precisando che il medico, oltre che del livello di cultura del paziente, deve tener conto anche della sua emotività, e che l'informazione data, oltre che la più serena, deve essere anche la più idonea, con ciò evitando che la necessità di dover dare un'informazione serena possa andare a discapito dell'effettiva adesione dell'informazione alla realtà della patologia.

¹⁴⁸ *“Il medico deve astenersi dal c.d. accanimento diagnostico-terapeutico consistente nell'irragionevole ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente o un miglioramento della qualità della vita”*

¹⁴⁹ L'art. 44 prosegue affrontando un tema che non interessa in questa sede, quello della morte cerebrale – all'epoca ancora non risolto del tutto a livello giurisprudenziale –, dando, però, delle indicazioni preziose che verranno accolte dal Comitato Nazionale di Bioetica nel 1991 e, successivamente, dal legislatore stesso nel 1993 con la legge 578 recante le *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*.

Viene precisato che l'informazione deve riguardare non solo le conseguenze "verosimili" dell'atto medico da intraprendere (tenuto conto, anche, delle complicanze non prevedibili, ma possibili), ma ciò che potrebbe conseguire alla mancata adesione alla terapia. Così facendo, il paziente viene responsabilizzato in modo più concreto sulle proprie decisioni¹⁵⁰.

Le ulteriori indicazioni contenute nell'art. 29 del Codice deont. del 1995, laddove ammettono che le informazioni possano "essere circoscritte a quegli elementi che cultura e condizione psicologica del paziente sono in grado di recepire e accettare, evitando superflue precisazioni di dati inerenti agli aspetti scientifici", recepiscono pienamente le raccomandazioni promulgate dal CNB nel documento *Informazione e consenso all'atto medico del 1992*, che consiglia di fornire le informazioni secondo il modello cosiddetto *standard medio*, che "impone di dire quanto una persona ragionevole, pensata come media all'interno di una comunità, vorrebbe sapere e potrebbe comprendere della procedura medica che la riguarderà (con vantaggio del livello divulgativo dell'esposizione, ma con le ambiguità legate alle nozioni di ragionevole e medio)", evitando lo *standard* professionale che implica precisazioni di dati inerenti agli aspetti scientifici, ma, e questo è molto importante, evitando anche lo *standard* soggettivo, in cui si rischia la deformazione paternalistica informando solo su cosa il paziente "qui e ora vuole e può comprendere".

La rinuncia allo *standard* soggettivo impone anche un decisivo cambiamento nell'approccio al paziente con patologie a prognosi infausta. Al contrario di quanto veniva affermato nell'art. 39 del Codice deont. del 1989, che ammetteva l'informazione solo ai congiunti, qualora ciò fosse stato ritenuto più opportuno, nell'art. 30 del Codice deont. 1995 viene, invece, imposto al medico di informare il paziente in prima persona "con circospezione, usando terminologie non traumatizzanti senza escludere mai elementi di speranza" e, l'informazione ai congiunti viene ammessa solo con il consenso del paziente stesso (art. 31/1995).

Ciò in accordo con il CNB che, nel documento del 1992, suggeriva di parlare al malato grave di "malattia importante, di serietà della situazione, di necessità di particolari, delicate indagini, di terapie che possono comportare dei rischi, di lasciare sempre margini di speranza".

È evidente l'evoluzione culturale in ambito di capacità decisionale (*competence*) del singolo sulla propria libertà alla salute.

Una nuova piccola rivoluzione viene apportata con l'art. 31 del nuovo codice, laddove si afferma che il consenso scritto serve solo come integrazione del

¹⁵⁰ R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, cit., p. 117 ss.

consenso informato, previsto dall'art. 29, e non lo sostituisce, svilendo così il ruolo che il consenso scritto ha sempre avuto, a favore di un'informazione che deve essere data sempre e comunque per qualsiasi atto medico, con la stessa chiarezza circa le motivazioni, i rischi, le terapie alternative possibili, ecc., con la sola differenza che, quando *“il procedimento diagnostico o terapeutico possa comportare un grave rischio per l'incolumità del paziente”*, tutti i chiarimenti, a integrazione, dovranno essere posti per iscritto e controfirmati dal paziente¹⁵¹.

Anche nel codice del 1995, con l'art. 31, viene affermato con forza il dovere del medico di desistere da qualsiasi atto medico in caso di esplicito rifiuto da parte del paziente. L'aver posto questa indicazione nel contesto di un articolo dedicato alle procedure diagnostico-terapeutiche particolarmente rischiose e/o invasive, contribuisce a dare maggiore enfasi alla libertà decisionale del paziente, il quale ha pieno diritto anche da un punto di vista etico/deontologico di rifiutare qualsiasi trattamento considerato eccessivamente invasivo per se stesso.

È evidente come il cammino verso le direttive anticipate sia ormai inevitabile, anche se persiste, con l'art. 34, il dovere del medico di prestare l'assistenza e le cure indispensabili, qualora sussistano condizioni di necessità e urgenza e in casi impicanti pericolo per la vita di un paziente che non possa esprimere al momento una volontà contraria. Con ciò viene riconfermata la discrezionalità del medico nelle decisioni da prendere in caso di impossibilità di espressione diretta della volontà da parte del paziente, con il limite, comunque, di attenersi alla sola assistenza e alle cure indispensabili. Permane, anche in questi casi, il divieto dell'accanimento terapeutico¹⁵².

Con la pubblicazione del successivo codice deontologico, nel 1998, appare evidente che l'argomento relativo al consenso sia ormai un fatto acquisito dalla cultura medica. L'art. 30 dello stesso riferisce in modo chiaro e semplice quali siano i requisiti dell'informazione da fornire ai fini di un consenso al trattamento (diagnosi, prognosi, prospettive, eventuali alternative terapeutiche, prevedibili conseguenze delle scelte operate).

Stabilisce, inoltre, che l'informazione deve essere idonea, quindi aderente alla realtà e data tenendo conto delle capacità di comprensione del paziente, in modo da favorirne la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche.

Non si fa più riferimento a eccessi paternalistici o professionali probabilmente dando per acquisito che lo *standard* dell'informazione debba

¹⁵¹ In tal modo si eviteranno, ad esempio, le situazioni per cui un giudice, chiamato a valutare l'operato del medico, non prende in considerazione il consenso scritto per il fatto che esso sia "standardizzato", cioè privo di elementi che lo rendono specifico di quel paziente.

¹⁵² R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, cit., p. 116 ss.

essere quello medio, il cui raggiungimento potrebbe essere sintetizzato in ciò che voci autorevoli hanno definito come la *“competenza decisionale”* del paziente per la quale, non conta riuscire a seguire *“complesse connessioni tra malattie e terapie, ma piuttosto (...) avere chiarezza sui dolori e le sofferenze previste, le menomazioni, la durata e la qualità della vita che resta”*¹⁵³.

Viene confermato che nei casi di prognosi infausta le informazioni debbano essere fornite con prudenza e con termini non traumatizzanti, direttamente al paziente, a meno che (e questo è un fatto nuovo) non sia egli stesso a chiedere, per iscritto, che venga informata in sua vece una terza persona.

È importante questo nuovo passaggio perché introduce per la prima volta la figura del *“delegato”*, persona non necessariamente legata al paziente da vincoli di parentela al quale possono essere fornite le informazioni¹⁵⁴.

Il capovolgimento, rispetto ai codici precedenti, è testimoniato dalla raccomandazione contenuta sempre nell’art. 31 di tale Codice, di raccogliere, in caso di ricovero ospedaliero, eventuali nominativi delle persone preliminarmente indicate dal paziente a ricevere la comunicazione dei dati sensibili.

Tale novità, evidentemente resasi necessaria a seguito della Legge sulla privacy¹⁵⁵ e dell’importanza che la privacy dei singoli sta assumendo sempre più nel pensiero collettivo, fornisce contemporaneamente argomenti che, come vedremo, saranno decisivi per l’acquisizione culturale anche della necessità di direttive anticipate da parte di pazienti o di potenziali futuri pazienti.

L’art. 34 dello stesso Codice, laddove stabilisce che *“il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell’indipendenza professionale, alla volontà liberamente espressa della persona”* concede al medico di rispettare la volontà espressa dal paziente sempre però partendo dalla propria libertà professionale.

Ciò potrebbe portare a delle interpretazioni ambigue del consenso del paziente, alterate dalla personalizzazione operata dal medico. È evidente che l’intenzione dell’articolo sia di tutelare la coscienza del medico nello svolgimento della professione, oltre che il rifiuto della volontà del paziente¹⁵⁶.

Tale comportamento è, d’altronde, da sempre previsto dal codice nei casi di disaccordo nel rapporto medico-paziente.

¹⁵³ E. LECALDANO, *Dall’autonomia del paziente alle carte di autodeterminazione: il contributo della riflessione bioetica*, in *Bioetica*, n.2, 2001, p. 9-18

¹⁵⁴ L’art. 31, infatti, non parla più come l’art. 30/1995, di informazione “a congiunti”, ma di informazione “a terzi” e richiede per la prima volta l’autorizzazione del paziente fornita in modo esplicito, quindi per iscritto.

¹⁵⁵ D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 *“Codice in materia di protezione dei dati personali”*

¹⁵⁶ R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, cit., p. 118 ss.

Per quanto attiene l'art. 35, vale quanto già asserito per l'art. 34. Un limite a questa libertà di azione del medico viene comunque sempre dall'art. 34/1998 – e ciò dev'essere accolto con grande plauso dato che mostra l'evidente sforzo operato dall'Ordine dei Medici – laddove afferma che *“il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso”*.

È evidente che tale affermazione scaturisce dalla consapevolezza da parte dell'Ordine di un cambiamento socio-culturale ormai avviato e avanzato in gran parte del mondo occidentale. Certamente la presa di posizione del Consiglio d'Europa con la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* promulgata il 4 aprile 1997, in cui all'art. 9 viene sancito che *“le volontà relative a un trattamento medico, precedentemente espresse dal paziente il quale, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la propria volontà, devono essere tenute in considerazione”*, sia stata fondamentale per tale svolta deontologica.

L'art. 34, da canto suo, ha svolto certamente il ruolo di rassicurare il Parlamento italiano della necessità di ratificare la *Convenzione di Oviedo*, cosa che lo stesso ha effettuato con la legge n. 145 del 28 marzo 2001.

Infine, occorre svolgere qualche riflessione sul Codice deontologico da ultimo adottato, il 16 dicembre 2006, ed attualmente in vigore, che si occupa nei capi IV del titolo II (Doveri generali del medico) degli *“Accertamenti diagnostici e dei trattamenti terapeutici”* e nel capo IV del titolo III (Rapporti con il cittadino) dell'*“Informazione e del consenso”*.

Quanto al secondo titolo, il codice afferma esplicitamente il divieto di accanimento terapeutico, se in tal senso si è espresso il paziente e se non può comunque attendersi un beneficio per la salute del malato o comunque un suo miglioramento (art. 16¹⁵⁷). Viene altresì ribadito il divieto di eutanasia (art. 17¹⁵⁸) e, quanto ai trattamenti che incidono sull'integrità psico-fisica, la loro praticabilità è subordinata, da un lato, all'accertamento della necessità terapeutica, dall'altro, ad un effettivo beneficio clinico del malato, anche in termini di diminuzione delle sofferenze (art. 18¹⁵⁹).

¹⁵⁷ Art. 16. *Accanimento diagnostico-terapeutico. Il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita.*

¹⁵⁸ Art. 17. *Eutanasia. Il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti finalizzati a provocare la morte.*

¹⁵⁹ Art. 18. *Trattamenti che incidono sulla integrità psico-fisica. I trattamenti che incidono sulla integrità e sulla resistenza psico-fisica del malato possono essere attuati, previo accertamento delle necessità terapeutiche, e solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico al malato o di alleviarne le sofferenze.*

Quanto alla tematica dell'informazione e del consenso, il codice vi dedica ben sei articoli. Distingue, innanzi tutto l'informazione generale al "cittadino", dall'informazione ai "terzi". Quanto alla prima essa dovrà avere quale contenuto *"la diagnosi, la prognosi, le prospettive, le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, le prevedibili conseguenze delle scelte effettuate"* e dovrà, inoltre, *"tener conto delle capacità di comprensione del paziente al fine di promuoverne la massima partecipazione"* (art. 33¹⁶⁰); quanto all'informazione a terzi, essa *"presuppone esplicito espresso dal paziente"* (art. 34¹⁶¹).

Significativa è la disposizione contenuta all'art. 35 del codice, secondo la quale: *<<Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito ed informato del paziente>>* ribadendo al quanto coma che : *<<In ogni caso, in presenza di un documento di rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona >>*(art. 35¹⁶²).

¹⁶⁰ Art. 33. Informazione al cittadino. *Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta. Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione. Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza. La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata.*

¹⁶¹ Art. 34. Informazione a terzi. *L'informazione a terzi presuppone il consenso esplicitamente espresso dal paziente, fatto salvo quanto previsto all'art. 10 e all'art. 12, allorché sia in grave pericolo la salute o la vita del soggetto stesso o di altri. In caso di paziente ricoverato, il medico deve raccogliere gli eventuali nominativi delle persone preliminarmente indicate dallo stesso a ricevere la comunicazione dei dati sensibili.*

¹⁶² Art. 35. Acquisizione del consenso. *Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel*

Da tale disposizione si comprende, *expressis verbis*, la nuova concezione della libertà di autodeterminazione del paziente, dacchè si afferma esplicitamente come la sua volontà sia condizione per la valida somministrazione di un trattamento sanitario tanto di tipo diagnostico quanto di tipo terapeutico.

Nella ipotesi di paziente incapace (ultimo comma art. 35), il medico avrà più libertà di decisione e di azione poiché sarà vincolato alle volontà del paziente solo ove precedentemente manifestate; mentre in caso di urgenza, il medico sarà comunque tenuto ad attivarsi per assicurare la “*assistenza indispensabile*”, anche qui, però, salva espressa volontà del paziente precedentemente espressa (art. 36¹⁶³).

In caso di soggetto incapace o minore, il consenso deve essere espresso dal legale rappresentante, nei confronti del quale il medico sarà tenuto agli obblighi di informazione (art. 37¹⁶⁴).

In ultimo occorre segnalare un'importante novità introdotta dal Codice deontologico del 2006, ossia la indicazione, nella rubrica dell'art. 38, delle “*Direttive anticipate*”, quale espressione dell'autonomia del cittadino, con l'esplicita indicazione dei due beni-valori che nel rapporto medico-paziente devono trovare contemperamento: da un lato “*l'autonomia e l'indipendenza che caratterizzano la professione*”, dall'altro “*la volontà o meno di curarsi del paziente*”, dall'altro ancora, come punto di bilanciamento e criterio delle prime due: “*la dignità, la libertà, l'autonomia del paziente*” (art. 38¹⁶⁵). Sono, infatti,

rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente.

¹⁶³ Art. 36. Assistenza d'urgenza. *Allorché sussistano condizioni di urgenza, tenendo conto delle volontà della persona se espresse, il medico deve attivarsi per assicurare l'assistenza indispensabile.*

¹⁶⁴ Art. 37. Consenso del legale rappresentante. *Allorché si tratti di minore o di interdetto il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale. Il medico, nel caso in cui sia stato nominato dal giudice tutelare un amministratore di sostegno deve debitamente informarlo e tenere nel massimo conto le sue istanze. In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto a informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili.*

¹⁶⁵ Art. 38. Autonomia del cittadino e direttive anticipate. *Il medico deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa. Il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante deve segnalare il caso all'autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato.*

questi tre aspetti, che influenzano il più attuale dibattito; di qui la necessità di verificare le modalità attraverso le quali il Giudice delle Leggi, ha tentato di comporre tra loro, tali principi ed interessi fondamentali.

3. Il consenso informato nelle ricostruzioni della giurisprudenza costituzionale.

Ricostruita, dunque, l'evoluzione del contenuto del consenso all'atto medico nei codici deontologici, appare a questo punto indispensabile analizzare i problemi affrontati dalla Corte di legittimità, con riguardo, quanto meno, agli ultimi anni, al fine di ripercorrere l'evoluzione che anche in tale ambito, il consenso informato ha registrato.

In primis, la questione è stata affrontata e risolta con la sentenza n. 307 del 1990¹⁶⁶, relativa alla vaccinazione obbligatoria antipolio, la quale va certamente segnalato per il fatto di aver individuato nell'art. 32 Cost. una serie di limiti all'ammissibilità di trattamenti sanitari imposti dalla legge:

a) il trattamento deve essere diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, *“ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, perché solo la tutela della salute come interesse della collettività può giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”*;

b) *“un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili”*;

c) nell'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria, perché esso

¹⁶⁶ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, p. 85 SS. , con nota di D. POLETTI, *Danni alla salute da vaccino antipolio e diritto all'equo indennizzo*; in *Foro it.*, I, 1990, p. 2694 ss., con note di A. PRINCIGALLI, *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*; e di G. PONZANELLI, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo!*; in *Corr. giur.*, 1990, p. 1018 ss. , con nota di S. NESPOR, *Tutela della salute e legittimità dell'imposizione di un trattamento sanitario*; in *Quadrimestre*, 1992, p. 207 ss. , con nota di M. T. GUASCHINI, *Limitazione della libertà individuale e tutela della salute nella disciplina delle vaccinazioni obbligatorie*; in *Giur. cost.*, 1990, 1880, con nota di F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e "responsabilità" dello Stato*; V. FINESCHI, *Tutela della salute e diritti della persona nella definizione del trattamento sanitario obbligatorio*, in *Riv. it.med. leg.*, 1990, p. 914 ss..

“non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri”;

d) in tale ipotesi è, allora, necessario che sia riconosciuta una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento, sotto la forma di un equo ristoro del danno patito, posto a carico della collettività.

Con la successiva sentenza n. 471 del 1990¹⁶⁷ il giudice delle leggi ancora gli atti di disposizione del corpo al valore costituzionale dell'inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13 comma 1 Cost., come *“libertà”, “nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”*.

Nella pronuncia si rileva, in particolare, che la previsione di atti coercitivi di ispezione personale di cui all'art. 13 comma 2 Cost., eseguibili solo per provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, *“non esclude a fortiori atti di accertamento preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo nell'ambito di un procedimento civile”*. Anzi, l'art. 13 Cost. consente la praticabilità della via giurisdizionale per l'ammissione di atti di istruzione, anche preventiva, aventi ad oggetto la propria persona, *“beninteso sempre nel rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana, come richiamato in Costituzione all'art. 32 comma 2”*.

Se ne desume che sono le due norme a governare gli atti di disposizione del corpo sotto il profilo attivo delle scelte di autodeterminazione e sotto quello passivo dei trattamenti imposti.

La successiva sentenza n. 118 del 1996¹⁶⁸ fa piena applicazione di tali principi e precisa le conseguenze della menomazione della salute risultante da trattamenti sanitari, da cui possono derivare:

¹⁶⁷ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0307s-90.html>, Con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 696 comma 1 c.p.c., nella parte in cui non consente ad un soggetto di ottenere che sia disposto accertamento tecnico od ispezione giudiziale sulla propria persona. Con la sentenza n. 18 del 1986 (con nota di ROMBOLI, in *Foro it.*, 1986, I, p. 1783 ss.) , la stessa Corte aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità della stessa disposizione in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. sul rilievo che porre <<la persona umana sullo stesso piano dei luoghi e delle cose, che l'art. 696 comma 1 c.p.c. identifica quali obietti di accertamento tecnico preventivo, è lecito sol a chi ometta di considerare che la persona umana, cui ci si riferisce nel dispositivo delle ordinanze di rimessione, non può formare oggetto di procedimenti cautelari, né il corpo umano, cui ci si riferisce nella motivazione delle stesse, può essere considerato avulso dalla persona laddove tale inseparabilità non sussiste per i beni economici: diversità che emerge anche dagli artt. 2 e 42 della Carta costituzionale, il primo dei quali considera la personalità dell'uomo e il secondo la proprietà pubblica e privata>>. Per una critica a tale soluzione, cfr. A. PACE, *Davvero inammissibili le ispezioni giudiziali preventive sulla persona dei lavoratori dipendenti?*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 122 ss.

¹⁶⁸ Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0118s-96.htm>

a) il diritto al risarcimento pieno del danno, riconosciuto dall'art. 2043 c.c., in caso di comportamenti colpevoli;

b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 Cost. in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale;

c) il diritto, a norma degli artt. 38 e 2 Cost., a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi.

Con la sentenza n. 238 del 1996¹⁶⁹, in tema di prelievi ematici coattivi, la stessa Corte ha ribadito la centralità dell'art. 13 Cost., il quale, assoggettando ogni restrizione della libertà personale alla riserva di legge e alla riserva di giurisdizione, appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, perché ha per oggetto un diritto inviolabile, quello della *“libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”*. Ne consegue che deve avere necessariamente rilievo la volontà del titolare del diritto rispetto agli interventi svolti sul suo corpo.

La Corte dichiara in riferimento all'art. 13 comma 2 Cost. l'illegittimità costituzionale dell'art. 224 comma 2 c.p.p., nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei *“casi”* e nei *“modi”* dalla legge (nella specie, esecuzione di prelievo ematico coattivo) , in quanto posto che il parametro evocato assoggetta ogni restrizione della libertà personale, tra cui espressamente la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale, alla duplice garanzia della riserva di legge (essendo tali misure coercitive possibili *“nei soli casi e modi previsti dalla legge”*) e della riserva di giurisdizione (*richiedendosi l' “atto motivato dell'autorità giudiziaria”*) , approntando così una tutela della libertà personale che è centrale nel disegno costituzionale la disposizione censurata presenta assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione dei casi e dei modi”¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Corte Cost. 9 luglio 1996, n. 238, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0238s-96.htm>

¹⁷⁰ Cfr. in dottrina, cfr. G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3221 ss. ; P. FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 315 ss. ; R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 1091 ss. ; F. MECHELLI, *Il prelievo ematico coattivo e la sua ammissibilità alla luce dei principi costituzionali*, in *Dir. fam.*, 1997, I, p. 9 ss.; A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, 4, p. 2150 ss.

In particolare la Suprema Corte osserva che la pratica terapeutica si pone *“all'incrocio tra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica e quello ad essere rispettato come persona, ed in particolare nella propria integrità fisica e psichica”*. Per cui, salvo l'entrata in campo di *“altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti ed a quali condizioni”*; ma proprio perché la pratica dell'arte medica si fonda su acquisizioni scientifiche e sperimentali, in continua evoluzione, *“la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali, basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”*¹⁷¹.

Pertanto, decisioni legislative incidenti sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla propria adeguatezza, e quindi dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica, e non prevedano l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni ed organi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, né costituiscano il risultato di una siffatta ricerca.

Nell'ambito del rapporto medico-paziente, quindi, si sviluppa la spinosa questione concernente la libertà di cura del primo (riconosciuta dall'art. 4 codice di deontologico)¹⁷², quale specificazione della sua libertà di scienza, e dell'eventuale rifiuto di praticare trattamenti ritenuti non idonei, cioè interventi rispetto ai quali il giudizio tecnico-professionale, in merito all'effettiva indicazione del trattamento è in aperto contrasto con la richiesta manifestata dal paziente e con le sue aspettative.

In tali fattispecie la libertà del medico di prospettare al paziente gli strumenti terapeutici di prevenzione e di indagine diagnostica ritenuti più adeguati al caso concreto, la sua *“piena autonomia nella scelta, nell'applicazione e nella programmazione dell'iter dei presidi diagnostici e terapeutici”* (art. 12 comma 1 codice di deontologia medica) , trova un limite nel dovere di curare il malato rispettando la dignità e la libertà di autodeterminazione della persona in ordine alla propria salute. Il medico, infatti, non può intraprendere alcuna attività

¹⁷¹ C. cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2012 ss.; C. cost. 10 novembre 2004, n. 338, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2978 ss., con nota di F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*.

¹⁷² Art. 4. Co. 1. *L'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza professionale che costituiscono irrinunciabile diritto del medico, nel rispetto dei diritti dell'individuo*.

diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato (art. 31 comma 1 codice di deontologia medica) e deve ispirare l'esercizio della sua professione alle conoscenze scientifiche ed ai valori etici fondamentali, assumendo come principi guida il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona (art. 5 Codice di deontologia medica). La libertà di diagnosi e di cura del sanitario, pertanto, non può sconfinare nella "sperimentazione, nell'empirismo, nel soggettivismo", poiché la sua responsabilità professionale gli impone di rispondere dei danni causati dall'uso di mezzi inidonei o dall'abbandono di mezzi verificati scientificamente e consolidati¹⁷³.

Pertanto, come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2002¹⁷⁴ (ed in conformità alle disposizioni del codice di deontologia medica), sarebbe consentito al legislatore ordinario soltanto: <<prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici a rischio, onde meglio garantire – anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti – l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie>> ma non sarebbe consentito intervenire nel merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza¹⁷⁵.

Si evince, pertanto, dalla giurisprudenza costituzionale, benché ciò non emerga espressamente, la portata prescrittiva e, quindi direttamente efficace nei rapporti tra privati e nei confronti dei pubblici poteri, delle proclamazioni costituzionali del diritto alla salute e della libertà della scienza.

L'art. 32 Cost., tutelando la salute quale *fondamentale diritto dell'uomo*, diritto assoluto di autodeterminarsi in ordine alla propria salute psichica e fisica¹⁷⁶, tanto nei confronti dei privati, quanto nei confronti dei pubblici poteri¹⁷⁷, sembra implicare "il principio della libertà del (rectius: dal) trattamento sanitario e fondare, quindi, sul consenso la liceità del trattamento stesso"¹⁷⁸.

¹⁷³ M. BARNI, *La potestà del medico di curare e il rapporto con il paziente*, in Aa.Vv., *Guida all'esercizio professionale per i medici chirurghi e gli odontoiatri. Elementi informativi, documentali, deontologici, giuridici, amministrativi*, Torino, 1995, p. 98 ss.

¹⁷⁴ Corte Cost., 26 giugno 2002, in 282 in <http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0282s-02.html>

¹⁷⁵ C. cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit., 2025

¹⁷⁶ P. MONETA, *Obiezione di coscienza e riconoscimento delle esigenze religiose del cittadino*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, p. 335 ss.

¹⁷⁷ In tal senso: R. D'ALESSIO, *Limiti costituzionali*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, I, Milano 1982, p. 85 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1996, p. 100 ss. Vedi, altresì, C. cost., sent. 18 dicembre 1987, n. 559, in *Giur. cost.*, 1987, p. 3506 ss.

¹⁷⁸ R. D'ALESSIO, *Limiti costituzionali*, cit., p. 95 ss.

Qualche problema si pone, più di recente, per la sentenza n. 438 del 2008¹⁷⁹ la quale appare a prima vista coerente con gli orientamenti della Corte europea, nella parte in cui afferma che: *<<il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge>>*.

Con tale pronuncia la Corte dichiara fondata una questione di legittimità costituzionale proposta in via principale dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (*Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti*), per contrasto con gli artt. 2, 32 e 117 commi 2, lett. m), e 3 Cost¹⁸⁰.

La norma impugnata prevedeva che nella Regione Piemonte il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti potesse essere praticato solo con il consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto dei genitori o tutori nominati; prevedeva, altresì, che la Giunta regionale avesse il compito di regolare le modalità per il rilascio del suddetto consenso. La principale delle censure del ricorrente era quella secondo cui la disposizione regionale in questione si poneva in contrasto con l'art. 117 comma 3 Cost., in quanto il consenso informato in materia di trattamenti sanitari costituisce un principio fondamentale in materia di tutela della salute¹⁸¹ e, pertanto, la determinazione di esso sarebbe rimessa al legislatore statale.

Più in particolare, secondo quanto riferito dalla stessa Corte, il ricorrente lamenta che *<<le disposizioni sopra riportate, nel subordinare i trattamenti di cui al comma 1 ad un obbligatorio consenso scritto da parte dei genitori o dei tutori del minore, eccedono dalla competenza legislativa concorrente regionale in materia di tutela della salute, in quanto il suddetto consenso non è richiesto dal legislatore statale per la prescrizione di farmaci stupefacenti o psicotropi e, in particolare, non è previsto nel d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e*

¹⁷⁹ Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2008/0438s-08.html>; cfr., in dottrina, R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4953 ss.; C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4981 ss. .

¹⁸⁰ *Supra*, par. 2 nota n. 17.

¹⁸¹ Di competenza legislativa concorrente, ai sensi dello stesso art. 117 comma 3.

riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza)>>. Osserva la Corte, nel decidere la controversia, che numerose norme internazionali, del resto, prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici¹⁸².

La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche.

Concluso l'*excursus* sul diritto internazionale in materia, il giudice delle leggi torna ad esaminare i principi costituzionali interni ribadendo che: *<<la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32 comma 2 Cost.>>*.

Interpretata conformemente alla giurisprudenza della Corte europea, tale ricostruzione parrebbe implicare la presenza, nell'ordinamento interno, di un principio del consenso informato, che pervade di sé tutti i settori della tutela della salute, anche quelli nei quali manca un'espressa disciplina di legge statale, ivi compreso quello relativo ai trattamenti con sostanze psicotrope su minori¹⁸³.

Ne dovrebbe, allora, conseguire il rigetto della questione posta dal ricorrente, la quale si fondava come visto sul rilievo che il *“suddetto consenso non*

¹⁸² In particolare, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati *«riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione»*, dispone che *«tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore»*. L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che *«un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato»*; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che *«ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica»* e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, *«il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge»*.

¹⁸³ F. AGNINO, *Il consenso ai trattamenti medici e la tutela dell'anziano*, in *Giur. Merito*, 2011, 12, p. 2923 ss.

è richiesto dal legislatore statale per la prescrizione di farmaci stupefacenti o psicotropi”.

La Corte, invece, giunge a conclusioni opposte.

Afferma, infatti, che: <<il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale. Le norme oggetto di scrutinio devono essere dichiarate pertanto costituzionalmente illegittime, in quanto con esse la Regione Piemonte non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio del suddetto consenso. Invero, l'art. 3 comma 1, impugnato, allorché individua i soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati), nonché le modalità con le quali esso deve essere prestato (scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto), disciplina aspetti di primario rilievo dell'istituto nell'ambito considerato, sempre in assenza di analogha previsione da parte del legislatore statale>>.

La Corte, in sostanza, riconosce che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, anche lo specifico settore sanitario, oggetto della normativa regionale censurata, è governato dal principio del consenso, ma ne fa conseguire l'accoglimento della questione proposta dallo stesso ricorrente, senza rilevare un contrasto fra detta normativa e la normativa statale in materia. Si limita, infatti, ad affermare che le norme che disciplinano l'individuazione dei soggetti legittimati e delle modalità di prestazione del consenso sono principi fondamentali in materia di tutela della salute e sono pertanto riservate al legislatore statale, che pur non ha posto in materia principi contrastanti.

A ben vedere, però, l'individuazione dei soggetti legittimati e delle modalità di prestazione del consenso è disciplinata dalla disposizione dichiarata incostituzionale in maniera conforme ai principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea secondo cui:

a) il consenso deve essere prestato dall'avente diritto o, evidentemente, se questo è incapace o minore, dal legale rappresentante;

b) il consenso deve essere libero, attuale e manifesto e, per ragioni di certezza della prova della sussistenza di tali sue caratteristiche, deve essere tendenzialmente prestato per iscritto.

Una tale conformità sembra essere stata data per scontata o, quanto meno, non esclusa dalla precedente sentenza n. 338 del 2003¹⁸⁴, la quale ha affermato che: *<<nei limiti dei principi fondamentali, nulla vieta [...] che le Regioni [...] dettino norme di organizzazione e di procedura, o norme concernenti l'uso delle risorse*

¹⁸⁴ Corte Cost., 14 novembre 2003, n. 338, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0338s-03.html>

pubbliche in questo campo: anche al fine di meglio garantire l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati ad impieghi eccezionali e ben mirati, come è riconosciuto essere la terapia elettroconvulsivante (in questo ambito possono collocarsi discipline sul consenso informato o sulle procedure di monitoraggio, sorveglianza e valutazione, quali quelle contenute anche in disposizioni delle leggi di cui è giudizio, estranee all'oggetto delle impugnazioni ritualmente proposte [...])>>.

La successiva sentenza n. 151 del 2009, in materia di procreazione medicalmente assistita, afferma che, per la pratica terapeutica, *<<la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali>>.*

Il principio è stato da ultimo ribadito dalla sentenza n. 253 del 2009¹⁸⁵, nella quale si dichiara incostituzionale una norma della Provincia autonoma di Trento analoga alla norma piemontese già dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 438 del 2008 e si afferma che *<<il consenso informato riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute>>.*

¹⁸⁵ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, A parere del ricorrente la disposizione della Provincia eccede dalla sua competenza in materia di igiene e sanità prevista dall'art. 9, n. 10, del d.p.r. n. 670 del 1972, nonché di tutela della salute contemplata dall'art. 117, terzo comma, Cost.. In particolare, la disciplina in questione violerebbe gli indicati parametri costituzionali poiché adottata in difformità di quanto stabilito dalla legislazione statale, che prevede il consenso informato solo per determinati trattamenti terapeutici, tra i quali non rientrano quelli relativi alla somministrazione di sostanze psicotrope. Risulterebbe ancora violato il principio secondo il quale l'arte medica è libera ed incomprimibile, poiché la disciplina impugnata sostituisce, per mezzo del consenso informato, le valutazioni che deve compiere il medico con la volontà dei genitori o del tutore del paziente, i quali, privi delle necessarie conoscenze, scelgono il trattamento cui quest'ultimo deve essere sottoposto. Infatti, secondo l'Avvocatura dello Stato, l'arte medica deve conformarsi unicamente a quelle scelte del legislatore statale che, frutto di valutazioni tecnico – scientifiche assunte da appositi organismi, permettono la fruizione di uguali trattamenti sanitari su tutto il territorio nazionale, scelte tra le quali rientra il consenso informato. Secondo la difesa regionale, al contrario, la finalità della disciplina impugnata è quella di evitare l'abuso di somministrazione di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti. Sostiene ancora, che il consenso informato non ponga un limite all'accesso ai diversi trattamenti sanitari, la cui disciplina è rimessa al legislatore statale; ma, quale diritto della persona, esso è finalizzato ad ottenere un più consapevole accesso a determinate pratiche terapeutiche. Quindi, per il resistente, il consenso informato non pregiudica il diritto alla tutela della salute, anzi, lo realizza per mezzo di un accesso consapevole al singolo trattamento terapeutico.

4. La manifestazione del consenso in caso di rifiuto dei trattamenti salva vita: rifiutabilità o non rifiutabilità degli stessi.

Nell'affronto di un discorso che abbia ad oggetto il consenso informato del paziente al trattamento sanitario, come già si è avuto modo di sottolineare, il punto di partenza è costituito dall'art. 32 comma 2 Cost. (vedi par. 1 cap. 2).

Poiché, sostanzialmente, il secondo comma dell'art. 32 Cost. porrebbe solo un diritto a non farsi curare, ma non anche a lasciarsi morire, assume allora un certo rilievo, la distinzione tra trattamenti di sostegno vitale e non, al fine di comprendere a quali di essi si applichi la disposizione costituzionale ovvero se essa valga per entrambi.

Tale impostazione si ritrova nella pronuncia del 2001 sul caso Barese in tema di responsabilità penale del medico per *over-treatment*, allorquando la Suprema Corte, manifestando preoccupazione “*per una eccessiva enfaticizzazione*” dell'elemento volontaristico, ha ritenuto che l'esplicito dissenso del paziente non potesse eccedere i limiti di cui all'art. 5 c.c., e che, pertanto, fosse scriminato dallo stato di necessità l'intervento posto in essere dal professionista *contra voluntatem aegroti* per far fronte a situazioni di pericolo grave ed attuale per la vita o la salute dell'assistito¹⁸⁶.

Lo stesso argomentare si ritrova in una sentenza della Corte d'Appello di Trento del 2003¹⁸⁷, che ha rigettato la richiesta di risarcimento dei danni morali avanzata da un testimone di Geova sottoposto *contra voluntatem* a trasfusione sanguigna (caso Setti).

L'operato dei sanitari è stato ritenuto legittimo – oltre che per mancanza di univocità, attualità, effettività e consapevolezza del dissenso – anche sul presupposto che la volontà negativa dell'ammalato non sia vincolante in caso di grave e attuale pericolo per la vita, diritto quest'ultimo qualificato “*personalissimo ed indisponibile*”.

Eppure, c'è una certa corrente di pensiero che – in contraddizione col riconosciuto “diritto soggettivo perfetto” a rifiutare anche terapie *life-sustaining* e *life-saving* – ha individuato un vuoto di disciplina nel rapporto medico-paziente con riguardo alle scelte di fine vita, per poi desumere dagli artt. 5 c.c., 579 e 580 c.p. e dal codice deontologico medico, l'indisponibilità della vita e il permanere

¹⁸⁶ Cass. pen. 9 marzo 2001, Barese, in *Cass. pen.*, 2002, p. 517 ss., con nota di IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*. Conf. sul punto Cass. pen. 27 marzo 2001, n. 365119.

¹⁸⁷ App. Trento, 19 dicembre 2003, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2005, 1, p. 145 ss.

dell'obbligo di intervento del sanitario a fronte di un rifiuto che metta a repentaglio il bene supremo. A tale impostazione si è però obiettato che l'assunto dell'indisponibilità del corpo oltre i limiti tracciati dall'art. 5 c.c. – per quanto storicamente sotteso alla disposizione civilistica ed agli artt. 579 e 580 c.p. – non trova base testuale nella Costituzione e non ha altro appiglio che non sia la tradizione giuridica precedente alla Carta fondamentale; il che è decisamente troppo poco per fondare limitazioni al diritto costituzionale all'inviolabilità fisica e al diritto di autodeterminazione terapeutica, in assenza di una legge attuativa delle riserve di cui agli artt. 13 e 32 Cost.¹⁸⁸.

Assolutamente maggioritario è pertanto l'opposto indirizzo, che riconosce la massima ampiezza possibile al principio di autodeterminazione terapeutica sancito dall'art. 32 Cost., così salvaguardando anche la libertà di morire del paziente attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare¹⁸⁹.

Ne è conseguito, in tema di rapporto medico-paziente, che il consenso del paziente non venga inteso come mera causa di giustificazione dell'atto medico, ma quale momento indispensabile perché l'individuo, rivolgendosi ai sanitari, possa esercitare il diritto di disporre del proprio corpo e di tutelare la propria salute.

Riconoscendosi alla Carta costituzionale, come doveroso, l'immediata operatività delle sue norme prescrittive (*...nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge ...*), e valorizzandosi nella norma l'espressione *“salute come fondamentale diritto dell'individuo”*, in posizione primaria rispetto alla sua valenza *come “interesse della collettività”*, è stata affermata la volontarietà di ogni trattamento terapeutico, ossia la libertà della persona con riguardo alla gestione della propria salute. Ad oggi può ritenersi principio univoco, così come si evince dal codice di deontologia, ma anche dalle pronunce costituzionali, che il diritto dell'individuo a decidere della salvaguardia della sua integrità psico-fisica sia diritto primario e assoluto, espressione di quella libertà personale inviolabile consacrata all'art. 13 Cost., riconosciuta e garantita come diritto inviolabile dell'uomo all'art. 2 Cost.¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Così F. VIGANO', *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1605 ss.; Sostanzialmente nello stesso senso, S. RODOTA', *Perché laico*, Bari-Roma, 2009, p. 86 ss.

¹⁸⁹ Così, significativamente, nella dottrina costituzionalistica, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 303 ss., spec. 312, il quale mette in risalto che il diritto alla salute, come tutti i diritti di libertà, *«implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi ecc.»*.

¹⁹⁰ C. cost. 22 ottobre 1990, n. 471 in *Foro it.*, 1991, I, p. 14; C. cost. 19 luglio 1996, n. 257, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2807

A conforto di tale soluzione milita altresì la considerazione, pacifica nella letteratura costituzionalistica, che l'imporre un trattamento, pur vitale, contro la volontà del paziente (ed al di fuori delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori imposti *ex lege*)¹⁹¹ determinerebbe la violazione della stessa libertà personale (garantita come inviolabile), risolvendosi tale coazione in una indebita “*invasione dello spazio fisico del paziente*”.

Questa impostazione trova importanti conferme a livello normativo, sia primario¹⁹², che secondario¹⁹³, oltre che in fonti internazionali¹⁹⁴.

Un significativo avallo si rinviene anche nell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale sulla natura e sui contenuti dell'art. 32 Cost., da cui, discende con chiarezza che l'individuo può rifiutare trattamenti medici e la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati ovvero tra il paziente ed il suo medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale¹⁹⁵.

Per di più, tale lettura circa la portata (ampia) del diritto contenuto all'art. 32 Cost. è recepita nella giurisprudenza sia di legittimità che di merito.

Si pensi, in proposito, alla necessità di rispettare il rifiuto alle emotrasfusioni opposto dai testimoni di Geova, anche nelle ipotesi in cui da tale rifiuto possano derivare lesioni permanenti alla propria integrità fisica o persino la morte¹⁹⁶, o al

¹⁹¹ Cfr. ancora F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione*, cit., p. 313 ss.; analogamente, S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, p. 903 ss.; D. VINCENZI AMATO, *sub art. 32, comma 2*, in Branca(a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti etico sociali. Artt. 29-34*, Bologna-Roma, 1976, p. 174 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 133 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000, p. 1 ss.; da ultimo, sul tema, E. LONGO, *sub art. 32*, in Bifulco - Celotto - Olivetti(a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 666 ss.

¹⁹² Ad esempio all'art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, di “*istituzione del servizio sanitario nazionale*”, e all'art. 1 della l. 13 maggio 1978, n. 180 in materia di “*accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*”

¹⁹³ Per tutti, nel *codice di deontologia medica* del dicembre 2006, gli artt. 22, 33, 35, 36, 38.

¹⁹⁴ Il riferimento è in particolare all'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1997 sulla biomedicina, di cui è stata autorizzata la ratifica con la l. 28 marzo 2001, n. 145, ed all'art. 8 CEDU.

¹⁹⁵ V. le sentenze n. 45 del 1965; n. 161 del 1985; n. 471 del 1990 e n. 238 del 1996.

¹⁹⁶ Sul rifiuto di emotrasfusioni da parte di testimoni di Geova, in giurisprudenza, tra le altre, Pret. Roma 3 aprile 1997, in *Giur. Merito*, 1998, p. 950 ss., con nota di Iadecola, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue “salvavita” rifiutata dal malato)* e in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 1422 ss., con nota di A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*; in dottrina, sul tema, V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1981, p. 557 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti “sanitari”*. (A proposito dei Testimoni di Geova), in *Dir. soc.*, 1981, p. 529 ss.

divieto di procedere ad alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame, finanche in situazioni di serio pericolo per la vita¹⁹⁷, ovvero, ancora, alla ritenuta legittimità del rifiuto da parte del paziente di essere sottoposto all'intervento chirurgico di amputazione di un arto in cancrena (interventi ritenuti necessari dai medici per garantire la sopravvivenza dei pazienti), al quale abbia fatto seguito la morte dello stesso.

Ricostruita in questi termini la portata del diritto al rifiuto di terapie, si può allora convenire con la sua qualificazione quale diritto soggettivo perfetto, esercitabile sia nel caso di trattamenti salva vita, sia di altro tipo e natura.

5. Il consenso nel paziente capace di intendere e di volere e sue modalità di accertamento; le differenze con il paziente incapace.

La pratica del consenso informato si fonda sull'ideale del *paziente ragionevole*, ovvero un individuo di classe sociale media o alta, con discreta o buona istruzione, capace di districarsi tra le opzioni proposte dai medici e di scegliere razionalmente poiché sa perfettamente cosa è bene per la propria salute¹⁹⁸.

La capacità di decidere del paziente presuppone quella di comprendere l'informazione; ma il rapporto tra il medico ed il paziente è un incontro-scontro tra soggetti diseguali; completamente sbilanciato dalla parte del medico, che è il depositario di un sapere esclusivo. D'altro canto, la disponibilità del medico alla comunicazione è condizione necessaria ma non sufficiente: differenze di cultura, giochi linguistici, capacità di accettare o meno una prospettiva anche dura, o addirittura senza speranze, rappresentano tutti ostacoli ardui da superare per il paziente, anche se aiutato dal medico¹⁹⁹.

¹⁹⁷ In tema di sciopero della fame di detenuti, cfr. App. Milano 30 dicembre 1981, Valentino, in *Foro it.*, 1983, II, p. 234 ss., con nota di G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*; Trib. Padova 10 gennaio 1983, Cerica, ivi, in *Foro it.*, 1983, II, P. 235 SS.; Trib. Padova 21 dicembre 1982, Cerica, in *Foro it.*, 1983, II, p. 236 Ss.; Trib. Venezia 16 dicembre 1982, Cerica, in *Foro it.*, 1983, II, p. 237 ss.; Trib. Padova 2 dicembre 1982, Cerica, in *Foro it.*, 1983, II, p. 238 ss.; Trib. Milano 14 dicembre 1981, Valentino, in *Foro it.*, 1983, II, p. 239 ss.; Trib. Milano, 13 dicembre 1981, Pironi, in *Foro it.*, 1983, II, p. 239 ss; in dottrina, E. FASSONE, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 351 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malati*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 361 ss.; D. PULITANO', *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 317 ss.; F. VIGANO', *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 523 ss.

¹⁹⁸ F. AGNINO, *Il consenso ai trattamenti medici e la tutela dell'anziano*, cit., p. 2930 ss.

¹⁹⁹ P.A. RICCI – A. DI PALMA – A. BOVE, *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. it. med. legale*, 1998, P. 901 ss.

Questi problemi hanno a che vedere con la questione dell'adeguata comprensione dell'informazione fornita dal medico al paziente, e non sono particolarmente influenzati dall'età, dallo *status* sociale, dalla cultura di quest'ultimo.

Pertanto, ai fini dell'accertamento della adeguata comprensione delle informazioni sanitarie fornite è imprescindibile procedere alla pre-comprensione da parte del medico dell'accertamento della capacità o meno del soggetto in cura.

Nel primo caso, infatti, basta appurare la chiarezza e completezza dell'informazione fornita e l'insussistenza di vizi del volere; nel secondo, invece, bisogna stabilire quali criteri debbano guidare la "scelta per altri" e se la volontà pregressa o ipotetica dell'interessato possa avere un peso sulle determinazioni sanitarie.

Ne discende che l'accertamento della capacità riveste capitale importanza, dipendendo da esso l'attribuzione del potere decisionale alla persona direttamente destinataria del trattamento, o ad altri in sua vece; e che non sempre risulta sufficiente il criterio formale della capacità dichiarata, che difetta per rigidità e inadeguatezza, specie con riguardo al maturo minore ed a colui che alterni momenti di lucidità a stati confusionali.

L'uso di una soglia rigida provoca conseguenze paradossali e completamente opposte nei due casi.

Infatti, per il minore si ha spesso un disconoscimento giuridico di una capacità eticamente rilevante; mentre per l'anziano, il mancato provvedimento di interdizione porta ad un riconoscimento giuridico di una capacità eticamente discutibile (si presume, giuridicamente, che gli adulti siano in grado di prendere una decisione razionale dai 18 anni fino alla morte, o fino a quando non si dimostri legalmente la loro incapacità, quindi, in assenza di un provvedimento legale, il geriatra deve sempre presumere la presenza di capacità decisionale nei suoi pazienti, mentre il pediatra deve presumere il contrario).

Ci troviamo, evidentemente, di fronte a limiti intrinseci alla codificazione giuridica che, forse, è impossibilitata per sua natura a compiere delle discriminazioni più sottili tra i casi che cadono sotto la sua regolamentazione²⁰⁰.

²⁰⁰ F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 390 ss., per il quale: *nei minori la soglia rigida attua il disconoscimento formale del diritto, ad onta di una più che probabile capacità cognitiva e volitiva; negli anziani, l'assenza di un disconoscimento formale di capacità sub specie di interdizione mantiene una capacità formale eticamente discutibile. Come dire, il pediatra è costretto a presumere l'incapacità, il geriatra la capacità, il folle è invitato a decidere saviamente, il soggetto che non ha nulla da perdere immaginato come se avesse tutto da*

È, invece, da prendere ad esempio quel *functional approach* tipico dell'ordinamento inglese²⁰¹ e statunitense²⁰², che impone di valutare — avuto riguardo a tutte le circostanze rilevanti — se l'interessato sia in grado di comprendere la natura e le conseguenze della decisione che si accinge ad adottare.

Tale metodo porta l'accento sulle esigenze ed emergenze concrete, mette a fuoco la capacità di deliberare a prescindere dal contenuto e dalle motivazioni della scelta, protegge chi sia preda di situazioni di incapacità transeunti e recupera spazi di autonomia per categorie che ne sono state tradizionalmente private, quali i minori e chi soffre di disturbi mentali.

Peraltro, l'impostazione funzionale appare confortata dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che prescinde da provvedimenti dichiarativi di una ridotta idoneità deliberativa ed incoraggia le possibili forme di coinvolgimento dell'incapace nel processo decisionale, dall'art. 33 del codice di deontologia medica, che impone al medico di comunicare con l'interessato e promuoverne la

guadagnare. Un così disperato ed innaturale consenso rende sterile qualsiasi discussione sulla informazione al consenso.

²⁰¹ Si segnala che la *Law Commission* inglese, in un celebre report del 1995 (*Law Commission, Mental Incapacity*, Report No 231, Londra, 1995, HMSO) ha fatto il punto sui diversi metodi di accertamento della capacità, individuando tre approcci alternativi: *status*, *outcome* e *functional approach*. Il primo metodo desume la capacità semplicemente dalla condizione del paziente — ad esempio, minore età o presenza di patologia psichica — ed è stato giudicato dalla *Law Commission* superficiale e inadatto a tener conto di quei fattori che possono incidere sull'abilità concreta a decidere. È stato parimenti respinto l' *outcome approach*, perché, essendo incentrato sul risultato del processo deliberativo, presenta il rischio di far giudicare incapace chi operi scelte non convenzionali, o semplicemente dissonanti rispetto al parere medico. Netta preferenza è accordata, invece, al *functional approach* per la sua idoneità a ricostruire la capacità deliberativa con riguardo al tipo di decisione ed al momento della sua adozione. Tale impostazione è consolidata anche in giurisprudenza (cfr.: *St. George's Healthcare NHS Trust v S*[1999] *Fam* 26; *Re W (Adult: Refusal of Treatment)* [2002] *EWHC Fam* 901) ed è stata recepita dal *Mental Capacity Act*2005, che pone una presunzione relativa di capacità dei soggetti adulti (*section*1) e riconosce che tale capacità può essere compromessa da un indebolimento o da un disturbo — non importa se transeunte o permanente — delle funzioni mentali, mentre non può essere desunta semplicemente dall'età, dall'aspetto o dal comportamento. La capacità presuppone la comprensione e ponderazione delle informazioni rilevanti, nonché l'idoneità a comunicare in qualsiasi forma le deliberazioni assunte (*sections*2 e 3)

²⁰² Ai medici degli USA è stato proposto l'uso di un adeguato strumento di valutazione, come per esempio il *Mini Mental State Evaluation*, (MMSE) , di FOLSTEIN: MEWHINNEY, *Aspetti legali della Medicina Geriatrica*, in *Principi di Geriatria e Gerontologia* a cura di Hazzar, Milano, 1996, 411-418, è dell'opinione che, in un paziente anziano, anche apparentemente capace d'intendere e volere, il medico non debba sottovalutare il problema di una valutazione “oggettiva” di questa capacità, proprio per non incorrere in conseguenze legali. Il consenso, o il dissenso nei riguardi di un intervento medico, dovrebbe essere giustificato. Inoltre quando viene eseguito un accertamento sulle capacità d'intendere e volere il medico deve provvedere a stilare una relazione che indichi in che modo si è giunti a determinate conclusioni.

partecipazione secondo le capacità di comprensione, e dalla disciplina dell'amministrazione di sostegno, la quale — compatibilmente con le esigenze di tutela — ha inteso limitare il meno possibile l'autonomia del beneficiario²⁰³.

Secondo altra impostazione, per poter affrontare il tema della rilevanza e, conseguentemente, dell'efficacia della volontà del paziente, è opportuno distinguere, a tal fine adoperando una terminologia tipicamente legata al diritto delle obbligazioni, tra prestazioni ad esecuzione istantanea e prestazioni ad esecuzione continuata; per queste ultime la prestazione consiste in un'attività iniziale, in eventuali successive attività di mantenimento o comunque di prosecuzione e può venire meno solo attraverso un'ulteriore e specifica attività diretta a tal fine (talvolta di segno contrario a quella iniziale)²⁰⁴.

Nelle prestazioni ad esecuzione istantanea concernenti un paziente capace di intendere e di volere vi è un'alternativa netta: consentire o rifiutare le cure²⁰⁵; di modo che, una volta eseguito il trattamento, nessun ulteriore problema si pone. Per ogni successivo trattamento e, dunque, anche nel caso di prestazione a esecuzione periodica, occorre nuovamente il consenso del paziente, dovendosi il medico astenere da ogni intervento che pur ritenuto, alla stregua dei parametri della scienza medica, utile nell'ottica della salvaguardia della salute e/o della vita del paziente abbia costituito oggetto di rifiuto. In una situazione di questo genere il paziente è in grado di realizzare da sé l'interesse connesso all'autodeterminazione, evidentemente in senso negativo, attraverso la proibizione dell'intervento.

Nel caso di prestazioni sanitarie a esecuzione continuata, il diritto del paziente ad autodeterminarsi in senso negativo pone delicati problemi allorché questi non abbia la capacità tecnica ovvero l'energia fisica per procedere a un'interruzione del trattamento in via autonoma. Il paziente, nelle predette situazioni, non è in grado di soddisfare il proprio interesse all'autodeterminazione se non mediante un'attività del medico che si presti ad interrompere il trattamento.

²⁰³ Al momento, però, il legislatore non è intenzionato a percorrere la via dell'accertamento individualizzato della capacità, considerato che il disegno di legge in tema di consenso informato in discussione in Parlamento resta ancorato agli ordinari meccanismi di sostituzione o affiancamento nella decisione connessi agli istituti civilistici della interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno (art. 2 commi 6 e 7 d.d.l. Calabrò). Su cui si veda infra.

²⁰⁴ L. BALESTRA, *L'autodeterminazione nel "fine vita"*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2011, 04, p. 1009 ss.

²⁰⁵ Sul diritto di rifiutare le cure in caso di trattamento non ancora iniziato, ovvero di rinuncia nel caso di svolgimento del trattamento cfr. A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, Napoli, 2011, p. 35 ss.; in giurisprudenza v. Cass. 15 settembre 2008 n. 23676, in *Giur. It.*, 2009, p. 1661 ss. con nota di PETRI.

In prima battuta, se è vero che riconoscere un diritto ad autodeterminarsi in un contesto di questo genere reca con sé la configurazione di un correlativo obbligo a carico del medico di soddisfare le richieste del paziente (pena la condanna del sanitario stesso²⁰⁶), proprio perché l'interesse del paziente all'interruzione del trattamento esprime *“un tratto caratterizzante l'ispirazione personalistica posta alla base della nostra Costituzione nell'ambito di un sistema laico e pluralista”*²⁰⁷; nondimeno, a fronte delle specifiche peculiarità della professione medica, nonché dell'autonomia delle scelte che comunque la caratterizzano, l'imposizione al medico di un obbligo di intervenire nel senso richiesto dal paziente suscettibile quindi, in caso di violazione, di condanna giudiziaria, finisce inevitabilmente per schiacciare le prerogative del medico, anche da un punto di vista semplicemente etico.

L'autodeterminazione in senso assoluto del paziente comporta, infatti, una compressione delle facoltà di scelta del medico e quindi una significativa diminuzione della sua partecipazione professionale ed intellettuale alla vicenda della cura.

Nel contesto appena tratteggiato, lo scontro si profila, per lo meno in via diretta, nel caso in cui la scelta del medico sia nel senso di non assecondare la volontà manifestata dal paziente; opzione possibile, tanto più se si tiene conto del ruolo di garanzia che il medico riveste rispetto ai beni della salute e della vita,.

In relazione ad interventi gravidi di implicazioni, anche sotto il profilo dell'etica professionale una scelta in tal senso è, certamente, da qualificare alla stregua di una vera e propria prerogativa del sanitario in quanto espressione di interessi meritevoli di tutela.

Dunque, ben può affermarsi che il riconoscimento dell'autodeterminazione in senso negativo del paziente, perfettamente *compos sui*, è integrale soltanto quando l'interesse sottostante alla relativa scelta può essere realizzato dal medesimo paziente in via autonoma, e non invece quando richieda la cooperazione del sanitario.

Quand'anche nell'ottica di un pieno riconoscimento del diritto all'autodeterminazione del paziente, si volesse configurare a carico del medico un

²⁰⁶ Appare al riguardo non condivisibile, sotto il profilo motivazionale, l'ordinanza sul caso Welby del Tribunale di Roma (16 dicembre 2006, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 292 ss. con nota di R. CAMPIONE), laddove si afferma l'esistenza di un diritto all'interruzione della respirazione assistita ed al distacco del respiratore artificiale, ancorché trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento. In senso critico G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, I, p. 373 ss.

²⁰⁷ S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, cit., p. 1905 ss.

dovere di interruzione del trattamento²⁰⁸, non potrebbe negarsi la facoltà di rifiutare l'intervento richiesto, come estrinsecazione di una forma di obiezione di coscienza²⁰⁹.

Vi è un ulteriore profilo che in questi casi viene in considerazione, concernente la qualificazione della condotta del medico che asseconi la volontà del paziente in ordine all'interruzione del trattamento. Posto che trattasi di condotta attiva, non potendo trovare accoglimento la pur raffinata ricostruzione dell'omissione mediante commissione²¹⁰, la soluzione del problema deve, ad avviso della dottrina, trovare una soluzione sul piano dell'antigiuridicità alla stregua della seguente impostazione: la prevalenza accordata al principio del divieto di trattamenti sanitari coatti in virtù dell'autonomia e della dignità della persona così come preservate dal testo costituzionale al cospetto della tutela della vita umana, conduce a qualificare il comportamento attivo del medico quale adempimento di un preciso dovere terapeutico: "interrompere il trattamento sanitario rifiutato dal paziente informato e competente"²¹¹.

Quando il paziente sia incapace di intendere e di volere, si suole affermare la legittimità dell'intervento del medico ogniqualvolta si venga a determinare una situazione di urgenza e di pericolo, ravvisandosi tradizionalmente nella predetta situazione gli estremi dello stato di necessità²¹².

A tal riguardo, si è nondimeno correttamente posta in luce l'incongruità dell'inquadramento, il quale presuppone pur sempre una qualificazione dell'intervento medico in termini di atto illecito seppur scriminato. La doverosità dell'intervento, in quanto volto a scongiurare un danno alla salute altrimenti inevitabile, giustifica *ex se* il trattamento ogniqualvolta il paziente non sia in grado

²⁰⁸ V. tuttavia, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 co. 2, Cost, al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 88 ss. per il quale l'art. 32 Cost, considerato da solo, è in grado di fondare un diritto al rifiuto del trattamento solo se il paziente sia capace di intendere e volere e sia in grado di porre in essere autonomamente quanto materialmente necessario al raggiungimento del risultato, ovvero, nel caso di intervento del terzo, se questo sia volontario.

²⁰⁹ Sulla configurabilità dell'obiezione di coscienza v. S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, cit., p. 1913 ss., ove, correttamente si esclude la configurabilità di una responsabilità in capo al medico che rifiuti l'interruzione di trattamento; nonché C. CASONATO, *Biodiritto in dialogo*, C. Casonato- C. Piciocchi (a cura di), Padova, 2006, p. 20-21.

²¹⁰ Così S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, cit., p. 1910 ss., v. anche M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, in *Il governo del corpo*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011, p. 1949 ss.

²¹¹ S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, cit., p. 1911 ss.

²¹² L. BALESTRA, *L'autodeterminazione nel "fine vita"*, cit., p. 1015 ss.

di esprimere il consenso (*rectius*: prim'ancora, ogniqualvolta non sia in grado di recepire con una consapevolezza adeguata le informazioni che valgano a creare le condizioni per una successiva manifestazione del consenso informato)²¹³. Il passaggio dalla causa di giustificazione al fine di escludere l'illecito non appare, almeno con riferimento alla responsabilità civile obbligato, trattandosi nel sistema civilistico unicamente di accertare se siano integrati gli estremi dell'ingiustizia del danno che, in presenza di una doverosità dell'intervento, devono essere senz'altro esclusi²¹⁴.

Il rinvenimento di direttive anticipate tra gli effetti personali, a fronte di un paziente in stato di incoscienza le cui condizioni siano tali da imporre un intervento urgente e indifferibile, pone sovente il medico in una situazione di angosciosa *impasse*. La Cassazione a tal riguardo ha avuto modo di precisare che, nel caso di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente che richieda un intervento mediante una trasfusione, il rifiuto deve essere “*oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informato*”, in tal modo evidenziando l'esigenza che il dissenso provenga dallo “stesso paziente che rechi con sé un'articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita”²¹⁵.

Fuori dei casi di urgenza e di pericolo, il consenso può essere espresso dalla persona cui è affidata, ai sensi delle molteplici norme di legge che prevedono una sostituzione nell'attività giuridica, la cura dell'incapace²¹⁶.

In tal senso depongono una serie di norme, come quelle dettate in tema di doveri dei genitori e di esercizio della potestà: gli artt. 357²¹⁷ e 424²¹⁸ c.c. (che

²¹³ Un percorso analogo ha caratterizzato il ruolo del consenso informato all'attività medica, in origine concepito quale causa di giustificazione dell'attività; laddove, la tesi più accreditata è quella che rinviene la legittimità dell'attività medica direttamente nella Costituzione, ed, in particolare, nella tutela del bene-salute come diritto fondamentale dell'individuo; cfr. ampiamente Cass. Sez. un., 18 dicembre 2008, 2437, *cit.*

²¹⁴ Così M. GRAZIADEI, *Il consenso informato ed i suoi limiti*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011, p. 333 ss, per il quale il riferimento all'art. 2045 c.c. è utile unicamente per la ragione che la norma prevede parametri alla stregua dei quali valutare l'ingiustizia del danno.

²¹⁵ Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, *cit.*, la quale, nell'ammettere che il dissenso possa essere altresì manifestato da persona indicata dal paziente, precisa che il consenso deve: “*esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto ideologica ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una precomprensione*” cfr., in dottrina, S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, *cit.*, p. 1911 ss.

²¹⁶ V., tuttavia G.U. RECIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, *cit.*, p. 97 ss., per il quale non esiste un nel nostro ordinamento disposizioni che attribuiscono a qualcuno il potere di decidere in luogo dell'incapace

affidano al tutore, oltre che il governo della sfera patrimoniale, anche la cura della persona), le norme in materia di amministrazione di sostegno²¹⁹, l'art. 6, comma 3° della Convenzione di Oviedo (ai sensi del quale un intervento su un soggetto maggiorenne che non abbia la capacità di dare il consenso può essere effettuato con l'autorizzazione del rappresentante)²²⁰.

Il consenso manifestato dal rappresentante deve essere tuttavia ispirato alla salvaguardia degli interessi della persona incapace (cfr. art. 6, comma 1°, convenzione Oviedo) alla stregua di una valutazione che deve avvenire in base a parametri oggettivi; si spiega dunque la possibilità di un intervento dell'autorità giudiziaria ogniqualvolta i predetti interessi rischiano di essere (o siano stati) sacrificati²²¹.

Al fine di rafforzare la legittimazione ad esprimere il consenso al trattamento nell'interesse altrui, in un'ottica sostanzialmente volta ad ottenere una sorta di "autorizzazione" giudiziale preventiva, si è frequentemente fatto ricorso alla figura dell'amministratore di sostegno, cui è stato sovente attribuito non solo il compito di esprimere al medico la volontà manifestata in precedenza dal malato, ma addirittura quello, specificato nel provvedimento di nomina, di rifiutare l'intervento medico²²². Ciò sino ad arrivare a riconoscere che sia possibile la designazione di un amministratore di sostegno anche in stato di piena capacità, ma in una prospettiva di mera previsione di incapacità, così da poter poi in futuro

²¹⁷ Art. 357. *Funzioni del tutore. Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni.*

²¹⁸ Art. 424. *Tutela dell'interdetto e curatela dell'inabilitato. Le disposizioni sulla tutela dei minori e quelle sulla curatela dei minori emancipati si applicano rispettivamente alla tutela degli interdetti e alla curatela degli inabilitati. Le stesse disposizioni si applicano rispettivamente anche nei casi di nomina del tutore provvisorio dell'interdicendo e del curatore provvisorio dell'inabilitando a norma dell'articolo 419. Per l'interdicendo non si nomina il protutore provvisorio. Nella scelta del tutore dell'interdetto e del curatore dell'inabilitato il giudice tutelare individua di preferenza la persona più idonea all'incarico tra i soggetti, e con i criteri, indicati nell'articolo 408.*

²¹⁹ Sul consenso ai trattamenti sanitari da parte dell'amministratore di sostegno M. N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Milano, 2008, p. 265 ss.; cfr. Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Fam e dir.*, 2007, p. 271 con nota di ROMA.

²²⁰ In giurisprudenza cfr. la nota decisione della Cassazione sul caso Englaro: Cass., 16 ottobre, 2007, n. 21748, in *Foro It.*, 2008, I, p. 2609 ss., con nota di S. CACACE; in *Famila*, 2008, p. 93 ss. con nota di R. VENUTI; in *Danno e Resp.*, 2008, p. 421 ss. con nota di F. BONACCORSI; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, I, p. 83 ss, con nota di A. VERCHIARUTI; in *Riv. Dir. civ.*, 2008, II, p. 363 ss, con nota di E. PALMIERINI

²²¹ Sul punto M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011, p. 361 ss.

²²² In dottrina: M. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam e dir.*, 2008, 4, p. 409 ss; Id. *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in *Il testamento biologico*, cit., p. 171 ss., in giurisprudenza: Trib. Vibo Valentia, 30 novembre 2005, in *Fam e dir.*, 2006, p. 532 ss.; Trib. Modena, 13 maggio 2008, in *Fam e dir.*, p. 923 ss., con nota di S. FERRANDO.

essere chiamato ad eseguire la volontà del futuro incapace in merito ai trattamenti sanitari cui essere sottoposto²²³.

6. La sentenza n. 2847 del 2010, consenso informato e profili civilistici.

Quanto è stato elaborato in sede dottrina, ed è poi confluito nelle più autorevoli decisioni della giurisprudenza, conduce ad affermare la piena ed inconfutabile esistenza, nel nostro sistema giuridico, di una sorta di nuovo diritto: il diritto alla tutela del consenso, che si fonda sul principio generale di autodeterminazione.

Detto altrimenti, ogni paziente ha diritto a che la sua volontà sia rispettata e, ove possibile, realizzata.

Ciò detto, occorre, quantomeno, verificare se tale diritto possa, alla stregua di ogni altro diritto, godere della tutela che la legge accorda in via generale alla lesione degli stessi. Senza voler qui ripercorrere tutte le possibili opzioni di cui gode il titolare di un diritto per ottenere ristoro in caso di sua lesione, certamente merita, in questa sede, una pur minima attenzione, la questione relativa alla risarcibilità del danno derivante da lesione del diritto al consenso informato.

In passato, la giurisprudenza risolveva la questione negando che, in caso di mancanza di un nesso causale tra l'intervento chirurgico e il danno subito dal paziente, vi fosse spazio per l'accertamento sull'esistenza o meno del consenso informato²²⁴.

La sentenza n. 2847 del 2010 della Corte Suprema²²⁵ ha precisato, invece, che il risarcimento del danno può essere riconosciuto per il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere: tale inadempimento dà luogo al diritto al risarcimento del danno conseguente a tale specifica causa che va tenuto distinto dal risarcimento dei danni legati al tipo di intervento praticato.

²²³ Trib. Modena 5 novembre 2008, in *Fam.e dir.*, 2009, p. 277 s. con nota di FERRANDO, secondo cui l'attualità dello stato di incapacità del beneficiario è un requisito per la produzione di effetti dell'amministratore di sostegno, ma non anche per la sua istituzione.

²²⁴ Cass. Civ., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.* 2005, p. 1395 ss., in cui : <<In tema di responsabilità medica, la mancata o insufficiente informazione circa i rischi connessi al trattamento non è fonte di responsabilità ove manchi il nesso di causalità tra l'intervento ed il pregiudizio.>>

²²⁵ Cass. Civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *D&G*, 2010, 2010, p. 155 ss.

La libertà di autodeterminazione è, infatti, oggetto di un diritto ben diverso rispetto al diritto alla salute, con la conseguenza che può certamente esserci la violazione del consenso informato senza lesione dell'integrità psico-fisica²²⁶.

La recente giurisprudenza ha, quindi, contribuito significativamente alla dottrina del consenso informato sotto un profilo finora trascurato generalmente dalla giurisprudenza²²⁷, che attiene ad uno degli elementi costitutivi del diritto di un danneggiato al risarcimento del danno: quello del rapporto di causalità tra fatto ed evento dannoso.

La sentenza della Corte Suprema riporta invece, con rigore, la questione del consenso informato a quello che è il suo corretto inquadramento giuridico e contribuisce ad evitare che l'assunto del paziente di non essere stato adeguatamente informato possa servire, come non di rado accade, come pretesto per tentare di conseguire un risarcimento che altrimenti non potrebbe essere ottenuto avendo il sanitario agito secondo le regole dell'arte.

Già nel 2006 la Corte di Cassazione aveva attribuito autonomo rilievo alla violazione dell'obbligo di informazione, a prescindere dall'esito, favorevole o non favorevole, dell'intervento²²⁸.

Pertanto, la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità là dove dall'intervento scaturiscano effetti lesivi per il paziente, senza che rilevi il fatto che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto²²⁹, ma critica tale impostazione sul rilievo che il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute sono diversi.

In sostanza, si ritiene che la violazione del diritto all'autodeterminazione comporti un danno in sé, a prescindere dalla ricorrenza di un effetto dannoso sulla salute.

L'analisi deve muovere, come è ovvio, dal fatto che il paziente non abbia ricevuto dal sanitario alcuna informazione, o abbia ricevuto un'informazione generica o lacunosa, circa il suo quadro clinico, i vantaggi del trattamento che il

²²⁶ In tal senso R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali*, Lavis, 2012, p. 169 ss.

²²⁷ Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Ragiusan*, 2010, 309-310, p. 155. Qualche cenno alla questione si trova in alcune sentenze di merito, tra cui, di recente v. Cass. civ., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Il civilista*, 2011, 4, p. 25 ss., con nota di Buffone.

²²⁸ Cass. 14 marzo 2006, n. 544, in *D&G*, 2006, p. 15 ss.; con nota di A. PULIATTI, *Malati terminali e consenso informato, il medico non è esonerato*.

²²⁹ Tra le tante cfr. Cass. 24 settembre 1997 n. 9374, in *Giust. civ. Mass.* 1997, p. 1762 ss., in cui: <<Se dall'esecuzione, ancorché prudente, diligente e tecnicamente corretta, di un intervento chirurgico o di un accertamento diagnostico invasivo, deriva un danno o addirittura la morte del paziente, non informato dai medici, - nella specie dipendenti da un ente ospedaliero - dei rischi gravi per la vita o l'incolumità fisica a cui poteva andare incontro, al fine di prestare il necessario consenso a procedervi, sussiste la responsabilità dell'ente, anche nel caso che non sia stato individuato il medico a cui incombeva tale obbligo.>>.

sanitario si propone di effettuare, i rischi di esso, il rapporto tra vantaggi e rischi, l'esistenza di alternativi trattamenti terapeutici, e ogni altra informazione utile per mettere il paziente in grado di valutare se sottoporsi al trattamento stesso oppure no, magari rivolgendosi ad altri sanitari per acquisire anche altri parere tecnici da porre a confronto.

Il fatto di cui sopra ha leso un diritto del paziente all'autodeterminazione tutelato a livello costituzionale (in particolare dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.) e qualifica come illecita l'opera del sanitario, indipendentemente dal fatto che questa sia stata eseguita secondo le regole dell'arte.

Come ampiamente ribadito in precedenza, la Corte costituzionale ha osservato che il consenso informato trova il suo fondamento direttamente nella Carta costituzionale e, segnatamente, negli artt. 2, 13 e 32 Cost., con la conseguenza che siamo in presenza di due distinti diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute. Infatti, ogni individuo, da un lato, ha il *“diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico”*, dall'altro, ha il *“diritto alle cure necessarie”*²³⁰.

Ma si può affermare che vi sia un rapporto di causalità materiale tra l'omessa informazione da parte del sanitario e il verificarsi del danno alla salute subito dal paziente?

La risposta non può che essere negativa: sia che si segua la teoria della *conditio sine qua non*, sia che si segua la teoria della causalità adeguata, il danno alla salute subito dal paziente è conseguenza, in fatto, del trattamento medico (in ipotesi, posto in essere in modo del tutto corretto), non dell'omissione della dovuta informazione imputabile al sanitario²³¹.

Si può immaginare un'obiezione: se non vi fosse stata omessa o lacunosa informazione, il paziente non avrebbe subito alcun danno alla salute²³².

È palese la illogicità di una simile argomentazione: la grave e irreversibile lesione si è materialmente verificata come conseguenza dell'intervento sanitario e la lesione del diritto all'autodeterminazione comporta, sotto il profilo della

²³⁰ C. cost. 23 dicembre 2008, n. 438, *cit.*

²³¹ F. AGNINO, *Il consenso ai trattamenti medici e la tutela dell'anziano*, *cit.*, p. 2935 ss.

²³² App. Milano 2 maggio 1995, ha affermato l'esistenza di un nesso di causalità tra lesione del diritto all'autodeterminazione e lesione al diritto alla salute con la seguente motivazione: la lesione del diritto all'autodeterminazione si pone come termine iniziale di una sequenza causale che vede, come termine finale, la lesione del diritto alla salute, come può dedursi dal fatto che, rispettato quel diritto, o non si sarebbe verificata la grave e irreversibile lesione, ovvero se ne sarebbe trasferito il relativo rischio contrattuale in capo al paziente.

causalità, unicamente l'indagine se il paziente adeguatamente informato avrebbe o non avrebbe deciso di sottoporsi al trattamento terapeutico.

Attribuire automaticamente al sanitario colpevole dell'omessa o lacunosa informazione il danno alla salute subito dal paziente andrebbe anche oltre una responsabilità oggettiva del sanitario, perché la responsabilità oggettiva prescinde dalla colpa, ma non prescinde dall'esistenza di un rapporto di causalità tra fatto ed evento dannoso. Questo automatismo rappresenterebbe anche una soluzione ingiusta laddove a fronte di una minima percentuale di rischio (ad esempio, inferiore all'1%) d'insuccesso dell'intervento per eventi non imputabili al sanitario vi sarebbe una elevata probabilità di un danno grave alla salute nel caso di mancato intervento.

Al riguardo la Corte Suprema osserva: *<<la riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che quel consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo all'unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente>>²³³.*

Tutto quello che si può affermare sotto il profilo del rapporto di causalità è che l'omessa o lacunosa informazione imputabile al sanitario ha impedito al paziente di esercitare consapevolmente la sua facoltà di scelta in ordine al sottoporsi o meno al trattamento e di conseguenza ha leso il suo diritto all'autodeterminazione. Pertanto l'opera del sanitario deve qualificarsi come illecita, ma da ciò non si può spingersi ad imputargli automaticamente sotto il profilo della causalità in fatto il danno alla salute subito dal paziente, perché tale imputazione dipende da come il paziente avrebbe esercitato la sua facoltà di scelta.

Negli illeciti omissivi, di natura contrattuale o extracontrattuale, è principio fondamentale sotto il profilo della causalità materiale che occorre procedere ad una indagine controfattuale, e chiedersi quale sarebbe stato presumibilmente il corso degli eventi se fosse stato posto in essere il comportamento della cui omissione si tratta.

²³³ Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *D&G*, 2010, p. 309-310, in cui: *<<La violazione del diritto all'autodeterminazione dell'ammalato comporta la risarcibilità del danno non patrimoniale che ne è derivato, anche se l'intervento terapeutico era necessario ed è stato correttamente eseguito; ma se il cliente del medico lamenta anche la lesione alla salute per il mancato consenso dovrà dimostrare che, messo al corrente dei rischi collegati, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento>>.*

Non si vede la ragione per la quale tale regola non dovrebbe valere anche in relazione all'omissione dell'informazione dovuta dal sanitario al paziente per metterlo in grado di esprimere un consenso informato al trattamento medico ovvero di rifiutarlo.

Appare pertanto pienamente condivisibile l'impostazione data al problema in esame dalla sentenza della Corte Suprema n. 2847 del 2010: <<*poiché l'intervento chirurgico non sarebbe stato eseguito solo se il paziente lo avesse rifiutato, per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente (realizzatosi mediante l'omessa informazione da parte del medico) e la lesione della salute per le, pure incolpevoli, conseguenze negative dell'intervento..., deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute) >>.*

In altri termini, deve potersi affermare che il paziente, se adeguatamente informato, avrebbe impedito che venisse in essere quella che è stata la causa materiale del danno (cioè l'intervento del sanitario).

Del resto, tale principio è stato più volte affermato dalla Corte Suprema in relazione al diritto della donna di scegliere l'interruzione della gravidanza per le malformazioni del feto: in caso di omessa informazione del sanitario circa le malformazioni del feto, occorre stabilire se la donna, convenientemente informata, avrebbe esercitato il suo diritto di interrompere la gravidanza²³⁴.

Nell'indagine controfattuale che occorre compiere nel caso in cui il diritto di scelta del paziente sia stato pregiudicato dall'omessa informazione imputabile al medico i giudici di legittimità addossano al paziente l'onere di provare che avrebbe rifiutato il trattamento se adeguatamente informato adducendo una pluralità di ragioni: la prova del nesso causale tra inadempimento e danno spetta al creditore, cioè al paziente; il fatto positivo da provare consiste nel rifiuto che sarebbe stato opposto al medico; trattandosi di una scelta soggettiva del paziente, vale anche qui il criterio di distribuzione dell'onere della prova in funzione della «vicinanza» al fatto da provare; la scelta del paziente di non seguire l'indicazione del medico non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*²³⁵.

Per i giudici di legittimità, quindi, la sola violazione del diritto all'autodeterminazione non accompagnata da un danno alla salute per l'esito fausto dell'intervento può comportare un danno non patrimoniale per il paziente

²³⁴ Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, n. *Foro It.*, 2002, I, p. 3115 ss., con nota di SIMONE.

²³⁵ Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847. in *Foro it.*, 2010 I, p. 2113 ss.

²³⁶, qualora l'intervento abbia procurato al paziente sofferenze e turbamenti che egli, secondo il suo insindacabile bilanciamento degli interessi in gioco, avrebbe scelto di non accettare se adeguatamente informato ²³⁷.

Nell'indagine controfattuale in cui si devono ricostruire le conseguenze che non sono derivate da un fatto concreto della vita, ma che sarebbero derivate da un fatto puramente ipotetico (qui: da quella che sarebbe stata la corretta e completa informazione dovuta dal medico al paziente) assume particolare rilevanza il ricorso alle presunzioni da parte del paziente, come rileva la sentenza che si considera ²³⁸.

²³⁶ Risarcibile ove ne sia data la prova e superi quella soglia di tollerabilità per come precisato dal giudice della nomofilachia nella sentenza dell'11 novembre 2008 n. 26972, in *Il diritto per i concorsi*, 2009, 11, con nota di F. AGNINO, *Le sezioni unite ed il danno esistenziale: suona ilde profundis!*

²³⁷ Trib. Catanzaro 29 agosto 2011, in http://dejure.giuffre.it/tkn/vwuysmrmzypvuxxxpqsvtrpwtrtr-igurkl55cvmpeb20sdyjbq55/psixsite/Giurisprudenza/default.aspx?xbox=201&FORM_BUFFER=1, inedita, ove si è così statuito: <<Alla luce dei principi affermati in materia, pertanto, con riferimento alla lesione del diritto al consenso informato che rientra tra i diritti inviolabili della persona, come suesposto è opportuno evidenziare che, perché si possa accogliere l'istanza risarcitoria, deve ricorrere, come presupposto essenziale, anche la gravità dell'offesa, requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Pertanto, si richiede che il diritto venga inciso oltre una certa soglia minima, ovvero che la lesione ecceda una certa soglia di offensività, cagionando un pregiudizio serio e non futile, per realizzare un bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza verso il comportamento del danneggiante, anche considerato che, in ambito di responsabilità medica, entra in gioco anche l'utilità sociale della professione sanitaria. Orbene, tali essendo i principi applicabili all'odierna fattispecie, l'attrice non ha offerto alcuna prova che, qualora avesse ricevuto le predette informazioni, non si sarebbe sottoposta all'intervento poi praticato ovvero non ha neppure presuntivamente dimostrato quale pregiudizio ha effettivamente sofferto dalla mancata informazione (tenuto conto che la scelta terapeutica di procedere alla devitalizzazione è stata valutata in termini di correttezza dal c.t.u.) . Stante l'evidente lacuna probatoria, dunque, non potendosi ad essa sopperire mediante il ragionamento per presunzioni, in assenza anche della benché minima attività di allegazione in ordine al profilo da ultimo evidenziato, deve concludersi per l'infondatezza della domanda proposta dalla M. con riguardo all'asserita violazione del consenso informato>>. Si confronti, inoltre, Cass. civ., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 2, p. 258 ss. In cui: <<In tema di responsabilità professionale del medico, qualora l'azione o l'omissione siano in se stesse concretamente idonee a determinare l'evento, il difetto di accertamento del fatto astrattamente idoneo ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento non può essere invocato, benché sotto il profilo statistico quel fatto sia "più probabile che non", da chi quell'accertamento avrebbe potuto compiere e non l'abbia, invece, effettuato. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistere un nesso di causalità tra la condotta dei medici, i quali avevano ritardato l'esecuzione di un parto cesareo, e la grave asfissia del neonato, reputando irrilevante la pur elevata probabilità statistica che l'asfissia cerebrale potesse avere avuto origine fisiologica in base all'assunto per cui, per escludere con certezza il nesso di causalità tra l'evento e la condotta del sanitario, si sarebbe dovuto disporre di un tracciato cardiocografico, che i medici stessi avevano però omesso di eseguire nell'imminenza del parto).>>

²³⁸ F. AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 628 ss.

Un primo elemento da tenere presente è quello che riguarda le finalità del trattamento medico, secondo che esse mirino ad un miglioramento estetico della persona ovvero ad eliminare o prevenire un danno alla salute. È presumibile che nel primo caso il paziente, messo di fronte al rischio pur piccolo che il trattamento estetico portasse a risultati del tutto opposti a quelli sperati peggiorando l'estetica, avrebbe scelto di non sottoporsi al trattamento stesso qualora fosse stato adeguatamente informato dal sanitario.

Più complessa si presenta la situazione quando il trattamento medico riguarda la salute del paziente. Sotto questo aspetto conviene distinguere secondo che il trattamento eseguito dal sanitario fosse diretto a conservare la salute del paziente evitando probabili peggioramenti, o semplicemente a migliorarla.

Nel caso in cui l'intervento fosse diretto a conservare la salute del paziente evitando l'insorgere di probabili peggioramenti le variabili da considerare ai fini del ricorso alle presunzioni sono quattro, o per meglio dire due coppie.

Invero, da un lato sarà necessario confrontare la percentuale di rischio di un esito infausto dell'intervento con la percentuale di rischio di un danno alla salute in mancanza dell'intervento stesso. Da un altro lato, sarà necessario confrontare la gravità per la salute delle eventuali conseguenze negative dell'intervento con la gravità per la salute delle conseguenze alle quali il paziente sarebbe esposto in mancanza dell'intervento stesso. Dalla combinazione di queste variabili il giudice potrà desumere elementi per il ricorso alle presunzioni²³⁹.

In linea di principio non bisogna quindi sovrapporre salute ed autodeterminazione: il danno subito dal paziente per non essere stato informato è autonomo rispetto al danno alla salute, però perché questa autonomia si traduca sul piano risarcitorio è necessario distinguere secondo che l'intervento non consentito fosse indispensabile per la salute del paziente oppure avesse avuto un

²³⁹ Si faccia il caso in cui un intervento chirurgico al cervello presenti lo 0,50% di rischio di complicanze tali da condurre ad una infermità permanente, mentre in mancanza dell'intervento stesso vi sarebbe il 60% di rischio di una infermità permanente ancora maggiore o perfino della morte: se il paziente non adduce prove per cui egli avrebbe scelto l'alternativa più rischiosa, è da presumere che una persona sensata avrebbe scelto, se adeguatamente informata del rischio del 60%, di sottoporsi all'intervento. Nel caso in cui l'intervento fosse invece diretto solo a migliorare la salute del paziente (ad esempio: migliorare la funzionalità di qualche organo), è da presumere che il paziente, messo di fronte ad una informazione del sanitario che gli prospetta i rischi dell'intervento, terrebbe di più a conservare lo stato fisico attuale e considererebbe come un optional il miglioramento sperato con l'intervento stesso. In questo caso egli si limiterà a prendere in considerazione solo la percentuale di rischio di complicanze, nonché l'entità dei conseguenti possibili danni alla salute, tralasciando un bilanciamento di essi con gli sperati ma non essenziali miglioramenti. Perciò il giudice potrà desumere elementi per il ricorso alle presunzioni semplicemente dalla percentuale di rischio e dall'entità delle possibili conseguenze negative per la salute.

esito favorevole. Ritenuto indispensabile l'intervento, si bisogna distinguere seconda che sia stato eseguito correttamente oppure no. La conseguenza è che deve escludersi un obbligo risarcitorio ove l'intervento necessario per il paziente e difettante del suo consenso informato sia stato eseguito correttamente ed a ritenere il danno assorbito dall'imperizia, nell'altro caso²⁴⁰.

7. Rilevanza penale del consenso informato.

La responsabilità derivante da lesione o del diritto di autodeterminarsi o, detto altrimenti, la violazione del consenso espresso, comporta non solo una responsabilità civile, ma talvolta, essa può sfociare in una vera e propria responsabilità penale, data la sua portata lesiva di un bene della vita.

Allora, considerato che l'atto medico è senza dubbio, normalmente (cioè quando possibile) consensuale, relazionale e che, tuttavia, in alcuni casi, il patto manca o si rompe; ci si è chiesto se il gesto terapeutico, spesso altamente invasivo, compiuto senza o contro la volontà del paziente può assumere risvolti penali.

Così posto il problema, si intuisce che la maggiore difficoltà è alimentata dalla comune avversione a considerare un'attività altamente meritoria come quella medica alla stregua di una fenomenologia illecita come le altre. Il bisturi — si afferma²⁴¹ — non può essere confuso con il coltello dell'aggressore: un sentimento senza dubbio da tenere in conto nella complessiva ricostruzione del sistema.

Tuttavia un tentativo di composizione delle tessere in un modo che ne risulti un mosaico espressivo deve tentare di partire da qualche punto fermo: una pietra angolare, una guida²⁴².

Questo fondamentale diritto della persona entra in crisi, è violato nella patologia della relazione terapeutica, quando l'atto medico viene compiuto in assenza del consenso. Una violazione che chiama direttamente in causa il diritto penale. Il pensiero corre subito a due classiche fattispecie poste a tutela, appunto, dell'autodeterminazione e dell'integrità personale: violenza privata e lesioni personali. Si tratta, dunque, di comprendere se tali incriminazioni possano trovare applicazione nelle situazioni patologiche di cui si discute.

²⁴⁰ F. AGNINO, *Il consenso ai trattamenti medici e la tutela dell'anziano*, cit., p. 2935 ss.

²⁴¹ M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 223 ss.

²⁴² R. BLAIOTTA, *Anche dopo le sezioni unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Cass., pen.*, 2010, 10, p. 3358 ss.

Tale itinerario è stato percorso dalle Sezioni Unite²⁴³, il cui pensiero deve essere quindi esaminato. Nel corso di indagine laparoscopica una donna viene sottoposta a salpingectomia con asportazione di una tuba: intervento indicato e correttamente eseguito, ma non consentito. Sono in discussione i reati di lesione personale e di violenza privata.

Le Sezioni Unite annullano senza rinvio la pronuncia di merito perché il fatto non sussiste.

A proposito della fattispecie di violenza privata la Corte fa propri due argomenti classici nella letteratura giuridica. In breve, la coartazione tipica della fattispecie deve consistere in un esito diverso dalla condotta aggressiva posta in essere: violenza o minaccia non in sé ma per qualcosa di diverso. Oltre a ciò, l'incriminazione, come concretamente conformata, sembra alludere ad una situazione di contrasto, di contrapposizione tra i soggetti coinvolti che, in casi come quello in esame, manca perché la paziente è in anestesia.

Per quanto riguarda questa fattispecie, la situazione è singolare.

È evidente che l'atto medico compiuto senza o contro la volontà del paziente ne vulnera il diritto all'autodeterminazione. Dunque, un illecito del genere di quello di violenza privata si presenta particolarmente adatto a proteggere chi subisce tale lesione. Tuttavia la lettura dell'art. 610 c.p.²⁴⁴ rende chiaro che la formula legale ha difficoltà ad adattarsi a condotte come quelle poste in essere dal terapeuta. Si evocano condotte violente o minacciose, mentre il contesto medico, solitamente, è alquanto diverso. Il terapeuta è portatore di un enorme potere; non tanto quello del bisturi, quanto quello della conoscenza. La mancanza di informazione, la mancata trasmissione della conoscenza spesso vulnera, in qualche caso anche profondamente, il diritto del paziente, ad esercitare una consapevole sovranità su di sé, a decidere se e come curarsi.

Una situazione così specifica richiederebbe con tutta evidenza una incriminazione *ad hoc* che invece manca. Più in generale, la materia del consenso richiederebbe una disciplina legale.

Per ciò che riguarda il reato di lesioni personali l'argomentazione delle Sezioni unite è assai più complessa. Se l'esito è fausto e se l'atto medico, considerato nel suo complesso, non ha prodotto un danno ma un beneficio, manca la conformità al modello legale del reato. La mera lesione del derma non integra la

²⁴³ Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, Giulini, in *Ced Cass.*, n. 241752.

²⁴⁴ Art. 610 Violenza privata. *Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni. La pena è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'articolo 339.*

nozione di lesione sul versante del trattamento medico-chirurgico. Le conseguenze dell'atto operatorio non si identificano con le lesioni che esso comporta, ma con gli esiti sul piano della valutazione complessiva della salute. Se l'intervento si è risolto favorevolmente e non vi è stata quindi, infine, una diminuzione funzionale, bensì è stata risolta una patologia, allora non si configura l'evento del reato di lesioni. La Corte lascia intendere che il fatto è censurabile; magari potrebbe rilevare in ambito civile o *de iure condendo*, ma non configura gli estremi della fattispecie.

Come è noto, la funzione del fatto tipico è quella di circoscrivere specifiche forme di aggressione ai beni tutelati, selezionando le modalità di offesa che il legislatore ritiene di tale gravità da giustificare la sanzione penale; la tipicità delinea, nel contempo, i limiti esterni della tutela che il diritto penale ritiene meritevoli di protezione.

Orbene, per definizione l'atto medico costituisce atto funzionale alla tutela e non all'offesa dell'integrità fisica, perciò non può essere considerato quale avvenimento concreto corrispondente all'ipotesi normativa astratta delle lesioni personali, come si ricava da un'ordinaria interpretazione teleologica dell'art. 582 c.p.

Ma per i giudici della nomofilachia, se l'attività medica conforme alla *lex artis* non può integrare i delitti posti a tutela della incolumità individuale, la condotta del medico non potrà neppure incorrere se attuata senza previo consenso, ove richiesto, nei reati posti a tutela della libertà morale o di autodeterminazione del paziente²⁴⁵.

Infatti, le Sezioni Unite, con la richiamata sentenza n. 2437 del 18 dicembre 2008 hanno affermato il principio che: *<<non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto, essendo da esso*

²⁴⁵ Sconfessando parte della dottrina e della stessa giurisprudenza di legittimità: N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 414 ss.; in giurisprudenza si evidenzia che rare volte si è ravvisata la consumazione di un delitto contro la libertà morale a tutela del consenso per un caso di applicazione dell'art. 605 c.p., Cass., sez. V, 2 maggio 1983, in *Riv. it. med. leg.*, 1985, p. 1026 ss.; Cass. 29 maggio 1916, Palladino, in *Foro it.*, 1916, II, p. 343 ss.. Per l'assorbimento del delitto di violenza privata in quello di lesioni personali, cfr. Cass., sez. V, 26 novembre 1986, n. 1367, in *Riv. pen.*, 1987, p. 992 ss. Si segnala Cass., sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, in *Riv. pen.*, 2002, p. 751 ss., secondo cui il medico che abbia adempiuto il suo obbligo morale e professionale di mettere in grado il paziente di compiere la propria scelta non può essere chiamato a rispondere del delitto di cui all'art. 584 c.p. bensì, in presenza degli estremi, del reato di cui all'art. 610 c.p. atteso che l'azione del medico, ove correttamente svolta, è esente da connotazioni di anti giuridicità anche quando abbia un esito infausto.

derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso>>.

Richiamando l'art. 582 c.p. il concetto di malattia, le stesse Sezioni Unite (nella pregressa sentenza n. 9163 del 25 gennaio 2005) avevano ricordato e rilevato che: <<in alcune delle più autorevoli versioni dizionariistiche della lingua italiana, la malattia è definita come lo stato di sofferenza dell'organismo in toto o di sue parti, prodotto da una causa che lo danneggia, e il complesso dei fenomeni reattivi che ne derivano, ed elemento essenziale del concetto di malattia è la sua transitorietà, il suo andamento evolutivo verso un esito, che può essere, a seconda dei casi, la guarigione, la morte o l'adattamento a nuove condizioni di vita....>>.

Avevano, in particolare, ricordato che “la giurisprudenza di legittimità formatasi in riferimento all'art. 582 c.p. ha ritenuto che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte...; che esso comporti alterazioni organiche o funzionali sia pure di modesta entità... qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata... E questa Suprema Corte, affrontando il tema del significato del termine dal punto di vista etimologico... ha rilevato che quello di malattia indica un concetto dinamico, un modo di essere che in un certo momento ha avuto inizio.

Tali approdi giurisprudenziali, reiteratamente espressi, erano, per vero, ritenuti del tutto consolidati. La stessa sentenza n. 2437 del 2009 delle Sezioni Unite dà atto che la giurisprudenza di legittimità era *“consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura sino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione...”*; e ricorda anche che *“la scienza medica può dirsi da tempo concorde... nell'intendere la malattia come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo...”*.

In buona sostanza, cioè, non ci si discosta per quel che concerne l'esito *“infausto”* dell'operazione chirurgica *“abusivamente”* eseguita in assenza di un

corretto “consenso informato”, dalla linea in precedenza seguita dalla Suprema Corte²⁴⁶.

Ma la medesima sentenza ha anche precisato che per “esito fausto” dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente.

Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei termini predetti, la condotta del sanitario, avendo cagionato una “malattia”, realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata “copertura costituzionale”.

Ragionando, dunque, in termini compatibili con gli assunti delle Sezioni Unite, in caso di intervento infausto, potrebbe discutersi di responsabilità a titolo

²⁴⁶ Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in *Riv. pen.*, 2002, p. 751 ss. in cui : <<In tema di attività medico - chirurgica, allo stato attuale della legislazione (non avendo ancora trovato attuazione la delega di cui all'art. 3 l. 28 marzo 2001 n. 145, con la quale è stata ratificata la convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedica), deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente. In tale ultima ipotesi, qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato, potrà profilarsi a suo carico il reato di violenza privata ma non mai - ove il trattamento, comporti lesioni chirurgiche ed il paziente venga successivamente a morte - il diverso e più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico possano rientrare nelle previsioni di cui all'art. 582 c.p.>>; nonché Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, in *Guida al diritto*. 2008, 15 .p. 93 ss. In cui : <<L'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il "consenso" del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento: infatti, il medico, di regola e al di fuori di taluni 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 dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il "consenso", per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere "informato", cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 cost. (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico - malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario.>>

di lesioni volontarie o, in caso di morte, a titolo di omicidio preterintenzionale in presenza di comportamenti del medico assolutamente anomali e distorti e comunque dissonanti rispetto alla finalità curativa che deve caratterizzare il proprio approccio terapeutico.

Sono le situazioni in cui si accerti che il sanitario abbia agito pur essendo conscio che il suo intervento — poi causativo di danno o della morte del paziente — avrebbe prodotto una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente: esemplificando, nei casi in cui tale menomazione venga provocata, intenzionalmente, per scopi scientifici o di ricerca; nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili; nei casi in cui il medico proceda ad un'amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi terapeutici; o altri casi marginali, in cui non vi può esser dubbio circa la possibilità di ravvisare quell'atteggiamento psicologico doloso rispetto al fatto lesivo che legittima, a seconda degli esiti derivati, l'integrazione dei corrispondenti reati dolosi delle lesioni volontarie o dell'omicidio preterintenzionale²⁴⁷.

Pertanto, in caso di esito infausto dell'intervento terapeutico, il criterio di imputazione, potrà essere, invero, di carattere colposo qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso; ovvero nelle consuete ipotesi integranti la c.d. "colpa medica" come quelle di omissione di condotte tecnicamente doverose, assenza del necessario grado di perizia ovvero carenza dell'opportuna prudenza.

²⁴⁷ Cass. pen. 20 aprile 2010, n. 21799, in *Riv. it. medicina legale*, 2010, 4-5, p. 747 ss., in cui: <<Se è vero che il consenso informato del paziente... rende lecito l'intervento terapeutico del medico... non si può al contempo addivenire a soluzioni ermeneutiche che vanificano radicalmente tale principio assumendo che il medico sia comunque e sempre legittimato all'espletamento... dell'attività terapeutica in ossequio al fine curativo perseguito in favore del paziente". In caso di esito infausto dell'intervento terapeutico, il criterio di imputazione potrà essere, invero, di carattere colposo qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento nella convinzione del consenso ovvero sulle consuete ipotesi integrative della c.d. colpa medica, come quella di omissione di condotta tecnicamente doverosa...; ma si deve ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente informato del paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e persino la morte. In tal caso, qualora l'esito dell'intervento eseguito con il dissenso del paziente sia risultato infausto... quanto alle conseguenze penali scaturenti da detto intervento terapeutico (escluso che la fattispecie possa rifluire nella previsione dell'art. 610 c.p.), viene in rilievo il disposto dell'art. 582 c.p. (lesione penale volontaria). Così come nelle situazioni in cui si accerti che il sanitario abbia agito, pur essendo conscio che il suo intervento - poi causativo di danno o della morte del paziente - avrebbe prodotto una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente.>>; con nota di G. IADECOLA, *Atto medico, consapevole e violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*

Ma si deve ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte²⁴⁸.

In tal caso, qualora l'esito dell'intervento, effettuato con il dissenso del paziente anche limitatamente alle modalità esecutive, sia risultato "*infausto*", quanto alle conseguenze penali scaturenti da detto intervento terapeutico (escluso anche che la fattispecie possa rifluire nella previsione dell'art. 610 c.p.) , viene in rilievo il disposto dell'art. 582 c.p.

²⁴⁸ cfr. Cass. pen., 29 maggio 2002, n. 26446, in *Riv. pen.*, 2002, p. 751 ss

Capitolo III

Il principio di autodeterminazione in ambito medico-sanitario

SOMMARIO: 1. Il principio di autodeterminazione: dall'originario approccio filosofico alle più attuali utilizzazioni del termine. 2. La ricerca di un fondamento costituzionale al principio di autodeterminazione. 3. Un esempio di forzata interpretazione del principio di autodeterminazione: il "Caso Englaro". 4. L'esigenza di un "bilanciamento" tra principi e valori. 5. I più recenti approdi giurisprudenziali in tema di lesione del diritto di autodeterminarsi. 6. Consenso viziato e tutela dell'autodeterminazione. La teoria del diritto strumentale. 7. L'astratta configurabilità di un risarcimento per lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica. 8. I contenuti della nuova "alleanza terapeutica".

1. Il principio di autodeterminazione: dall'originario approccio filosofico alle più attuali utilizzazioni del termine.

Il percorso sin qui svolto impone, a questo punto, un approfondimento, pur breve, sul concetto di autodeterminazione: come essa sia nata ed evoluta, in cosa differisca dal concetto generale di libertà, quali possano essere i suoi contenuti e le sue applicazioni in ordine alla scelte sul fine vita²⁴⁹.

Tale indagine, che si è evoluta a partire dalle prime ricostruzioni filosofiche ottocentesche, ha due scopi fondamentali: da un lato, individuare quale sia l'odierno contenuto del principio *de quo* e, dall'altro, indagare quali siano gli strumenti offerti dall'ordinamento per garantirne il rispetto e quali i rimedi predisposti in sua tutela.

Autodeterminazione è una parola che nasce a metà dell'ottocento per indicare il diritto degli individui e delle Nazioni di scegliere da sé medesime il proprio destino²⁵⁰.

Nel definire la libertà secondo i romani, Fritz Schulz la identifica con il *Selbstbestimmungsrecht*, il diritto di autodeterminazione, ossia l'essere privo di padrone: non mai il potere di fare o non fare a proprio piacimento, perché «nel

²⁴⁹ S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

²⁵⁰ L. SALVATORELLI, *Pensiero e azione del risorgimento*, Torino, 1963, p. 95 ss. ; J. BOWLE, *Storia d'Europa*, tr. it., III, Milano, 1982, p. 260 ss.

*concetto romano di libertà è immanente l'idea della limitazione»*²⁵¹. Invero nella celebre definizione di Fiorentino²⁵², che egli stesso cita, si trova sia l'aspetto positivo sia l'aspetto del limite. Quest'ultimo è ovvio anche per i moderni²⁵³.

Il maggiore cantore moderno della libertà, John Stuart Mill²⁵⁴, non ha infatti difficoltà ad ammettere che «*le necessità della vita esigono continuamente non che noi rinunciamo alla nostra libertà, ma che consentiamo a lasciarcela limitare in un modo o nell'altro*». Celebre è sicuramente stata la definizione del diritto di Kant²⁵⁵, consistente nell' *insieme delle condizioni nelle quali l'arbitrio del singolo diventa compatibile con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale di libertà*.

La libertà esige l'ordine giuridico quale necessario orizzonte di certezza, l'ordine giuridico ha nella libertà di garantire e disciplinare la ragione ultima del suo essere.

Dalla prospettiva del diritto civile, l'autodeterminazione evoca l'autonomia come potere dinamico del soggetto relativamente alla sua sfera giuridica. Tuttavia, nonostante abbia la propria radice filosofica nella kantiana autonomia della volontà²⁵⁶, da cui origina la visione moderna di quella che i privatisti chiamano autonomia privata, l'autodeterminazione non compare nella teoria classica del negozio giuridico come determinazione della volontà volta a produrre effetti giuridici. E neppure nella più sofisticata teoria che, appunto sotto il nome di *autonomia privata*, nel novecento aggiorna quella del negozio giuridico nel senso di enfatizzare l'aspetto funzionale (produzione di effetti giuridici) rispetto a quello contenutistico (della signoria della volontà)²⁵⁷.

Nel diritto privato la persona come tale viene invece originariamente in considerazione nella prospettiva dei diritti, in risposta alla domanda se il soggetto di diritto possa dirsi titolare di diritti sulla propria persona.

²⁵¹ F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, tr. it., rist., Firenze, 1995, p. 122 ss.

²⁵² *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*.

²⁵³ La definizione di libertà tramandataci da Fiorentino, come facoltà di fare ciò che ognuno vuole, salvo che la forza o il diritto non lo impedisca, trova eco nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 26 agosto 1789, la quale all'art. 4 proclama che «*la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri*», aggiungendo che «*l'esercizio dei diritti naturali [...] non ha altri limiti che quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti*».

²⁵⁴ J.S. MILL, *La libertà e altri saggi*, Milano, 1946, p. 155 ss.

²⁵⁵ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, tr. it., Bari, 1970, p. 34 ss.

²⁵⁶ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it., Bari, 1980, p. 76 ss: «*L'autonomia della volontà è quel carattere della volontà per cui essa è legge a se stessa*».

²⁵⁷ Per un approfondimento sulle teorie del negozio giuridico: G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993, p. 48 ss.; A. CAUTADELLA, *Negozio giuridico*, in *Enc. Forense*, V, Milano, 1963; G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1956;

Scriveva Savigny²⁵⁸: «[...] si dice che l'uomo ha la proprietà del suo essere materiale, del suo corpo e delle sue membra, [...] tra le altre conseguenze questo implicherebbe la legittimazione al suicidio [...] (però) senz'altro non si può disconoscere che l'uomo disponga di se stesso e delle sue facoltà... Questo potere è invero la base e il presupposto dei diritti in senso proprio. Il punto di partenza di parecchi istituti del diritto positivo [...] è in effetti la protezione di questo potere naturale dell'uomo sulla propria persona contro le aggressioni esterne».

Da qui emerge l'idea dei diritti della personalità connotati dall'assolutezza propria dei diritti reali: il diritto originario sul proprio corpo significa essenzialmente *ius excludendi alios*.

Questo emerge anche dalla citazione che Savigny fa di Donello, per il quale esistono, secondo una distinzione che arriva fino a Kant²⁵⁹ due specie di *nostrum*: *in persona cujusque et in rebus externis*, ponendo nella prima specie *vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio*.

L'equiparazione delle due specie sul piano della tutela chiarisce quanto abbiamo appena detto: che i diritti sulla propria persona vengono concepiti come sinonimo di una sfera di intangibilità, di affermazione della persona nella sua integrità ed incolumità nei confronti delle aggressioni altrui.

L'idea che non ci possa essere un diritto sulla propria persona che ne significhi altresì, alla stregua dei diritti sulle cose, la disponibilità, Savigny²⁶⁰ la trae da Hegel, il quale nei *Lineamenti di filosofia del diritto*²⁶¹ afferma che «la vita non è esteriore rispetto alla personalità [...] l'alienazione o sacrificio della vita è piuttosto il contrario dell'esistenza di questa personalità. Io, pertanto, propriamente, non ho alcun diritto a tale alienazione [...] la morte è la negatività immediata della vita stessa [...] pertanto, dev'essere subita o dal di fuori come una cosa naturale, o al servizio dell'Idea etica, da mano estranea».

Filomusi Guelfi, autore di una celebrata *Enciclopedia giuridica*, come si chiamava allora il corso di introduzione alla scienza giuridica, afferma nel 1910 che «la prima pretensione che l'uomo affaccia si manifesta come supremo diritto di libertà»²⁶². Ma subito aggiunge che la determinazione di detto diritto di libertà dal lato fisico è «il diritto supremo alla conservazione»; e conclude poi: «Si è affermato più volte [...] il diritto al suicidio, come conseguenza della signoria

²⁵⁸ F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, § 53.

²⁵⁹ Il diritto privato del «mio e del tuo esterni» costituisce la parte prima della dottrina generale del diritto di Kant. V. I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*², tr. it., Torino, 1965, p. 423 ss.

²⁶⁰ *System cit.*, § 53 (a), ove si cita Hegel, *Naturrecht*, § 70.

²⁶¹ F.G. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 70, Milano, 1996, p. 173 ss.

²⁶² G. FILOMUSI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1910, p. 190 ss.

dell'uomo su sé stesso e sul proprio corpo. Ma anche antiche sono le ragioni che lo combattono: secondo [...] una filosofia teistica la vita dell'uomo non è proprietà di lui, ma del Creatore [...] e secondo una veduta razionalista ed umana, l'uomo non dimostra coraggio uccidendosi [...] sottraendosi al dovere della propria conservazione [...] e secondo i casi ai doveri verso la famiglia e la patria. Il diritto sul proprio corpo ha quindi anche i suoi limiti»²⁶³.

Non altri che Aristotele²⁶⁴, infatti, dice essere «debolezza lo sfuggire ai travagli e chi s'uccide agisce non per affrontare una prova decorosa, bensì per fuggire un male». L'affermazione non nasconde le durezza di una civiltà classica, eppure, dalla prospettiva dei moderni, i quali sono molto meno inclini al valore, però, un autore come Karl Jaspers può affermare, in tutt'altra direzione, che «la realtà del suicidio esige rispetto»²⁶⁵.

Or non è suicidio anche la morte alla quale il soggetto si abbandona rinunciando alle cure? La domanda può suonare bizzarra, ma la ragione è soltanto dovuta al fatto che sul piano linguistico l'autodeterminazione, come sottocategoria della libertà, nel richiamare quest'ultima finisce con l'obliterare il risultato di essa applicata alla morte, allontanando la parola che unicamente è in grado di evocarlo: suicidio²⁶⁶.

Altra è la questione se tutte le modalità nelle quali, per decisione mediata o immediata l'individuo pone fine alla sua esistenza, siano da mettere sullo stesso piano, se a tutte queste si debba riconoscere identica qualificazione rispetto a quella nella quale unicamente siamo abituati a pensare al suicidio, ovvero la fine della vita provocata da una decisione violenta del suo titolare.

A questa domanda oggi nessuno, che sia veramente consapevole del problema, ardisce di fornire una risposta univoca, valida per tutte le situazioni.

Assolutizzare la vita come dono che ci viene fatto significa obliterare la libertà, la quale da un certo momento diventa coautrice della vita stessa così come essa si viene facendo; e assolutizzare la libertà significa sovraordinarla alla vita sul piano del valore, laddove è la vita che ne costituisce il presupposto e il fondamento.

²⁶³ G. FILOMUSI, *Enciclopedia cit.*, p. 194 ss.

²⁶⁴ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, III, 7, 1116 a, 12, Bari, 1979, p. 67 ss.

²⁶⁵ K. JASPERS, *Verità e verifica*, tr. it., Brescia, 1986, p. 237 ss.

²⁶⁶ È esattamente quello che afferma S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 248 ss. : «Il morire è sempre più governabile dall'uomo, appartiene alla sua vita, e dunque rientra nell'autonomia delle scelte di ciascuno». Non è il fatto che sia più governabile che lo faccia rientrare nell'autonomia: lo è sempre stato; solo, adesso può fruire di forme più sofisticate. E pure parlare di suicidio assistito è, secondo F. D'AGOSTINO, *Introduzione alla biopolitica*, Roma, 2009, p. 29 ss.

E' proprio l'opzione per l'uno o l'altro valore che, in definitiva, divide tra loro pensatori, giuristi, interpreti, poiché diametralmente opposte sono le conseguenze che derivano da una predilizione in senso assoluto della vita, altre quelle che trovano nella libertà di autodeterminazione il proprio fondamento.

Quale sia l'opzione da privilegiarsi è frutto di convinzioni personali, scelte etiche, condizionamenti esterni storico-sociali; e non può nascondersi come, nel contesto attuale, il diritto all'integrità della vita venga sacrificato alla luce di un forte interesse ad autodeterminarsi. Il prevalere del secondo sul primo è il frutto di un processo storico che, si è accentuato negli ultimi decenni.

Il c.d. "*diritto all'autodeterminazione*", ossia al riconoscimento all'individuo della capacità di scelta autonoma ed indipendente, è ricomparso, infatti, in maniera prepotente, durante gli anni delle lotte femministe²⁶⁷.

Questa espressione, originata dalla lotta per i diritti civili e sociali delle donne, successivamente si arricchisce di un ulteriore riferimento, ossia la c. d. "*autodeterminazione dei popoli*"²⁶⁸.

Il principio di autodeterminazione dei popoli, solennemente enunciato da Woodrow Wilson in occasione del Trattato di Versailles (1919), sancisce il diritto di un popolo sottoposto a dominazione straniera ad ottenere l'indipendenza, associarsi ad un altro stato o comunque a poter scegliere autonomo amante il proprio regime politico. Tale principio costituisce norma di diritto internazionale generale in quanto produttiva di effetti giuridici, sia diritti che obblighi, per tutta la comunità degli Stati. Inoltre, questo principio rappresenta anche una norma di *ius cogens*, cioè diritto non derogabile mediante convenzione internazionale, in quanto rappresenta un principio supremo ed irrinunciabile del diritto internazionale. Del resto, come tutto il diritto internazionale, il diritto di autodeterminarsi ratificato da leggi interne, ad esempio con legge n. 881 del 1977, vale oggi come legge dello Stato che prevale sul diritto interno.

Rilevato, dunque, come, attualmente, il concetto di autodeterminazione abbia una rilevanza quasi esclusiva nel diritto internazionale e come esso sia principalmente collegato, nel linguaggio comune, a spinte politico-rivendicative,

²⁶⁷ V. sul punto la *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* del 1971, dovuta alla battaglia di Olympe de Gouges, finita ghigliottinata sotto Robespierre.

²⁶⁸ Sul punto G. ARANGIO RUIZ, *Autodeterminazione (diritti dei popoli alla)*, in *Encicl. Giur. Treccani*, Roma, 1988, *ad vocem*; F. LATTANZI, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Digesto disc. pubb.*, Torino, 1987, vol. II, p. 4 ss.; G. PALMISANO, *Nazione unita e autodeterminazione interna*, Milano, 1997, *passim*; D. E. TOSI, *Secessione e costituzione tra prassi e teoria*, Napoli, 2007, p. 251 ss.; inoltre, per un quadro dei classici sul principio in commento H. AMBRUSTER, *Selbstbestimmungsrecht*, in *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlino, 1962, p. 250 ss.

occorre, a questo punto, passando al piano giuridico – positivo, chiedersi se l'autodeterminazione sia un diritto e se esso abbia valore costituzionale.

2. La ricerca di un fondamento costituzionale al principio di autodeterminazione.

La Costituzione non parla esplicitamente di autodeterminazione in alcuna delle sue disposizioni e, ciò nonostante, la nozione di persona, nelle sue diverse aggettivazioni (personale, personalità), è richiamata ben ventuno volte, quella di uomo (o umano) ben nove volte, in alcuni casi anche in reciproca combinazione (nell'art. 3 comma 2, nell'art. 32 comma 2 Cost.) e la dignità è richiamata ben due volte (nell'art. 3 comma 1, come dignità sociale e, nell'art. 41 comma 2, come dignità umana)²⁶⁹.

Del resto il linguaggio del costituente, in gran parte riconducibile a quello adoperato dalla legislazione del tempo, non poteva considerare l'autodeterminazione come espressione giuridica²⁷⁰.

Se si prende in considerazione, infatti, il codice del 1942 è facile constatare che i termini di riferimento sono esclusivamente il riconoscimento e la salvaguardia di diritti e di libertà: l'art. 832 c.c., a proposito della proprietà, afferma che il proprietario ha il diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi previsti dalla legge²⁷¹; l'art. 1321 c.c., la cui rubrica reca la dicitura "autonomia contrattuale", si esprime proprio nel senso della libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e di concludere contratti che non

²⁶⁹ Sul tema della persona decisive sono le prospettive di diritto privato, per le quali si rimanda a G. ALPA – A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1996; A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI – U. BRECCIA – U. BRECCIA- A. DE VITA, *Persone fisiche, Art. 1-10*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1988. La nozione di persona sta, inoltre, al centro dell'attuale dibattito sulla bioetica, che tocca sia l'inizio che la fine della vita. Le contrapposte posizioni derivano, in genere, dal diverso modo di intendere la persona. Similmente, anche il tema della dignità è sottoposto a differenti tipi di interpretazione (per le quali si rinvia al capitolo successivo); v.si sul punto: M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, in Stelio Mangiameli (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto costituzionale*, Milano, 2008, p. 381 ss.

²⁷⁰ Sul tema del linguaggio della Costituzione, sulle sue aporie,, sul significato delle parole adoperate e sull'interpretazione costituzionale, secondo canoni diversi, a partire dall'interpretazione storico- normativa, si rinvia a S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992.

²⁷¹ Per il rapporto tra diritto di proprietà e Costituzione, si rinvia a S. MANGIAMELI, *La proprietà nella Costituzione*, Milano, 1986, *passim*.

appartengano ai tipi aventi una disciplina legale, purchè diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico²⁷². Infine, per comprendere l'intero sistema ed il suo funzionamento, occorre considerare la previsione dell'art. 2907 c.c., nell'ambito del libro sesto, dedicato alla tutela dei diritti, che recita: <<Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero d'ufficio>>²⁷³.

Anche quando limita o vieta, il codice, non presuppone una sfera di autodeterminazione, ma fa riferimento al concetto di "disposizione". Emblematico, in questo contesto, l'art. 5 c.c. sigli atti di disposizione del proprio corpo²⁷⁴.

Quella che, perciò, si definisce comunemente come "autodeterminazione" non ha sicuramente, nell'ordinamento giuridico, una dimensione unitaria, ma è suscettibile di assumere valenza giuridica solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali nell'ambito giuridico che le è proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente.

Da qui, perciò, deriva essenzialmente che la Costituzione, che si esprime con linguaggio giuridico in termini di diritti e libertà, non fornisce una nozione di autodeterminazione, ma, semmai, qualifica alcune scelte e decisioni dell'individuo in modo puntuale.

La Costituzione ha tipizzato, secondo il canone storico – normativo un complesso di figure che riguardano facoltà della persona e le ha qualificate in modo legale, come diritti e libertà, cioè come situazioni positivamente contemplate e tutelate distintamente in base a discipline particolari e tipiche²⁷⁵.

I diritti costituzionali si pongono, perciò, all'interno dell'ordinamento giuridico, a prescindere dalla circostanza che esprimano o meno un'aspirazione etica o religiosa, e la loro positivizzazione dipende dalla disciplina giuridica che li concretizza. Tuttavia i diritti costituzionali, pur essendo dipendenti dallo sviluppo

²⁷² Per la tutela dell'autonomia privata, in via diretta da parte degli art. 41 e 42 Cost., v. Corte Cost. sentenza n. 37 del 1969, in *Giur. Cost.*, 1969, I, 1, p. 1246 ss; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I.

²⁷³ F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1964.

²⁷⁴ Sulla disposizione in esame si rinvia a quanto già detto al Capitolo 1, par. 6; richiamandosi, in questa sede, in particolare: G. ALPA- A. ANSALDO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., p. 247 ss.; V. RIZZO, *Art. 5 (Atti di disposizione del proprio corpo)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1991, p. 253 ss.

²⁷⁵ V. IVONE, *Exploring self-determination and informed consent in advance directives in light of the Italian legal system*, cit., p. 383 ss.

ul punto P. F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, II ed., Torino, 1991, p. 175 ss.; A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012.

della legislazione, hanno la capacità nel contesto delle disposizioni costituzionali che li contemplano di determinare limiti e confini proprio alla legislazione ordinaria, che, se superati, cagionano il vizio di incostituzionalità della legge.

Da questo punto di vista, rileva, perciò, la collocazione, costituzionale o meno, di un determinato diritto²⁷⁶.

In tal senso la circostanza che la Costituzione abbia disposto un catalogo definito di diritti e libertà impone alcune distinzioni e comporta alcune conseguenze: in primo luogo sia i diritti costituzionali che i diritti previsti dalla legge coprono l'intero comportamento umano e lo qualificano giuridicamente, ma non tutte le situazioni di diritto hanno una copertura costituzionale. In secondo luogo, mentre l'ordine legale è sottoposto al vincolo della completezza e, attraverso i procedimenti di analogia, si pone come privo di lacune, il sistema costituzionale dei diritti, basandosi sulla tipicità, per un verso, non è interpretabile analogicamente come le norme della legislazione, dal momento che si distingue ciò che è costituzionalmente rilevante da ciò che non lo è, e, per altro verso, conduce ad escludere ogni interpretazione delle singole disposizioni costituzionali al di fuori delle fattispecie in esse puntualmente riconducibili²⁷⁷.

In definitiva, perciò, stando alle disposizioni costituzionali, non di "autodeterminazione" dell'individuo dovrebbe parlarsi, ai fini di una valutazione sulla meritevolezza della tutela costituzionale, ma delle singole scelte che egli assume e compie.

Altra considerazione da farsi, inoltre, è che la Costituzione non solo non parla esplicitamente di diritto all'autodeterminazione, ma neppure prevede, espressamente, l'esistenza di un diritto alla vita.

Quest'ultimo da un lato deve essere apparso ai costituenti implicito nei diritti della persona, dai diritti di libertà al diritto alla salute, in quanto presupposto necessario di essi tutti e di ciascuno, al punto da farne apparire inutile superfetazione il contemplarlo esplicitamente; dall'altro menzionarlo, piuttosto che valorizzarlo costituzionalmente poté significare abbassarlo al livello degli altri e metterlo in possibile competizione con essi.

Da questa prospettiva è lecito ritenere che affrontare sul piano costituzionale, come spesso si fa, la questione del fine vita dalla prospettiva

²⁷⁶ Sulla configurabilità dei diritti costituzionali come limite al legislatore ordinario, v. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1966.

²⁷⁷ P. F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., p. 167 ss.

dell'art. 32 Cost., che si riferisce al diritto alla salute, rischia di diventare estremamente riduttivo²⁷⁸.

La salute, com'è ovvio, è qualificazione, sul piano naturale come su quello giuridico, della persona vivente; richiamarla perciò in un contesto nel quale è in questione la vita nella prospettiva della sua cessazione ha il sapore del grottesco. Questa considerazione generale trova conforto dalla lettura dell'art. 32. Esso nel suo insieme tutela la salute erigendola a diritto costituzionalmente rilevante.

E quanto questo non abbia a che fare con la questione del se e del come del fine vita deliberato, è del tutto evidente²⁷⁹.

Anche l'interpretazione analitica dell'articolo orienta in questo senso.

Il comma 1, nel proclamare la salute «*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*», spira evidentemente in tutt'altra direzione dal fine vita; e il comma 2, formulando la riserva di legge per i trattamenti sanitari obbligatori, a sua volta segnata dai «*limiti imposti dal rispetto della persona umana*», si riferisce a trattamenti che devono essere volti a tutela della salute nell'ottica del fondamentale diritto dell'individuo e dell'interesse della collettività di cui al comma precedente.

Dalla prospettiva dell'art. 32 Cost., dunque, ciò che si ricava è l'attenzione per una salute da mantenere e magari migliorare, con il solo limite del rispetto della persona umana, che vale in particolare nel caso di trattamenti sanitari imposti per legge.

Altro è allora, per l'ordinamento italiano, il luogo costituzionale dell'autodeterminazione; e non può che essere quello della libertà personale. Quest'ultima infatti nel suo significato moderno si esprime non soltanto come indipendenza da una signoria altrui ma anche come potere di autodeterminazione cioè come fascio di facoltà di scelta riguardanti la persona nella sua individualità.

Se pure si voglia intendere ancora l'art. 13 Cost. come l'erede moderno dell'*habeas corpus*, in termini analoghi si pone la questione di interventi su chi, come malato, si trovi in un ambito medico nel quale altri è preposto a decidere per lui fino a quando la persona permanga nell'ambito medesimo.

In questo senso, la lettera dell'art. 13 Cost. favorisce una interpretazione evolutiva in grado di riferire e rendere applicabile la norma anche a situazioni

²⁷⁸ Anche F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, in *Dir. fam. pers.* 2008, p. 109 ss., critica Cass. 16-10-2007 n. 21748, *ivi*, p. 77 s., ritiene che l'art. 32 cost. sia «una coperta troppo corta». Sul concetto di fine vita, v. S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 390 ss.

²⁷⁹ Si rinvia alle precedenti osservazioni svolte relativamente ai contenuti ed all'applicabilità dell'art. 32 Cost.

diverse da quella originariamente in vista e ad altre simili che hanno costituito uno dei punti salienti del primo costituzionalismo²⁸⁰.

Dispone infatti il comma 3 che «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Dedotta la formula, invero di stampo penale, essa ben può essere considerata anche con riferimento alle situazioni in cui può trovarsi il malato, il quale, nel ricovero ospedaliero, in particolare di fine vita, e comunque per la difficoltà di movimento autonomo che quasi inevitabilmente connota tale frangente, può certo dirsi «sottoposto a restrizioni di libertà»²⁸¹.

È sufficiente la regola appena citata per rendere certa la non imponibilità di terapie e interventi sanitari o curativi che non abbiano a presupposto il consenso del malato. Questo può sembrare ovvio in una stagione nella quale è oramai indiscusso il principio del consenso informato, che ha trovato adeguata considerazione ad opera della Corte costituzionale nella sentenza del 22 ottobre 1990, n. 471, proprio sotto il profilo dell'ancoraggio di esso all'art. 13 cost.

Ma il principio del consenso alle cure mediche non sembra in grado di risolvere il problema della decisione circa il fine vita²⁸².

Ci troviamo, dunque, di fronte a un'apparente aporia: perché da un lato nessun intervento medico può svolgersi senza il consenso del titolare del bene giuridico tutelato, sia esso la salute o la vita; dall'altro la vita è un bene indisponibile, onde esso non è idoneo a sopportare atti di disposizione che la abbiano ad oggetto diretto e proprio. Vale infatti riguardo alla vita lo stesso paradosso della libertà²⁸³: il diritto in cui essa consiste non può essere esercitato in un modo che ne implichi la negazione.

²⁸⁰ Cfr. G. AMATO, *Commentario della costituzione, Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1977, sub art. 13, p. 51 ss., che sotto l'etichetta «altre restrizioni» alle quali l'art. 13 cost. può essere applicato, fa riferimento anche a «quelle strumentali ai trattamenti sanitari», precisando che l'art. 32 cost. «prevede soltanto una riserva di legge per la sottoposizione obbligatoria ai trattamenti», e ipotizzando l'intervento del giudice a tutela della libertà personale nei trattamenti non obbligatori come frutto di un «combinato disposto» dell'art. 13 e dell'art. 32 cost.

²⁸¹ Sottovaluta la portata dell'art. 13 cost., sequestrandolo entro l'ambito giuridico-penale, C. SARTEA, *Fine vita: cronache perplesse dal dibattito mediatico sulla fase legiferante*, in *Iustitia*, 2009, p. 195 ss., laddove all'interpretazione sistematica da tale a. privilegiata può ben essere contrapposta quella letterale, dalla quale emerge che i commi 1 e 4 dell'articolo consentono di essere intesi evolutivamente, mentre il riferimento del co. 2 a «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» ben si attaglia alla situazione del paziente istituzionalizzato all'interno di una struttura ospedaliera.

²⁸² Tale aspetto è stato significativamente approfondito nel cap. II di tale lavoro, per cui ad esso si rinvia.

²⁸³ J.S. MILL, *La libertà, cit.*, 155: «Non è libertà il poter rinunciare alla propria libertà».

In questo senso vale ancora pienamente il divieto di atti di disposizione del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.²⁸⁴ Questa norma, anzitutto, è quella dalla quale si può ricavare meglio che da altri luoghi normativi l'inesistenza di un diritto al suicidio²⁸⁵. Se non si può disporre con effetti di diminuzione permanente dell'integrità fisica, *a fortiori* l'atto di disposizione non può avere effetti di fine vita.

Al più, con Windscheid²⁸⁶ si può dire che chi commette suicidio non è autore di un'ingiustizia a danno di altri: il suicidio non è lecito, bensì non illecito, viola pur sempre un diritto, quello sulla propria vita, tanto è vero che se ne punisce l'istigazione e l'aiuto (art. 580 c.p.); ma chi lo commette è giustificato da una sorta di stato di necessità, nel quale l'ordinamento considera che possa avere ritenuto di trovarsi. La soluzione dell'ordinamento è chiaramente aporetica, nel momento in cui non punisce l'autore del fatto che sia sopravvissuto, mentre punisce colui che con esso concorre.

3. Segue: un esempio di forzata interpretazione del principio di autodeterminazione: il “Caso Englaro”.

Su tali riflessioni si sono particolarmente accentuate durante e successivamente l' *iter* giurisprudenziale che oggi si usa sintetizzare nel c.d. “Caso Englaro”²⁸⁷, in cui massima è stata l'esaltazione del consenso del paziente ex art. 13 Cost.

L'espresso richiamo a tale norma comporta che la si applichi integralmente in ciò che essa prevede. E questo è in particolare il potere dell'autorità giudiziaria di decidere sulla libertà personale, esonerando il paziente dalla soggezione alla terapia o confermandola.

Su questo punto l'ordinamento mette in luce una lacuna della legge ordinaria, lacuna propria, non frutto della valutazione dell'interprete che,

²⁸⁴ P. PERLINGIERI E P. D'ADDINO, *Atti di disposizione del corpo*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, ed. 2000, 2002, 2003; Id., *Atti di disposizioni del corpo*, in P. Perlingieri, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2001;

²⁸⁵ Al quale invece si finisce con il giungere, adottando un modello neoliberale di libertà personale considerata in chiave puramente formale, come spazio di non oltrepassabilità *ab extrinseco*, laddove un diritto che sia pienamente tale va definito nel suo contenuto. Questo almeno dal momento in cui gli ordinamenti hanno intrapreso ad occuparsi della vita materiale, per la quale i diritti in senso formale risultano inadeguati perché il buco nero nel quale consistono significa una abdicazione rispetto alla realtà che essi oramai si dicono orientati a cogliere.

²⁸⁶ Richiamato da C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Iustitia*, 2012, p. 61 ss.

²⁸⁷ Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Corriere giur.*, 12/2007, p. 1676 ss., con nota di E. CALO', *La Cassazione “vara” il testamento biologico*, p. 1686 ss,

insoddisfatto di una disciplina esistente, ne trae un significato restrittivo collocando fuori da essa il caso da risolvere.

L'unica regola invocabile in proposito, infatti, l'art. 5 c.c.²⁸⁸ risulta recessiva di fronte alla situazione attuale, nella quale la possibilità di dire no alla vita è andata avanti con lo sviluppo tecnologico e può reputarsi ignota al legislatore del 1942.

In assenza allora di una legge ordinaria che disciplini la materia²⁸⁹, l'autorità giudiziaria può dirsi investita di un potere decisorio conferitole direttamente dalla Costituzione e che, ove essa avesse avuto l'accortezza di metterlo in luce e di esercitarlo, avrebbe evitato il giudizio sul conflitto di attribuzione che invece ne è conseguito²⁹⁰.

Ricordiamo, infatti, che dal 1999 al 2007 si sono succedute ben otto pronunce giurisdizionali nel corso delle quali il padre di Eluana Englaro (in stato vegetativo dal 1992 a seguito di un incidente stradale), e tutore della stessa, si è vista rigettare la richiesta di interruzione del trattamento sanitario di alimentazione ed idratazione artificiale che teneva in vita la stessa²⁹¹.

²⁸⁸ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 108 ss.

²⁸⁹ Anche P. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare*, cit., p. 89 ss., rileva una lacuna della legge ordinaria a riguardo dell'ipotesi in cui la decisione circa il fine vita riguarda un soggetto incapace. È corretto affermare che l'art. 32, co. 2 cost. «non è sufficiente per fondare un diritto soggettivo come pretesa immediatamente giustiziabile». Ma questo conferma che la prospettiva che muove dall'art. 32, in materia di fine vita non è quella giusta.

²⁹⁰ da Corte cost. 8-10-2008, n. 334, ord. Alla Cassazione, così come a coloro che ancorano l'autodeterminazione circa il fine vita all'art. 32 cost., sembra sfuggire che tale norma non prevede alcun potere dell'autorità giudiziaria in materia di scelte terapeutiche, onde questa autoattribuzione di un potere che la norma stessa non prevede, avrebbe dovuto essere sufficiente spiegazione del conflitto di attribuzione. Secondo F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., p. 125 ss., tale conflitto trova radice nella rilevanza attribuita dalla Cassazione, la quale si sarebbe con questo sostituita al legislatore, alla volontà ipotetica della degente.

²⁹¹ In prima istanza, la richiesta che il sig. Englaro formulò ex art. 732 c.p.c. al Tribunale di Lecco fu rigettata per il contrasto della stessa ai principi fondamentali dell'ordinamento ed adducendo che l'art. 2 Cost. tutela il diritto alla vita come il primo fra tutti i diritti inviolabili dell'uomo (cfr. Decreto Trib. Lecco, 2 marzo 1999, in *Bioetica*, 2000, n.1, p. 83 ss). Nel successivo giudizio, la Corte di Appello di Milano riconosce al padre – tutore il potere di esprimere il consenso o il rifiuto dei trattamenti medici, ma considerato ancora aperto il dibattito in ambito medico e giuridico sulla natura degli atti di alimentazione ed idratazione – se si tratti di atti medici (considerabili alla stregua di un vero e proprio accanimento terapeutico) ovvero atti di cura (e quindi sempre doverosi) – e pertanto rigetta ancora la domanda (cfr. Decreto della Corte di Appello di Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro It.*, 2000, n.2, p. 2022 ss.; con note di G. PONZARELLI, *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico*, e A. SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo "stato vegetativo persistente"*). Nel terzo provvedimento giurisdizionale il Tribunale di Lecco richiama ancora una volta il principio della totale difesa della vita umana e la legge n. 578/1993 che identifica la morte con la «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo», di conseguenza, il paziente in stato vegetativo permanente, pur non avendo alcuna possibilità di recuperare la vita cognitiva, non è clinicamente morto, presentando ancora alcune funzioni vitali (cfr. Decreto Trib. Lecco, 20 luglio

Il provvedimento giurisdizionale conclusivo di tale lungo e complesso *iter* è stato pronunciato dalla Corte di Cassazione n. 21748 del 2007²⁹² il quale, rispondendo a tutti i nodi giuridici emersi dai sette provvedimenti che lo avevano preceduto, ha, da un lato, escluso che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino naso-gastrico costituissero in sé una forma di accanimento terapeutico, pur essendo indubbiamente un trattamento sanitario; dall'altro ha, però, stabilito che il giudice può, su istanza del tutore autorizzarne l'interruzione purché ricorrano due circostanze concrete: la prima è che lo stato vegetativo del paziente sia irreversibile, senza alcuna possibilità, pur minima, secondo *standard* scientifici internazionalmente riconosciuti, di recupero della coscienza e della capacità di percezione; la seconda è che sia univocamente accertato che, sulla base di elementi di prova chiari, tratti dalle precedenti dichiarazioni del paziente, dal suo vissuto, dalla sua personalità e dai suoi convincimenti etici, religiosi, culturali e

2002, *Bioetica*, 2004, n.1, p. 85 ss. con nota di S. FUCCI, *I diritti di Eluana: prime riflessioni*). La seconda pronuncia sul punto della Corte di Appello di Milano sostiene, questa volta, l'inutilizzabilità diretta del principio di autodeterminazione del paziente in stato vegetativo permanente pur riconoscendo la sussistenza nel nostro ordinamento di un diritto di autodeterminazione del soggetto incapace in ordine ai trattamenti medici esercitabile attraverso l'anticipata redazione del "testamento biologico" (cfr. Decreto della Corte di Appello di Milano, 18 dicembre 2003, in *Famila*, 2004, n.6, p. 1167 ss. con nota di G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*). Segue l'ordinanza della Corte di Cassazione in cui si afferma, invece, che l'ordinamento non attribuisce al tutore un generale potere di rappresentanza con riferimento ai c.d. atti personalissimi, per i quali occorre che sia nominato un curatore speciale, potendosi configurare un potenziale conflitto di interessi tra le valutazioni del padre – tutore e l'interdetta (cfr. Ordinanza della Corte di Cass. 20 aprile 2005, in *Il Corr. Giur.*, 2005, n. 6, p. 788 ss., con nota di E. CALO', *Richiesta di sospensione dell'alimentazione a persona in stato vegetativo: la Cassazione decide di non decidere*), ma il Tribunale di Lecco chiamato a pronunciarsi nuovamente sul caso in questione, rileva che né il tutore né il curatore speciale possono domandare l'interruzione del trattamento di alimentazione e di idratazione artificiale del soggetto incapace di intendere e di volere in quanto non legittimati a far valere in giudizio scelte relative ai c.d. atti personalissimi (cfr. Decreto del Tribunale di Lecco, 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 5, p. 473 ss. con nota di A. SANTOSUOSSO, G. B. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*). Con un'ulteriore provvedimento della Corte di Appello di Milano ritiene – dopo aver riconosciuto il diritto del tutore del curatore speciale di chiedere al giudice la sospensione delle cure salva vita – che l'interruzione del trattamento di alimentazione e di idratazione artificiale configurerebbe un atto di eutanasia indiretta omissiva e che, le generiche dichiarazioni di Eluana Englaro, in relazione fatti accaduti ad altre persone, vittime di incidenti, testimoniate da tre sue amiche e contrarie allo stato cui è costretta, non hanno il valore di una personale consapevole ed attuale determinazione volitiva maturata con assoluta cognizione di causa della sua condizione presente poiché rese in uno stato di forte emotività e non in attualità di malattia (cfr. Decreto della Corte di Appello di Milano, 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, n.2, p. 57, con nota di G. CASABURI, *L'infondatezza del provvedimento d'urgenza per l'interruzione del trattamento di alimentazione artificiale di persona in stato vegetativo persistente*).

²⁹² La stessa sentenza n. 21748 del 2007 è contenuta anche in *Dir. fam. pers.* 2008, p. 109 ss., con nota critica di F. GAZZONI, *Sancho Panza*, cit., p. 115 ss.

filosofici, questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento²⁹³.

Per la prima volta si affronta, dunque, in sede civile, la questione dell'ammissibilità dell'interruzione volontaria della vita del malato, poiché si richiede, in sostanza, di giudicare sull'esistenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di un diritto soggettivo alla dolce morte che sia esercitabile dal tutore in nome del malato incosciente, incapace di prestare il proprio consenso informato²⁹⁴.

La decisione della Corte, pur apprezzabile per il suo carattere innovativo, non si sottrae a rilievi critici.

Di certo, non è stata coerente la Cassazione quando, dopo avere affermato che «*il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace [...] non trasferisce sul tutore un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e completa incoscienza*» (n. 7.3), e dopo avere continuato che «*al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino naso gastrico [...] che in sé non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta piuttosto, un presidio proporzionato*», ha ritenuto che «*l'intervento del giudice [...] si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore*».

L'incoerenza è doppia, in primo luogo perché la Corte, nel momento in cui autorizza il tutore stesso al distacco del sondino naso-gastrico, finisce con l'attribuire al tutore un potere che in principio gli ha negato; in secondo luogo perché essa fa ciò dopo avere detto che il sondino non costituisce accanimento terapeutico e anzi è presidio proporzionato. Tutto questo in una cornice nella quale la decisione circa il distacco viene erroneamente riferita al diritto alla salute mentre riguarda il diritto alla vita.

Evidentemente i Supremi giudici hanno preferito l'incoerenza all'esercizio diretto ed esplicito del potere loro conferito dalla Costituzione, scegliendo il doppio schermo della volontà del tutore e della volontà presunta della paziente, ricavata dal «*suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona*».

²⁹³ M. DELLI CARRI, *Il problema del rifiuto delle cure "salva vita" e l'ammissibilità del testamento biologico*, in *Vita not.*, 2009, n. 1, p. 193 ss.

²⁹⁴ A tale riguardo, G. CASSANO, *L'eutanasia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, n. 2 – 3, p. 637 ss. Inoltre deve sottolinearsi come sia recentissima la notizia (13 aprile 2013) di un magistrato calabrese, Pietro D'Amico che aveva deciso di sottoporsi al suicidio assistito in piena lucidità scegliendo a tale scopo la struttura sanitaria in Svizzera, in una clinica della città di Basilea, dove poi è morto. http://www.ansa.it/web/notizie/rubriche/cronaca/2013/04/13/Suicidio-assistito-Svizzera-ex-magistrato-Calabria-_8546151.html

In tal modo la Suprema Corte, in assenza di una norma di legge e senza neanche l'intervento della Corte costituzionale, ha esteso il potere di rappresentanza degli incapaci al diritto personalissimo alla vita²⁹⁵.

Inoltre, il meccanismo della sostituzione nell'ambito delle scelte riguardanti la salute sarebbe unicamente ispirato dall'esigenza di preservare e tutelare l'integrità fisica dei soggetti che non siano in grado di provvedere a sé stessi;²⁹⁶ a tale proposito, non mancano le osservazioni di chi ritiene che, in assenza di una chiara previsione legislativa in materia, il potere di compiere scelte relative alla fine della vita non possa competere a soggetti diversi dall'interessato²⁹⁷.

Dovendosi aggiungere, nel merito, che la Cassazione, nel momento in cui ha inteso fare da sé, avrebbe dovuto assumere in proprio il metro della «*dignità della persona*»²⁹⁸, che costituisce il nucleo del principio personalistico su cui si fonda l'intera Costituzione, e valutare se nel caso concreto l'alimentazione naso-gastrica potesse riputarsi in contrasto con esso.

Il secondo nodo della critica alla Suprema corte riguarda il luogo normativo intorno al quale essa ha elaborato la sua decisione: l'art. 32 cost.

Tale norma, come già evidenziato, non può ritenersi direttamente applicabile alle decisioni di fine vita²⁹⁹, sia perché la questione non era quella dei trattamenti sanitari obbligatori, sia perché ad essere in gioco non era la salute ma il diritto alla vita.

Della dignità comunque è funzione il rispetto della persona umana, che l'art. 32 co. 2 Cost. prevede come limite riferibile ad ogni specie di trattamento sanitario. Pur partendo dall'art. 32, la previsione di tale limite e l'assenza di un potere diverso da quello del titolare avrebbe dovuto indurre la Cassazione a negare la c.d. autorizzazione, in corollario della sua stessa affermazione che il

²⁹⁵ Sugli aspetti di metodo e le implicazioni di sistema della pronuncia della Cassazione, v. C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e dir. priv.*, , 2010, p. 487 ss.

²⁹⁶ Siffatto ruolo di garanzia spettante al rappresentante legale si manifesterebbe chiaramente in alcune disposizioni, prima tra tutte l'art. 6 della Convenzione di Oviedo ove si sancisce che nessun intervento può essere effettuato su una persona incapace, se non per un "beneficio diretto" della stessa; dal combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., che assegna al tutore la "cura della persona" del tutelato e da cui, secondo la giurisprudenza, deriva la preordinazione dell'ufficio del tutore alla salvaguardia, e non alla soppressione dell'assistito.

²⁹⁷ M. DELLI CARRI, *Il problema del rifiuto delle cure "salva vita" e l'ammissibilità del testamento biologico*, cit., p. 195 ss.

²⁹⁸ *Contra*: G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, p. 198 ss., il quale per evitare che la dignità diventi tramite di un obbligo dell'individuo di rispettare la propria umanità, finisce con l'assorbire la dignità nell'autodeterminazione.

²⁹⁹ Anche quando si condivide l'idea di F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 70 ss., secondo cui «*il diritto alla salute presenta la stessa struttura del diritto di libertà personale*».

sondino naso-gastrico non costituisce accanimento terapeutico e nella specie doveva ritenersi presidio proporzionato.

La mancanza di una volontà reale della paziente ha caricato l'autorizzazione al distacco del significato di pura e semplice attribuzione al tutore del «*compito di completare (l') identità complessiva della vita del paziente*»³⁰⁰: attribuzione invero taumaturgica, che si è tradotta in quel potere di disporre della vita della persona in stato di assoluta incapacità, che in principio³⁰¹ era stata negata.

Dunque, sotto le specie di una autodeterminazione virtuale, in quanto nel caso concreto impossibile, si è giunti all'eterodeterminazione, la quale non trova alcuna giustificazione.

Ci si avvede allora che autodeterminazione, al di là di ciò che è in grado di significare e che ci si è sforzati di capire in questa sede, è una delle parole magiche che di quando in quando ricorrono per rappresentare un problema o la sua soluzione; e che finiscono con l'essere usate anche quando ciò che con esse si descrive è il suo contrario³⁰².

Questo paradosso è unicamente spiegabile come manifestazione del limite estremo cui può giungere la visione di un valore in chiave esclusiva e preclusiva di ogni altro, la sua assolutizzazione³⁰³.

4. Segue: l'esigenza di un bilanciamento tra principi e valori.

L'autodeterminazione, tuttavia, può essere tenuta in considerazione senza obliterare altri valori che pure affiorano altrettanto decisamente dalla Carta

³⁰⁰ Cass. 16-10-2007, n. 21748 cit., n. 7.5. Nella successiva Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 2, p. 376 ss. riguardante un caso di trasfusioni di sangue senza il consenso del paziente, testimone di Geova, la Suprema corte ha affermato, in maniera specularmente opposta a Cass. n. 16-10-2007 n. 21748, cit., che un rifiuto a priori di trattamento terapeutico, non sostenuto da adeguata informazione la quale soltanto rende serio il consenso, non può ritenersi validamente prestato, occorrendo una manifestazione di volontà attuale, dello stesso paziente o di persona da esso nominata *ad hoc*. Questo vero e proprio contrasto giurisprudenziale (cfr. T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, p. 105 ss.), si può spiegare soltanto alla luce della considerazione sostanziale che nel caso della trasfusione rifiutata il soggetto non intende morire onde l'argomentare dei giudici è stato orientato a tale esito. È un chiaro esempio di argomentazione orientata alle conseguenze, come ce l'ha insegnata L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 115 ss.

³⁰¹ Cass. 16-10-2007, n. 21748 cit., n. 7.3.

³⁰² C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 04, p. 1049 ss.

³⁰³ Secondo la rilevazione che ne ha fatta A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona cit.*, p. 9 ss., a proposito dell'autonomia privata.

costituzionale, la quale funge da fonte di accertamento dei valori ai quali si deve dire che il nostro ordinamento riserva ossequio.

Un'autodeterminazione che si contrapponga al diritto alla vita, che pure indubitabilmente sottende tutti i diritti³⁰⁴ costituzionalmente tutelati, non appare pienamente coerente con il sistema all'interno del quale si inserisce.

Se esistono diritti inviolabili, e tale è l'espressione dell'art. 2 Cost., come può non essere inviolabile la vita che ne costituisce il necessario presupposto?

Ed è possibile pensare che tale inviolabilità sia dovuta soltanto dagli altri mentre per il titolare essa è affatto disponibile?

Se la risposta a queste domande è negativa, come dobbiamo ritenere, assumere un'autodeterminazione assolutizzata diventa contraddittorio e ragionevole appare l'idea di conciliare l'autodeterminazione con la vita, rendendo a ciascuna la misura sua propria. Evitare lo scontro irredimibile dei valori o la tirannia di uno di essi si può soltanto in quanto si determini lo spazio proprio di ciascuno, cosa che ne implica la reciproca delimitazione: precisamente come accade tra i diritti di cui è intessuta la società, i quali per affermarsi senza entrare in conflitto e per persistere nella loro pluralità necessaria hanno bisogno di una continua *actio finium regundorum*³⁰⁵.

Nel caso dei diritti circa la propria persona, la mancanza di limiti che un'autodeterminazione assolutizzata farebbe ipotizzare, è smentita dall'art. 5 c.c. e dalle altre norme³⁰⁶ che l'ordinamento è venuto adottando in funzione di eccezione al divieto degli atti di disposizione con esiti di mutilazione, le quali confermano la persistenza del divieto generale.

Ciò sembra confermato dalla considerazione che, ove pure in corollario del principio personalistico si affermi la libertà di disporre del proprio corpo, questo non significa eliminazione del divieto di disposizione che abbia esiti definitivamente lesivi.

Sul terreno dell'autodeterminazione giuridica, l'ordinamento deve allora reperire il surrogato della regola morale, in base alla quale la vita è un fine in sé.

Se l'autodeterminazione è potere di disporre di sé in quell'area individuata tra indisponibilità (art. 5 c.c.) e non divieto di suicidio, tale surrogato trova il correlato nell'idea di responsabilità, che è categoria di sanzione della libertà: una

³⁰⁴ Il c.d. *Urrecht*, il diritto soggettivo originario, come lo chiama Savigny, *System* cit., § 53.

³⁰⁵ G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di Iudica - Zatti, Milano, 2006, p. 8 ss.

³⁰⁶ V. per tutti, C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, p. 38 ss. Contrastano però con l'origine della norma codicistica e con la successiva adozione di regole speciali la negazione che la prima contenga una norma generale e l'affermazione che essa sia da ritenere piuttosto una norma di chiusura (*ibidem*, p. 93 ss.), nonostante il necessario reinquadramento nelle norme costituzionali.

responsabilità che se non si può tradurre in pena né in risarcimento perché di essa soggetto attivo e soggetto passivo coincidono, diventa autoresponsabilità come parametro di valutazione di un potere correttamente esercitato; e il rapporto tra libertà e responsabilità è connotato nel senso della conformità: tanto minore è la responsabilità quanto minore è lo spazio di libertà³⁰⁷.

Questo principio dovrebbe presiedere all'attività legislativa, per la quale la regola deve essere espressione della relazione migliore tra il fatto da qualificare e il valore alla luce del quale essa intende essere qualificazione; e diventa criterio per il giudice quando è al potere di quest'ultimo che si debba fare capo per autorizzare o impedire una certa azione.

Se è vero che uno degli equivoci che aleggiano intorno alla questione del fine vita è che quest'ultima possa essere risolta senza alcun riferimento ad una morale, è pur vero che la pretesa neutralità assiologica del diritto è risultata più una velleità di stampo scienziata³⁰⁸.

Attualmente, infatti, preoccupa il rilievo che nel rapporto etica-scienza, è presente una sorta di superficialità nel momento valutativo. La superficialità è tale che non si indica mai in che modo ed in quale fase l'etica debba intervenire sulla scienza, cioè se debba intervenire nella fase della costruzione oppure nella fase applicativa, o in entrambe. Il divario tra progresso morale e progresso scientifico, inoltre, non consente ad un'etica condivisa da tutti o dalla maggioranza di informare dei suoi principi la comunità scientifica, per cui oggi, pochi, ma bene organizzati, operatori scientifici, non sempre muniti di senso di responsabilità nei confronti dell'uomo, della specie umana e della natura, propongono l'applicazione di nuovi contributi scientifici che espongono a pericolo di danni irreversibili l'uomo e la natura³⁰⁹.

Con ciò non si vuol dire che si debba vincolare la libertà degli operatori scientifici, ma che debba darsi maggiore prevalenza al "principio di precauzione"³¹⁰, ossia a quell'atteggiamento di prudenza da adottarsi, specialmente, verso situazioni di pericolo o di danni generalizzati ed irreversibili.

³⁰⁷ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., p. 1053 ss.

³⁰⁸ Sul rapporto tra diritto e morale, si veda, F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in onore di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, p. 667 ss.; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2003, p. 1 ss.; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1994, p. 301 ss.

³⁰⁹ A. TARANTINO, *Natura umana e libertà in bioetica*, Napoli, 2011, p. 123 ss.

³¹⁰ Le premesse teoriche del principio di precauzione vanno ricercate nella dottrina tedesca degli anni Settanta in tema di tutela dell'ambiente. Per informazioni comparatistiche vedesi L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; ID. *Il diritto internazionale comunitario della bioetica*, Torino, 2006; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008, 2° Ed.

Ad esso di è fatto ricorso fin dal 1984 in tema ambientale, poi si è esteso gradualmente alle risorse naturali fino a vedere riconosciuta una consacrazione universale nella Dichiarazione di Rio De Janeiro, nella quale si parla esplicitamente di “*metodo precauzionale*”³¹¹. Ma, solo nel 1994, con l’Accordo sull’applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo SPS), si fa riferimento al metodo precauzionale in materia sanitaria e fitosanitaria e, più di recente, una Raccomandazione del Consiglio d’Europa³¹² ha ribadito l’uso del metodo precauzionale relativamente alla problematica degli xenotrapianti, la quale ha una prevalente natura etica che riguarda l’identità e la dignità della persona umana³¹³.

Nonostante, dunque, la vigenza di tale principio, sembrano prevalere le posizioni assunte dalle correnti positivistiche, da un lato, e giusnaturalistiche, dall’altro. Le prime hanno alimentato la c.d. teoria della separazione (tra diritto e morale, ovviamente), le seconde quelle della divisione. Ne è prova il fatto che, nonostante la rigosità delle teorie scientifiche, i giuspositivisti non negano l’influenza di alcuni valori, anche se pochi, nella formazione delle leggi, ed alcuni giusnaturalismi hanno fatto proprio il metodo matematico³¹⁴.

Circa quaranta anni fa autorevole dottrina, sulla questione, sosteneva che: <<*l giuristi contemporanei sembrano avere una concezione puramente strumentale del diritto e smarrire, di conseguenza, il senso del diritto come valore. E’ probabilmente proprio per questo che essi oscillano tra la tesi della separazione (posto che per essi i termine morale è sinonimo di “assiologico”) e quella della subordinazione del diritto alla morale (dato che in questo caso, una siffatta subordinazione appare come l’unico modo per salvare l’esigenza assiologia straripante da tutti i lati)*>>³¹⁵.

In verità, teorizzare la separazione tra diritto e morale appare come inadeguata ed incoerente rispetto alla realtà.

³¹¹ Per tutti si veda S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, III, 1992, p. 58 ss.

³¹² Raccomandazione del Consiglio d’Europa 19 giugno 2003, n. 10, in http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/76289.pdf

³¹³ A. TARANTINO, *Natura umana e libertà in bioetica*, cit., p. 121 ss.

³¹⁴ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, p. 39 riconosce l’esistenza di valori assoluti, status che <<*compete a pochissimi diritti dell’uomo, vevoli in tutte le situazioni e per tutti gli uomini senza distinzione*>>

³¹⁵ E. OPOCHER, *Diritto e morale nella scienza giuridica contemporanea*, in *Rapporto tra diritto e morale nella scienza giuridica contemporanea – Il problema della partecipazione politica nella società industriale*, in *Atti del VIII Congresso Nazionale di filosofia del diritto*, Padova, 2-4- ottobre 1969, a cura di R. Orecchia, Milano, 1971 p. 21 ss.

Taluno, al più, parlava di distinzione delle stesse per indicare come una parte del diritto, ossia il suo fondamento, sia proprio la morale, che è espressione della natura razionale dell'uomo³¹⁶.

Pertanto, ritornando alla questione dell'autodeterminazione, deve osservarsi come sia la stessa morale ad imporre la tutela della vita in via primaria, ed al contempo il rispetto della libertà di autodeterminazione, entrambi valori costituzionalmente tutelati.

Da ciò consegue che l'uno non può ignorare l'altro, sicché, quando ne ricorrano i presupposti, tali valori devono necessariamente entrare in quel contesto che si chiama "*bilanciamento*"³¹⁷.

In realtà il rifiuto della c.d. *tirannia dei valori* è un corollario della negazione della loro trascendenza. In quanto ugualmente mondani, nessuno di essi può aspirare alla singolarità dell'Assoluto, la quale sarebbe contraddittorio appannaggio di una trascendenza negata in linea di principio.

Da questo punto di vista emerge come, da un lato, risolvere la questione del fine vita alla stregua dell'autodeterminazione assunta a unico valore possa risultare unilaterale e arbitrario; dall'altro, la rimessione al giudice quando ricorra il rischio di tale unilateralità sia il tramite mediante il quale il bilanciamento che abbiamo detto necessario unicamente può realizzarsi.

Questo accadrà ogni volta che possa ricorrere il dubbio circa l'idoneità del soggetto a decidere da sé, dubbio dal quale possa derivare per il medico l'incertezza circa la conformità dell'atto medico che ne seguirebbe, alle norme e agli obblighi professionali, secondo l'art. 4 della Convenzione di Oviedo³¹⁸.

Ed invero dal punto di vista dell'autodeterminazione in ipotesi del genere, poiché non è lo stesso titolare del diritto a poter decidere, sarebbe iniquo non corrispondente alla realtà un'attribuzione di senso a un'autodeterminazione che non c'è. Se è concepibile che l'io costituisca l'orizzonte di riferimento di colui che decide circa il proprio, esso non può esserlo per definizione per chi decida per altri, il quale avrà anzitutto come orizzonte di riferimento il proprio io e quindi non potrà essere soggetto di una autodeterminazione della quale non sia il titolare.

Fermo restando, allora, che il soggetto in grado di decidere deve essere rispettato nella sua determinazione circa sé, la quale nei confronti di colui o coloro che apprestano le cure significa revoca della precedente accettazione, ogni volta

³¹⁶ A. TARANTINO, *Natura umana e libertà in bioetica*, cit., p. 217 ss.

³¹⁷ Cfr. F. MODUGNO, *I nuovi diritti*, cit., il quale considera il bilanciamento con la preoccupazione di fissare il limite opposto, che è quello oltre il quale il valore risulti neutralizzato.

³¹⁸ Conformità opportunamente richiamata da A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, cit., p. 280 ss., come limite al consenso puro, di cui all'art. 5 della medesima Convenzione.

che tale revoca si verifichi, il medico che debba dare esecuzione a tale volontà, ove non la ritenga seria o conforme al criterio di adeguatezza rispetto alla situazione, potrà rimettere la questione al giudice *ex art. 13 Cost.*

Analogamente, nel caso in cui il soggetto non sia più in grado di manifestare la propria volontà e altri chiedano, in luogo di lui, che si cessino gli apprestamenti in grado di tenere in vita il paziente.

Da un lato, infatti, starebbe un'autodeterminazione ritenuta non autentica, o che addirittura non c'è; dall'altra la posizione di chi «*oggi (non) può essere obbligato ex lege a compiere le operazioni materiali necessarie per interrompere il trattamento sanitario in corso al posto dell'interessato impossibilitato a compierlo*»³¹⁹.

5. I più recenti approdi giurisprudenziali in tema di lesione del diritto di autodeterminarsi.

Fin qui, si è tentato di indagare i contenuti dell'autodeterminazione con la sguardo teso a comprenderne natura e portata.

A questo punto, però, pare opportuno mutare ambito prospettico per rispondere ad un diverso ma altrettanto affascinante quesito: che tutela giuridica riceve oggi tale principio nel nostro ordinamento?

Rientra in una qualche voce di danno? E se sì, in quale?

Qual è il rapporto tra danno da lesione del diritto di autodeterminarsi e danno alla salute o danno biologico?

Appare dunque interessante, a questo punto, se non forse, indispensabile verificare quali sono stati i più recenti interventi giurisprudenziali in tema di lesione del diritto di autodeterminarsi nell'ambito delle decisioni di fine vita.

Volendo sintetizzare i passaggi chiave che si sono appresi pare innanzi tutto doversi affermare con una certa certezza che il diritto di autodeterminazione è un diritto diverso dal "*diritto alla salute*"³²⁰.

³¹⁹ P. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario cit.*, p. 93 ss.

³²⁰ Cfr. Cass. 9 febbraio 2010, 2847, con comm. Di M. GORGONI, in *Resp.civ e prev.*, 2010, p. 1014 ss. osserva la Corte come esso rappresenta "*ad un tempo una forma di rispetto per la libertà dell'individuo ed un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diversi possibilità di trattamento medico, ma altresì, di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della*

La lesione del diritto di autodeterminazione può configurarsi, infatti, anche in assenza di violazione del diritto alla salute, come accade, ad esempio, nell'ipotesi in cui venga svolto un intervento con esito assolutamente positivo³²¹, ma in assenza di consenso. Tale violazione della volontà di autodeterminarsi può assumere rilievo ai fini risarcitori *“quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale di autodeterminarsi”*³²².

Tra queste ipotesi va ricompresa, ad esempio, il caso di pregiudizio che il paziente avrebbe preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere, rifiutando, ad esempio, una trasfusione di sangue, un trattamento comportante acuto o cronico dolore fisico o un intervento che abbia salvaguardato la salute in un campo a discapito di un secondario pregiudizio sotto altro pure apprezzabile aspetto. Altra ipotesi può essere quella di turbamento o sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, per questo, difficilmente accettate³²³.

L'autonomia del diritto all'autodeterminazione, *“in sé stesso considerato”*, è dunque declamata con forza, così come ferma appare la conclusione sul fronte della lesione: ne è predicabile l'esistenza anche qualora l'atto medico abbia avuto, nella sua componente tecnico-esecutiva, esito totalmente positivo³²⁴.

Dunque la configurabilità di una diversa terapeutica verso la quale il paziente si sarebbe potuto indirizzare, ove correttamente informato, va presa in

sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali, e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”

³²¹ Sempre Cass. 9 febbraio 2010, 2847, cit., fa notare come quando si parla di *“esito positivo”* si fa riferimento all'ipotesi di trattamento sanitario correttamente eseguito, nella prospettiva della salute tradizionale, della salute *standard*; l' *“esito positivo”* dell'atto medico non implica, dunque, la soddisfazione del malato il quale può, ad esempio, rimanere indifferente alla qualità esecutiva della prestazione medica, sia perché non ne è derivato benessere per il corpo, vuoi perché il suo interesse non risiede nel corpo. Ma mentre la prima evenienza rimane a carico del malato, che non può addossare al medico il mancato raggiungimento del risultato atteso se non configurandone l'adempimento e, dunque, la colpa secondo la tradizionale prospettiva dell'obbligazione di mezzi, la seconda si presta ad essere tradotta in termini di responsabilità a condizione che si ammetta la rilevanza di altri interessi in capo al paziente al di là della cura del suo corpo e che si ravvisano, di conseguenza, nella prestazione medica, contenuti di maggiore complessità rispetto alla sola cura del corpo. In questa prospettiva ben può ipotizzarsi che un atto medico correttamente eseguito e, dunque, perfettamente riuscito, se inteso nella sua dimensione ristretta, sia lesivo di altri valori che esso pur doveva preservare (nella sua dimensione allargata)

³²² Cass. 9 febbraio 2010, 2847, cit, p. 1010 ss.

³²³ Cass. 9 febbraio 2010, 2847, cit, p. 1011 ss.

³²⁴ R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 109 ss.; S. RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 37 ss.

esame, ai fini del danno, nei termini di una lesione dei valori della persona e non della salute medica.

Risulta, per altro verso, evidente che la stessa idea di danno non può concepirsi come meccanicamente limitata a definire un “effetto” , prescindendo dal contesto nel quale la prestazione medica si inserisce trovando la propria ragion d’essere.

La scelta terapeutica, infatti, presuppone sovente, la ricerca dell’opzione preferibile tra più alternative, gestite da un criterio di priorità non necessariamente indolore, nella ricerca di equilibri tra valori in gioco che, per definizione, può implicarne il sacrificio.

E’ improprio, allora, se è vero quanto fin qui osservato, parlare di danno alla salute se, una volta salva la vita del paziente, grazie all’intervento medico, residuano conseguenze pregiudizievoli di altro genere, ma preferibili, alla luce di quel bilanciamento di valori di utilità proprio di una valutazione finalizzata a conservare l’integrità fisica del soggetto malato.

Perchè all’atto medico, eseguito nel rispetto dei canoni deontologici, ma viziato sul piano del consenso, sia ascrivibile la perdita della salute del paziente è necessario utilizzare una nozione dilatata di salute, idonea a farvi rientrare altri valori della persona. Ma questo tentativo messo in opera in una certa epoca del percorso giurisprudenziale del danno biologico³²⁵ si dimostra infelice perché, pur fondato sul proposito di allargare la sfera dei valori oggetto di protezione oltre l’idea di salute medica tradizionalmente intesa, alimenta un inestinguibile equivoco reso possibile dal significato ambivalente del concetto stesso di salute e perpetuato, altresì, dalla convenienza ad avvalersi, nella stima del danno, dei consolidati criteri che presiedono alla liquidazione della sua lesione.

Per tale ragione, l’intreccio tra patologie del consenso e lesione della salute si rivela infruttuoso e soprattutto non necessario apparendo preferibile inquadrare i profili del danno alla salute nel contesto dell’errore diagnostico-esecutivo, e misurando, per contro, l’impatto della violazione del diritto ad autodeterminarsi su quei valori della persona che, pur implicando la necessaria connessione con il bene salute, non si identificano, tuttavia, con esso.

Da due premesse ineccepibili – l’integrazione della gestione della salute nel diritto fondamentale ad autodeterminarsi e l’estensione dell’idea di salute all’unità della persona come corpo e mente – si cadrebbe in una conclusione logicamente infondata riferendo al bene salute, nel suo aspetto mentale o sociale, la lesione dei

³²⁵ Massimamente a ridosso tra gli anni ’80 e ’90 con il proposito di evitare le strette imposte, al tempo, dall’art. 2059 c.c. ; doveroso il rinvio a G. ALPA, *Il danno biologico*, seconda ed., Padova, 1993, p. 44 ss.

beni percepiti dal soggetto come fondamenti della propria persona, come la libertà o l'identità³²⁶.

L'offesa al bene salute non è, dunque, l'evento dannoso della violazione delle regole in tema di consenso: l'aggravamento delle condizioni di salute del paziente o la comparsa di una qualche patologia o disturbo in esito al trattamento medico non possono dirsi cagionati dall'atto terapeutico ove questo sia corretto e giustificabile sul piano deontologico; possono, ciò nonostante, entrare nel processo causativo del danno che è tuttavia altro³²⁷.

6. Consenso viziato e tutela dell'autodeterminazione. L'autodeterminazione come diritto strumentale.

Altro profilo critico proprio della fattispecie in cui alla violazione delle regole sul consenso si accompagna la verifica di un danno all'integrità fisica del malato è quello legato all'accertamento delle condizioni che legittimano il risarcimento del danno.

Generalmente lo schema prevalente è quello modellato sul principio della *conditio sine qua non*: poiché, si osserva, solo ove il paziente non avesse acconsentito all'atto terapeutico, l'evento di danno non si sarebbe verificato, allora la mancanza di prova del fatto che, ove correntemente informato, il paziente avrebbe rifiutato l'atto, impedisce la saldatura di una catena causale tra fatto e danno e, con ciò, il presupposto del risarcimento.

È onere, dunque, per il paziente che invoca il risarcimento dimostrare che non avrebbe autorizzato l'intervento causativo del danno.

Questo schema trova ragion d'essere in un processo argomentativo che connette strettamente la lesione dell'autodeterminazione terapeutica alla tangibilità del danno, *sub specie* di lesione della salute, come appena osservato.

³²⁶ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute* (in margina al caso S. Raffaele), in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, II, p. 1 ss., ora anche in *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 243 ss.

³²⁷ La giurisprudenza civile non si pone, di norma, il problema se l'atto medico eseguito in assenza di adeguato consenso o informazione possa dirsi lesivo della salute in sé, vale a dire atto in sé invasivo del corpo altrui e, dunque, di per ciò stesso, aggressivo del bene salute; tanto è vero che di risarcimento si discute solo se, all'atto che intacca l'integrità fisica altrui, consegue l'ulteriore effetto rappresentato da un pregiudizio alla salute biologica che possa essere oggetto di accertamento medico-legale. Diversa è invece la prospettiva del diritto penale; qui l'intervento sul corpo eseguito in assenza di valido consenso integra (o può integrare) fattispecie tipiche di reato (violenza privata, lesioni colpose, omicidio) la cui ricorrenza, a differenza che nell'ottica del diritto civile, può essere condizionata dall'esito, fausto o infausto, dell'intervento stesso.

Il rifiuto dell'atto medico avrebbe impedito il consolidarsi della lesione biologica; ma poiché tale premessa è stata vanificata, a monte, dall'impossibilità per il paziente di esercitare validamente il diritto all'autodeterminazione, per fatto imputabile al sanitario, la condotta di quest'ultimo va posta all'estremo di una sequenza causale al cui capo opposto si colloca l'evento pregiudizievole per la salute.

Trasferito al di fuori di uno schema argomentativo che fonda il danno nella lesione della salute, altrimenti evitabile, il ragionamento perde di risolutezza.

In particolare, se si abbandona l'idea che il danno sia rappresentato dalla lesione del bene salute, si comprende, allora, come la dimensione dannosa della condotta medica ben possa contemplarsi anche qualora si sostenga che il paziente avrebbe, comunque, acconsentito al trattamento somministratogli.

Non è, infatti, la prestazione terapeutica il problema, quanto l'effetto dannoso che l'offesa al diritto dell'autodeterminazione può aver prodotto.

Tale offesa è concepibile indipendentemente dall'esecuzione della prestazione terapeutica, nella sua dimensione curativa.

Vien da pensare, anzitutto, ai casi nei quali il difetto di informazione abbia precluso al malato scelte di vita condizionate dalla prestazione medica ma comunque non interferenti con la decisione del paziente di sottoporvisi³²⁸.

In nessuno di questi casi, a ben vedere, la tutela risarcitoria implica necessariamente la prova che il danneggiato, se correttamente informato, avrebbe di necessità optato per una scelta diversa quanto all'esecuzione dell'atto medico; e ciò perché, l'evento dannoso non coincide con l'esito terapeutico, ma con il pregiudizio conseguente alla lesione del diritto di autodeterminarsi³²⁹.

Varianti della fattispecie ora illustrate possono rivelarsi i casi nei quali il consenso all'atto terapeutico sarebbe comunque stato dato, ma in un momento temporale diverso o sarebbe stato espresso a condizioni diverse³³⁰.

³²⁸ Per fare alcuni esempi: il malato, ove informato del rischio di perdere la capacità riproduttiva, si sarebbe sottoposto prima dell'atto medico a prelievo di gameti; la cantante lirica, se avvertita della possibilità che l'intervento alle corde vocali la privasse per sempre della voce, avrebbe portato a compimento l'incisione dell'opera in preparazione da anni; il paziente reso edotto del fatto che l'operazione alla spina dorsale implicava un concreto rischio di paralisi, avrebbe potuto ricorrere ad un adeguato supporto psicologico, così da mitigare l'immane carico di sofferenza e di dolore provocato dal drammatico sconvolgimento di vita; e così via.

³²⁹ P. CENDON, *I malati terminali ed i loro diritti*, op. cit., p. 76 ss.

³³⁰ Penso al caso del soggetto che, bisognoso di terapia antalgica, avrebbe comunque espresso il consenso alla somministrazione di farmaci antidolorifici, ma non tali da limitare la sua capacità di comprendere ciò che accade intorno a lui; cfr. S. WODOS, *Respect for persons, autonomy and palliative care*, in *Medicine, Health, Care and Philosophy*, 2005, 8, p. 243 ss..

La questione connessa alla diversa scelta che il paziente avrebbe assunto in mancanza di vizi nel processo informativo si propone in un'interessante variante, ove la si esamini dalla prospettiva della scelta che il paziente, non in condizione di manifestare un efficace consenso, avrebbe espresso, ove ne fosse stato in grado.

Il problema si pone non solo nelle vicende, di grande attualità, dei soggetti privi della capacità di intendere o volere ma anche in quelle relative ad individui che, pur non incapaci, non sono in grado di maturare un convincimento.

La risposta, per lungo tempo orientata verso l'applicato di un modello di *best interest standard* improntato a regole *standard*, sembra sempre più privilegiare una soluzione orientata al rispetto dell'identità e della dignità del paziente³³¹.

L'approdo ad una tutela piena dei valori di una persona, che si discosti dalla necessità di rinvenire un'affezione nel corpo che la legittimi e la sostenga, implica perciò il riconoscimento di beni non coincidenti con la salute, innalzando l'autodeterminazione a valore meritevole di autonoma tutela.

Una certa tendenza alla semplificazione al contenuto del diritto di autodeterminazione si coglie per il suo contenuto: l'attribuzione di una facoltà di scelta; così che, accertatane la violazione, ogni effetto ritenuto pregiudizievole che ne consegua può assurgere alla stregua di danno risarcibile³³².

Questo ragionamento è sovente all'origine delle perplessità che insorgono quando vi è lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica e che si sostanziano nel dubbio che, pur lesa il diritto, sussista un danno da risarcire.

Che, d'altronde, possa sostanzarsi un danno per il solo fatto che al paziente non sia stato consentito di esercitare nel giusto modo, il suo diritto di scegliere è assunto, in linea di principio, discutibile.

Il mancato consenso apre infatti le porte ad un possibile contenzioso che altrimenti, non avrebbe avuto forza per radicarsi.

Si determina in tal modo uno spettro di alternative che spaziano dalla rilevanza *tout court* della violazione del diritto sino alla necessità che essa si traduca nella lesione dell'integrità corporea del soggetto, con fluttuazioni intermedie che danno, soprattutto, risalto alle fattispecie nelle quali più evidente

³³¹ Il rinvio, nel nostro sistema, è anzitutto al caso Englaro: anche in altri sistemi, come quell' nord-americano, ove lo strumento utilizzato è il c.d. *SJS (substituted judgment standard)*, il tema appare al centro dell'attenzione; qui si evidenziano come problematiche le questioni attinenti al rapporto tra ciò che il paziente avrebbe ritenuto, ove fosse stato in grado di scegliere e ciò che egli avrebbe concretamente deciso: cfr. L.BROSTOM, M. JOHANSSON, M.K. NIELSEN, *"What the patient would have decided": A fundamental problem with the substituted judgment standard*, in *Medicine, Health, Care and Philosophy*, 2007, 10, p. 265 ss.

³³² È recente, ad esempio, la decisione (Cass., 4 gennaio 2010, n.13 cit.) che ha risarcito, come esistenziale, il danno da *"rovesciamenti dell'agenda"* subiti dalla madre a seguito della nascita, non consapevolmente scelta, del figlio malformato.

si dimostra l'impatto della violazione del diritto ad autodeterminarsi su valori estranei alla salute in sé; si pensi tra tutte, all'ipotesi del consenso viziato che incida sulle scelte religiose dell'individuo³³³.

È necessario chiedersi se dell'autodeterminazione non debba essere evidenziata la funzione strumentale di diritto al servizio di altri diritti.

Ciò vale anzitutto, proprio con riferimento alla salute, oggetto di protezione attraverso l'atto volitivo del malato che, grazie alla gestione delle opzioni terapeutiche, ne persegue la miglior tutela³³⁴; cosicché nel mentre la giurisprudenza ne predica, oggi, l'autonomia rispetto al diritto alla salute (perché valore meritevole di protezione anche quando l'integrità psico-fisica non risulti intaccata), l'autodeterminazione diviene del pari strumento di protezione della salute nella dimensione di status della persona, comprensivo ed espressivo di una condizione di benessere che consente all'individuo di manifestare sé all'esterno.

Questa prospettiva risulta adeguata sul piano del sentire sociale perché proprio muovendo dalla premessa per cui la scelta terapeutica individualmente esercitata, tutela valori della persona propri di ciascun individuo si può ammettere che essa non debba di necessità essere volta alla tutela dell'integrità corporea del paziente, cui il medico, in assenza di diversa scelta, deve altrimenti orientare il proprio agire³³⁵.

Nel contempo essa risulta appropriata anche sul piano del rapporto tra violazione e danno, non implicando la lesione del diritto di autodeterminarsi di per sé un pregiudizio se non ove ne sia dimostrata la concreta capacità di offendere uno tra i valori della persona umana.

³³³ È il caso, non infrequente, della somministrazione di sangue al testimone di Geova senza il suo consenso o contro la sua volontà: cfr. Cass., 15 settembre 2008. N. 23676, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, p.122, con nota in M. GORGONI ed in *Giust. Civ.*, 2009, p. 2403, con nota in M. ROSSETTI; Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Resp. Civ. e prev.*, 2007, p. 1881, con nota in G.FACCI.

³³⁴ La questione assume peculiare rilevanza nell'ambito del diritto pubblico ove si osserva che l'appartenenza della salute al novero dei diritti sociali determina l'esigenza di stabilire un equilibrio tra autodeterminazione del malato "e le decisioni pubbliche che delimitano e condizionano le scelte dei singoli...; appare di conseguenza un terzo implicito protagonista della scelta terapeutica, nei termini di un decisore pubblico, di un apparato cui sono affidati compiti relativi alle funzioni pubbliche in materia di sanità e di cura", in tal senso B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel servizio Sanitario*, in *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, a cura di L.CHIEFFI, Torino, 2003, p. 42 ss.; ID. (*Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di C.E. GALLO e B. PEZZINI, Milano, 1998, p.9 ss.

³³⁵ R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 117 ss.

Il diritto di autodeterminarsi si impregna di ciò che protegge ed il senso che la sua violazione acquista sul piano del danno è pari al senso che il diritto assume per colui che ne fa esercizio.

Se si muove da questa prospettiva, l'individuazione del danno che consegue alla lesione del diritto non può fondarsi (solamente) sulla consecuzione temporale tra violazione ed evento pregiudizievole, ma necessita di un collegamento qualificato che spieghi il danno in ragione del disvalore che la violazione acquisisce per il soggetto leso.

7. L'astratta configurabilità di un risarcimento per lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

La complessità del diritto all'autodeterminazione terapeutica³³⁶, colpisce anche l'aspetto risarcitorio, con riferimento al danno che possa derivare dalla sua violazione.

Si possono evidenziare a tal proposito due aspetti: il primo ha a che vedere con la dimensione dinamica dell'autodeterminazione, diritto che, come si osservava, si attiva in stretta connessione ad altri beni protetti della persona, e non quale valore fine a se stesso.

Ciò comporta che dalla sua violazione non derivano, di necessità, effetti pregiudizievoli, che neppure debbono potersi inferire in ragione di processi di presunzione automatici o fondati su finzioni.

Il secondo aspetto riguarda, di rimbalzo, le reciproche connessioni che l'autodeterminazione stabilisce tanto con il diritto alla salute che con quello all'integrità della persona.

Optando per una terapia o rifiutando un intervento rischioso si può così scegliere la via che si ritiene migliore per assicurarsi il benessere del corpo, ma non sempre, la presenza di una lesione organica associata a violazione del diritto ad autodeterminarsi legittima una pretesa di danno che abbia ad oggetto la liquidazione secondo parametri di accertamenti medico – legale di quella lesione.

³³⁶ Osserva G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, p.45 ss.: "La libertà di autodeterminazione nelle scelte inerenti alla dimensione fisica della persona discende perciò in primo luogo dal riconoscimento dei diritti inviolabili della persona, contenuto nell'art. 2 della Costituzione. La tutela integrale della persona umana che in esso si esprime implica la sua inviolabilità fisica e, ad un tempo, la sua libertà nelle scelte sociali".

Ciò può avvenire solo a condizione che il processo viziato di acquisizione del consenso si ponga come causa efficiente di quel preciso danno, secondo lo schema strutturale dell'illecito fissato dall'art. 2043 c.c.

Si è osservato, in particolare, che per il complesso intreccio tra il profilo del consenso e quello più strettamente attinente all'esecuzione della prestazione medica, non sempre è possibile configurare l'evento lesivo della salute come conseguenza risarcibile dell'atto medico: basti pensare al caso nel quale un danno alla salute organica origini da un intervento del tutto scevro da colpa professionale (nei termini della perizia).

Si dovrebbe allora spiegare perché il medico debba disporre di un evento collegato in senso naturalistico al suo operato ma a lui non giuridicamente ascrivibile per difetto di colpevolezza.

Si è osservato, poi, come più a monte, la stessa individuazione del danno alla salute risarcibile si riveli problematica, non potendo la stessa risolversi con mero processo descrittivo, in una presa d'atto di un effetto dannoso ma richiedendosi, piuttosto, che tale effetto, oggettivamente descrivibile, sia valutato nel contesto del complessivo stato di salute del paziente quale conseguito all'intervento sanitario; dovendosi, perciò, considerare anche ciò che per effetto del medesimo atto il paziente ha guadagnato o salvaguardato secondo un parametro di valutazione che in questi termini non può essere quello, standard, della scienza medica³³⁷. Cosicché, anche a voler rimanere legati all'idea che il danno consista nel pregiudizio organico stimabile con accertamento medico – legale, esso dovrebbe, ciò nonostante, rilevarsi l'effetto di un processo di valutazione tra benefici e perdite, che appare tanto più problematico quanto più il pregiudizio al bene salute derivatone risulti soverchiato dai vantaggi che l'atto terapeutico ha comportato.

Ciò giustifica la conclusione, cui si è giunti, secondo la quale il danno è correttamente – e diversamente – espresso dal *disvalore che il vizio, nella fase del consenso, ha rappresentato per la vittima*, e non dalla stima asettica e rimessa a terzi dell'invalidità biologica; il che non toglie che il danno risarcibile possa porsi in rapporto di diretta proporzionalità con la lesione organica della salute, ma non esclude neppure che possa essere totalmente sganciato per eccesso o per difetto³³⁸.

Deve, dunque, ritenersi, ove esiste lesione organica della salute, che questa possa non rappresentare il danno da risarcire.

Ugualmente denso di profili di interesse si rivela l'intreccio tra la autodeterminazione e quella dimensione della salute che, discostandosi da criteri

³³⁷ W. GIACARDI, *La responsabilità civile del medico della struttura sanitaria*, in *Diritto.it*.

³³⁸ Così R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 125 ss.

standard, esprima e rappresenti il vissuto dell'individuo, vale a dire il complesso di aspetti interiori della vita sentiti dal soggetto³³⁹.

Qui l'idea di salute si allontana da criteri oggetto di accertamento rimessi alla scienza medico – legale: l'accento posto sul benessere fisico, infatti, funge da vettore per condurre il concetto di salute fuori dall'orbita di un modello oggettivo di comparazione.

La prima conseguenza che ne discende sotto il profilo risarcitorio è l'indifferenza del danno nei riguardi della lesione organica, la quale, se pur può "attivarlo", o costituirne parte integrante, nè può risultare, del pari, totalmente estranea.

La nozione di salute intesa in senso medicale si espande, insomma, in un'idea di benessere che non ha più nel corpo, e nella sua euitmia, il proprio fulcro – spingendosi fino al diritto della malattia³⁴⁰ o ad una morte dignitosa³⁴¹ - e cattura insieme l'insieme dei valori che definiscono e creano, la concezione personale di salute; qui, per utilizzare una felice espressione, la salute si scioglie nell'identità³⁴².

Una volta sganciata la dimensione dannosa della lesione dall'aspetto dell'integrità degli organi, la violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica necessita di un diverso parametro di riferimento, nella stima del danno, che non può che ricercarsi in quel valore dell'integrità della persona, che esce sacrificato dall'impossibilità di esercitare il diritto ad autodeterminarsi in funzione dell'identità personale³⁴³.

In sintesi, dunque, la chiave dell'integrità altera gli equilibri tra lesione del diritto ad autodeterminarsi, violazione della salute organica e danno.

In prima prospettiva, infatti, la lesione dell'integrità corporea può, per sua particolare natura, non dispiegare effetti che vadano al di là della sola sfera biologica dell'individuo: si pensi ai casi in cui la lesione del diritto ad

³³⁹ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S.Raffaele)*, in *Maschere del diritto volti della vita*, cit. p. 234 ss.

³⁴⁰ P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità, ora in Maschere del diritto volti della vita*, op. cit. p. 46 ss.

³⁴¹ I cui profili problematici sono da ultimo indagati, sempre nella dimensione dell'autodeterminazione, da T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.

³⁴² P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, II, p. 403 ss.

³⁴³ R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 130 ss.

autodeterminarsi sfocia in un'offesa del corpo insignificante e modesta, tale da non incidere sui valori più intimi della persona³⁴⁴.

In una seconda prospettiva la lesione dell'integrità corporea può, invece, dispiegare effetti che vanno oltre la sfera biologica dell'individuo, rendendo, ancora una volta, improponibile l'equivalenza lesione del corpo = danno³⁴⁵.

In una terza prospettiva, infine, la lesione dell'integrità corporea può del tutto mancare, e con essa il danno biologico, ma, ciò nonostante, l'atto del medico che interviene sul corpo violando il diritto del paziente ad autodeterminarsi in modo consapevole e cosciente si può dimostrare lesivo dei valori più intimi della persona: sono assai noti, infatti, i casi di somministrazione di sangue a chi, ove consapevolmente informato, avrebbe rifiutato per motivi religiosi la trasfusione, pur necessaria a garanzia della vita.

Considerazioni non dissimili, ma forse più interessanti, si possono formulare con riferimento agli interventi di chirurgia estetica, nel senso comunemente inteso di atti di abbellimento dell'aspetto fisico che non implicano la guarigione da un'infermità.

La giurisprudenza ha a lungo reputato che tali atti fossero atipici, sostanzialmente estranei alla finalità curativa, e perciò modellando l'obbligo informativo del medico in proiezione di un risultato supposto come dovuto; ma con ciò trascurando, al di là delle facili banalizzazioni, il ruolo significativo che essi possano assumere per il benessere del paziente³⁴⁶.

Volendo, inoltre, considerare l'intera questione da un diverso angolo di osservazione, pare di potersi osservare che le connessioni innescate tra autodeterminazione ed integrità della persona, se per un verso dilatano oltre la dimensione del corpo la proiezione dei valori dell'individuo, per l'altro impongono una cautela nell'accertamento della lesione "altra" rispetto alla salute degli organi: il supporto del danno al corpo non basta infatti più e la sovrapposizione tra piano

³⁴⁴ Si pensi al medico che tace al malato che la somministrazione di una terapia farmacologica potrebbe comportare una modesta reazione allergica, poi puntualmente verificatasi, interamente regredibile nel giro di poco tempo.

³⁴⁵ Si pensi all'intervento terapeutico eseguito con modalità tecnicamente ineccepibili ma non rispettoso delle regole sul consenso: non vi è qui danno biologico in senso stretto perché non vi è colpa efficiente e perché, in ogni caso la menomazione della salute "fotografabile" in esito all'intervento va valutata non in prospettiva meramente diacronica ma alla luce di una più complessa valutazione del rapporto finale tra benefici e danni. In tal senso, vedesi P.CENDON- P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, p. 33 ss.

³⁴⁶ Da ultimo Tribunale Modena, sez. II civile, sentenza 14.06.2012 n° 947, in <http://www.altalex.com/?tag=Y&q=damno+estetico>;
Cassazione Civile, sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in http://www.percorsi.giuffre.it/psixsite/Esercitazioni/Pareri/Diritto%20civile/Responsabilit_%20civile/default.aspx?id=14968

attinente al rapporto (di cura) e piano riguardante l'esecuzione (dell'attività di cura) necessita ai fini del risarcimento di danni non biologici, della dimostrazione che una pur corretta e perita somministrazione della cura non ha pur tuttavia assolto alla più complessa finalità che la rivelazione implicava.

Il mancato approdo della vicenda risarcitoria ai comodi meccanismi di tutela del danno biologico solleva alcune questioni problematiche.

Una prima riguarda il fatto che conseguenza dannosa della violazione di un diritto (all'autodeterminazione terapeutica) sarebbe, qui, la lesione di altro diritto (all'integrità della persona).

Questa costruzione della fattispecie può fare insorgere perplessità se si ritengache il processo di liquidazione del danno implichi la sussistenza di un evento dannoso che distaccandosi dalla mera lesione dell'interesse protetto, di questa sia proiezione.

A diversa conclusione si perviene invece se, colta nel danno la dimensione pregiudizievole di un evento, che va dimostrata, si ammette, come crediamo, che il pregiudizio non di necessità debba essere un effetto ulteriore della lesione, ben potendo tradursi nel disvalore che essa intrinsecamente racchiude. Una seconda questione riguarda il profilo della prova del danno nel peculiare intreccio, che collega il piano dell'esecuzione in senso tecnico della prestazione a quello della gestione dell'informazione e dell'acquisizione del consenso del paziente alle cure.

In particolare va ricordato che una corretta esecuzione della prestazione terapeutica in senso proprio si spinge oltre il piano della mera attuazione tecnica dell'intervento medico ed investe, ancor prima, quello della sua opportunità a giustificare alla luce dei principi della deontologia professionale. Non si potrebbe ritenere diligente e conforme a perizia un intervento sanitario che, pur se bene eseguito, si rivelasse improprio ed inopportuno³⁴⁷.

Cosicché, quando il paziente – che si affermi danneggiato dalla mancata possibilità di esprimere in modo pieno ed adeguato il proprio consenso alle cure – invochi una pretesa risarcitoria che investe la lesione dei diritti coinvolgenti la propria persona non implicante una colpa esecutiva, egli deve superare il non semplice ostacolo rappresentato dal fatto che quell'intervento è, per la scienza medica, esente da censure: il che non solo vuol dire che esso appare ben eseguito ma, soprattutto, che rappresentava per il paziente, secondo criteri *standard* e alla luce della sua condizione di salute, la soluzione migliore o, quantomeno, una soluzione giusta, pur in alternativa a possibili altre.

³⁴⁷ Cass. 24 gennaio 2007, n. 1511, in *Dir. E Giust.*, 2007; Cass., 8 settembre 1998, n. 8875, in *Mass. Giust. Civ.*, 1998.

Grava allora sul danneggiato, cui fa sempre carico, anche nell'ambito delle prestazioni di natura contrattuale la prova del danno, la non agevole dimostrazione del fatto che un atto terapeutico, in astratto adeguato e corretto secondo criteri *standard* propri della scienza medica, non si è dimostrato tale nello specifico contesto e per la specifica condizione del paziente.

L'asse sul quale ruotano in senso opposto, sia il problema che la sua soluzione va individuato nell'indispensabile dialogo che deve intercorrere tra medico e paziente ed in quella "legge dell'ascolto" che interferisce con le scelte terapeutiche dal punto di vista degli obiettivi considerati auspicabili³⁴⁸. Se l'assenza del dialogo è fonte del problema, perché riduce la relazione di cura a strumento proiettato ad un benessere *standard*, la sua presenza orienta il rapporto verso la ricerca attenta di aspetti interiori di vita del malato che possono intersecarsi, a volte in modi compatibili, con lo *standard*.

Il rapporto dialogico tra medico e paziente si formalizza nei moduli sottoscritti del consenso informato ma tale normalizzazione del rapporto non è risolutiva dei profili problematici che attengono alla relazione tra le parti in gioco: lo è se l'acquisizione del consenso è momento conclusivo di un processo di formazione della decisione, che il modulo serve a documentare, non a sostituire³⁴⁹; non lo è se il processo acquisitivo del paziente assolve a finalità burocratiche o, peggio ancora, si tramuta in strumento di difesa preventiva del medico a fronte del rischio di una propria responsabilità penale o civile.

8. I contenuti della nuova "alleanza terapeutica".

Proprio sul rapporto medico-paziente occorre osservare che esso è significativamente mutato nel corso degli ultimi decenni, accrescendosi di una serie di contenuti che hanno decretato un riequilibrio tra i protagonisti³⁵⁰.

Tradizionalmente il paziente era concepito come mero soggetto destinatario – e, per tale motivo, in una posizione di vera e propria "soggezione" – di scelte di stretta competenza del sanitario; l'asimmetria di posizione esistente tra le parti del rapporto, dovuta all'assenza di qualsiasi cognizione dell'*ars* medica in capo al paziente e all'impatto emozionale che la malattia provoca in ogni individuo, si

³⁴⁸ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S.Raffaele)*, in *Maschere del diritto volti della vita*, cit. p. 235, nonché H.G. GADAMER, *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, p.138 ss.

³⁴⁹ P. ZATTI, *op. ult. Cit.*, p.254.

³⁵⁰ L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006, p. 89 ss.

ripercuoteva sull'esplicazione dell'attività medica determinando una sorta di "arbitrio comportamentale" del sanitario cui il paziente si fosse rivolto.

L'idea che nel corso degli anni Settanta del secolo scorso inizia a farsi strada fa perno sull'autodeterminazione del paziente³⁵¹, frutto, a sua volta, di un processo più ampio di auto-determinazione dell'individuo³⁵² – il quale, ancorché sfornito di qualsiasi competenza di natura medica, non può non essere chiamato a esprimere le proprie opinioni e/o preferenze, in ordine alla condotta del sanitario.

Così come in un contratto di appalto – si perdoni l'improprietà del paragone, per lo meno sotto il profilo della natura e della rilevanza dell'interesse da realizzare – il committente, quantunque sprovvisto di cognizioni tecniche, propone, manifesta idee ed esprime desideri³⁵³, allo stesso modo il paziente interagisce con il medico, diviene protagonista delle scelte che lo concernono. E non potrebbe essere diversamente poiché l'interesse da realizzare mediante l'esecuzione dell'attività richiesta, in quello come in questo caso, pertiene al destinatario della prestazione, il quale nell'attività medica pone in gioco i "beni" più preziosi di cui è titolare: la salute e la vita³⁵⁴.

All'atteggiamento paternalistico che per lungo tempo ha connotato l'esercizio della professione medica³⁵⁵, si sostituisce una visione del rapporto medico-paziente di tipo collaborativo in cui il medico è chiamato a colmare il *gap* conoscitivo del paziente e, dunque, a illustrare, informare, prospettare,

³⁵¹ Cfr. NERI, *Il principio di autonomia*, nel documento CNB sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, www.fondazioneanza.it/em/neri.htm, p. 4 ss. secondo cui nell'ambito dell'etica medica la dottrina del consenso informato ha avuto lo stesso significato rivoluzionario che Kant assegnava all'illuminismo: dare inizio al processo volto a consentire il superamento dello stato di minorità dell'individuo assegna dogli il diritto e la responsabilità di usare il proprio intelletto. Si veda inoltre: U. G. NANNINI, *Il consenso il trattamento medico*, Milano, 1989, p. 1 ss.; M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, p. 39 ss.; E. CALO', *Autonomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, in *Resp. Civ. prev.*, 2000, p. 1220 ss.

³⁵² S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 144- 145 in cui: <<Il corpo è mio e me lo gestisco io, si grida, con un senso del possesso così orgoglioso e ricco, e perfino gioioso, da spazzar via interi scaffali di biblioteche piene delle preoccupate riflessioni dei giuristi intorno all'impoverimento del concetto di persona, che si sarebbe avuto se questa avesse considerato il corpo come oggetto di proprietà>>

³⁵³ Tale similitudine è svolta da L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 90 ss. l'A. rinvia alle disposizioni contenute all'art. 1659 c.c. relativa alle variazioni alle modalità convenute nell'opera.

³⁵⁴ Con riguardo tali beni A. SANTOSUOSSO, *A proposito del living will e di advance directives: note per il dibattito*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 484 ss. qui l'A. afferma che: << Sulla distinzione tra vita e salute si fonda l'argomento giuridico secondo il quale, fuori dal caso del suicidio, vi sono soltanto atti di disposizione delle cure, atti che possono anche incidere sulla durata della vita, ma che sono legittimi in quanto non diretti specificamente a causare la morte>>

³⁵⁵ Inteso come "usurpazione della decisionalità di una persona giustificata da motivi riferibili al benessere, alla felicità, ai bisogni, agli interessi (...) della persona stessa" così P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, p. 70 ss.

affinché quest'ultimo – vale a dire il titolare dell'interesse che la prestazione medica è volta a salvaguardare – sia in grado di esprimere consapevolmente il proprio consenso³⁵⁶.

All'anzidetto mutamento ha certamente contribuito il ripensamento delle basi epistemologiche della medicina che, fondata da sempre sulla relazione necessaria tra eziologia, malattia e cura, ha progressivamente acquisito coscienza della possibile molteplicità delle cause delle malattie e, per conseguenza, delle difficoltà che in molti casi si prospettano di selezionare un preciso trattamento terapeutico³⁵⁷.

L'acquisita consapevolezza delle incertezze che possono caratterizzare l'esercizio della professione medica ne ha d'un tratto posto in luce un'intrinseca debolezza, che ha comportato il necessario coinvolgimento del paziente nell'assunzione delle scelte.

A ciò aggiungasi la profonda accelerazione tecnologica verificatasi sul finire del passato millennio che ha reso sempre più mobili le frontiere estreme della vita e, per conseguenza, accresciuto le possibilità di scelta offerte all'individuo in relazione alla molteplicità di interessi che la persona è in grado di esprimere³⁵⁸.

Sulla base di tali mutamenti, per certi versi epocali, ha trovato adeguato riconoscimento il principio dell'autonomia del paziente³⁵⁹, sia pure accompagnato dalla consapevolezza ch'esso non può coincidere con un'autodeterminazione in

³⁵⁶ Al recupero della qualità di soggetto del paziente, si accompagna la rivendicazione di un approccio alla malattia non solo scientifico, ma che sappia prestare attenzione all'esperienza fenomenologica dell'uomo malato. Cfr. sul punto M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2001, p. 121 ss. ove si osserva che: <<La considerazione simultanea dei due approcci danno origine all'antropologia medica, che origina una comprensione globale dell'uomo malato, in cui trova posto di diritto anche la riflessione etica ed il suo progetto di riportare i valori dentro la medicina>>

³⁵⁷ Sul punto F. TUROLDO, *Il testamento biologico: la soluzione? Prospettive e questioni aperte*, in www.fondazioneanza.it/em/turioldo.htm, , ove si pone in luce il carattere di disciplina probabilistica della medicina.

³⁵⁸ Si veda al riguardo S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, op. cit., p. 149 ss.; M. MORI, *Dai principi della bioetica alle direttive anticipate*, in *Bioetica*, 2001, p. 26 ss.; A. VITELLI, *L'autodeterminazione del paziente. Fino a dove?*, in *Bioetica*, 2002, p. 15 ss. in cui si osserva che: <<Gli avanzamenti prodigiosi in campo tecnologico, farmacologico, chirurgico hanno, per altro, sostanzialmente stravolto il quadro delle patologie a più alto rischio con le quali dobbiamo prevalentemente confrontarci e spesso comportano la sopravvivenza di malati dal destino irrimediabile ed in condizioni di vita puramente vegetativa, quando non meccanica>>

³⁵⁹ Anche se nell'esperienza pratica non sempre trova adeguata attuazione, sicchè, a più riprese, è stata denunciata una certa riluttanza della classe medica nonché il rischio, per certi versi connesso, di una riduzione del consenso a mero atto burocratico. Si sofferma sugli ostacoli all'affermazione di "una più adeguata etica della autonomia individuale nelle scelte mediche e terapeutiche", E. LECALDANO, *Dall'autonomia del paziente alle carte di autodeterminazione: il contributo della riflessione bioetica*, in *Bioetica*, 2001, p. 9 ss.

senso pieno e incontrollato a cagione della presenza all'interno del nostro ordinamento di limiti invalicabili.

La rilettura del rapporto medico-paziente, alla luce del riposizionamento dei valori che contraddistinguono la relazione ed i rispettivi diritti-obblighi, vede dunque sostituita l'originaria visione "paternalistica"³⁶⁰ del rapporto con quella fondata sull'alleanza terapeutica³⁶¹.

Ma alleanza terapeutica³⁶² è formula che definisce l'assenza di asimmetria nel rapporto che unisce i due soggetti coinvolti altrimenti contraddistinto dalla prevalenza del ruolo del curante, ma che non racchiude in sé, i contenuti del nuovo equilibrio³⁶³.

Essi vanno ricercati nel superamento di una relazione incerta, solo sulla carta dei disturbi organici.

Il percorso può essere orientato in diverse direzioni: una prima esplora la potenzialità di contenuti che la prestazione medica si presta ad incorporare lì dove essa non si rivolga più alla sola ricerca delle malattie ma si spinga ad indagare tutte quelle condizioni, anche di natura non organica, che governano il significato di salute – e di malattia – per il singolo paziente: non solo, dunque, stati "disfunzionali", disordini della sfera personale interiore proprio di ciascuno, ma ricerca della verità del proprio corpo, esposta nelle conoscenze biologiche e mediche via via verificate e che muove invece, dall'assunto che quello di "malattia" è concetto complesso³⁶⁴ nei limiti in cui può predicarsi l'esistenza di

³⁶⁰ GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 126 ss.

³⁶¹ Cfr. ad esempio, F. MANTOVANI, voce <<Persona (delitti contro la)>>, in *Enc. Del dir. Ann.*, II, t. 2, Milano, 2008, p. 841 ss.

³⁶² V. IVONE, *Exploring self-determination and informed consent in advance directives in light of the Italian legal system*, cit., p. 382 ss.

³⁶³ Nella vastissima letteratura, D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 2462 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2660 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 374 ss.; U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, spec. 455 ss.; A. SCALISI, *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, p. 442 ss.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 4 ss.; ID., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 53 ss.; S. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1 ss.; S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 283 ss.; G. GENNARI, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1411 ss.

³⁶⁴ A. FIORI, *Il concetto di malattia in sede penale: riconsiderazioni della Cassazione penale e considerazioni medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009, p. 519 ss.

moli concetti di malattia e nei limiti in cui *“health and disease are relative concepts which do not easily lend themselves to definition”*³⁶⁵.

Una seconda direzione si dirama dalla prima e coinvolge il contenuto dell’attività professionale medica che può essere oggetto di una nuova taratura, tale da consentire il superamento del tradizionale schema gerarchico che colloca sapere medico e abilità esecutiva al vertice della prestazione, rimettendo alla sensibilità ed alla “umanità” del professionista l’instaurazione di un rapporto di empatia con il malato.

Il mutamento dello stesso fine della prestazione, che non si identifica, di necessità, con la guarigione biologica del paziente, ridisegna così il ruolo della scienza medica; anziché costituire esercizio, fine a se stesso, dell’arte sanitaria che, se posto correttamente in essere, soddisfa di per se la prestazione dovuta, diviene premessa necessaria per un’adeguata centratura e valorizzazione dei diritti del paziente.

Il medico, chiamato a curare la salute, deve così porsi di fronte al valore dell’integrità del paziente, cioè nella prospettiva di integrazione della salute (integrità psico-fisica) nell’integrità personale in senso pieno secondo la stretta connessione di valori: dignità – identità – libertà ³⁶⁶.

Una terza, conseguente, direzione coinvolge il ruolo del paziente al quale spetta il compito di vagliare la proposta medica circa la sua salute attraverso il filtro dell’integrità, a sua volta governata dalla libertà del paziente condizionata solo dalla sua dignità.

In questo modo egli si carica di un ruolo che, lungi dal consentirgli di essere “guidato” dal professionista lungo il percorso terapeutico, lo investe invece del compito di trasmettere al medico il senso personale e soggettivo della propria salute qualora questa non coincida con quella, tradizionale, di benessere degli organi.

Tutto ciò si può riassumere nella formula “centralità del paziente” che fonda un costante e reciproco condizionamento tra ruoli e funzioni all’interno della relazione medico-paziente, nella misura in cui i primi sono rimodellati in ragione dello scopo, il quale subisce però, a sua volta, una rilettura indotta dall’ampiezza delle posizioni protette che qualificano i ruoli stessi³⁶⁷.

³⁶⁵ G. HENDEI, *A unified concept of health and diseases*, in *Prospectives in biology and medicine*, 1960, p. 459 ss.

³⁶⁶ P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, ora in *Maschere del diritto volti della vita*, cit., p. 29 ss.

³⁶⁷ R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 144 ss.

Capitolo IV

La forma di manifestazione della libertà di autodeterminazione: dalla nozione tecnicamente imprecisa di testamento biologico alle direttive anticipate di trattamento.

SOMMARIO: 1. L'inadeguatezza dell'espressione "testamento biologico", quale strumento di manifestazione di future volontà in tema di cure mediche. 2. Il ricorso alle "Direttive anticipate di trattamento" come strumento meglio qualificato a manifestare il consenso informato al trattamento medico. 3. Dissenso informato e eutanasia, le strettoie di una differenziazione. 4. L'efficacia delle direttive anticipate ed il c.d. "testamento di sostegno". 5. I registri comunali dei testamenti biologici. 6. Uno sguardo all'esperienza degli altri Paesi. 7. Il progetto di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento. 8. La distinzione tra trattamento terapeutico e normale mezzo di sostentamento. 9. L'inadeguatezza del d.d.l.

1. L'inadeguatezza dell'espressione "testamento biologico", quale strumento di manifestazione di future volontà in tema di cure mediche.

A questo punto, dopo aver delineato i tratti fondamentali dell'evoluzione del consenso informato all'atto medico, quale forma di estrinsecazione del principio di autodeterminazione e dopo aver ripercorso i più recenti indirizzi dottrinali e giurisprudenziali sul tema, occorre svolgere qualche riflessione sullo strumento attraverso cui tale libertà di autodeterminarsi in ambito medico- sanitario possa esprimersi.

Tale istanza di libertà, necessita, infatti, di una forma giuridica mediante la quale manifestarsi, produrre effetti, ottenere tutela.

Ma quale sia la forma giuridica che possa racchiudere la libertà di autodeterminarsi del paziente, nel nostro ordinamento giuridico, è questione tutt'altro che semplice, proprio perché, da un lato – come più volte osservato – non esiste una legge che compiutamente disciplini la materia, dall'altro, vi è la

necessità di salvaguardare un valore fondamentale dell'ordinamento: la dignità umana *sub specie di dignità del morire*³⁶⁸.

Lo strumento di cui più si parlato è stato quello del c.d. "testamento biologico"³⁶⁹, quale particolare forma di testamento ex art. 587 c.c.³⁷⁰

In tal senso, allora dovrebbe inserirsi il testamento biologico nell'ambito delle disposizioni di carattere non patrimoniale di cui un testamento può essere composto ex art. 587 co. 2 c.c.; assieme, quindi, al riconoscimento del figlio naturale (art. 254 co. 1 c.c.), alla designazione del tutore del minore da parte del genitore ultimo esercente la potestà (art. 348 co. 1 c.c.), la nomina del curatore speciale per l'amministrazione dei beni lasciati al minore (art. 356 co. 1 c.c.³⁷¹), l'istituzione di una fondazione (art. 14 co. 2), la designazione del luogo di sepoltura³⁷², la clausola di cremazione³⁷³, il divieto di prelievo di organi³⁷⁴, la confessione, sia pure con efficacia ridotta³⁷⁵.

In realtà, una simile ricostruzione si espone a notevoli critiche.

Diversamente dalle disposizioni sulla destinazione delle spoglie e sui diritti morali, il cui inserimento nel negozio testamentario di ultima volontà è normativamente disciplinato e che, pur non avendo risvolti patrimoniali (almeno diretti), producono comunque i loro effetti successivamente alla morte del disponente, il testamento biologico riguarda, invece, situazioni che si presentano nella fase terminale dell'esistenza: esso non può quindi essere annoverato tra i negozi successori³⁷⁶.

³⁶⁸ D. MALTESE, *Il "testamento biologico"*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 2006, p. 525 ss.

³⁶⁹ Sui contenuti e le caratteristiche del testamento biologico, si rinvia al par. 2 de capitolo 1, ove è riportata ampia dottrina.

³⁷⁰ Sul testamento amplissima la bibliografia, per tutti: M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 2001, p. 641 ss.; G. BONILINI, *Testamento*, Padova, 1995, e *Testamento*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIX, p. 338 ss.; L. BIGLIAZZI – GERI, *Delle successioni testamentarie*, a cura di Galgano, *Art. 587-600 c.c.*, 1993, e in *Tratt. Rescigno*, VI, p. 5 ss.; A. DE CUPIS, *Successione testamentaria*, in *Enc. Dir.*, XLIII, p. 1378 ss.

³⁷¹ Cfr. Trib. Napoli, 5 ottobre 1971, in *Dir. giur.*, 1971, p. 872 ss.

³⁷² Per l'enunciazione in termini generali di un diritto di disporre dei propri resti mortali, entro i limiti dell'ordinamento, prevalente sulla volontà dei congiunti, cfr. Cass. 9 maggio 1969, n. 1584, in *Foro It.*, 1969, I, p. 3193 ss.

³⁷³ L'art. 59 del r.d. 21 dicembre 1942, n. 1880 richiede l'estratto legale di disposizione testamentaria dalla quale risulti la chiara volontà del defunto di essere cremato.

³⁷⁴ La materia è regolata dalla l. 91 del 1999 che ammette il prelievo di organi e tessuti del corpo umano, salvo diversa volontà della persona espressa nelle apposite forme legali (art. 4)

³⁷⁵ La confessione contenuta in un testamento, precisamente, è liberamente apprezzata dal giudice ex art. 2735 co. 1 c.c. Se la confessione è contenuta in una scheda testamentaria consegnata aperta al beneficiario, essa vale come confessione stragiudiziale a prescindere dagli effetti e dalla validità del testamento. Cfr. Cass. 7 luglio 1971, n. 2132 in *Giust. Civ.*, I, p. 1647 ss.

³⁷⁶ Si veda sul punto: A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, Napoli, 2003.

Ciò nonostante taluni lo accomunino alle disposizioni concernenti l'uso di parti del corpo per finalità terapeutiche o relativamente alle modalità di sepoltura del cadavere³⁷⁷.

L'istituto nasce in ambito anglosassone (*living will*), quale documento con il quale il disponente affida al medico indicazioni anticipate di trattamento, nel caso in cui, in futuro, possa perdere la capacità di autodeterminazione, a causa di una malattia acuta o degenerativa invalidante, soprattutto da un punto di vista mentale, ovvero di un incidente eccezionalmente grave³⁷⁸.

Il documento non può essere considerato un testamento tecnicamente inteso: realizza, invece, sempre un atto unilaterale con cui un soggetto manifesta la propria volontà, ma differisce dal testamento sotto vari profili, con particolare riferimento alla struttura e al contenuto, alla forma (almeno per ora), alla produzione degli effetti e soprattutto alla natura giuridica. La dizione più precisa è, piuttosto, quella che vi ravvisa delle direttive anticipate di trattamento (sanitario).

Mentre, infatti, il testamento costituisce un atto dispositivo a contenuto essenzialmente patrimoniale, nel quale la nozione di <<disposizione>> è tecnica, il testamento biologico attiene a scelte che interessano la fase terminale della vita, nelle quali il concetto di <<atto di disposizione>> va invece ricondotto ai caratteri sopra tracciati, e dal suo esame risulta il personale senso e significato dell'esistenza, attraverso la qualificazione che il dichiarante espone del proprio (si ribadisce) personale concetto di <<vita>> e <<dignità della vita>>.

Inoltre, il c.d. contenuto atipico di cui all'art. 587, 2° comma c.c. è governato dal principio di tipicità³⁷⁹: le disposizioni a carattere non patrimoniale debbono essere contemplate dalla legge, poiché, in difetto, possono prevedersi

³⁷⁷ S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011, p. 161 ss.

³⁷⁸ S.AMATO, *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005, p. 283 ss. sul punto si veda anche F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. Dir., Agg.*, V, Milano, 2001, p. 154. Sul testamento biologico, esistono essenzialmente raccolte di scritti contenenti atti di convegno. Per una trattazione sistematica cfr. L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione di incapacità*, Milano, 2000; P. CENDON (con la collaborazione di R. Bailo, F. Billotta, P. Cecchi), *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003, p. 313 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia*, 2004, p. 1055 ss.; P.CECCHI, *Direttive anticipate*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, III*, in *Persone e famiglia*, I, Torino, 2004, p. 135 ss. Sull'efficacia del *living will* in altre realtà cfr. Corte Supr. Stati Uniti d'America, 26 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, IV, p. 76 ss., con nota di M. PONZANELLI, *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del <<right to assisted suicide>>*; *Id.*, 25 giugno 1990, *ivi*, 1991, IV, p. 66 ss., con nota di ID., Nancy Cruzan, *La Corte suprema degli Stati Uniti e il <<right to die>>*.

³⁷⁹ G.BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, in A.A.V.V., *La successione testamentaria*, in *Tratt. Di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G.Bonilini, II, Milano, 2009, p. 75 ss. Esclude che possa configurarsi la fattispecie richiamata P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in A.A.V.V., *Testamento biologico, cit.*, p. 15 ss.

soltanto vincoli indiretti, in particolare mediante l'apposizione di elementi c.dd. accessori, quali il *modus*³⁸⁰.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, il testamento è atto formale: è la legge che prevede in quale modo il singolo individuo può testare ed è sempre la legge a prevedere le condizioni per la produzione di effetti in caso di testamento redatto all'estero. In tal caso, infatti, per l'efficacia nel nostro ordinamento, è necessario che siano osservate le forme previste dalla Convenzione di Washington del 26 ottobre 1973, a cui l'Italia ha aderito con l. 29 novembre 1990, n. 287.

Al contrario, mancando una disciplina positiva dedicata alla materia delle direttive anticipate di trattamento³⁸¹, si ritiene che il consenso al trattamento terapeutico possa essere espresso in qualsiasi forma, anche in via presuntiva³⁸².

³⁸⁰ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 496 ss. Più possibilista una parte della dottrina, la quale afferma la non tassatività delle previsioni legali: M. DOGLIOTTI, *Successioni testamentarie*, in *Dig disc. Priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 196 ss.

³⁸¹ Il progetto di legge presentato nella XV legislatura (d.d.l. n. 687 <<Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico>>), d'iniziativa del senatore Marino e più, all'art. 1, lett. a, definisce le dichiarazioni anticipate di trattamento <<l'atto scritto con il quale taluno dispone in merito ai trattamenti sanitari, nonché in ordine all'uso del proprio corpo o parte di esso, incluse le disposizioni relative all'eventuale donazione del proprio corpo, di organi o tessuto per trapianto, ricerca o didattica, nei casi consentiti dalla legge, alle modalità di sepoltura e alla assistenza religiosa>>. In alcuni modelli di testamento biologico adottati dai Comuni italiani esistono parti specificatamente dedicate alla <<donazione di organi>> per trapianti: v., ad esempio, per il Comune di Pisa il modello approvato con delibera G.C., 27 maggio 2009, n. 77 e Atto-D-06, 26 giugno 2009, n. 675, con effetti dal 1° luglio 2009. Cfr. infra, paragr. 5 e 8 ss.

³⁸² Ciò secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza penale che si è occupata del problema giudicando a posteriori la condotta del medico che, in una data situazione, aveva posto in essere determinati comportamenti commissivi od omissivi, con o senza consenso del malato, che avevano contribuito a cagionarne la morte: cfr., tra le tante, Cass., 29 maggio 2002, V., in *Riv. Pen.*, 2002, p. 751 ss., in *Cass. pen.*, 2003, p. 1950 ss., con nota di A. MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 395 ss., con note di M. BARNI, *Equilibrismi dialettici tra consenso limitato e dissenso esplicito vs. l'atto medico*, S. FUCCI, *potere di curare del medico e diritto alla salute del paziente ampiamente riportata in M. BILANCETTI, Le conseguenze della rilevanza penale e civile del consenso invalido. Il consenso informato: un continente ancora da esplorare?*, ibidem, p. 952 ss. (le sentenze che si sono succedute nei vari gradi di giudizio si possono leggere tutte in A. CADOPPI, S. CANESTRARI (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, II, Milano, 2003, p. 85 ss., 97 ss., 105 ss.); Cass., 3 ottobre 2001, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2041 ss., con nota di G. IADECOLA, *Sugli effetti penali della rivoluzione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*; Cass., 9 marzo 2001, B. e più, in *Foro it.*, 2001, II, p. 591 ss.; in *Cass. pen.*, 2002, p. 517 ss., con nota di G. IADECOLA, *Sulla configurabilità del diritto di omicidio per trattamento preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto praticato al di fuori dell'urgenza e senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2002, p. 865 ss., con nota di A. FIORI, G. LA MONACA, G. ALBERTACCI, *In tema di trattamenti medico-chirurgici effettuati per autonoma decisione del medico senza previo consenso del paziente: un passo avanti della giurisprudenza della Cassazione penale?*, ampiamente riportata in M. BILANCETTI, *Le conseguenze della rilevanza penale e civile del consenso invalido. Il consenso informato: un continente ancora da esplorare?*, cit. p. 947 ss.; Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Foro*

In tal senso è stata particolarmente utile la formazione di concetti in sede penalistica che sono stati poi trasposti nella sistematica civilistica: primo tra tutti la libertà formale per la manifestazione del proprio consenso, non è condizionato da alcuna forma particolare e deducibile anche da comportamenti concludenti, purché pervenga al sanitario in modo non equivocabile dal soggetto titolare del diritto protetto capace di intendere e di volere.

Il consenso deve, inoltre, essere libero e non indotto da condizionamenti esterni: prima condizione per la libera formazione della volontà è l'adeguata conoscenza della situazione di fatto, di qui la necessità che il consenso sia informato relativamente allo stato delle dotazioni della struttura sanitaria in modo che il malato sia in grado di decidere se sottoporsi al trattamento in quella struttura³⁸³ e che sia reso al soggetto che è tenuto all'esecuzione del trattamento. Qualora l'attività sanitaria si articoli in varie fasi, ciascuna delle quali presenti un rischio specifico, è doveroso acquisire il consenso per ciascuna fase³⁸⁴; esso, inoltre, non è, di regola, prestato *ad personam* e quindi permette la fungibilità, pur non potendosi escludere casi in cui il malato subordini la sua prestazione alla circostanza che il trattamento avvenga ad opera di un sanitario ben determinato.

Inoltre, in relazione all'efficacia, il testamento è atto *mortis causa*, con la conseguenza che spiega i suoi effetti reali ed obbligatori³⁸⁵, dopo la morte del disponente; carattere comune a tutti quegli atti che esso potrebbe contenere ai sensi dell'art. 587, 2° comma c.c. (c.d. contenuto atipico), tutte le volte che il disponente si serva del testamento per porli in essere³⁸⁶.

Al contrario, il testamento biologico è destinato a spiegare i propri effetti durante la vita del disponente, ancorché nella sua fase terminale. Anche la natura giuridica dei due atti appare profondamente diversa.

it., 1991, II, p. 236 ss. (confermata in secondo grado e da Cass., 21 aprile 1992, che si può leggere, ad es., in *Dir. Fam. E pers.*, 1992, p. 1007, *ivi*, 1993, p. 441 (s.m.), con nota di A. SCALISI, *Il consenso del paziente al trattamento medico*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 63 ss., con nota di G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Riv. t. med. Leg.*, 1993, p. 460 ss.; Ass. Roma, 25 febbraio 1984, P., in *Giur. Merito*, 1986, p. 143 ss., con nota di E. DINACCI, *L'omicidio del consenziente in una equivoca sentenza della Corte di assise di Roma*.

³⁸³ In modo specifico, in sede civile, Cass., 16 maggio 2000, n. 6318, in *Danno e resp.*, 2001, p. 154, con nota di G. CASSANO, *Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e concorso di responsabilità*.

³⁸⁴ Specificatamente, sotto il profilo civilistico, Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, *consenso <<globale>> e responsabilità del professionista*, in *Contratti*, 1997, p. 339, con nota di C. VACCA', *La formazione del consenso al trattamento del medico*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 178, con nota di V. CARBONE, *Il consenso all'operazione non vale come consenso all'anestesia?*.

³⁸⁵ G. CRISCUOLI, *voce Testamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 2 ss.

³⁸⁶ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, pag. 72 e voce *Atto mortis causa*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 232-233

La dottrina maggioritaria³⁸⁷ considera il testamento biologico atto negoziale, ma la ricostruzione sopra tracciata, comune a tutti gli atti di disposizione sul proprio corpo, conduce a conclusioni diverse.

Il testamento biologico, in quanto contiene direttive anticipate in ordine all'effettuazione di trattamenti sanitari, ha all'evidenza la stessa natura del c.d. consenso informato, a nulla rilevando, sotto questo profilo, il momento temporale in cui la manifestazione di volontà viene espressa (contestualmente o preventivamente alla effettuazione del trattamento).

Differenze sussistono, invece, in ordine all'efficacia della volontà: le argomentazioni che possono sostenere la vincolatività della manifestazione contestuale, cosciente, a seguito ed in conseguenza di adeguata informazione, possono non essere sufficienti a fondare la pari efficacia di una manifestazione di volontà preventiva, resa sulla base di previsioni e informazioni necessariamente incomplete, perché non possono tener conto delle peculiarità dell'eventualità (e di tutte le eventualità) che in futuro possono manifestarsi.

2. Il ricorso alle “Direttive anticipate di trattamento” come strumento meglio qualificato a manifestare il consenso informato al trattamento medico.

Il consenso informato deve qualificarsi come diritto della personalità, espressivo del diritto all'autodeterminazione, *sub specie* terapeutica.

Esso nasce con lo sviluppo scientifico e tecnologico degli ultimi decenni, che ha portato alla nascita della c.d. “Società della conoscenza”³⁸⁸, cioè quel fenomeno di condivisione globale delle idee frutto di un processo informativo e cognitivo, volto allo sviluppo della personalità di ciascuno nell'ambito di una comunità globale, che deve garantire veridicità, esattezza e tutela delle informazioni fornite e ricevute, soprattutto quando vengono coinvolti diritti fondamentali della persona³⁸⁹.

Questi principi trovano la loro massima applicazione nelle situazioni in cui la tutela e il corretto uso di queste informazioni debbono essere assicurate in misura

³⁸⁷ PALAZZO, *Le successioni, II*, Milano, 1996, pag. 618; CUFFARO, *Il testamento in generale: forma e contenuto*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 1994, p. 753

³⁸⁸ A. SASSI, *Le origini dell'opera*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, 1, Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009, p. 26 ss. Sulla <<Società della conoscenza>> cfr. R. CIPPITANI, *Il diritto privato dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 165 ss.

³⁸⁹ S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, cit., p. 167 ss.

massima: ci si riferisce ai contratti con prestazione medica, in cui un soggetto, che possiede determinate conoscenze tecniche e in molti paesi una posizione professionale qualificata (iscrizione in appositi Albi)³⁹⁰, è obbligato a fornire una prestazione diagnostica e/o terapeutica finalizzata alla cura di una persona; ciò indipendentemente dal tipo di contratto che lo lega alla struttura sanitaria di appartenenza (ad esempio, contratto di lavoro) ovvero direttamente al paziente (contratto d'opera).

Nei contratti con prestazione medica il trattamento sanitario per poter essere compiuto deve sempre essere autorizzato dal malato, sebbene l'attività sanitaria debba essere considerata in sé lecita, in quanto volta alla protezione del <<bene>> salute, costituzionalmente tutelato al pari del diritto alla libertà personale e all'autodeterminazione del soggetto (art. 2, 13, m 32, Cost.)³⁹¹.

In ambito europeo, il diritto al consenso informato può ricavarsi dalla lettura delle norme contenute in varie Costituzioni del secolo scorso dei paesi occidentali e nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa, organismo più vasto e composito dell'allora Comunità Economica Europea; ma esso viene esplicitato in maniera compiuta soltanto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 1-Dignità umana e 3-Diritto all'integrità della persona) e con la Convention pour la protection des droits

³⁹⁰ La configurazione dell'attività medica come <<professione protetta>> (il cui esercizio richiede uno specifico esame di abilitazione e l'iscrizione in albi professionali) non è prerogativa attuale: nell'ordinamento della Repubblica di Venezia, sin dal XIV secolo si prevedeva che il soggetto fosse addottoratosi in qualche Studio generale e titolare di <<licenza>> rilasciata dai Collegi Medico-Fisici e Medico-Chirurgico, che operavano sotto la vigilanza del Magistrato di Sanità. Cfr. N.E. VANZAN MARCHINI, *I mali e i rimedi della Serenissima*, Vicenza, 1995, p. 162 ss., ed ivi riferimenti; per una raccolta di fondi in questo senso v. ID., *Le leggi di sanità della Repubblica di Venezia*, Vicenza 1998, II, p. 359 ss.

³⁹¹ Deve ritenersi superata l'opinione che individuava la liceità dell'attività medica nell'esimente del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., in deroga al divieto contemplato nell'art. 5 c.c., essendo la stessa finalizzata alla tutela del bene <<salute>>, costituzionalmente garantito (art. 32): C. LALANNE, V. LANDI, *Il consenso al trattamento sanitario*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica. Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive del medico e degli enti sanitari (pubblici e privati)*, Milano, 2004, p. 2004, p. 226 ss.; E. BOLOGNA, *Le nuove frontiere della responsabilità medica. La questione sul consenso informato*, cit., p. 407 s. in tal senso, anche l'autorevole opinione del Comitato Nazionale di Bioetica contenuta nel documento *Informazione e consenso all'atto medico*, approvato il 2 giugno 1992 e pubblicato (a cura di D. Bordignon) in *Riv. It. Med. Leg.*, 1993, p. 171 ss., spec. P. 193, che esclude la possibilità di ricondurre il consenso del malato alla fattispecie prevista dall'art. 50 c.p. sul consenso dell'avente diritto, v. almeno: R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979; ID., *Medico. IV) Responsabilità penale del medico*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990; A. MANNA, *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1982, p. 1281 ss.; C.F. GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma 1988; G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, spec. P. 25 ss., 41 ss.; A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 109 ss.

de l'homme et de la dignité de l'être humain a l'égard des applications de la biologie et de la médecine: convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, del 1997, nota come Convenzione europea sulla biomedicina, o meglio come Convenzione di Oviedo, ove, in particolare negli ultimi 5 e 9 si ribadisce, rispettivamente, il principio che qualsiasi trattamento sanitario può essere posto in essere sulla persona del malato soltanto dopo che questi abbia manifestato il proprio consenso (revocabile in qualsiasi momento), e, soprattutto, che, nell'ipotesi in cui il malato non sia in grado di esprimere la propria volontà, assumono valenza le indicazioni da lui precedentemente espresse tramite, appunto, il testamento biologico.

3. Dissenso informato e eutanasia, le strettoie di una differenziazione.

Il consenso informato può quindi, in linea generale essere qualificato come la manifestazione di volontà del malato, preceduta da un'adeguata informazione da parte del medico curante, volta a consentire un determinato trattamento sanitario; esso può legittimamente indirizzarsi anche verso un non trattamento, cioè a dire verso il rifiuto di sottoporsi a cure mediche: in questo caso, il medico non può intraprendere l'attività da lui ritenuta necessaria e quindi non può compiere la prestazione prevista dal contratto.

La nozione di <<consenso informato>>, specie in presenza di un dissenso ad eseguire il trattamento terapeutico, va dunque coordinata con quella di <<eutanasia>>³⁹².

La nozione giuridica di eutanasia non è di facile individuazione. In generale, si può affermare che essa consiste in un comportamento del sanitario (o di altro soggetto) produttivo (unitamente ad altre concause) della morte di un malato terminale, la cui definizione può ricavarsi dall'art. 2, lett. c, l. 15 marzo 2010, n. 30 <<Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore>>, secondo cui è <<la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita>>, nonché dal codice deontologico concernente la professione medica (art. 39): <<in caso di malattie e prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve improntare la sua opera ad atti e comportamenti idonei a risparmiare inutili sofferenze

³⁹² Cfr. S. TORDINI CAGLI *Le forme dell'eutanasia*, in A.A.V.V., *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà e P. Zatti, cit., p. 1819 ss.

psicofisiche e fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità della vita e della dignità della persona. In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finchè ritenuta ragionevolmente utile evitando ogni forma di accanimento terapeutico>>³⁹³.

L'opinione dominante distingue tra due ipotesi di eutanasia: la prima (detta attiva, illecita) attuata mediante condotte commissive tese a provocare la morte del malato; la seconda (detta passiva, lecita) attuata mediante condotte omissive, nel caso in cui il malato abbia manifestato il suo dissenso a sottoporsi a un trattamento medico-terapeutico o a continuarlo, ovvero la situazione sia talmente grave da sconsigliare anche il proseguimento della terapia di sostegno vitale, ritenuta non più ragionevolmente utile (c.d. accanimento terapeutico)³⁹⁴.

Tuttavia il riferimento alle forme di condotta (azione od omissione) ai fini dell'antigiuridicità non appare appieno soddisfacente. L'elemento distintivo tra liceità ed illiceità è infatti costituito, non tanto dalla condotta in se considerata, quanto tra il collegamento tra questa e un dato trattamento medico-terapeutico (che deve sempre essere autorizzato dal malato).

Come ha mostrato un significativo caso posto al vaglio dal giudice penale³⁹⁵, in cui il malato ha revocato il consenso al trattamento di ventilazione artificiale, sebbene la morte sia intervenuta a seguito di condotta commissiva (la disattivazione del respiratore automatico), il comportamento del medico deve ritenersi perfettamente lecito, essendo conseguenza del rifiuto del malato alla prosecuzione del trattamento sanitario.

In sostanza, a venire in rilievo è la presenza contestuale di due elementi: la potenziale possibilità di effettuare un trattamento sanitario, cioè a dire ogni trattamento, praticato con qualsiasi mezzo, per scopi connessi alla tutela della salute, a fini terapeutici, diagnostici, palliativi, nonché estetici (è così definito dalle proposte di legge più articolate che sono state presentate in tema di consenso informato e direttive anticipate di trattamento)³⁹⁶; la decisione di non praticare il trattamento, o per il rifiuto del malato, o perché non più di utilità alcuna.

³⁹³ Sotto il profilo medico e sociologico, sul fine vita v., da ultimo, G. COSMACINI, *Testamento biologico, Problemi di fine vita: accanimento terapeutico, eutanasia, testamento biologico*, in F. DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, Perugia, 2010, p. 67 ss.; M. TIMIO, *Cure palliative e hospice: nuovi orizzonti per la dignità del morire*, ivi, p. 79 ss.

³⁹⁴ Cfr. almeno M. PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 103 ss.; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 754 ss., ed ivi ampi riferimenti.

³⁹⁵ Trib. Roma, G.u.p., 23 luglio 2007, n. 2049 in *Dir. pen. Proc.*, 2008, p. 59 ss.

³⁹⁶ Cfr. art. 1, lett. b, d.d.l. n. 687, XV leg. E art. 1, lett. c, d.d.l. n. 2943, XIV leg., su cui G.SALITO, *Dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari; d.d.l. n. 2943- Senato della Repubblica*

Sono evidenti le differenze con l'ipotesi qualificata come eutanasia attiva, laddove la condotta del soggetto prescinde dal trattamento sanitario: l'iniezione di sostanza tossica (da cui deriva la morte) non può certo definirsi <<trattamento sanitario>>- almeno come oggi viene inteso-, quantomeno poiché non svolge alcuna funzione terapeutica, diagnostica e nemmeno palliativa.

4. L'efficacia delle direttive anticipate ed il c.d. "testamento di sostegno".

Evidenziate le differenze strutturali e funzionali tra testamento, atto negoziale *mortis causa* e testamento biologico, occorre in conclusione prestare attenzione alle questioni riguardanti l'efficacia nel nostro sistema del secondo, in mancanza di specifica normativa.

La civilistica è concorde nell'affermare che il testamento biologico non è un testamento tecnicamente inteso, ma è in parte contraria alla sua validità e/o efficacia.

Il problema principale concerne la non contestualità tra consenso o dissenso al trattamento ed effettuazione del trattamento stesso: la situazione in cui la volontà espressa nel testamento biologico dovrebbe produrre i suoi effetti potrebbe essere caratterizzata da circostanze non previste al momento della sua manifestazione, che potrebbero rendere non vincolante la manifestazione stessa³⁹⁷.

XIV legislatura: rilievi critici, in *Iustitia*, 2005, p. 165 ss.; A. VINCENTI AMATO, *Il silenzio della legge e il testamento di vita*, in A.A.V.V., *Testamento biologico*, cit., p. 177 ss.

Ci si riferisce a G.U.P. Trib. Roma, 17 ottobre 2007, R., in bd44.leggiditalia.it, che correttamente ha osservato: <<il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dell'art. 13 Cost. l'individuo può rifiutare trattamenti medici e la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati e tra il paziente e il suo medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale>>.

³⁹⁷ In questo senso in giurisprudenza v. Trib. Firenze (decr.), 8 aprile 2009, Trib. Roma (decr.), 1° aprile 2009, Trib. Genova (decr.), 6 marzo 2009, Trib. Pistoia, 8 giugno 2009 (decr.), tutti in *Giur. Merito*, 2010, p. 104, con nota di R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamenti medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, cit., l'ultimo sul presupposto del difetto di attualità nel riscontro della volontà dell'interessato rispetto alle conoscenze scientifiche sussistenti al momento dell'insorgenza dello specifico problema terapeutico. Ma v. Trib. Modena (decr.), 5 novembre 2008, ibidem, secondo cui <<l'obiezione non avrebbe pregio perché ciò che rileverebbe, allora, negli stessi termini in cui rileva oggi, sarebbe la presenza del presupposto oggettivo (malattia irreversibile allo stato terminale) enunciato dal disponente e la cui verificata esistenza renderebbe irrilevante qualsiasi evoluzione di scienza e tecnica intervenuta nel frattempo nell'affinamento di

Non v'è dubbio che il testamento biologico, sebbene nella sostanza contenga un consenso o un dissenso a ricevere uno o più trattamenti terapeutici, sia reso in un contesto totalmente differente da quello in cui il malato manifesta coscientemente la propria volontà: va da sé che quanto si è espresso anteriormente al manifestarsi dello stato di incapacità non può essere assistito da un'informazione pari a quella che può essere fornita nell'imminenza della pratica del trattamento terapeutico deciso dal medico.

Questi elementi segnano le profonde differenze che sussistono tra consenso informato e direttive anticipate di trattamento, ai quali non può essere attribuita la medesima efficacia.

Tuttavia non appare corretto ritenere sempre inefficace una manifestazione di volontà espressa dal malato in un momento anteriore al trattamento, anche perché si potrebbe presentare effettivamente la situazione clinica prefigurata, magari con l'aiuto di un sanitario, al momento della redazione del testamento biologico: si dovrà valutare caso per caso, rispettando per quanto possibile la volontà espressa e introducendo meccanismi che consentano comunque, anche mediante altro soggetto, una manifestazione di volontà informata e contestuale al trattamento terapeutico³⁹⁸.

Ma il vero problema è quello di stabilire se, ed eventualmente in quale misura, il medico debba ritenersi obbligato a seguire il contenuto delle direttive anticipate di trattamento³⁹⁹.

In merito occorre sottolineare la rilevanza della volontà del malato, non potendosi condividere l'opinione di chi ritiene che il riconoscimento in capo al

terapie volte a prolungare la sopravvivenza del corpo>>. Un quadro giurisprudenziale dell'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno alla materia in esame è da ultimo offerto da E. MELONI, M. PUSCEDDU, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Milano, 2010, p. 121 ss.

³⁹⁸ Il problema dell'efficacia delle direttive di trattamento è affrontato in maniera esauriente da L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in A.A.V.V., *Testamento biologico*, cit., p. 89 ss., il quale correttamente sottolinea come nelle patologie più gravi le direttive debbono costituire il punto di partenza per la ricostruzione della volontà del malato (p. 103 s.). il medesimo scritto è pubblicato in *Famiglia*, 2006, p. 435 ss., fonte cui saranno riferite, per comodità, le prossime citazioni.

³⁹⁹ La legge francese ritiene che il medico ne debba tenere conto, ma soltanto se redatte nel triennio precedente al manifestarsi dello stato di incoscienza (art. L. 1111-11, code de la sante publique, come modificato dalla l. 2005-370): <<A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'incoscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant>> (2° comma). La legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40), in presenza dei requisiti previsti dalla normativa, come detto consente al medico responsabile della struttura di non procedere alla procreazione esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario (art. 6, 4° comma).

medico di una posizione di garanzia del bene della salute del malato affidato alle sue cure comporti una doverosità di intervento che non può subire condizionamenti dalla contraria volontà del malato stesso⁴⁰⁰: si è visto infatti come il principio trovi un limite nel bilanciamento di principi costituzionalmente garantiti, quali la tutela della salute e la libertà e la dignità della persona (art. 2, 13, 32 Cost.).

Del resto, l'efficacia di una volontà del malato, manifestata anticipatamente al sorgere dello stato di incapacità, può essere desunta anche da argomenti positivi.

In materie delicate come quella che ci occupa, concernenti la salute delle persone l'ordinamento consente che una preventiva manifestazione di volontà del soggetto possa produrre effetti in relazione a situazioni fattuali prese in considerazione in talune disposizioni normative che possono fornire utili indicazioni.

Se la l. 1° aprile 1999, n. 91, concernente la c.d. "donazione di organi cadavere", prevede l'obbligatorietà e la vincolatività della dichiarazione di volontà resa in vita dal soggetto in merito alla destinazione degli organi e ai tessuti del proprio corpo, introducendo addirittura il principio del c.d. silenzio assenso; ma, di recente, la novità più interessante è costituita dal dettato dell'art. 408, 1° comma c.c., laddove consente all'interessato di designare, con effetto vincolante per il giudice che apre l'amministrazione, il proprio amministratore di sostegno in previsione di una futura eventuale incapacità⁴⁰¹, con ciò riaffermando la valenza dell'espressione di una volontà precedente allo stato di incapacità a provvedere ai propri interessi, volontà preordinata non solo al compimento di atti di natura patrimoniale, ma anche e soprattutto di atti di natura personale⁴⁰².

⁴⁰⁰ In tal senso G. IADECOLA, *Note in tema di <<testamento biologico>>*, in www.bioetica-vssp.it, p. 3 ss. cfr. anche R. BAILO, P. CECCHI, *Direttive anticipate e diritto di rifiutare le cure*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998, p. 493 ss., i quali sottolineano come l'obbligo di garanzia in capo al medico cessi ove il paziente rifiuti validamente il trattamento.

⁴⁰¹ Attribuiscono un ruolo fondamentale all'amministrazione di sostegno per attuare una volontà precedentemente manifestata M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in A.A.V.V., *Testamento biologico, cit.*, p. 171 ss. Il possibile collegamento tra direttive anticipate di trattamento e amministrazione di sostegno è colto anche da F. TRIPODI, *L'amministrazione di sostegno in un caso particolare: un modello flessibile di tutela dell'incapace*, in *Dir. Fam. E pers.*, 2005, p. 567 ss.; A. LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, in *Giur. Mer.*, 2008, 10, p. 2518 ss.; G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. Mer.*, 2009, 7-8, p. 1776 ss.; G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam e dir.*, 2009, 3, p. 282 ss.; R. MASONI, *Qualità della vita e morte con dignità grazie all'amministrazione di sostegno*, in *Giur.it.*, 2008, 1, p. 1936 ss.;

⁴⁰² Sul punto cfr. G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno, cit.*, p. 1779 ss.; U. ROMA, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*,

In questo senso la dottrina ha cominciato anche a parlare di <<testamento di sostegno>>⁴⁰³, con riferimento al documento in cui viene designati un amministratore di sostegno, contestualmente all'indicazione di direttive anticipate alle quali l'amministratore dovrà attenersi in ordine alle scelte terapeutiche, comunicando tempestivamente ai sanitari un eventuale dissenso, sempreché questo risulti idoneamente formato a seguito di procedure di informazione, discussione, riflessione personale che rendano la volontà attendibile e consapevole.

5. I registri comunali dei testamenti biologici.

Sull'efficacia dei registri comunali dei testamenti biologici è di recente sorto un conflitto tra i numerosi comuni (circa cento), che nell'ambito della loro potestà regolamentare hanno istituito i <<Registri dei testamenti biologici>>, predisponendo l'apposita modulistica e dettando le modalità di consegna e di conservazione delle schede, e il governo centrale, che, con una nota congiunta del novembre 2010 dei Ministri dell'Interno, del Lavoro e delle Politiche Sociali e della Salute, ha considerato illegittima la previsione dei regolamenti locali, ritenendo la materia di esclusiva competenza del legislatore nazionale.

In merito va osservato che la l. 28 marzo 2001 n. 145, ratificando e rendendo esecutiva la Convenzione di Oviedo sulla biomedicina, ha prodotto effetti almeno sul piano civile⁴⁰⁴, con l'introduzione nel nostro sistema di regole - sebbene molto

in *Fam. e Dir.*, 2007, p. 731 ss., secondo cui <<l'art. 411 non ha lo scopo di individuare e definire le funzioni ed i poteri dell'amministratore di sostegno con riferimento a quelli del tutore>>.

⁴⁰³ Cfr. almeno: P. CENDON, *Testimoni di Geova, trasfusione di sangue, principio di autodeterminazione*, cit.; G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, cit., p. 285 ss.; M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, cit., p. 163 ss.; G. BONILINI, <<Testamento per la vita>> e amministrazione di sostegno, cit., p. 189 ss.

⁴⁰⁴ Sotto il profilo penale, in virtù del c.d. principio di legalità, la S.C. ha escluso che a seguito della ratifica il quadro normativo potesse dirsi apprezzabilmente mutato (Cass., 11 luglio 2002, V., cit), affermando: << la convenzione, che apre indubbiamente nuovi orizzonti alla trattazione del problema, conferendo al consenso preventivo dell'infermo una valenza più pregnante nell'ottica di una rivalutazione dell'individuo rispetto alla società e di un ragionevole affrancamento del medesimo dagli obblighi che questa impone, è stata ratificata in Italia (...). La legge dà piena ed intera esecuzione alla Convenzione (art.2), ma delega (art. 3) il Governo ad adottare (...) ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi (...) della stessa accolti. Non essendo intervenuta nessuna modifica legislativa nel termine (sei mesi) fissato per la delega e dovendosi altresì escludere, per i riflessi penalistici della nuova disciplina del consenso dell'avente diritto, l'immediata e diretta ricezione delle regole pattizie nell'ordinamento del nostro Paese, l'attuale quadro normativo deve ritenersi sostanzialmente immutato>>: cfr. M.

generali - che riconoscono efficacia alle direttive anticipate di trattamento, denominate nella Convenzione <<indicazioni espresse in precedenza>> (art. 9)⁴⁰⁵.

Deriva da ciò che i Comuni, nell'ambito delle loro attribuzioni, possono legittimamente dettare norme che regolano la ricezione e la conservazione di documenti contenenti direttive anticipate di trattamento (artt. 117 Cost. e 4, l. 5 giugno 2003, n. 131).

Ma ciò che questi non possono in alcun modo regolare sono il contenuto e l'efficacia di indicazioni concernenti, sia trattamenti terapeutici, sia (e soprattutto) la designazione di soggetti deputati ad esprimere la volontà nell'interesse del malato, che nella maggior parte delle disposizioni comunali vengono qualificati <<fiduciari>>.

Queste materie sono infatti espressamente riservate dall'art. 117, 2° comma, lett. i e l, Cost. alla legislazione esclusiva dello Stato⁴⁰⁶.

Relativamente al primo aspetto, molti dei modelli approvati dai Comuni recano un contenuto predeterminato, non mutabile e valevole per tutti i soggetti e tutte le situazioni, riguardante soltanto alcuni trattamenti scelti per di più dall'amministrazione; inoltre, dalla loro formulazione non risulta in alcun modo che la volontà del malato sia stata espressa sulla base di un'adeguata informazione⁴⁰⁷.

BILANCETTI, *Le conseguenze della rilevanza penale e civile del consenso invalido. Il consenso informato: un continente ancora da esplorare?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 954 ss.

⁴⁰⁵ <<art. 9. *Souhaits precedemment exprimés. Les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte*>>. Concetti ribaditi anche dal codice italiano di deontologia medica: <<art. 38. *Autonomia del cittadino e direttive anticipate. Il medico deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa/ Il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante deve segnalare il caso all'autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente./ Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*>>.

⁴⁰⁶ S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, cit. p. 179 ss.

⁴⁰⁷ Ad esempio, il già richiamato schema di testamento biologico adottato dal comune di Pisa con delibera G.C., 27 maggio 2009, n. 77 e Atto D-06, 26 giugno 2009, n. 675, con effetti dal 1° luglio 2009, prevede le seguenti disposizioni: <<in caso di malattia o lesione traumatica cerebrale invalidante e irreversibile chiedo di non essere sottoposto ad alcun trattamento terapeutico o di sostegno (alimentazione e idratazione forzata)./ disposizioni particolari: autorizzo la donazione dei miei organi trapiantati: si/no./ nomino mio rappresentante fiduciario il signore/la signora (...). / le presenti volontà potranno da me essere revocate o modificate in ogni momento con successiva/ e dichiarazione/i>>.

Riguardo al secondo, le competenze sulle misure di protezione delle persone prive di autonomia è demandata esclusivamente all'autorità giudiziaria (artt. 404 ss. c.c.): la scelta di un <<fiduciario>>, che possa interloquire con il medico curante ed assumere decisioni rilevanti, non può quindi essere prerogativa esclusiva dell'interessato. Né varrebbe effettuare la designazione con atto pubblico o scrittura privata autenticata⁴⁰⁸.

Il problema può quindi essere risolto, allo stato, soltanto attraverso la nomina di un amministratore di sostegno se la persona interessata non è stata dichiarata interdetta⁴⁰⁹, o, in caso contrario, di un protutore o di un curatore speciale, che possa concorrere ad adottare la difficile decisione di sospendere i trattamenti sanitari anche vitali nella fase terminale dell'esistenza.

6. Uno sguardo all'esperienza degli altri Paesi.

In un ottica comparativa, inevitabile per un giurista che sia definibile come "moderno", è indispensabile indagare quali siano gli strumenti cui altri sistemi giuridici, più o meno lontani, si sono serviti per comporre tra loro i contrastanti interessi.

Di qui lo svolgimento di qualche riflessione sulle esperienze straniere.

Gli Stati Uniti, innanzi tutto, sono stati i primi a dettare una disciplina federale della materia del fine vita con il *Patient Self Determination Act* del 1991,

⁴⁰⁸ Cfr. A. LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico e amministrazione di sostegno*, in *Giur. Merito*, 2008, p. 2518 ss., che ritiene <<poco adeguata (...) nella prospettiva della valorizzazione dell'atto di cui all'art. 408 comma 2 c.c. in chiave di testamento biologico, la necessità che le direttive e la nomina di un fiduciario siano impartite con un atto notarile o a forma rafforzata. L'assenza di determinazioni a contenuto patrimoniale, l'attinenza alla sfera dei diritti personalissimi e la revocabilità o modificabilità in ogni tempo delle direttive, determina, infatti, l'iniquità di onerosi formalismi, apparendo preferibile che le stesse siano raccolti in una dichiarazione autografa e sottoscritta (in analogia con la forma del testamento olografo, contrapposto a quello per atto di notaio ai sensi dell'art. 601 c.c.) ovvero rese verbalmente ai sanitari e da queste messe per iscritto>>. Diversa la forma richiesta dalla disciplina del prelievo di organi a scopo di trapianto, che ritiene sufficiente ad esprimere la volontà del paziente, qualsiasi documento che egli porti con sé (art. 23, l. n. 91/1999 e art. 1, 3° comma del relativo regolamento attuativo), a proposito del quale L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in A.A.V.V., *Testamento biologico*, cit., p. 84 ss. discute della prima apertura del sistema italiano verso il *living will*.

⁴⁰⁹ Se il soggetto è legalmente incapace, affinché il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno diventi esecutivo è necessario revocare l'interdizione o l'inabilitazione (art. 405, 3° comma c.c.) sui rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione, v. almeno U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1028 ss.; e, da ultimo, M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, p. 585 ss.

con quale si introduceva il <<diritto di ciascuno di decidere sui trattamenti terapeutici che lo riguardano>>, e il <<diritto di rifiutare i trattamenti sanitari mediante le predisposizioni di advanced directives>>. Già nel 1976, tuttavia, lo stato della California adottò il *natural death act*, con cui, a seguito della risonanza del caso di Ann Quinlan, in stato di coma causato da un incidente stradale, le *advanced directives* vennero espressamente riconosciute come valide e vincolanti per la legislazione federale⁴¹⁰.

Di assoluta attualità è l'inserimento, a dicembre 2010, nel *Regolamento attuativo del medicare* con cui è stata disciplinata l'assistenza sanitaria a carico del governo federale, della previsione per la quale, durante la visita di controllo annuale, cui hanno diritto gli ultra sessantacinquenni, il medico è invitato a prospettare al paziente l'opportunità di <<stabilire quanto aggressivamente desidera essere curato nel caso si trovasse malato al punto da non poter assumere decisioni sanitarie su se stesso>>.

Il Regno Unito ha introdotto nel 2005 il *Mental capacity act*, per il quale <<è consentito al soggetto interessato il potere di esprimere la propria volontà anche in ordine ai trattamenti relativi al suo stato di salute>>, ed a ciò si aggiunga che è generalmente ammesso anche il rifiuto del trattamento sanitario e sono introdotte sanzioni anche penali per il medico che dovesse disattendere la scelta così manifestata dal paziente⁴¹¹.

La Germania ha introdotto una modifica del BGB, attraverso la *Drittes gesetz zur anderung des betreuungsrechts* in vigore dal primo settembre 2009, disciplinando il testamento biologico quale <<atto con cui il paziente esercita il proprio diritto di autodeterminazione nei confronti di un trattamento sanitario per il caso in cui perda la sua capacità di intendere e di volere>>, la cui redazione costituisce una facoltà e non un obbligo (che non può essere imposto neppure contrattualmente), ed a cui pone il limite derivante dall'esclusione dell'eutanasia attiva (*Aktive Stebehilfe*)⁴¹².

La Francia, con *loi 22 avril 2005, n. 307*, riconosce <<a tutte le persone maggiori di età il diritto di predisporre direttive anticipate in ordine ai trattamenti sanitari che dovranno essere osservate nelle ipotesi in cui l'autore non fosse in

⁴¹⁰ M. ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Milano, ed. ancora, 2007, p. 89 ss. Ricorda la decisione della corte del New Jersey del 1975 che inquadrò il diritto al rifiuto dei trattamenti terapeutici nel più ampio diritto alla privacy, e, essendo la ragazza incapace, si doveva consentire ai genitori l'esercizio di tale diritto, secondo la volontà della stessa Quinlan.

⁴¹¹ P. LEWIS, *Euthanasia and law in Europe*, Oxford, 2008, p. 349 ss.

⁴¹² Cfr. H. HAKER, *La convenzione europea di bioetica: il dibattito in Germania*, in *Bioetica*, 1999, p. 632 ss.; W. HOFLING, *Antizipative Selbstbestimmung. Eine Kritishe Analyse der Entwürfe zu einem Patientenverfügungsgesetz*, GesR 2009, p. 181 ss.

grado di esprimere la propria volontà>>, e che possono essere revocate in qualsiasi momento⁴¹³.

In Spagna, con l. 14 novembre 2002, n. 41, in materia di autonomia del paziente, diritti e obblighi in ambito di informazione e documentazione clinica⁴¹⁴, sono state introdotte le *instrucciones previas*, consentendo a qualsiasi persona, maggiore di età, capace e libera, di manifestare la propria volontà prima di qualunque trattamento sanitario. Ove il paziente sia impossibilitato a farlo sono ammesse direttive sul tipo di cure e terapie cui egli intende essere sottoposto, contenenti anche disposizioni sulla destinazione degli organi e del corpo in caso di morte⁴¹⁵.

Altrettanto prevedono la legge danese 1 ottobre 1992 sull'esercizio della professione medica e la legge 1 luglio 1998 sullo stato giuridico del malato; in Ungheria la legge n. CLIV del 1997 sulla salute; in Finlandia la legge del 1992 sullo status e sui diritti del paziente.

In Olanda, la legge 10 aprile 2001, <<*riforma delle procedure per porre fine alla vita su richiesta e per il suicidio assistito e degli emendamenti del codice penale e alla legge su cremazione e sepoltura*>>, ammette l'efficacia delle direttive anticipate di trattamento, anche con riguardo alla richiesta di aiuto nel suicidio.

Quanto all'eutanasia attiva, consentono l'assistenza medica al suicidio l'*Oregon Death Whit Dignity Act* del 1997⁴¹⁶, il *Washington Death Whit Dignity Act* del 2009, la *Loi relative a l'euthanasie* belga del 2002⁴¹⁷, la *Loi sur eutanasie e l'assistance au suicide* del granducato di Lussemburgo del 2009; in Australia il *Right Of The Therminally Act* del territorio del nord del 1997⁴¹⁸ è stato abrogato dall'*Euthanasia Law Repella Beill* del 2007, escludendo la potestà dei territori di legiferare sulla materia⁴¹⁹.

⁴¹³ B. FEUILLET, *Les directives anticepees en france, un indice de consentement à effects limitès*, in (a cura di) S. NEGRI, *The right to informed consent at the convergence of International biolaw and International human rights Law*, Boston, 2011, p. 195 ss.

⁴¹⁴ P. DELBON, A. CONTI, *Gli orientamenti in materia di <<direttive anticipate>> presenti in alcuni paesi europei*, in *Riv. It. Cure palliative*, 2003, 3, p. 36 ss.

⁴¹⁵ J. A. SEOANE, *Advance Directives in Spain*, in (a cura di) S. NEGRI, *The right to informed consent...*, cit., p. 299 ss.

⁴¹⁶ J. WOOLFREY, *What happens now? Oregon and phisical assisted suicide*, in *The Hasting Center report*, 1998, p. 9 ss.

⁴¹⁷ Cfr. i documenti allegati a E. DE SEPTIS, *Eutanasia. Tra bioetica e diritto*, Padova, 2007. Cfr. sul punto P. BOITTE, J.P. COBBAUT, D. JACQUEMIN, *La Loi du 28 mai 2002 relative a l'euthanasie: un outil pret a l'usage?* in *Ethica clinica, l'euthanasie, un an apres la loi*, 2003, n. 3, p. 22 ss.

⁴¹⁸ S. CORDNER, K. ETTERS HANK, *Review for Australia's laws*, in *The lancet*, 349, a. 22 (1996), n. 3, p. 147 ss.

⁴¹⁹ S. MORATTI – C. VEZZONI, *Treatment directives in the Netherlands: the gap between legal regulation and medical practice*, in (a cura di) S. NEGRI, *The right to informed consent...*, cit., p. 287 ss.

Il parlamento dei Paesi Bassi ha approvato la legge sulla eutanasia su richiesta e suicidio assistito (Procedure modificate) nell'anno parlamentare 2000-2001, autorizzando la cura obbligatoria, ai sensi dell'art. 293, secondo paragrafo, c.p. a condizione che *<<il medico abbia la piena convinzione che la richiesta del paziente è volontaria e ben ponderata e che le condizioni del paziente sono resistenti a terapia e insuperabili; il medico abbia informato il paziente sulla situazione clinica e le sue prospettive; il paziente abbia la convinzione che non c'è altra ragionevole soluzione circa la propria situazione; abbia consultato almeno un altro medico indipendente che ha dato la sua opinione scritta sui requisiti precedenti>>* e, a queste condizioni, è scriminato il medico che *<<ha posto fine alla vita o ha assistito ad un suicidio con le dovute attenzioni>>*.

Ciò può derivare anche da dichiarazioni anticipate di trattamento, in quanto, *<<se il paziente che ha sedici anni di età superiore non è capace di esprimere la sua volontà, ma prima di raggiungere questa condizione aveva una ragionevole capacità di intendere e di volere circa i suoi interessi ed ha fatto un testamento scritto che contiene la richiesta per l'eutanasia, il medico può non tenere conto di questo requisito>>*⁴²⁰.

In Svizzera non è punito chi aiuta altri nel suicidio, a meno che non sia mosso *<<da motivi egoistici>>* (art. 115 c.p.), ed è ammissibile l'eutanasia passiva, in mancanza di disciplina di dettaglio, secondo le direttive dell'accademia svizzera di scienze Mediche⁴²¹, che la riconducono alla rinuncia ad avviare o sospensione di terapie di sostentamento vitale, come la ventilazione assistita.

⁴²⁰ W.J. EIJK, P.M. LELKENS, *Medical-ethical decisions and life-terminating actions in the netherlands 1990-1995: evaluation of the second survey of the practice of eutanasia*, in *Med. E Mor.*, 1997, p. 475 ss., G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda, Belgio*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 32 ss. Con referendum del 15 maggio 2011 è stata confermata la piena efficacia della legge sul suicidio assistito, nel canone di Zurigo, respingendo i due quesiti che avevano chiesto il divieto di qualunque forma di eutanasia, ovvero la sua limitazione ai residenti da almeno 10 anni. Resta, dunque, forte l'interesse per la legislazione elvetica, anche per esperienze di *<<turismo eutanasi>>* che hanno coinvolto, nella clinica Dignitas di Zurigo, 19 italiani nel 2010, secondo i dati pubblicati in *corriere della sera*, 16 maggio 2011, p. 22.

⁴²¹ ASSM, *Diritto di autodeterminazione delle pazienti e dei pazienti. Principi medico etici*, approvato il 24 novembre 2005. Con riguardo ai pazienti capaci di intendere e di volere: *<<per quanto attiene al trattamento e all'assistenza, il rispetto della volontà del paziente in grado di intendere e di volere è essenziale. Pertanto qualsiasi atto medico che va contro la volontà manifesta del paziente in grado di intendere e di volere è vietato. Il principio è valido anche quando tale volontà sembra essere contraria agli interessi oggettivi del paziente. La richiesta da parte del paziente di un trattamento e di un'assistenza specifici può essere soddisfatta soltanto quando gli atti richiesti coincidano con le regole dell'arte medica. Anche i minorenni e le persone sotto tutela possono essere dotati di discernimento nel momento in cui acconsentono a un trattamento>>*. Allorché, invece, *<<il paziente non è in grado di intendere e di volere, e o lo è stato neanche in*

Si ammette l'eutanasia passiva indiretta, consistente nell'impiego di mezzi (quali la morfina) per alleviare le sofferenze, i quali possono tuttavia, come effetto secondario, abbreviare la vita, mentre l'eutanasia attiva diretta, consistente nella somministrazione intenzionale al paziente di un'iniezione che conduce direttamente alla morte, quale omicidio mirato a ridurre le sofferenze di un'altra è persona, è punito dall'art. 111 c.p. (omicidio intenzionale), art. 114 (omicidio su richiesta), art. 113 c.p. (omicidio passionale)⁴²².

Più recentemente, il Senato francese ha approvato sostanziali emendamenti avverso il progetto di legge denominato <<assistenza medicalizzata alla morte>>, che hanno soppresso il testo iniziale, in cui si prevedeva che <<ogni persona capace e maggiorenne, in fase avanzata o terminale di un'affezione accidentale o patologica e incurabile, che gli provoca una sofferenza fisica o psichica che non può essere lenita o che la persona giudica insopportabile, può domandare di beneficiare, nelle condizioni previste dal presente titolo, di un'assistenza che permetta, attraverso un atto deliberato, una morte rapida e senza dolore>>.

7. Il progetto di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento

Il Senato della Repubblica ha approvato il 26 marzo 2009, in testo unificato, una proposta di legge rubricata <<Disposizioni in materia di alleanza terapeutica,

*passato, il rappresentante legale acconsente al trattamento e all'assistenza. Nel caso di bambini e adolescenti privi di discernimento questo compito incombe di regola ai genitori. Il rappresentante è tenuto a rispettare gli interessi oggettivi del paziente nel momento in cui prende la decisione e di conseguenza, non può opporsi a un trattamento e ad un'assistenza indispensabili dal punto di vista medico>>. Sulle direttive anticipate di trattamento:<< ogni persona può stilare in anticipo disposizioni relative al trattamento e all'assistenza da lei auspicati, nel caso in cui non sia più in grado di intendere e di volere. Le direttive anticipate vanno rispettate, nella misura in cui sono confacenti a un trattamento medico indicato o a un rifiuto di trattamento, per quanto corrispondano alla condizione concreta del paziente e quando non esistano indizi che lascino supporre che la volontà del paziente sia nel frattempo mutata. Qualora venga pronosticata una malattia con andamento prevedibile, è compito del medico attirare l'attenzione del paziente sulla possibilità di redigere direttive anticipate>>. Puntuale la definizione di D.a.t., quale <<dichiarazione scritta della quale una persona in grado di intendere e di volere, al momento della stesura indica, in previsione di una ipotizzabile perdita della propria capacità di discernimento, il tipo di trattamento e di assistenza che intende accettare o rifiutare in una determinata situazione medica, e nella quale segnala il suo desiderio di designare una persona che (in maniera complementare) si faccia carico delle decisioni o del consenso in sua vece (procura per decisioni mediche)>>. Cfr. M. AQUINO, R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2002, 2, p. 641 ss.*

⁴²² Cfr. A. BARAGGIA, *L'assistenza organizzata al suicidio in svizzera: verso una regolamentazione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 2, p. 367 ss.

di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento>>, trasmessa alla Camera dei Deputati il 31 marzo 2009, esaminata in sede referente dalla Commissione Permanente Affari Sociali, approvata in sede consultiva dalla Commissione Affari Costituzionali, con proposta di introduzione di una specifica norma penale incriminatrice dell'eutanasia⁴²³, esaminata anche dalle Commissioni Giustizia, Affari Esteri, Bilancio e Tesoro, Finanze Cultura, Lavoro, e dalla Commissione Parlamentare per le Questioni Regionali, non ancora discussa in assemblea.

La necessità di una normazione al riguardo è contestata da chi sostiene la vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento, ai sensi dell'art. 13 della Cost., ed ha diffuso un modello di testamento biologico, scritto sulla base dell'esperienza di altri paesi e segnatamente di quella nordamericana.

⁴²³ Parere approvato il 15 febbraio 2011, resoconto stenografico della prima commissione permanente: << se la volontà della Commissione di merito è di introdurre nell'ordinamento una nuova fattispecie penale in relazione all'eutanasia, appare opportuno – alla luce del principio costituzionale di tassatività della fattispecie penale, il quale impone al legislatore di definire con chiarezza e univocità la condotta per la quale prevede una pena e vieta al giudice di estendere in via analogica l'ambito applicativo della norma incriminatrice – che questa nuova fattispecie sia determinata in modo chiaro e univoco, non essendo sufficiente, a tal fine, il mero rinvio alle citate disposizioni del codice penale (gli articoli 575, 579 e 580, che prevedono pene diverse per l'omicidio, l'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio); in alternativa, si potrebbe sopprimere la lettera c) del comma 1 dell'articolo 1; rilevato che: l'articolo 7, comma 3, del testo in esame – in quanto prevede che, in caso di controversia tra il medico curante e il fiduciario in merito al seguito da dare alle volontà espresse dal paziente nella sua dichiarazione anticipata di trattamento, la questione viene sottoposta alla valutazione di un collegio di medici, il cui parere è vincolante per il medico curante, fermo il diritto di quest'ultimo all'obiezione di coscienza – pone di fatto il medico curante sullo stesso piano del fiduciario, in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha spesso richiamato il principio secondo il quale «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenze n. 338 del 2003; n. 282 del 2002; n. 151 del 2009); sotto il profilo del coordinamento interno del testo, va tenuto altresì presente che il comma 1 del medesimo articolo 7 – disponendo che le volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono prese in considerazione dal medico curante, che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno – affida ogni scelta al medico, obbligandolo soltanto a sentire il fiduciario; per quest'ultimo, tra l'altro, non è richiesta alcuna particolare qualifica professionale; rilevato, ancora, che: la Costituzione sancisce il diritto della persona a scegliere le cure cui sottoporsi, stabilendo che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, fermo restando che la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana; il diritto della persona all'autodeterminazione non può, tuttavia, estendersi fino a disporre di valori indisponibili come la tutela della vita; occorre pertanto trovare il miglior bilanciamento tra il diritto di rifiutare i trattamenti non desiderati e il dovere alla tutela della salute e della propria vita, che è un bene per la stessa società, esprime parere favorevole con la seguente condizione 1) all'articolo 7, comma 3, si sopprime il terzo periodo; e con la seguente osservazione: a) all'articolo 1, valuti la Commissione di merito l'opportunità di definire in modo chiaro e univoco la fattispecie penale dell'eutanasia e la relativa pena>>.

Ma, il quadro sopra sinteticamente tracciato, consente di evidenziare alcuni tratti essenziali alle legislazioni adottate in altri Stati, rispetto ai quali si cercherà un confronto con la legislazione allo studio della Camera e con il codice deontologico professionale in vigore.

Rileva, in primo luogo, considerare l'art. 1, lett. f, del disegno di legge italiano sia assolutamente sovrapponibile al dettato dell'art. 16 del codice deontologico-medico, ai sensi del quale il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non possono fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della qualità della vita.

Se è possibile attendersi critiche riguardo le inevitabili difficoltà di attuazione pratica di tale principio, non può sottacersi come l'aver previsto (art. 1 lett. f cit.) *<<che in caso di pazienti in fine vita o in condizione di morte prevista come imminente, il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura>>*, allinei il nostro paese al comune sentire espresso dalle legislazioni straniere in materia di rifiuto di qualsiasi accanimento terapeutico⁴²⁴.

Lo stesso Codice deontologico medico contiene, all'art.34, un'apertura alla considerazione delle scelte terapeutiche anticipatamente espresse dal paziente, allorché prevede che *<<il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso>>*. E il progetto di legge specifica che (art. 3, 6° comma) *<<la dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui è accertato che il soggetto in stato vegetativo non è più in grado di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze. E per questo non può assumere decisioni che lo riguardano>>*⁴²⁵.

In tale momento assume dunque efficacia la dichiarazione resa, nelle dovute forme, in precedenza, quando ancora il soggetto era *<<in stato di incapacità di intendere e di volere e in stato di compiuta informazione medico clinica>>*. Efficacia che, si noti, è espressiva dell'orientamento del paziente circa l'attivazione o non attivazione di trattamenti sanitari, e che è limitata dalla condizione della sua *<<conformità a quanto prescritto dalla legge e dal codice di deontologia medica>>* (art. 3, 2° comma).

⁴²⁴ Cfr. C. VIAFORA, *La proporzionalità delle cure: orizzonte normativo dell'etica dell'accompagnamento*, in P. Zatti, E. Palermo, L. Lenti, *I diritti in medicina*, in *Trattato di Biodiritto* a p. 565 ss.

⁴²⁵ La valutazione di tale stato clinico è formulata, a mente dello stesso precetto, da un collegio medico formato da un medico legale, un anestesista rianimatore ed un neurologo, sentiti il medico curante e lo specialista della patologia.

Rileva, in altri termini, la considerazione – necessariamente rimessa alla professionalità del medico – delle condizioni del paziente, a norma dell'art.35 del codice deontologico: *<<il medico ha l'obbligo di intervenire con tutta l'assistenza e le cure necessarie quando il paziente è in condizioni di urgenza e in caso di pericolo di vita>>*.

Così anche l'art.2, ottavo comma, nel disegno di legge italiano: *<<Qualora il soggetto sia minore o legalmente incapace o incapace di intendere e di volere e l'urgenza della situazione non consenta di acquisire il consenso>>* degli esercenti la potestà parentale o la tutela del minore (dopo aver attentamente ascoltato i desideri e le richieste del minore), del tutore per l'interdetto, di quello del minore emancipato e dell'inabilitato assistiti dal curatore, o dell'amministratore di sostegno, nei limiti dei poteri conferiti, *<<il medico agisce in scienza e coscienza, conformemente ai principi della deontologia medica nonché della presente legge>>*.

Rileva, in altri termini, il principio fondamentale della tutela della vita, quando sia possibile *<<attendersi fondatamente un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita>>*, parafrasando la clausola deontologica professionale (art. 16).

Ove non si versi in questa ipotesi, l'art. 37 del medesimo codice deontologico impone al medico di agire secondo scienza e coscienza nella valutazione clinica della beneficialità dell'intervento di sostegno: *<<In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve improntare la sua opera ad atti e comportamenti idonei a risparmiare inutili sofferenze psicofisiche e fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita e della dignità della persona. In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile evitando ogni forma di accanimento terapeutico>>*.

L'indicato principio di tutela della vita è confermato dalla precisazione per cui *<<in condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica>>* (art. 4, 6° comma, d.d.l. n. 2350/2009).

Ne risulta ribadito il rilievo preminente, in questa alleanza terapeutica che si può definire asimmetrica, riconosciuto al medico, il cui ruolo è tracciato dall'art. 7 d.d.l.: *<<le volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono prese in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno>>*, con l'esclusione delle *<<indicazioni orientate a cagionare la morte del*

paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche e la deontologia medica>>⁴²⁶.

Perfino in caso di contrasto tra il fiduciario nominato dal paziente e medico curante, il parere che venga espresso dal collegio medico, designato dalla struttura di ricovero o dalla azienda sanitaria locale di competenza, *<<non è vincolante per il medico curante, il quale non è tenuto a porre in essere prestazioni contrarie alle sue convenzioni di carattere scientifico e deontologico>>* (art. 7, 3° comma d.d.l. n. 2350/2009)⁴²⁷.

Su tale punto – e sull'esclusione dell'efficacia del rifiuto anticipato di *<<alimentazione e idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente>>* perché non integrano trattamenti medico sanitari, ma *<<forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita>>*, ai sensi dell'art.3, 5° comma d.d.l. – si concentrano le critiche più aspre⁴²⁸, e il dibattito più acceso⁴²⁹.

⁴²⁶ L'esclusione di pratica di eutanasia attiva deriva anche dall'art. 3, 4° comma, a mente del quale *<<nella dichiarazione anticipata di trattamento il soggetto non può inserire indicazioni che integrino la fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale>>* e dell'art. 1, lett. c, tutela della vita e della salute: *<<vieta ai sensi degli artt. 575, 579 e 580 del codice penale ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio, considerando l'attività medica nonché di assistenza alle persone esclusivamente finalizzata alla tutela della vita e della salute, nonché all'alleviamento della sofferenza>>*. L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 442, rileva *<<l'esigenza di temperare due opposti principi che, se condotti alle estreme conseguenze, rischiano di rivelarsi inconciliabili; da un lato, l'autodeterminazione del paziente, il quale può oggi essere a buona ragione considerato effettivo partecipe della relazione che intesse col medico, e, dall'altro, l'autonomia professionale del medico>>*.

⁴²⁷ P. BINETTI, *Il consenso informato. Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, cit., 2010, p. 353 sostiene che il carattere impegnativo ma non vincolante delle DAT e l'esclusione delle decisioni di interruzione di nutrizione e alimentazione sono fondate sull'intenzione del legislatore di evitare *<<due equivoci: quello che per l'appunto riguarda la natura stessa del desiderio e quello che riguarda la dimensione storica della nostra vita, il suo sviluppo temporale, la sua naturale tendenza al cambiamento>>*. Nella stessa sede l'Autrice critica *<<un'incomprensibile attenzione sul tema delle libertà come un a-priori senza vincoli che si esprime in modo tanto più efficace quanto meno reversibile>>*.

⁴²⁸ Cfr. M. DE BAC, Intervista a I. Marino, *<<la norma non rispetta la volontà della persona>>*, in *Corriere della sera*, 9 febbraio 2011, p. 20, secondo cui se la disposizione dovesse essere approvata nel testo licenziato dal Senato *<<ci sarebbe un'ondata di ricorsi alla Corte costituzionale da parte dei familiari che non ritenessero rispettate le volontà del proprio caro. Viene violato l'art. 32 della carta sulla libertà di scelta>>*. Cfr. anche I. MARINO, *Testamento biologico: serve responsabilità*, 16 gennaio 2011, p. 23. E. VINAI, *Eutanasia. Spot radicale, l'Australia lo bocciò*, in *Avvenire*, 3 febbraio 2011, p. 2, ricorda che lo spot diffuso nei primi mesi del 2011 sull'emittente toscana Rtv38 dell'associazione Luca Coscioni a difesa della scelta eutanasia, è stato interdetto alla pubblicazione dalla free tv in Australia e dalla Television Broadcasting Canada, per ragioni di contrasto con la sanzione penale dell'eutanasia attiva. F. LOZITO, *Fine vita, è corsa al sondaggio (di parte)*, in *Avvenire*, 26 gennaio 2011, p. 13, riporta il risultato di un sondaggio condotto dal Collegio italiano dei Chirurghi, secondo il quale *<<il 70% degli intervistati ritiene che quanto stabilito dal paziente nelle dichiarazioni anticipate di trattamento abbia valore vincolante e non semplicemente*

Non è dato prevedere l'esito parlamentare di tanto deciso quanto delicato contrasto, ma appare opportuno sottolineare l'aspirazione alla coerenza dell'impianto normativo licenziato dal Senato della Repubblica, con particolare riguardo allo stretto nesso di interdipendenza che corre tra la definizione (e il rifiuto) di accanimento terapeutico ed i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza, con particolare attenzione alla posizione del professionista sanitario.

Ove si ponga attenzione alla distinzione tra <<terapia>> e <<cura>> è possibile comprendere le ragioni giustificative tanto del rifiuto dell'eutanasia, quanto di quello della assoluta vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento, mentre merita approfondimento la sancita impraticabilità del rifiuto degli strumenti di alimentazione e idratazione artificiali.

La terapia <<si riferisce alla malattia e mira al ripristino di una condizione di salute>>, la cura, invece <<è rivolta ad una condizione di fragilità e ha il suo valore nella relazione, anche quando non c'è possibilità di guarigione>>⁴³⁰.

L'alleanza terapeutica si spinge fino ad un'alleanza di cura, nella quale al medico è richiesto l'adempimento di un dovere professionale di prendersi carico della fragilità degli stati terminali, evitando tanto le pratiche che non siano proporzionate, efficaci o tecnicamente adeguate alle condizioni del paziente o <<agli obiettivi di cura>>⁴³¹, quanto forme surrettizie di abbandono del paziente alla sofferenza.

Il testo del disegno di legge che sottintende ma non esplicita tale distinzione, si espone ad eccezioni di incostituzionalità, alla luce del ricordato orientamento della Corte Costituzionale in sede di definizione del trattamento sanitario ⁴³², nella quale si deve comprendere l'alimentazione o idratazione

orientativo per il medico>>; sul punto anche F. FANTOZZI, Alimentazione artificiale, lo stop dei medici al governo, in l'Unità, 25 gennaio 2011, p. 26: <<per il 92% bisogna tener conto della volontà del paziente purché certa e documentata. Se qualcuno smette di nutrirsi, al medico tocca informare sulle conseguenze senza assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale>>.

⁴²⁹ I BOSSI FEDRIGOTTI, *Un dialogo per la vita*, in *Corriere della sera*, 9 febbraio 2011, p. 1, sinteticamente scrive <<per contro, un non accanimento terapeutico spinto all'estremo, che volontariamente privi di acqua e cibo il malato terminale, più che "dolce morte" continua a sembrare morte dolorosa che il poveretto, già tormentato da atroce infermità, non si merita>>. L'A. giunge però a negare l'efficacia del dissenso al trattamento di alimentazione o idratazione artificiale. Concorda con l'impianto normativo in tema di ruolo del medico I. NAVA, *Dat: l'ultima parola al medico curante*, in *Avvenire*, 3 febbraio 2011, p. 2.

⁴³⁰ L. ROMANO, in E. VINAI, *L'eutanasia non è mai scelta di libertà*, in *Noi genitori e figli*, 2011, 1, p.38 ss.

⁴³¹ Art. 1, 1° comma, lett. f), d.d.l. n. 2350/2009, cit.

⁴³² Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit., in particolare n. 4 dei Considerando in diritto: <<occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e

realizzate per il tramite di interventi medico-sanitari, ossia in forme e con strumenti invasivi dell'integrità fisica dell'individuo.

Sembra auspicabile, dunque, una più chiara formulazione della disposizione dell'art. 1, lett. f), che si adegui al contenuto precettivo primario delle norme costituzionali e internazionali in materia di diritto dell'autodeterminazione, esplicitando il divieto, imposto al sanitario, <<di trattamenti straordinari non efficaci>>, come divieto di proseguire i trattamenti invasivi dell'alimentazione o ventilazione quando consti il rifiuto del paziente, se ed in quanto l'apprezzamento delle circostanze concrete conduca a ritenere qualunque terapia ormai inidonea a condurre ad una guarigione o ad un miglioramento. Di conseguenza si propone l'opportunità di circoscrivere entro i limiti della <<cura>> la disposizione dell'art.5, comma 6 su alimentazione e idratazione artificiale.

In altri termini, se non c'è speranza di vita non può operare lo stato di necessità che legittimerebbe l'intervento in mancanza di consenso, assunto il principio secondo il quale è lecito <<mettere la mano sul corpo altrui>>⁴³³ quando si verifica una apprezzabile probabilità di guarigione, non essendo invece sufficiente un qualunque grado di possibilità di miglioramento delle condizioni di salute, né tantomeno il semplice mantenimento delle condizioni, che sono purtroppo disperate perché appunto senza speranza di evoluzione positiva.

In tale ipotesi, alla cessazione degli interventi non consentiti dovrà necessariamente accompagnarsi idonea terapia del dolore, nel rispetto della l. 38 del 15 marzo 2010.

Nello spazio tra questi limiti opera la professionalità del medico⁴³⁴, che deve tener conto delle indicazioni del paziente, ma non può essere da questi strettamente vincolato, proprio in forza dei limiti intrinseci ad un dissenso preventivamente manifestato, e talora non adeguatamente informato.

trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

⁴³³ G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, cit., p. 1788 ss.

⁴³⁴ In questi termini anche F. D'AGOSTINO, *Testamento biologico per sentenza. Così i giudici uccidono la vita e il diritto*, in *Libero*, 13 gennaio 2011, p.1: << sono anni che i bioeticisti (e anche coloro che sono favorevoli al testamento biologico!) lo vanno ripetendo: la delicatezza della questione esige un'apposita legge, che stabilisca con chiarezza come accertare la competenza e l'informazione del sottoscrittore del testamento, che ne individui la validità temporale, che precisi quali possano essere i suoi legittimi contenuti (per evitare che la rinuncia a una terapia possa trasformarsi in un'ipocrita forma di eutanasia passiva), che stabilisca i limiti del potere del fiduciario e soprattutto che non offenda la professionalità dei medici, vincolandoli ad ubbidire passivamente a indicazioni che potrebbero rivelarsi ideologiche, grossolane e forse anche malevoli o sospette>>.

Le direttive anticipate, per loro natura, introducono una <<proporzione, in termini di precisione e previsione, tra ciò che può essere determinato nel testamento biologico e la molteplicità dei problemi che la situazione concreta può prospettare. A prescindere dalla sfasatura (...) che può venirsi a determinare per la diversità del contesto temporale-ambientale in cui la volontà è manifestata rispetto al momento in cui tale volontà deve trovare attuazione, si pone un problema di contenuti che, per quanto astrattamente minuziosi, si riveleranno nella gran parte dei casi generici, imprecisi, non sempre pertinenti, rispetto alle peculiarità della situazione da affrontare⁴³⁵>>.

Di tali limiti il sanitario dovrà rendere conto nell'annotazione in cartella clinica, ai sensi dell'art. 7, 1° comma del citato disegno di legge.

Si auspica, pertanto, un'integrazione della norma in questi termini, esplicitando in tal senso il precetto di non vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento, giacché, la diversa interpretazione della formulazione legislativa, intesa nel significato di legittimare il trattamento medico, contro il dissenso esplicitamente manifestato dal paziente, sarebbe incompatibile con la protezione costituzionale del diritto dell'autodeterminazione del paziente⁴³⁶.

Esemplificando il concetto, si potrebbe dire che il medico può procedere a un trattamento non consentito espressamente, ma necessario e urgente per la vita del paziente – nei limiti in cui non si cada nell'accanimento terapeutico – oppure implicitamente da lui accettato perché preparatorio, complementare o successivo ad un intervento assentito, ed obbligato, perché privo di possibili, più sicure, alternative⁴³⁷.

⁴³⁵ L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 445 s. in conclusione, l'Autore propone, a p. 446 s., di <<superare la rigida alternativa efficacia vincolante/orientativa, per porre l'attenzione sul ruolo del medico: costui è chiamato ad effettuare una valutazione ulteriore di tutti gli elementi scaturenti dalla situazione patologica in cui versa il malato – con adeguata considerazione dei messaggi, dei segnali, che il malato continua ancora a trasmettere – in relazione alle direttive manifestate dal medesimo in un'epoca precedente, per po' orientare le scelte alla luce di una tale complessiva ponderazione>>.

⁴³⁶ Si noti che nel medesimo senso si muoveva il documento del Comitato nazionale per la bioetica sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, del 18 dicembre 2003, su cui D. NERI, *Note sul documento del CNB sulle <<dichiarazioni anticipate di trattamento>>*, in *Bioetica*, 2004, p. 196, nella parte in cui ricorda al medico, che maturi il solido convincimento che <<i>desideri del malato fossero non solo legittimi, ma ancora attuali, onorarli da parte sua diventerebbe non il compimento dell'alleanza che egli ha stipulato con il paziente, ma un suo preciso dovere deontologico>>. Il difetto delle direttive di attualità renderebbe, infatti, l'atto che ad esse si conformi violativo della stessa autodeterminazione del malato. Cfr. anche P. STANZIONE, G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Justitia*, 2007, p. 43 ss.; G.SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, in *Quaderni diretti da P. Stanzione*, Salerno, 2003, e ID., *Il testamento biologico, ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 197 ss.

⁴³⁷ In questi termini Cass., 26 settembre 2006, n. 20832, in *Mass. Giur. It.*, 2006, p. 763 ss.

Di tale vincolo di necessità, e della natura preparatoria, complementare o successiva del trattamento praticato, egli dovrà dare conto nell'annotazione in cartella clinica.

Tuttavia, mancando i requisiti integranti lo stato di necessità o il trattamento sanitario obbligatorio, lo stesso medico non avrà motivo per prescindere dal consenso del malato per trattamenti estranei a quelli consentiti, tantomeno potrà attuarli se espressamente dissentiti, difettando la condizione di legittimità del trattamento medico⁴³⁸.

Con la necessaria precisazione fondamentale per cui, se l'incapacità di esprimere una preferenza non è assoluta, il medico deve continuare a dialogare con il malato che lamenti un difetto della capacità, non assoluta, così da poter conoscere le sue più ultime recenti volontà⁴³⁹.

L'incertezza potrebbe inoltre, essere attenuata attraverso una previsione normativa che chiarisca il concetto di <<accanimento terapeutico>>⁴⁴⁰, quantomeno in termini relazionali di efficacia – scientificamente mai certa. Ma misurabile in termini probabilistici – rispetto al miglioramento della salute o almeno delle condizioni personali del paziente, che dal trattamento possa ragionevolmente attendersi.

⁴³⁸ Non pare possibile aderire, per quanto spiegato nel testo, all'interpretazione di C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Riv. Infortuni e malattie professionali*, 1961, p. 2 ss., che legge nel riferimento dell'art. 32, 1° comma Cost. all'interesse generale alla salute un diritto dovere di ciascuno consociato, di conservare la propria salute. Nello stesso senso anche E. CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica (diritto allo)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1957, p. 1007 ss.

⁴³⁹ P. CENDON, *Il testamento per morire in pace*, cit., p. 37: << occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Perfino nell'ultimo giorno di vita, in qualche modo, noi parliamo con le smorfie, con rumori, con occhiate, col corpo, e **cerchiamo di comunicare con chi ci ha la pazienza di ascoltare. Certo, andrà bene il testamento biologico, andrà bene il fiduciario che parla al posto nostro; resteranno sempre, però, molte altre voci da ascoltare**>>. L'autore spiega in questi termini il concetto di <<dialogo del malato>>.

⁴⁴⁰ Su cui le pagine di G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 371 ss.

8. Distinzione tra trattamento terapeutico e normale mezzo di sostentamento.

La disposizione inserita nel disegno di legge in commento riecheggia quanto scritto, al fine di escludere la valenza di atto medico all'inserimento e al mantenimento del sondino naso gastrico o della cannula endogastrica, dal Comitato Nazionale per la Bioetica⁴⁴¹, che lo qualificava <<piccolo intervento iniziale>>, in relazione al quale non si porrebbe u problema di consenso o dissenso.

Nell'art. 3, comma 5, le <<diverse forme in cui la scienza e la tecnica>> possono fornire alimentazione e idratazione sono definite <<forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita umana>>, con la conseguenza per cui <<esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento>>⁴⁴².

La dottrina più attenta ha acutamente dimostrato come <<se si accoglie l'opinione dominante in merito alla nozione di trattamento terapeutico, sussiste più di una difficoltà ad affermare che l'alimentazione e l'idratazione artificiale possano essere considerati mezzi normali di sostentamento: esse sono mezzi di sostentamento raggiunti attraverso un trattamento terapeutico>>⁴⁴³.

Trattamenti terapeutici sono, infatti, <<tutti gli atti di qualsiasi natura che debbono essere compiuti sulla persona del malato, purché siano compiuti da medici e siano potenzialmente lesivi della libertà e della dignità della persona>>⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ CNB, L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente, del 30 settembre 2005.

⁴⁴² Appare difficile giustificare il riferimento, contenuto nella disposizione, alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. L'articolato internazionale discute infatti di alimentazione solo all'art.28, Adeguati livelli di vita e protezione sociale, 1° comma, ai sensi del quale: <<Gli Stati Parti riconoscono il diritto ad un livello di vita adeguato alle persone con disabilità ed alle loro famiglie, incluse adeguate condizioni di alimentazione, abbigliamento e alloggio, ed al miglioramento continuo delle loro condizioni di vita, e adottano misure adeguate per proteggere e promuovere l'esercizio di questo diritto senza alcuna discriminazione fondata sulla disabilità>>. In termini critici, in sede di lavori parlamentari, l'On. B. Della Vedova, Resoconto stenografico XII Commissione Permanente Affari sociali, 23 febbraio 2010: <<considera ultroneo e fuorviante il riferimento della proposta emendativa al rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, in quanto, rileva, tale strumento pattizio persegue finalità antidiscriminatorie di natura diversa rispetto all'oggetto dell'emendamento in esame e rischia pertanto di mirarne l'efficacia del disposto normativo>>. Cfr. A. VENCHIARUTTI, *I diritti delle persone disabili*, in A.A.V.V., *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà e P. Zatti, cit., p. 173 ss.

⁴⁴³ A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, cit., p. 176 s., cui si riferiscono altre citazioni seguenti.

⁴⁴⁴ G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in *Testamento biologico*, cit., p. 146 ss.: <<Il recente documento del CNB le definisce come "forme di assistenza ordinaria di base e proporzionata", eticamente doverose come lo è "fornire acqua e cibo

L'Autore concorda con l'opzione, quando scrive che << *il problema può forse essere superato soltanto facendo riferimento non già al trattamento terapeutico, ma all'accanimento terapeutico*>>, sebbene ritenga, non certo a torto, che tuttavia << *il confine nella pratica risulterebbe molto labile, perché poi occorrerebbe stabilire quando il trattamento diventa accanimento*>>.

Lo stesso servizio di bioetica del consiglio di Europa ha ritenuto che l'alimentazione e l'idratazione artificiali devono essere considerati trattamenti, ammettendo tuttavia il rifiuto dell'alimentazione, ma non quello dell'idratazione, per evitare sofferenze al malato⁴⁴⁵.

Il criterio della distinzione tra terapia e cura appare dirimente nell'applicazione della condizione di legittimità dell'operato del medico.

In applicazione del procedimento equitativo che si può riassumere nella formula dell' *aequitas singularis*, in cui le circostanze nel caso concreto assumono peculiare rilevanza << *al fine di applicare le regole giuridiche nell'ottica della tutela e di preminenza di interessi fondamentali a contenuto non patrimoniale*⁴⁴⁶>>, l'interprete può giustificare l'astensione del medico dai trattamenti attraverso i quali sia realizzata l'alimentazione o l'idratazione di persone incoscienti, in quanto << *non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura*>> ai sensi dell'art. 1, comma 1° lett. f), del disegno di legge.

Allo scopo di evidenziare tale necessario nesso di congruenza sistematica dell'articolato normativo, parrebbe opportuno l'inserimento, nell'art. 3, comma 5 del ddl, in materia di alimentazione e di idratazione, di un espresso richiamo al principio formulato in via generale nella norma di apertura della legge, proprio in considerazione del riconoscimento contemporaneo della vita umana e della primazia della dignità di ogni persona <<*rispetto all'interesse della società e alle*

alle persone che non sono in grado di procurarselo autonomamente (bambini, malati, anziani)". Si tratta di un paragone inaccettabile. Il bambino e l'anziano, per quanto non in grado di procurarsi il cibo da soli, avvertono la fame e la sete, chiedono l'acqua e il nutrimento (il bambino fin dalla nascita in modo prepotente), li rifiutano quando sono sazi. Anche nelle fasi terminali di attenuazione o perdita della coscienza l'anziano apre la bocca e la deglutisce quando gli viene offerto il cibo, la chiude quando non ne vuole più. Il suo corpo "sa" quando ha bisogno di cibo e quando non ne ha. Nulla di tutto ciò avviene nel paziente in SVP, il quale per questo viene alimentato forzatamente per via naso gastrica o endogastrica. Non c'è nulla di "ordinario", "normale", "naturale", nella condizione del paziente in SVP>>.

⁴⁴⁵ E. BROSETT, *La fin de la vie et le droit européen*, in in (a cura di) S. NEGRI, *The right to informed consent...*, cit., p. 87 ss.

⁴⁴⁶ A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, cit., p. 445.

applicazioni della tecnologia e della scienza>>, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) e b)⁴⁴⁷.

9. L'inadeguatezza del d.d.l.

Il tema della legiferazione nel campo delle DAT rappresenta certamente un terreno spinoso.

Rispetto alle contestazioni di chi richiamando i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 13 e 32 non ritiene necessario una disciplina specifica in materia, affermando la sussistenza nel nostro ordinamento degli strumenti per riconoscere immediata efficacia e dignità giuridica alle DAT⁴⁴⁸, si oppone un'esigenza di certezza sia per i cittadini sia per gli operatori sanitari che, a causa della insufficiente chiarezza della normativa giuridico-deontologica attuale, potrebbero essere indotti a comportamenti difensivi⁴⁴⁹.

Certamente nelle situazioni di incapacità del malato la conoscenza delle sue preferenze e delle sue volontà, precedentemente espresse, può essere uno strumento prezioso per rispettare la sua persona, surrogando in qualche misura, a quella manifestazione attuale e diretta delle sue preferenze, che, non risulta possibile in caso di incompetenza.

In questo senso non sembra condivisibile l'obiezione, di carattere generale, secondo cui le DAT sarebbero inutili, perché non farebbero che ribadire la ormai concordemente acquisita esclusione dell'impiego di mezzi sproporzionati.

Nè possono, al contrario, trascurarsi le rilevanti criticità dell'attuale d.d.l. che, invero, sembra sollevare un contrasto, se non una vera e propria contraddizione, con il principio guida esplicitamente enunciato di tutela della dignità di ogni persona (art.1).

⁴⁴⁷ Una proposta emendativa in tal senso è stata avanzata dal Relatore alla Camera dei Deputati (emendamento 3.10), con la previsione della deroga all'obbligo di mantenimento dell'alimentazione e idratazione nel caso in cui queste risultino non più idonee a fornire al paziente fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. La critica avanzata dall'On. B. Della Vedova, Resoconto, cit., si muove sulla scia della dottrina citata, quando sottolinea che *<<non sussistendo valide indicazioni scientifiche al riguardo, non è chiaro quali siano i casi a cui applicare tale eccezione>>*. Appare tuttavia significativo che lo stesso contraddittore ritenga che *<<per ragioni di mero buonsenso nessun medico imporrebbe l'idratazione e l'alimentazione artificiale ad un corpo che non riesce più ad assimilare le sostanze, anche perché, altrimenti, si configurerebbe un'ipotesi di vero accanimento terapeutico>>*, così confermando l'impianto teorico che a nostro avviso sostiene l'indicata formulazione.

⁴⁴⁸ S. RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009.

⁴⁴⁹ Cfr Cfr P. BENCIOINI, *Testamento biologico, direttive anticipate di trattamento: aspetti medico-legali*, in TUROLODO F. - VAZZOLOER G. (edd.), *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, Gregoriana, Padova 2006, p. 78 ss.

Il consenso responsabile, atto preliminare e fondante la relazione di cura, che nel d.d.l. conosce una configurazione piuttosto articolata sembra, infatti, uscire da questo testo d.d.l. legge significativamente limitato nella sua rilevanza morale e giuridica.

In questo senso non poche perplessità suscita il ruolo meramente residuale e facoltativo accordato allo stesso documento del consenso che sembra divenire un *optional*, a danno della parte più debole (cfr. art. 2, comma 3 l'alleanza terapeutica costituitasi all'interno della relazione fra medico e paziente ai sensi del comma 2 può esplicitarsi, *se il medico lo ritiene necessario o se il paziente lo richiede*, in un documento di consenso informato, firmato dal paziente e dal medico)⁴⁵⁰.

La rubrica della legge parla di consenso informato (art. 2), eppure alla volontà del paziente, si sostituisce, non senza un intento deliberato, il termine orientamentii (art. 7).

La mancanza di vincolatività delle DAT risulta peraltro un nodo critico importante: se, infatti, si può convenire sulla necessità che il medico possa (e debba) discostarsi dalle direttive precedentemente espresse per motivazioni di natura clinica, non sembra, invece, accettabile che ciò possa avvenire in base a convincimenti meramente personali di natura etica, filosofica e/o religiosa.

Ricorrendo tale ipotesi, parrebbe peraltro ammissibile la possibilità di configurare il reato di violenza privata e, anche, la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Cost., dal momento che la decisione del medico non sarebbe fondata su argomenti tecnico-scientifici, ma appartenente a quella stessa sfera problematica pertinente i motivi ispiratori delle DAT.

Si ritiene, ancora, che anche allorché le motivazioni del dissenso del medico siano di natura prettamente medico-scientifica, sia necessario un controllo esterno che preveda una commissione composta oltre che da uno specialista della patologia da cui è affetto il soggetto, da un medico-legale, da un giurista e da un bioeticista.

In tutt'altra direzione, invece, si muove il d.d.l. in quanto, inspiegabilmente, ha visto scomparire la figura del medico legale originariamente indicata nel testo trasmesso alla Camera nel luglio 2011.

Dalle criticità emerse sembra, che qualora tale testo dovesse essere approvato nella formula attuale, possa profilarsi un itinerario non dissimile da quello che ha caratterizzato la legge del 2004 sulla fecondazione assistita: anche quella normativa, approvata senza tener in alcun conto delle obiezioni sollevate

⁴⁵⁰ R. CILIBERTI- A. BPSIGNORE – M. T. PANICI – T. PEDRUCCI – F. DE STEFANO, *Le direttive anticipate di trattamento nella prospettiva del legislatore ed i riflessi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 4, p. 1479 ss.

circa la sua tenuta costituzionale, non si è sottratta all'intervento demolitorio della Consulta.

Considerazioni conclusive

Il valore della dignità della persona in ordine alle scelte del fine vita.

Nel corso della riflessione sin qui svolta si è potuto apprendere come i delicati temi legati alla vita, in ragione del continuo progresso della medicina, sono caratterizzati da una mobilità sempre più accentuata dei relativi confini⁴⁵¹, con una conseguente moltiplicazione delle possibilità di scelta che all'individuo sono offerte in ordine all'inizio, allo svolgimento ed alla fine della vita⁴⁵².

Quel che un tempo sarebbe stato rimesso alla natura e alle sue leggi, oggi è oggetto di valutazione e di determinazione alla luce dei principi di dignità, di uguaglianza e di autonomia⁴⁵³.

La tendenza estrema di tale evoluzione si rinviene in quelle rivendicazioni, ispirate ad una logica tipicamente proprietaria di derivazione soprattutto nordamericana⁴⁵⁴, volte ad affermare: “il corpo è mio e me lo gestisco io”⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 149 ss., ove si fa riferimento anche ai significativi mutamenti culturali; v. anche U. VITIELLI, *L'autodeterminazione del paziente. Fino a dove?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 15 ss.

⁴⁵² Fine vita intesa come fase, processo i cui termini di riferimento, iniziale e finale, non sono di facile identificazione: cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 247 ss.; S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 390 ss.; G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, II, in *Trattato Biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, pp. 1866-1867; cfr. P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico, Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 16; ID., *La fine della vita*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 652 s.; sulla morte tra processo ed evento in una prospettiva costituzionale riflette P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, p. 209 ss.

⁴⁵³ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 250, ad avviso del quale non bisogna «cedere alla tentazione di riferirsi soltanto a una nozione di vita ridotta alla sua misura biologica»; A. SANTOSUOSSO – V. SELLAROLI, *Coscienza, volontà e diritti fondamentali nei pazienti in stato vegetativo permanente*, in *La vita prima della fine*, a cura di Galletti e Zullo, Firenze, 2008, p. 72 ss., ove si afferma «Il momento nel quale il soggetto esce di scena dal contesto delle relazioni sociali e giuridiche è ormai frutto di una decisione dell'individuo [...]».

⁴⁵⁴ Cfr. F. D. BUSNELLI – E. PALMERINI, voce *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 142 s., ove si osserva come «il motivo cardine della bioetica nordamericana è da rinvenirsi nel principio di autonomia» inteso come libera scelta della persona in merito al proprio corpo sottratta alle intrusioni statali; sul dibattito in merito alla configurabilità di un diritto di proprietà sul corpo si sofferma, essenzialmente con riferimento all'ordinamento statunitense, G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, p. 138 ss.; sull'«ingenuità culturale della metafora proprietaria» v. A.

In aperto contrasto con tale tendenza si è levata una denuncia autorevole, volta a porre in luce la tragicità insita nel tentativo dell'uomo di appropriarsi della fine così come dell'inizio della vita⁴⁵⁶.

In un contesto di questo genere, appare corretto affermare, a conclusione del nostro discorso, che la sovranità individuale sul corpo non si configura in termini di assolutezza⁴⁵⁷, poiché esiste una zona di intersezione tra territorio della sovranità individuale e territorio della giurisdizione statale, in cui possono e debbono essere tutelati e composti interessi riferibili a entrambe le entità sovrane⁴⁵⁸.

Tale impostazione, se dal punto di vista metodologico appare conforme alla trama ispiratrice dell'ordinamento, la cui connotazione in senso personalistico si è via via accresciuta nel tempo, non è comunque in grado di elidere la sensazione di incertezza in cui si dibatte il giurista allorquando si cimenta con i temi legati alla vita umana; sensazione scaturente in via principale dal fatto che il ragionamento va articolato essenzialmente per principi e, quindi, secondo un approccio che impone una sensibilità al cospetto del sistema tutt'affatto particolare, non fosse altro perché manca almeno sino ad oggi il conforto di una norma che identifichi con carattere di precettività le molteplici fattispecie.

Ed invero, se non pare potersi dubitare circa il fatto che anche l'applicazione delle norme dà luogo a margini di discrezionalità e di incertezza, i principi sono caratterizzati da un elevato grado di elasticità e/o indeterminatezza; il che è reso ancor più evidente quando essi si limitino ad esprimere un valore ovvero il perseguimento di un fine senza indicare i relativi strumenti attuativi⁴⁵⁹.

Se di tutto ciò si è avveduti, non potrà sfuggire l'esistenza di un rischio costante che si crei uno spazio di manovra, per così dire, incontrollato, tenuto conto che l'assenza di "una definizione stipulativa universalmente accreditata dei

NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, in *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, a cura di Gensabella Furnari e Ruggeri, Torino, 2010, p. 24 s. nonché p. 50 ss.

⁴⁵⁵ Cfr. s. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 144-145.

⁴⁵⁶ G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 371 ss.

⁴⁵⁷ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 252, secondo cui non è opportuno riconoscere al medico la facoltà di non seguire le direttive anticipate, in quanto bisogna scongiurare il rischio che si ritorni ad attribuire a soggetti esterni «il potere di impadronirsi del corpo e del suo destino».

⁴⁵⁸ P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, in part. p. 12 ss.

⁴⁵⁹ Cfr. E. GUASTINI, in Belvedere-Guastini-Zatti-Zeno Zencovich, *Glossario*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1994, p. 339 ss., ove vengono posti in luce i tratti caratteristici, di non facile individuazione, dei principi; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ivi, 1993, p. 447 ss.; più recentemente; ID., *Le fonti del diritto*, in *Trattato dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2010, p. 201 ss.

principii” finisce per giustificare “la diffidenza di quanti considerano i principi scatole vuote che l'interprete riempie come meglio gli aggrada, per poter raggiungere lo scopo che voleva perseguire”⁴⁶⁰.

Nella materia di cui qui ci si è occupati i termini del problema risultano ulteriormente complicati dal fatto che non è semplicemente questione di applicare un principio, ovvero una molteplicità di principi destinati ad integrarsi, bensì di operare un contemperamento tra principi che rischiano di collidere e che, proprio per tali ragioni, non sono suscettibili di trovare applicazione integrale.

Si è già discusso relativamente al conflitto che può profilarsi tra i valori⁴⁶¹ della salute e della vita valori oggettivi di cui la persona è titolare, costituenti, in pari tempo, il contenuto dei doveri incombenti sul medico e quello dell'autodeterminazione che, attraverso il rifiuto delle cure⁴⁶², può soverchiare i primi ⁴⁶³. A una soluzione può pervenirsi soltanto ove ci si sganci, alla stregua di quanto già osservato, da una prospettiva di assolutezza, abbandonando l'idea che l'uno o l'altro dei principi in conflitto sia sempre e comunque destinato a prevalere.

Soluzione, quella dello sganciamento da una prospettiva di assolutezza, che, per vero, sembra decisamente disattesa dalla proposta di legge approvata dal Senato il 26 marzo 2009, recante il n. 2350, e successivamente dalla Camera dei deputati con emendamenti il 12 luglio 2011.

In particolare, va richiamato l'art. 1 che, pur mostrando consapevolezza dell'esigenza di rispettare l'autodeterminazione del paziente, pare decisamente scritto nell'ottica di una piena e integrale preservazione della salute e della vita [fatta salva l'astensione contemplata a carico del medico dalla lett. f)] ⁴⁶⁴. Al punto che accreditati scienziati hanno fatto appello alla politica affinché non venga

⁴⁶⁰ G. ALPA, *I principi generali* 2, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006, p. 9.

⁴⁶¹ Sull'essenza dei valori e sulla loro “aggressività” fondamentale E. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, p. 46 ss.: «Le virtù si esercitano; le norme si applicano; gli ordini si eseguono; ma i valori vengono posti e imposti. Chi ne sostiene la validità deve farli valere. Chi dice che valgono senza che vi sia nessuno che li fa valere è un impostore».

⁴⁶² Qualificato, alla stregua della Costituzione, quale diritto soggettivo perfetto: P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 238 ss.; cfr. anche E. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padova, 2006, p. 145 ss.

⁴⁶³ P. ZATTI, *Rapporto medico paziente e “integrità” della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 403 ss.

⁴⁶⁴ Decisamente critico F. D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, cit.: «L'alleanza terapeutica, vagheggiata a parole nel titolo ma vanamente rintracciabile nel contenuto delle norme dettate dal menzionato Disegno di legge di cui sembra imminente la discussione alla Camera dei deputati, sembra essersi definitivamente rotta nella drammatica tensione tra natura e artificio. Si è rotta sotto la spinta convergente di uno sprezzante autoritarismo, di uno stolido fanatismo, di una insidiosa ipocrisia»; v. anche A. SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 136 ss.

approvata una legge che, per i contenuti che esprime, si delinea come una legge non già sul testamento biologico, ma “*contro il testamento biologico*”⁴⁶⁵.

Non va, infine, sottaciuto – ed in ciò risiede un'ulteriore difficoltà in cui l'argomentazione giuridica si dimena – che in materie come queste v'è la necessità di adottare un approccio interdisciplinare, in un dialogo che per esser realmente fecondo deve, a voler utilizzare le parole di un recente *Trattato di biodiritto*, avere piena coscienza circa il fatto che “*una consapevolezza adeguata dei problemi legati alla regolazione della vita non può raggiungersi senza un'adeguata indagine di tipo epistemologico, etico, politico, scientifico*”⁴⁶⁶.

L'invito rivolto al giurista è quello, dunque, di uscire dalla solitudine abbracciando una prospettiva idonea non solo a riguadagnare la dimensione unitaria della scienza giuridica⁴⁶⁷, ma a far sì che la scienza giuridica sappia cogliere la dimensione sociale del diritto attraverso un confronto con gli altri saperi e, segnatamente, con quello scientifico, la cui evoluzione rappresenta certamente in epoca contemporanea un motore propulsivo di ineguagliabile rilievo.

Ora, dunque, evidenziate le direzioni lungo le quali il giurista deve muoversi e considerata la mancanza di una disciplina che chiarisca quali siano le condotte lecite e quali siano, al contrario, illecite nel rapporto di cura che interviene tra medico e paziente nella fase terminale della vita di quest'ultimo, occorre allora chiedersi se vi sia uno strumento, una regola, un principio che assorda e contenga in sé tutti gli altri

Ebbene, come autorevolmente sostenuto, il diritto è sistema⁴⁶⁸.

Ne consegue che la risposta all'esigenza appena espressa, già esiste nel sistema: nell'assenza di una legge *ad hoc*, nel conflitto tra contrapposti principi, il giurista possiede pur sempre un criterio che non è mai destinato a soccombere ed ad essere obliterato: la dignità della persona umana.

Per tanto, in conclusione di questo lavoro, appare necessaria una riflessione sul significato che oggi assume il termine “dignità”, alla luce degli studi e delle elaborazioni svolte dai più insigni giuristi.

Il termine dignità (dal latino “*dignitas*”) significa eccellenza, nobiltà, valore: perciò è degno ciò che possiede un valore intrinseco, non cedibile, non negoziabile, non alienabile, un valore che esiste per il fatto stesso che il soggetto è.

⁴⁶⁵ U. VERONESI *Lettera aperta su una legge sbagliata*, Corriere della Sera, 1 maggio 2011

⁴⁶⁶ *Presentazione*, in *Trattato Biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di Lenti-Fabris-Zatti, Milano, 2011, p. XII.

⁴⁶⁷ P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Riv. storia dir. it.*, 1997, p. 11 ss.

⁴⁶⁸ A. SPADAFORA, *Gli interessi tutelabili tra inizio e fine vita: spunti per una riflessione sistematica*, in *Giust. Civ.*, 2009, 11, p. 419 ss.

In tal senso la dignità descrive cosa la persona umana è⁴⁶⁹: essa è valore⁴⁷⁰.

Da ciò consegue l'assoluto rispetto che merita la persona, considerata nella sua unitarietà, ossia non frazionabile in isolati aspetti ma considerata nella sua integrità⁴⁷¹.

La dignità dell'essere umano è un valore culturale che fonda tutti gli altri valori, compresi quelli etici, nonché tutti i diritti ad esso riconosciuti⁴⁷², perché la dignità umana nasce con la nascita dell'essere umano⁴⁷³.

Pertanto, prima di affrontare uno specifico discorso sulla tematica del fine vita, pare congrua ed adeguata una riflessione sul valore oggi assunto dalla dignità della persona nell'ordinamento giuridico italiano.

Non si ignora la difficoltà di dare oggi una definizione del concetto di dignità umana, che sia in grado di spiegarne tutto il significato nelle sue più late accezioni; trattasi, infatti, di "nozione di confine"⁴⁷⁴, frutto di una riflessione a più voci (filosofi, bioeticisti⁴⁷⁵, giuristi) e che, risente, anche positivamente, dei tanti contributi che le diverse scienze offrono alla sua definizione.

La dignità, considerata in generale, è una qualificazione normativa e non certamente empirica, mentre la particolarità della dignità umana sta nel fatto che l'essere a cui si riferisce venga considerato un fine in sé e, in quanto tale, debba essere rispettato, sì da non potersi subordinare ad alcun altro valore, per quanto importante o rilevante esso possa essere⁴⁷⁶.

⁴⁶⁹ G. DE ROSA, *La dignità della persona*, in *La Civiltà Cattolica*, quaderno n. 3701, 4.09.04, p. 372 ss.

⁴⁷⁰ A. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1988, p. 37 ss.

⁴⁷¹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino, 1972, p. 187 ss.

⁴⁷² E. DUSSEL, *Dignità: negazione e riconoscimento in un contesto concreto di liberazione*, in AA.VV., *Il dibattito sulla dignità umana*, Concilium, n. 2/2003, p. 68 ss.

⁴⁷³ H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, 1990, p. 124 ss.

⁴⁷⁴ P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 38 ss.

⁴⁷⁵ Sul valore della dignità in bioetica vedesi: A. SCHULMAN, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, in *The President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., March 2008. In particolare l'A. pone risposte ai quesiti di seguito proposti: <<Human dignity-is it a useful concept in bioethics, one that sheds important light on the whole range of bioethical issues, from embryo research and assisted reproduction, to biomedical enhancement, to care of the disabled and the dying? Or is it, on the contrary, a useless concept-at best a vague substitute for other, more precise notions, at worst a mere slogan that camouflages unconvincing arguments and unarticulated biases?>>

⁴⁷⁶ F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana*, vol. 1, ottobre 2007, p. 101 ss.

La persona, in quanto tale, in quanto essere vivente appartenente alla specie umana⁴⁷⁷ ha una sua propria dignità che è uguale a quella di qualsiasi altro individuo. Il riconoscimento, la tutela e la valorizzazione della dignità rappresentano i segni essenziali di una civiltà moderna ed evoluta.

Oggi discorrere di dignità umana potrebbe apparire una sorta di *incipit* o di enfatico preambolo apposto ad un discorso che su tutt'altro verta.

Di fatto, la tematica si profila non solo attuale, ma indispensabile per dirimere dispute dottrinali e per superare posizioni ideologizzate: basti pensare alla incidenza che la concezione della dignità della persona assume con riguardo alle scelte in ordine alla vita o alla morte di un uomo ed alle soluzioni legislative e giudiziarie che ne conseguono.

Negli ultimi decenni le scienze mediche hanno sviluppato in modo considerevole le loro conoscenze sulla vita umana negli stadi iniziali della sua esistenza e fino al crepuscolo di essa

Sono giunte a comprendere le strutture biologiche dell'uomo e il processo della sua generazione. Questi sviluppi sono certamente positivi e meritano di essere sostenuti in quanto funzionali al superamento o, quanto meno, alla correzione di patologie che inficiano, più o meno gravemente, il normale svolgimento dei processi generativi e la normale vita sociale e di relazione.

Il problema si pone, però, quando le scienze mediche utilizzano degli strumenti che si ispirano a principi lontani o addirittura antitetici alla tutela della dignità della persona, oppure sono adottati per finalità contrarie al bene integrale dell'uomo.

Se la tecnica, come argutamente sostenuto⁴⁷⁸, si ispira al principio per cui "*si deve fare tutto ciò che si può fare*", altro è l'imperativo cui l'etica obbedisce: "*si deve fare tutto ciò che non si può fare*". A parte l'apparente bisticcio di parole, dietro queste espressioni si comprende bene come sia diverso l'approccio che

⁴⁷⁷ Sul concetto di "specie umana" è interessante l'analisi svolta da A. TARANTINO, *Natura umana e libertà in bioetica, op. cit.*, p. 63 ss.. L'A. , precisati i connotati essenziali su cui la nozione si fonda – quello di *specie* che indica un'essenza determinata all'interno di un certo genere e quello di *umana* che invece sta a significare che la determinazione di tale essenza consiste nell'essere di natura razionale – afferma che : <<La natura razionale è il *vinculum che, stando a fondamento di tutti gli individui umani, li lega gli uni gli altri, facendo della loro molteplicità un' unità*>>

⁴⁷⁸ A. ANDRONICO, *Il regalo di Holden. Riflessioni sul dono e sulla cura*, in *Doveri e diritti alla fine della vita*, (a cura di) L. Palazzini, Roma, 2010, p. 91 ss. L'A. riprende gli insegnamenti del filosofo tedesco M. HEIDEGGER , contenuti in *Sein und Zeit*, Max niemeyer, Tubingen, 1927, traduzione italiana di P. CHIODI, *Essere e tempo*, Milano, 1976, p. 240 al fine di sottolineare la differenza tra l' "usare" proprio delle cose ed il "prendersi cura" proprio delle persone e criticando la "grammatica della tecnica" che ha trasformato i mezzi in fini e che evita continuamente lo scarto tra ciò che è puramente e semplicemente calcolabile e ciò che eccede qualsiasi calcolo e qualsiasi misura.

scienza ed etica hanno nei confronti della cura e , conseguentemente, della dignità umana.

Partire dalla dignità umana vuol dire muovere dall'essenza , dal cuore della dottrina dei diritti umani⁴⁷⁹. La dignità umana è infatti inseparabile dalla condizione umana, non è una condizione accidentale ma essenziale e costitutiva in quanto non ci sono uomini senza dignità la cui vita sia priva di valore intrinseco⁴⁸⁰.

Tale asserzione radica le sue origini in pensatori molto illustri, secondo cui: <<Nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcosa d'altro a titolo equivalente; al contrario ciò che è superiore a qual prezzo e non ammette equivalenti, è ciò che ha una dignità [...]. Ciò che permette che qualche cosa sia un fine a se stesso [Zweck an sich selbst] non ha solo un valore relativo, e cioè un prezzo, ma ha un valore intrinseco e cioè una dignità>>⁴⁸¹.

Tale concetto è stato "passato al microscopio" di commentatori e critici che hanno costantemente cercato di comprendere la portata di simili affermazioni, in un dibattito di cui non è possibile individuare l'inizio e la fine⁴⁸².

La dignità umana fa, formalmente, ingresso nell'ordinamento giuridico italiano con la Costituzione del 1948, laddove essa viene definita come "dignità sociale".

In realtà non sono mancate voci contrastanti con una visione di piena coincidenza tra le due tipologie di dignità e secondo cui i due concetti non sono tra loro fungibili in quanto la dignità sociale svolgerebbe una funzione di presidio dell'eguaglianza del cittadino all'interno della società, mentre la dignità umana avrebbe un significato molto più ampio⁴⁸³.

Tale impostazione pare doversi considerare ampiamente superata, tenuto conto del fatto che la dignità non mira ad una astratta qualificazione delle qualità di una persona, bensì a dettare l'azione effettiva alla quale deve uniformarsi la società⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma -Bari, 2005, p. 54 ss.

⁴⁸⁰ R. ANDORNO, *La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo*, in *Bioetica e dignità umana*, p. 91 ss.

⁴⁸¹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1997, pag. 101. L'A. affermava altresì che <<L'umanità è essa stessa una dignità: l'uomo non può essere trattato dall'uomo (da un altro uomo o da se stesso) come un semplice mezzo, ma deve essere trattato sempre anche come un fine. In ciò appunto consiste la sua dignità (personalità), ed è in tal mondo che egli si eleva al di sopra di tutti gli esseri viventi che non sono uomini e possono servirgli strumento >>.

⁴⁸² A. CASSESE, *op. cit.*, p. 56 ss.

⁴⁸³ U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, p. 120 ss.

⁴⁸⁴ L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2011, p. 763 ss..

Due sono state le spinte che hanno determinato l'inserimento della dignità tra i principi costituzionali.

Da un lato, infatti, muta⁴⁸⁵ la gerarchia dei valori con il passaggio dalla prevalenza di situazioni giuridiche di natura patrimoniale⁴⁸⁶ a quelle di natura esistenziale e personale. Ciò determina un vero e proprio ribaltamento dell'assetto dei valori fondanti la società civile, attraverso la collocazione della persona al centro del sistema ed anteponendo i diritti della personalità a quelli legati alla sfera economico-patrimoniale⁴⁸⁷.

Ma, lo spirito che prevalentemente ha inciso sull'utilizzazione di tale formula è stato di tipo innovatore: il richiamo alla dignità nella nostra Costituzione si fonda sull'intento dei costituenti di creare uno Stato nuovo, in rapporto di totale discontinuità rispetto ai valori ed agli avvenimenti gravissimi che avevano portato a morte, distruzione e svilimento dell'essere umano⁴⁸⁸.

Il riconoscimento alla persona di non essere più *subjectum juris*, ma "persona"⁴⁸⁹, non è dunque un semplice ritorno alla tradizione giusnaturalistica, ma sapiente frutto di una scelta politica che i nostri Costituenti hanno consapevolmente effettuato⁴⁹⁰.

Il rispetto della dignità umana trova, poi, molteplici forme di esplicazione in una serie di disposizioni costituzionali: dalla libertà di pensiero e di opinione, alla libertà di iniziativa economica, per citarne alcune⁴⁹¹.

La dignità, dunque, è attribuzione propria di ciascun individuo.

In realtà esiste un certa corrente di pensiero di origine tedesca che, traendo origine dalla antichissima accezione del termine *dignitas* – con cui si indicava il portatore di una particolare carica (militare, religiosa o politica)⁴⁹² – sostiene la c.d. "Teoria della prestazione". In base ad essa non basta che l'uomo abbia determinate capacità morali per avere in senso proprio dignità, ma bisogna vedere se e come le esercita e qual è la risposta della società. All'origine una dignità

⁴⁸⁶ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, op. cit. p. 20 ss.

⁴⁸⁷ L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit.dir.priv.*, 1988, p. 427 ss.

⁴⁸⁸ G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, trad. it., Roma-Bari, 2006, p. 139 ss.

⁴⁸⁹ L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, cit., p. 772 ss.

⁴⁹⁰ F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana*, vol. 1, ottobre 2007, p. 110 ss.

⁴⁹¹ Per un approfondimento sul rapporto tra dignità umana e diritti costituzionali vedesi P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. Ceccherini, (a cura di) *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 83 ss.

⁴⁹² P.P. PORTINARO, *La dignità dell'uomo messo a dura prova*, in A. ARGIROFFI- P. BECCHI- D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, p. 230 ss.

umana così intesa è legata a un'etica dell'onore che esalta le virtù eroiche, la nobiltà d'animo e la magnanimità⁴⁹³.

Tale impostazione si contrappone alla c.d. *"Teoria della dotazione"* in base alla quale l'essere umano, che è insieme naturale e morale, non è soltanto un essere della natura, ma anche un soggetto dell'autonomia morale e, come tale — secondo la Metafisica dei costumi di Kant — possiede dignità, cioè *"un valore interno assoluto"*. Nell'accezione aristotelica la dignità è una dotazione naturale della specie umana in quanto tale. Le teorie della dotazione, dunque, sono propriamente quelle che sostengono una stretta connessione tra l'aspetto naturale e quello morale della dignità umana. Esse rivendicano il carattere puramente constatativo della dignità come principio trascendentale collegato alla specie umana⁴⁹⁴. Di conseguenza la dignità non si acquista né si perde, ma si possiede per il fatto stesso di appartenere alla specie umana: laddove è presente un essere umano, c'è qualcosa da rispettare in modo assoluto, qualcosa che non può essere subordinato a qualche altro fine, in definitiva qualcosa di "sacro". Tale concezione si trova pienamente in sintonia con la teologia giudaico-cristiana secondo cui la dignità umana è fondata sull'idea che l'uomo sia stato creato *«a immagine e somiglianza di Dio»*⁴⁹⁵.

Guardando alla nostra Costituzione, si evince che tale contrapposizione non è affatto astratta: esistono infatti disposizioni che valorizzano il particolare merito sociale che distingue determinati soggetti. Si pensi, ad esempio, alle norme relative alla nomina dei senatori a vita (art. 59 comma 2 Cost.) o le particolari garanzie previste per i soggetti "capaci e meritevoli" (art. 34 comma 3 Cost.) che farebbero pensare ad un differente livello e grado di dignità tra cittadini, come pure è stato sostenuto⁴⁹⁶.

In realtà la nostra Costituzione, attraverso tali disposizioni, non intende graduare il livello di dignità della persona ma, piuttosto, premiare il merito di soggetti che con la loro azione apportano un decisivo contributo al progresso morale e materiale della società.

Sicché, come autorevolmente sostenuto: *"Se è vero che i meriti vanno premiati, non è altrettanto vero che meriti e dignità vanno identificati"*⁴⁹⁷.

⁴⁹³ F. VIOLA, *I volti della dignità umana, cit.*, p. 104 ss.

⁴⁹⁴ Cfr. R. SPAEMANN, *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, trad. it. a cura di L. Tuninetti, Roma 2006, p. 74 ss.

⁴⁹⁵ Sul modo d'intendere questa espressione cfr., ad esempio, F. CONIGLIARO, *L'orizzonte teologico*, in L. Galleni et al., *Animali e persone: ripensare i diritti*, Cinisello Balsamo 2003, pp. 132 ss.

⁴⁹⁶ A. CAUTADELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; od anche V. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile. Uno studio comparato*, Napoli, 1985, p. 11 ss.

⁴⁹⁷ L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano, cit.*, p. 781 ss.

In conclusione pare opportuno riflettere sul rapporto intercorrente tra dignità e sviluppo della persona che rappresentano una vera e propria ipotesi di concorso tra principi costituzionali, poiché l'uno non è realizzabile senza l'altra. Come si evince, infatti, dagli art. 2 e 3 comma 2 della Costituzione la persona è tutelata nel nostro ordinamento in quanto tale, per il fatto che esiste, e la sua dignità è uguale a quella di qualsiasi altro individuo: la persona "è" dignità, sicché si condividono pienamente quelle impostazioni che riconoscono alla dignità valore di fondamento assiologico del nostro ordinamento⁴⁹⁸, l'essenza in senso ideale della persona.

Pertanto la dignità umana non costituisce semplicemente un valore morale e sociale, ma vero e proprio principio giuridico, applicabile in modo congiunto agli altri principi⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, (a cura di) E. Ceccherini, *La tutela della dignità umana*, Napoli, 2008, p. 74 ss.

⁴⁹⁹ L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, cit., p. 793 ss.

Bibliografia

- F. AGNINO, *Il consenso ai trattamenti medici e la tutela dell'anziano*, in *Giur. Merito*, 2011, 12.
- F. AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2011.
- G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di Iudica - Zatti, Milano, 2006.
- G. ALPA, *Il danno biologico*, seconda ed., Padova, 1993.
- G. ALPA ó A . ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1996.
- G. AMATO, *Commentario della costituzione, Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1977, sub art. 13.
- G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1990.
- S. AMATO, *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005.
- H. AMBRUSTER, *Selbstbestimmungsrecht*, in *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlino, 1962.
- R. ANDORNO, *La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo*, in *Bioetica e dignità umana*.
- A. ANDRONICO, *Il regalo di Holden. Riflessioni sul dono e sulla cura*, in *Doveri e diritti alla fine della vita*, (a cura di) L. Palazzini, Roma, 2010.
- A. ANZON, *Trattamenti sanitari obbligatori e competenza regionale*, in *Giur. Cost.*, 1980, I.
- M. AQUINO, R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2002, 2.
- M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2001.
- M. ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Milano, 2007.
- G. ARANGIO RUIZ, *Autodeterminazione (diritti dei popoli alla)*, in *Encicl. Giur. Treccani*, Roma, 1988.
- ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, III, 7, 1116 a, 12, Bari, 1979.
- AA.VV., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005.
- AA. VV., *Rifiuto di cure e direttive anticipate ó Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2011.

- M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, in *Il governo del corpo*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011.
- R. BAILO ó P. CECCHI, *Direttive anticipate e diritto di rifiutare le cure*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998.
- R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008.
- L. BALESTRA, *L' autodeterminazione nel õfine vitaö*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2011, 04.
- L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006.
- A. BARAGGIA, *L'assistenza organizzata al suicidio in svizzera: verso una regolamentazione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 2.
- M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un' introduzione teorica*, Torino, 2003.
- G. BARBERINI, *Elementi essenziali dell'ordinamento giuridico canonico*, 2° ed., Torino, 2008.
- E. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- M. BARNI, *Luci ed ombre del nuovo codice di deontologia medica*, Zacchia, 53, 1978.
- M. BARNI, *La potestà del medico di curare e il rapporto con il paziente*, in Aa.Vv., *Guida all'esercizio professionale per i medici chirurghi e gli odontoiatri. Elementi informativi, documentali, deontologici, giuridici, amministrativi*, Torino, 1995.
- M. BARNI, *Equilibrismi dialettici tra consenso limitato e dissenso esplicito vs. l'atto medico* in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003.
- G. BASCHERINI, *L'emergenza ed i diritti, un' ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003.
- P. BELLINI, *Aspetti costituzionali on specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA. VV. *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*, Atti del Convegno di Roma, 01/12/1982, Napoli, 1983.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, tomo II, La famiglia le successioni*, Milano, 2001.
- L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. Scialoja- Branca*, a cura di Galgano, Art. 587-600, 1993.
- R. BLAIOTTA, *Anche dopo le sezioni unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Cass., pen.*, 2010, 10.
- D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.
- M. BILANCETTI, *Le conseguenze della rilevanza penale e civile del consenso invalido. Il consenso informato: un continente ancora da esplorare?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003.

- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.
- P. BOITTE, J.P. COBBAUT, D. JACQUEMIN, *La Loi du 28 mai 2002 relative a l'euthanasie: un outil pret a l'usage?* in *Ethica clinica, l'euthanasie, un an apres la loi*, 2003, n. 3.
- G. BONILINI, *Testamento*, Padova, 1995, e *Testamento*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIX.
- A. BOMPIANI, *Aspetti rilevanti per la trasposizione nell'ordinamento italiano della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, a cura di C.M. Mazzoni, in *Un quadro europeo per la bioetica*, Firenze, 1998.
- G. BONILINI, *Il testamento*, Padova, 1999.
- G. BONILINI, *Testamento*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., XIX.
- G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, in A.A.V.V., *La successione testamentaria*, in *Tratt. Di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, II, Milano, 2009.
- G. BONILINI, A. CHINIZZI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004.
- M. N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Milano, 2008.
- I. BOSSI FEDRIGOTTI, *Un dialogo per la vita*, in *Corriere della sera*, 9 febbraio 2011, p. 1.
- J. BOWLE, *Storia d'Europa*, tr. it., III, Milano, 1982.
- L. BROSTOM, M. JOHANSSON, M. K. NIELSEN, *What the patient would have decided: A fundamental problem with the substituted judgment standard*, in *Medicine, Health, Care and Philosophy*, 2007.
- F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1964.
- F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, Agg., V, Milano, 2001.
- S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno e resp.*, 2007.
- G. CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e di inabilitazione*, in *Fam e dir.*, 2004.
- E. CALO \varnothing *La Cassazione \varnothing vara \varnothing il testamento biologico*, in *Corriere giur.*, 12/2007.
- E. CALO \varnothing *Richiesta di sospensione dell'alimentazione a persona in stato vegetativo: la Cassazione decide di non decidere*, in *Il Corr. Giur.*, 2005, n. 6.
- E. CALO \varnothing *Autonomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, in *Resp. Civ. prev.*, 2000.
- A. CANDIAN, *Riflessioni sul consenso dell'avente diritto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1938.
- S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003.

- M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico nel magistero della chiesa cattolica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, n. 4.
- G. CAPAREZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famila*, 2004.
- E. CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica (diritto allo)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1957.
- D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 c.c. tra vecchie e nuove immoralità*, Napoli, 1995.
- G. CASABURI, *L'infondatezza del provvedimento d'urgenza per l'interruzione del trattamento di alimentazione artificiale di persona in stato vegetativo persistente in Foro it.*, 2007, n. 2.
- C. CASONATO, *Biodiritto in dialogo*, C. Casonato- C. Piciocchi (a cura di), Padova, 2006.
- G. CASSANO, *È lecito il diritto all'eutanasia?*, in *Famila*, 2002.
- G. CASSANO, *L'eutanasia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, n. 2 ó 3.
- G. CASSANO, *Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e concorso di responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2001.
- A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma -Bari, 2005.
- C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Iustitia*, 2012.
- C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 04.
- C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009.
- C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e dir. priv.*, 2010
- A. CAUTADELLA, *Negozio giuridico*, in *Enc. Forense*, V, Milano, 1963.
- A. CAUTADELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972.
- R. CECCHI, *Il testamento biologico: perché?*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006.
- R. CECCHI, *Direttive anticipate*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, III*, in *Persone e famiglia*, I, Torino, 2004.
- P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003.
- P. CENDON ó P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003.
- P. CHIODI, *Essere e tempo*, Milano, 1976.
- C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1975, I.
- G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda, Belgio*, in *Foro it.*, 2003, V.

- R. CIPPITANI, *Il diritto privato dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007.
- C. COLOMBO, *Il consenso informato: quale spazio per il testamento biologico e l'amministrazione di sostegno?*, in *Riv. Pen.*, 2009, 1.
- F. CONIGLIARO, *L'orizzonte teologico*, in L. Galleni et al., *Animali e persone: ripensare i diritti*, Cinisello Balsamo 2003.
- C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2008.
- G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008, 2° Ed.
- S. CORDNER, K. ETTERSHPANK, *Review for Australia's laws*, in *The lancet*, 349, 1996, n. 3.
- G. COSMACINI, *Testamento biologico ó idee ed esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010.
- G. COSMACINI, *Testamento biologico, Problemi di fine vita: accanimento terapeutico, eutanasia, testamento biologico*, in F. DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, Perugia, 2010.
- G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008.
- V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1982.
- G. CRISCUOLI, voce *Testamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994.
- V. CUFFARO, *Il testamento in generale: forma e contenuto*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 1994.
- P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del proprio corpo, e tutela della persona umana*, Napoli, 1983.
- F. D'AGOSTINO, *Bioetica e diritto*, in *Medicina morale*, 1993.
- F. D'AGOSTINO, *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in AA. VV. , *Nascita e morte dell'uomo*, a cura S. Biolo, Genova, 1993.
- F. D'AGOSTINO, *Introduzione alla biopolitica*, Roma, 2009.
- F. D'AGOSTINO, *Testamento biologico per sentenza. Così i giudici uccidono la vita e il diritto*, in *Liberò*, 13 gennaio 2011.
- R. D'ALESSIO, *Limiti costituzionali*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, I, Milano 1982.
- R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti ósanitariö. (A proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Dir. soc.*, 1981.
- G. D'ANGELO, *L'art. 844 codice civile ed il diritto alla salute*, in Busnelli F.D., Breccia U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.
- M. D'ARRIGO, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999.
- C.M. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile e nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi tra persone viventi*, in *Dir. fam e pers.*, 2001.
- C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999.

- A. DE CUPIS, *I Diritti della personalità*, Milano, 1982.
- A. DE CUPIS, *Corpo (Atti di disposizione del proprio)*, *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959.
- A. DE CUPIS, *Successione testamentaria*, in *Enc. Dir.*, XLIII.
- G. DE ROSA, *La dignità della persona*, in *La Civiltà Cattolica*, quaderno n. 3701, 4.09.04.
- E. DE PALME RAINONE, *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Probl. sic. soc.*, 1960.
- E. DE SEPTIS, *Eutanasia. Tra bioetica e diritto*, Padova, 2007.
- P. DELBON, A. CONTI, *Gli orientamenti in materia di <<direttive anticipate>> presenti in alcuni paesi europei*, in *Riv. It. Cure palliative*, 2003.
- M. DELLI CARRI, *Il problema del rifiuto delle cure o salva vita e l'ammissibilità del testamento biologico*, in *Vita not.*, 2009, n. 1.
- E. DINACCI, *L'omicidio del consenziente in una equivoca sentenza della Corte di assise di Roma*, in *Giur. Merito*, 1986.
- F. DI CIOMMO, *Dignità umana*, in Stelio Mangiameli (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto costituzionale*, Milano, 2008.
- M. DOGLIOTTI, *Successioni testamentarie*, in *Dig. disc. Priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999.
- G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996.
- S. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 1980.
- C. DONISI, *Testamento biologico: quale rilevanza?*, in M. CORLETO (a cura di) *Diritto e diritti di fronte alla morte dall'eutanasia al diritto di morire*. Atti del seminario di studi, Napoli, 2006.
- E. DUSSEL, *Dignità: negazione e riconoscimento in un contesto concreto di liberazione*, in AA.VV., *Il dibattito sulla dignità umana*, Concilium, n. 2/2003.
- W.J. EIJK, P.M. LELKENS, *Medical-ethical decisions and life-terminating actions in the netherlands 1990-1995: evaluation of the second survey of the practice of eutanasia*, in *Med. E Mor.*, 1997.
- S. EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001.
- S. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985.
- F. FANTOZZI, *Alimentazione artificiale, lo stop dei medici al governo*, in *l'Unità*, 25 gennaio 2011.
- E. FASSONE, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, in *Questione giustizia*, 1982.
- P. FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1997.

- P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996.
- G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam e dir.*, 2009, 3.
- G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998.
- G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famila*, 2004, n.6.
- G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993.
- B. FEUILLET, *Les directives anticipées en France, un indice de consentement à effets limités*, in (a cura di) S. NEGRI, *The right to informed consent at the convergence of International biolaw and International human rights Law*, Boston, 2011.
- G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, 1983.
- A. FIORI, *Il concetto di malattia in sede penale: riconsiderazioni della Cassazione penale e considerazioni medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009.
- A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999.
- G. FILOMUSI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1910.
- E. FINESCHI. (a cura di), *Il codice deontologico medico*, Milano, 1996.
- V. FINESCHI, A. MARZI, E. MAZZEO, A. DELL'ERBA, P. MANNA, *Il nuovo codice di deontologia medica commentato articolo per articolo*, Milano, 1991.
- T. G. FORMAGGIO, *Deontologia medica e legislazione sanitaria*, Pavia, 1958.
- S. FUCCI, *I diritti di Eluana: prime riflessioni*, in *Bioetica*, 2004, n. 1.
- S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953.
- F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, in *Dir. fam. pers.* 2008.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.
- G. GENNARI, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006.
- W. GIACARDI, *La responsabilità civile del medico della struttura sanitaria*, in *Diritto.it*.
- E. GIAMMARINO, *Diritto leggero e principi pesanti*, in *Dem. dir.*, 1994.
- G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954.
- G. GIAMPICCOLO *Atto mortis causa*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959.
- A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.
- F. GIUNTA, *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: principi generali e profili penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001.
- F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997.

- F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale, i termini di una relazione problematica*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, 1998.
- M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. Civ e prev.*, 2009.
- G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1956.
- D. GRACIA, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, Torino, 1993.
- P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Riv. storia dir. it.*, 1997.
- M. GRAZIADEI, *Il consenso informato ed i suoi limiti*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, Milano, 2011.
- P. GROSSI, *Introduzione ad uno studiosi diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.
- P. F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, II ed., Torino, 1991.
- P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. Ceccherini, (a cura di) *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.
- C.F. GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma 1988.
- E. GUASTINI, in Belvedere-Guastini-Zatti-Zeno Zencovich, *Glossario*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1994.
- R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt..dir. civ.* , Cicu e Messineo, vol. I, Milano, 1998.
- H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, 1990.
- J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt , 1994.
- H. HAKER, *La convenzione europea di bioetica: il dibattito in Germania*, in *Bioetica*, 1999.
- F. G. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 70, Milano, 1996.
- G. HENDEI, *A unified concept of health and diseases*, in *Prospectives in biology and medicine*, 1960.
- W. HOFLING, *Antizipative Selbstbestimmung . Eine Kritishe Analyse der Entwürfe zu einem Patientenverfügungsgesetz*, GesR 2009.
- G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998.
- G. IADECOLA, *Sugli effetti penali della rivoluzione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Foro it.*, 2001, II.
- G. IADECOLA, *Sulla configurabilità del diritto di omicidio per trattamento preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto praticato al di fuori dell'urgenza e senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2002.
- IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.* 27 marzo 2001, n. 365119.

- L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione di incapacità*, Milano, 2000.
- A. IEVOLELLA, *Testamento biologico e amministratore di sostegno: nessuna efficacia se l'incapacità è futura ed eventuale*, in D&G, 2012.
- V. IVONE, *Exploring self-determination and informed consent in advance directives in light of the Italian legal system*, in S.Negri (a cura di), *Self-determination, Dignity and End of life care*, Boston, 2011.
- V. IVONE, *Brevi riflessioni sul dibattito intorno alla Legge 194*, in AA.VV. *Diritto e vita Bioetica e deontologia professionale*, 2010.
- V. IVONE, *Legge 194 e principio di responsabilità*, in AA.VV. *Scritti in memoria di Giuseppe Panza*; 2010.
- K. JASPERS, *Verità e verifica*, tr. it., Brescia, 1986.
- C. LALANNE, V. LANDI, *Il consenso al trattamento sanitario*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica. Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive del medico e degli enti sanitari (pubblici e privati)*, Milano, 2004.
- F. LATTANZI, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Digesto disc. pubb.*, Torino, 1987, vol. II.
- E. LECALDANO, *Bioetica - Le scelte morali*, Bari, 2007.
- E. LECALDANO, *Dall'autonomia del paziente alle carte di autodeterminazione: il contributo della riflessione bioetica*, in *Bioetica*, n.2, 2001.
- S. LENER, *La sicurezza sociale come diritto pubblico soggettivo*, in *Civ. Catt.*, 1965.
- P. LEWIS, *Euthanasia and law in Europe*, Oxford, 2008, p. 349 ss.
- A. LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, in *Giur. Mer.*, 2008, 10.
- L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2011.
- A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli 2007.
- E. LONGO, *sub art. 32*, in Bifulco - Celotto - Olivetti (a cura di) , *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006.
- J. LOCKE, *Secondo trattato sul Governo*, 57, Milano, 1998.
- M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.*, 1980.
- F. MACIOCE, *Il rifiuto dei trattamenti sanitari: una prospettiva filosofica*, in *Doveri e diritti alla fine della vita* (a cura di) L. PALAZZINI, Roma, 2010.
- M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.
- D. MALTESE, *Il testamento biologico*, in *Riv. Dir. Civ.* (a cura di) W. Bigiavi-A. Trabucchi, n. 4, 2006.
- D. MALTESE, *Il testamento biologico*, in *Riv. dir. civ.*, n .4, 2006.

- S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992.
- S. MANGIAMELI, *La proprietà nella Costituzione*, Milano, 1986.
- A. MANNA, *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1982.
- F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.
- F. MANTOVANI, voce <<Persona (delitti contro la)>>, in *Enc. Del dir. Ann.*, II, t. 2, Milano, 2008.
- S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, III, 1992.
- L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004.
- I. MARINO, *Testamento biologico: serve responsabilità*, 16 gennaio 2011.
- L. MARINI, *Il diritto internazionale comunitario della bioetica*, Torino, 2006.
- A. MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003.
- T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1997.
- R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamenti medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. Merito*, 2010.
- R. MASONI, *Qualità della vita e morte con dignità grazie all'amministrazione di sostegno*, in *Giur.it.*, 2008, I.
- N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984.
- F. MECHELLI, *Il prelievo ematico coattivo e la sua ammissibilità alla luce dei principi costituzionali*, in *Dir. fam.*, 1997, I.
- C. MEDICI, *Controllo sulla penale manifestazione eccessiva ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp.*, 2006.
- G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Riv. med. Leg.*, 1993.
- E. MELONI ó M. PUSCEDDU, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Milano, 2010.
- L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, in *Giur. Cost.*, 1969, I, 1.
- L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 115 ss.
- L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit.dir.priv.*, 1988.
- J.S. MILL, *La libertà e altri saggi*, Milano, 1946.
- F. MODUGNO, *La tutela dei nuovi diritti*, in F. Riccobono (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Atti del convegno tenutosi a Roma, Università Luiss, 5/6 maggio 1989, Milano, 1991.
- F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982.
- F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

- M. MONETA, *Obiezione di coscienza e riconoscimento delle esigenze religiose del cittadino*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982.
- M. MORI, *Dai principi della bioetica alle direttive anticipate*, in *Bioetica*, 2001.
- P. MORO, *I diritti indisponibili*, Torino, 2004.
- A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Ann.*, II, t. 2, 2008.
- C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, I.
- C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961.
- C. MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, III.
- S. MOSCA, *Il diritto al sepolcro e la discendenza femminile*, in *Giust. Civ.*, 1995, I.
- U. G. NANNINI, *Il consenso il trattamento medico*, Milano, 1989.
- A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, 4, p. 2150 ss.
- I. NAVA, *Dat: l'ultima parola al medico curante*, in *Avvenire*, 3 febbraio 2011, p. 2.
- S. NEGRI, *The right to informed consent at the convergence of International biolaw and International human rights Law*, in S.Negri (a cura di), *Self-determination, Dignity and End of life care*, Boston, 2011.
- D. NERI, *La Convenzione europea di bioetica e la terapia genica*, in *Bioetica*, 4, 1998.
- D. NERI, *Note sul documento del CNB sulle <<dichiarazioni anticipate di trattamento>>*, in *Bioetica*, 2004.
- A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, in *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, a cura di Gensabella Furnari e Ruggeri, Torino, 2010.
- A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, Napoli, 2011.
- G. A. NORELLI ó G. DELL'ROSSO, *Codice deontologico e deontologia medica*, Milano, 1980.
- G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, trad. it., Roma-Bari, 2006.
- V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malati*, in *Questione giustizia*, 1982.
- E. OPOCHER, *Diritto e morale nella scienza giuridica contemporanea, in Rapporto tra diritto e morale nella scienza giuridica contemporanea ó Il problema della partecipazione politica nella società industriale*, in *Atti del VIII Congresso Nazionale di filosofia del diritto, Padova, 2-4- ottobre 1969*, a cura di R. Orecchia, Milano, 1971.

- G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008.
- G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita ed amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito*, 2009, 7-8.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (p.g.)*, Padova, 1985.
- A. PACE, *Davvero inammissibili le ispezioni giudiziali preventive sulla persona dei lavoratori dipendenti?*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 122 ss.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1996.
- G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. Mer.*, 2009, 7-8.
- M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II.
- A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, Napoli, 2003.
- A. PALAZZO, *Le successioni, II*, Milano, 1996.
- E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000.
- G. PALMISANO, *Nazione unita e autodeterminazione interna*, Milano, 1997.
- G. PALMIERI- M. G. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam. Pers.*, 1999.
- B. PANNAIN, M. PANNAIN, F. SCLAFANI, *L'omicidio del consensiente e la questione eutanasia*, Napoli, 1998.
- S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979.
- S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. Soc.*, 1979.
- R. PARDOLESI e B. TASSONE, *Corte costituzionale, fonti e diritto privato: un'analisi comparativa*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006.
- M. PARODI GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I.
- T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.
- S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006.
- S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006.
- S. PATTI- M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona ó Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986.
- P. PERLINGIERI, *sub art. 5 c.c., Codice civile, libro I*, Napoli, 2010.

- P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989.
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006.
- P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, II, Napoli, 2001.
- P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli ó Camerino, 1972.
- P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982.
- P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982.
- P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento del sesso*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1970.
- P. PERLINGIERI, *La morte ed il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Camerino- Napoli, 1994.
- P. PERLINGIERI ó P. D'ADDINO, *Atti di disposizione del corpo*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, ed. 2000, 2002, 2003.
- M. PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1998.
- B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001.
- B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel servizio Sanitario*, in *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003.
- M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto incapace: dalla sostituzione al sostegno*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011
- C. PICCIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2001, III.
- F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.
- A. PIZZORUSSO ó R. ROMBOLI ó U. BRECCIA ó U. BRECCIA- A. DE VITA, *Persone fisiche, Art. 1-10*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna ó Roma, 1988.
- G. PONZARELLI, *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico*, in *Foro It.*, 2000, n.2.
- M. PONZANELLI, *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del <<right to assisted suicide>>*, in *Foro it.*, 1998, IV.
- P.P. PORTINARO, *La dignità dell'uomo messo a dura prova*, in A. ARGIROFFI- P. BECCHI- D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008.
- M. PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967.

- F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 2004.
- R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010.
- V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine-vita tra diritto costituzionale, etica, deontologia medica*, in *Riv. Pen.*, 2009.
- D. PULITANO, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Questione giustizia*, 1982.
- I. KANT, *La metafisica dei costumi*, tr. it., Bari, 1970.
- I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it., Bari, 1980.
- I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it., Torino, 1965.
- H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1966.
- H. KELSEN, *General theory of law and State*, Harward University Press, 1945.
- R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996.
- G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 co. 2, Cost, al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008.
- P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006.
- G. RESTA, *Biodiritto (voce)*, in AA.VV., *XXI Secolo, Norme ed idee*, Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2009.
- P.A. RICCI ó A. DI PALMA ó A. BOVE, *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. it. med. legale*, 1998.
- A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006.
- V. RIZZO, *Art. 5 (Atti di disposizione del proprio corpo)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1991.
- S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.
- S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi ed interessi reali*, in *Quad. fiorentini*, 1978.
- S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari-Roma, 2009.
- S. RODOTÀ, *Un programma per i diritti fondamentali*, in *Micromega*, 2001, n. 7.
- S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.
- G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, (a cura di) E. Ceccherini, *La tutela della dignità umana*, Napoli, 2008.
- U. ROMA, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, in *Fam. e Dir.*, 2007.

- U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004.
- L. ROMANO, in E. VINAI, *L'eutanasia non è mai scelta di libertà*, in *Noi genitori e figli*, 2011, 1.
- M. ROMANO, *danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. Dir. it. Peoc. Pen.*, 2008.
- R. ROMBOLI, *Commento all'art. 5 del codice civile*, in Scialoja- Branca(a cura di) , *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988.
- R. ROMBOLI, *Delle persone fisiche, sub art. 5 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca al c.c.*, Bologna, 1988.
- M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, 2007.
- E. RUSSO, *Testamento biologico e razionalità della legge*, in *Vita Not.*, 2009, 2.
- S- T
- M. SACCHI, *Il testamento biologico tra tutela del diritto alla vita e libertà di autodeterminazione*, in *Vita Not.* , n. 3.
- G. SALITO, *Dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari; d.d.l. n. 2943- Senato della Repubblica XIV legislatura: rilievi critici*, in *Iustitia*, 2005.
- G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, in *Quaderni diretti da P. Stanzone*, Salerno, 2003.
- G. SALITO, *Il testamento biologico, ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004.
- L. SALVATORELLI, *Pensiero e azione del risorgimento*, Torino, 1963.
- C. SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, in *Giur. It.*, 1973, I.
- A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Dir. soc.* , 1978.
- A. SANTOSUOSSO ó V. SELLAROLI, *Coscienza, volontà e diritti fondamentali nei pazienti in stato vegetativo permanente*, in *La vita prima della fine*, a cura di Galletti e Zullo, Firenze, 2008.
- A. SANTOSUOSSO, G. B. TURRI, *La trincea dell'innammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 5.
- C. SARTEA, *Fine vita: cronache perplesse dal dibattito mediatico sulla fase legiferante*, in *Iustitia*, 2009.
- F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I , Berlin, 1840.
- A. SASSI, *Le origini dell'opera*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, *Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009.
- A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema ed i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990.
- A. SCALISI, *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993 ed in *Cass. pen.*, 1993.

- V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. Dir. civ.*, 1982, I.
- F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, tr. it., rist., Firenze, 1995.
- A. SCHULMAN, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, in *The President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., March 2008.
- V. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1983.
- S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1995.
- S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995.
- M. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam e dir.*, 2008, 4.
- G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.
- A. SPADAFORA, *Gli interessi tutelabili tra inizio e fine vita: spunti per una riflessione sistematica*, in *Giust. Civ.*, 2009.
- R. SPAEMANN, *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, trad. it. a cura di L. Tuninetti, Roma 2006.
- P. STANZIONE, G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Justitia*, 2007.
- S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011.
- A. TARANTINO, *Natura umana e libertà in bioetica*, Napoli, 2011.
- D. E. TOSI, *Secessione e costituzione tra prassi e teoria*, Napoli, 2007.
- C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004.
- C. TRIPODINA, voce *Eutanasia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, 2006.
- F. TRIPODI, *L'amministrazione di sostegno in un caso particolare: un modello flessibile di tutela dell'incapace*, in *Dir. Fam. E pers.*, 2005.
- G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Quest. giust.*, 2000.
- C. VACCA, *La formazione del consenso al trattamento del medico*, in *Danno e resp.*, 1997.
- A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007.
- N.E. VANZAN MARCHINI, *I mali e i rimedi della Serenissima*, Vicenza, 1995.
- N.E. VANZAN MARCHINI, *Le leggi di sanità della Repubblica di Venezia*, Vicenza 1998, II.
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007.

- C. VIAFORA, *Il diritto a morire con dignità: quattro tesi sull'etica dell'accompagnamento*, in A. Argiroffi, P. Becchi, A.P. Viola, D. Anselmo (a cura di), *I diversi volti dell'eutanasia. Prospettive teologiche, etiche e giuridiche*, Roma, 2009.
- F. VIGANO, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008.
- F. VIGANO, *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.
- A. VILLELLA, *Rettificazione di attribuzione di sesso e cambiamento del nome*, in *Rass. Dir. civ.*, 1992.
- E. VINAI, *Eutanasia. Spot radicale, l'Australia lo bocciò*, in *Avvenire*, 3 febbraio 2011, p. 2.
- U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.
- D. VINCENZI AMATO, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. Della Cost.* a cura di Branca, Bologna - Roma, 1976.
- D. VINCENZI AMATO, *sub art. 32, comma 2*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti etico sociali. Artt. 29-34*, Bologna-Roma, 1976.
- D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, I.
- F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana*, vol. 1, ottobre 2007.
- F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in onore di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990.
- P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consensiente al dovere di uccidere*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I.
- U. VITIELLI, *L'autodeterminazione del paziente. Fino a dove?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002.
- A. VITELLI, *L'autodeterminazione del paziente. Fino a dove?*, in *Bioetica*, 2002.
- G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008.
- M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993.
- P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, II.
- P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, II.
- V. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile. Uno studio comparato*, Napoli, 1985.
- S. WODOS, *Respect for persons, autonomy and palliative care*, in *Medicine, Health, Care and Philosophy*, 2005, 8.
- J. WOOLFREY, *What happens now? Oregon and physical assisted suicide*, in *The Hasting Center report*, 1998.

