



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario
Dipartimento di Scienze Cardio-toraco Vascolari e sanità pubblica

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza
a.a. 2023/2024

Il consenso al Trattamento Sanitario nel fine vita alla luce della L. 219/2017

Relatrice: Prof. ssa Luciana Caenazzo
Correlatrice: Prof. ssa Debora Provolo

Laureanda:
Martina Rigato
Matricola: 1144683

*A chi ha il bicchiere pieno,
perché possa ricordarsi di versare un po' d'acqua a chi lo ha vuoto.
A chi ha il bicchiere vuoto,
perché prima o poi arriverà qualcuno a riempirlo.*

Sommario

INTRODUZIONE	9
CAPITOLO UNO	11
1. INTRODUZIONE STORICA E FILOSOFICA SUL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE ..	11
1.2 L'INFORMAZIONE COME FONDAIMENTO DELLA RELAZIONE MEDICO-PAZIENTE.....	32
1.3 IL CONCETTO DI SALUTE	39
1.4 LA VITA COME BENE INDISPONIBILE E LA POSIZIONE GIURIDICO-MORALE DELLA CHIESA CATTOLICA	42
2. L'EVOLUZIONE NORMATIVA	46
2.1 INFORMAZIONE E CONSENSO NELL'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA DEONTOLOGICA.....	57
2.2 EUTANASIA E TESTAMENTO BIOLOGICO IN EUROPA E NEL MONDO.....	64
3. COSA DISPONE LA COSTITUZIONE?	67
3.1 CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI.....	69
3.2 CONVENZIONE PER LA PROTEZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLA DIGNITA' DELL'ESSERE UMANO NEI CONFRONTI DELLA BIOLOGIA E DELLA MEDICINA: CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'UOMO E LA BIOMEDICINA	75
3.3 LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA	77
3.4 DICHIARAZIONE UNIVERSALE SULLA BIOETICA E I DIRITTI UMANI.....	78
CAPITOLO DUE	80
1. LA LEGGE NUMERO 219 DEL 22 DICEMBRE 2017-INTRODUZIONE	80
1.1 IL TESTAMENTO BIOLOGICO	85
2. IL CONSENSO INFORMATO	88
3. LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO	122
3.1 MODALITA' DI REDAZIONE E FORMA DELLE DAT	129
3.2 CONSERVAZIONE E PUBBLICITA' DELLE DAT	132
4. LA CAPACITA' DI REDIGERE LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO	135
5. IL FIDUCIARIO	136
6. ALCUNE PROBLEMATICHE: L'INATTUALITA' E L'INATTENDIBILITA' DELLE DAT	141
7. IL RUOLO DEL MEDICO	142
8. I VIZI DELLA VOLONTA' NELLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO	144
9. LA RESPOSABILITA' DEL MEDICO E IL DIRITTO DI OBIEZIONE DI COSCIENZA	145
10. LA POSSIBILITA' DI INSERIRE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE ALL'INTERNO DELLA DAT	150
11. L'ACCANIMENTO TERAPEUTICO E LE CURE PALLIATIVE- CENNI	153
12. L'EUTANASIA E IL SUICIDIO ASSISTITO- CENNI	158

1. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELLA LICEITA' DELL'ATTIVITA' SANITARIA- PREMessa STORICA	161
1.1 LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE DI CASSAZIONE CON LA SENTENZA N. 2437 DEL 2008	165
1.2 RILIEVI CRITICI	173
2. IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO QUALE CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE DEL TRATTAMENTO SANITARIO.....	175
3. LA RILEVANZA PENALE DEL DEFICIT CONSENSUALE E IL CASO MASSIMO	178
4. L'ECESSO COLPOSO E LA SUPPOSIZIONE ERRONEA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE	180
CONCLUSIONI	184
APPENDICE.....	186
BIBLIOGRAFIA.....	197
RIVISTE	201
SITOGRAFIA.....	201

INTRODUZIONE

La morte altrui non ci lascia più del tutto indifferenti, non affolliamo più il circo, come le plebi latine, per goderci lo spettacolo dell'uccisione e della morte. Anzi, vi è in noi che viviamo un grado maggiore di identificazione con chi soffre e chi muore. Ma se da un lato la morte ci coinvolge da un punto di vista emotivo, dall'altro lato cerchiamo di rimuoverla dal palcoscenico della vita pubblica e di nasconderla dietro le quinte nella dimensione spersonalizzata dell'istituzione sanitaria.

Come sostiene Norbert Elias nella sua opera *La solitudine del morente*, ci sono due modi per affrontare il fatto che ogni vita, e dunque anche la nostra e quella delle persone che amiamo avrà fine. Possiamo mitologizzare la fine della vita umana, che chiamiamo morte, immaginando una sopravvivenza comune dei morti nell'inferno o nel paradiso: questa è la forma più antica di risolvere il problema della finezza della vita; si può cercare di eludere il pensiero della morte allontanandolo da sé o forse credendo fermamente la propria immortalità: ciò si afferma con molta chiarezza nelle società contemporanee. Possiamo infine guardare in faccia la malattia e la morte come uno degli aspetti della nostra esistenza organizzandola.

È proprio per lasciarci la possibilità di autodeterminarci ed essere liberi anche nel fine vita che è venuta in essere, dopo un lungo dibattito durato decenni, la Legge n. 219 del 2017: abbiamo così, senza ombra di dubbio, superato la visione paternalistica con la quale si trattava il malato come un bambino al quale imporre le cure stabilite dal medico anche contro la volontà del soggetto. Come vedremo nel primo capitolo, oggi la relazione-medico paziente è simmetrica ed è posto l'accento in particolare sull'autodeterminazione e sulla libertà del malato circa il consenso o il rifiuto alle cure. La modifica di tale rapporto è avvenuta oltre che per un cambiamento della società, anche per adeguarsi a tutte le normative venute in essere, in particolare ai principi enunciati dalla Costituzione.

Sebbene la Legge sia stata fortemente criticata da alcuni studiosi, tra cui ad esempio Donato Carusi, sostenendo che non abbia portato nulla di

innovativo rispetto alla prassi già consolidata, come avremo modo di vedere nel secondo capitolo, questa Legge, attraverso il consenso informato e le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), ha portato a tutelare la dignità umana e ad allargare i confini della libertà personale così come stabilita nell'articolo 13 della Costituzione anche nell'ambito dei trattamenti sanitari.

La Legge ha infatti stabilito che affinché un trattamento sanitario sia lecito, deve esserci stata da parte del medico l'informazione: questa deve inoltre essere stata precisa, completa e adeguata.

Passeremo poi a definire e analizzare le Disposizioni Anticipate di Trattamento: non dobbiamo dimenticare che l'eutanasia e l'aiuto al suicidio sono tuttora considerati reati nel nostro ordinamento ma, grazie alle DAT abbiamo la possibilità di scegliere, dopo aver ricevuto informazioni complete e precise, di rifiutare qualsiasi tipo di trattamento sanitario, anche quelli salvavita come l'idratazione e la nutrizione artificiale.

Le DAT come avremo modo di vedere sono efficaci fin dal momento della loro redazione, anche se possono sempre essere revocate, consentendoci di scegliere anticipatamente su cosa prestiamo il consenso/dissenso per il caso in cui, in futuro fossimo incapaci di farlo.

Anche se le DAT sono vincolanti per il medico, ci sono casi eccezionali in cui potranno essere disattese come ad esempio, il caso in cui siano intervenute, nel lasso di tempo tra la redazione e lo stato di incapacità di prestare il consenso, nuove cure che consentono di riacquistare la capacità di intendere e di volere.

Non dobbiamo infine dimenticare, come vedremo nell'ultimo capitolo, che il medico, il quale esegua un trattamento sanitario contro la nostra volontà o senza il nostro consenso, incorra in responsabilità penale.

CAPITOLO UNO

1. INTRODUZIONE STORICA E FILOSOFICA SUL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE

Il rapporto medico-paziente può essere inquadrato in termini di una relazione interpersonale che ha come soggetti il medico e il paziente: trova ragion d'essere nella mancanza di salute del paziente ed ha come fine il recupero totale o parziale della salute¹.

Questa relazione è pertanto simmetrica per quanto concerne i soggetti ma, non lo è nel suo fine e nella ragione fondante lo stesso: tutto è infatti rivolto verso un unico obiettivo: far tornare in salute il paziente².

Nel corso della storia di questo rapporto si sono evolute due teorie contrapposte: la prima, denominata come paternalistica, esige che il medico debba intervenire in maniera autoritaria sul paziente, anche senza il suo coinvolgimento, mentre, l'altra è incentrata sul rispetto dei principi dell'autodeterminazione, di autonomia e di libertà del malato.

Oggi riscontriamo una terza teoria basata sull'agire per il bene del paziente. Questa ha profonde origini storiche, sembra infatti essere stata formulata da Socrate, Platone e Aristotele, rafforzata dagli Stoici romani ed infine modificata da san Tommaso d'Aquino³.

Il rapporto, tuttavia, non è da considerarsi come qualcosa di rigido e immutabile nel tempo, anzi è influenzato dalla cultura e dai valori considerati rilevanti dalla società in un determinato periodo storico.

Per comprendere meglio la relazione medico-paziente è necessario, perciò, analizzare la sua evoluzione nel corso della storia.

Tornando alla prima teoria, quella denominata come paternalistica, la relazione di cura che si instaura tra medico e paziente è stata a lungo considerata come squilibrata: questo si pensava fosse dovuto alla conoscenza, al linguaggio e alle competenze che qualificavano il curante,

¹ G. La Monaca, V. Tambone, N. Zingaro, M. Polacco, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 80.

² V. Tambone, *Problemi di bioetica e deontologia medica*, SEU, Roma, 2000, pp. 91.

³ E. D. Pellegrino, D. Thomasma, *Per il bene del paziente*, Edizioni Paoline, Cinesello Balsamo, 1992, pp. 30.

nonché dal ruolo che egli rivestiva, mentre al paziente era richiesto solo di riporre fiducia in quest'ultimo⁴. Ciò si fonda sul presupposto che il medico abbia una visione degli interessi del paziente più completa rispetto a quest'ultimo e pertanto sia tenuto a fare tutto ciò che ritiene buono ed opportuno dal proprio punto di vista, a prescindere dall'opinione del paziente stesso.

Facciamo un passo indietro: nell'età preistorica è difficile verificare se fosse già presente la figura del medico così come la intendiamo noi oggi; tuttavia, sappiamo che le popolazioni antediluviane associavano i vari fenomeni come la malattia, i terremoti e le inondazioni, talvolta alla religione, alla magia e alle diverse divinità che potevano essere malevole per natura oppure "buone", ma offese dal comportamento degli uomini⁵. Gli esseri soprannaturali per punire l'azione umana erano in grado di immettere nel corpo qualunque oggetto, come ad esempio pietre, pungiglioni, vermi, o in alternativa penetravano essi stessi. Da qui sorse la necessità di un rituale che era al contempo magico, religioso e medico: la trapanazione cranica.

Si rese quindi necessario cercare all'interno delle diverse tribù alcune persone che riuscissero a placare l'ira delle divinità grazie a dei rituali che consentivano di comprendere il motivo di tale collera e ne soddisfacevano le richieste: questi erano gli sciamani.

Iniziamo a trovare la prima presenza dell'"*Uomo-Medicina*", ovvero uno stregone che riesce a placare la collera degli dèi causante la malattia, nelle tribù stabilite presso l'isola di Santa Rosa circa 13.000 anni fa. Questi, precedentemente indicato da un segno premonitore, veniva scelto dal popolo. Era chiamato per curare gli ammalati cacciando i demoni con minacce o invocando gli dèi con precisi rituali; inoltre, usava rimedi naturali per curare le malattie come, ad esempio, la scorza di salice contro la febbre.

Le prime fonti che concernono la medicina, strettamente legata all'astrologia, le troviamo nella società sumerica nel IV millennio a.C. Qui

⁴ <https://www.consultadibioetica.org/rapporto-medico-paziente/#:~:text=Da%20questa%20prospettiva%2C%20il%20medico,anche%20incapace%20di%20decidere%20moralmente.>

⁵ G. La Monaca, V. Tambone, N. Zingaro, M. Polacco, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 33.

notiamo la presenza di medici che erano organizzati in caste e si tramandavano i segreti di generazione in generazione. Il rapporto medico-paziente era basato sull'assegnazione di compensi se il dottore riusciva effettivamente a curare la malattia, ma consisteva in punizioni corporali e pecuniarie se ciò non avveniva; inoltre, per meglio comprendere il decorso del morbo, spesso venivano sacrificati animali e se ne ispezionava il fegato⁶.

Nel 2000 a.C. il codice di Hammurabi è il primo documento di diritto che riconosce i medici e i chirurghi come classi separate e distinte, disciplina la loro attività e regola la responsabilità professionale. L'articolo 218 infatti prevedeva l'ipotesi di colpa medica: questo veniva applicato solamente se il danneggiato era un uomo libero; se invece si fosse trattato di uno schiavo, il medico avrebbe dovuto risarcire il padrone donandogli uno schiavo nuovo. L'articolo recita:

«Se un medico opera un uomo per una grave ferita con una lancetta di bronzo e causa la morte dell'uomo, o se egli apre un ascesso nell'occhio d'un uomo con una lancetta di bronzo e distrugge l'occhio, egli avrà le dita amputate»⁷.

Nell'antico Egitto invece erano presenti tre distinte figure di guaritori: quelli che si avvalevano di rimedi orali o da applicare direttamente sulla cute; i chirurghi, che si occupavano di curare le ferite, le fratture e le lussazioni ed infine gli stregoni-esorcizzatori che curavano il malato con incantesimi, amuleti o esorcizzazioni. Era inoltre stato creato una sorta di Libro Sacro nel quale si trovava la descrizione delle diverse malattie e le cure che avevano portato risultati positivi nel corso del tempo. Rinveniamo anche delle regole sulla condotta del medico: ad esempio, si affermava che la colpa del curante era presunta se questi non aveva seguito le regole contenute nel libro. La pena consisteva in una condanna a morte⁸.

⁶ G. La Monaca *et al*, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 37.

⁷ Art. 218 Codice di Hammurabi, come in *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, G. La Monaca *et al*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 24.

⁸ A. Fiori, *Medicina Legale della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè Editore, 2018, pp. 53.

Nell'antica Grecia si sviluppò il culto del dio Asclepio con la costruzione di numerosi templi a lui dedicati; tutti coloro che si consacravano alla sua adorazione, denominati come "asclepiadi", erano visti come una figura a metà tra il medico e il sacerdote. Essi si occupavano di prescrivere indicazioni dietetiche, medicanti, nonché terapie come la ginnastica, massaggi e bagni. Nasce anche una prima forma di psicoterapia: come infatti riporta *"L'informazione nel rapporto medico-paziente"*: «*adoperando la psicoterapia sotto forma di cerimonie religiose e l'esporre tavolette votive, si infondeva nel paziente speranza e fiducia*»⁹.

I Greci furono i primi a interrogarsi e ad approfondire lo studio circa la relazione tra medico curante e ammalato e osservarono come questa fosse caratterizzata da due elementi: l'informazione e la persuasione¹⁰. Questi sono infatti caratterizzati come fulcri essenziali e coesistenti del rapporto medico-paziente nell'opera platonica de le *"Leggi"*. In particolare, il filosofo scrisse che il paziente doveva essere, in un primo momento, informato circa la diagnosi effettuata grazie alla preparazione del medico e questi, in un secondo momento, doveva persuaderlo nel seguire le cure prescritte. Senza la persuasione, infatti, il malato quasi certamente non avrebbe seguito le indicazioni e non sarebbe guarito.

Platone non si limitò a ciò, egli infatti nei suoi scritti spiegò come esistessero diversi tipi di medici, a seconda della relazione instaurata con il malato: *"i medici dei liberi"* e *"i medici degli schiavi"*. Mentre per i secondi era sufficiente solamente andare a eliminare i sintomi della malattia, in quanto i pazienti dovevano tornare al più presto al lavoro, la medicina dei liberi si occupava di curare oltre ai sintomi, anche l'anima. In questo caso, lo specialista intrattiene un rapporto più approfondito con il paziente e i suoi familiari, con i quali si instaurava una relazione di reciprocità: i medici,

⁹ R. Major, *Storia della Medicina*, Firenze, Sansoni, 1959, pp.92 in *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, G. La Monaca *et al.*, Milano, Giuffrè Editore, 2005.

¹⁰ A. Jori, *Il medico e il suo rapporto con il paziente nella Grecia dei secoli V e VI a.C.*, in *Medicina nei secoli*, 1997, pp. 189:

«*da un lato, il terapeuta deve informarsi sul morbo da curare, e lo può fare esaminando il corpo del paziente ma anche, eventualmente, acquisendo dall'infermo un certo numero di notizie rilevanti. Dall'altro, può apparire opportuno o persino necessario, nel quadro dell'iniziativa terapeutica, che il malato si persuada dell'appropriatezza delle misure che gli sono prescritte dall'operatore*».

curavano il malato e nello stesso tempo apprendevano nuove conoscenze dialogando con il paziente e i suoi cari.

Platone nelle “*Leggi*” scrive infatti:

«Il medico schiavo, dopo aver prescritto in base all’esperienza ciò che gli sembra opportuno, di corsa se ne va da un altro schiavo malato e così allevia al padrone la cura dei malati; il medico libero generalmente cura e indaga le malattie dei malati liberi e, studiandole dal principio secondo la loro natura e dialogando con il malato e i suoi cari, impara qualcosa egli stesso dai malati e nel contempo impartisce nozioni all’infermo per quanto gli è possibile e non dà alcuna prescrizione prima di averlo convinto: solo allora rassicurando il malato tramite la persuasione e un’assidua preparazione, cerca di restituirlo alla perfetta salute»¹¹.

Una spiegazione chiara sul perché l’infermo non segua i consigli del medico a meno che non sia completamente persuaso, viene data da Mario Morpurgo, docente di psicologia clinica all’Università di Torino. Egli sostiene che qualsiasi ne sia il movente o il contenuto, quella del medico, anche se “protettiva”, è pur sempre una prescrizione: ovvero un atto normativo di natura costrittiva che va a regolare il comportamento del soggetto¹².

In seguito, anche in ambito accademico e scientifico vi sono state conferme circa la tendenza dei malati di seguire le prescrizioni del medico solo a determinate condizioni.

Ad esempio, Guido Taidelli, specialista in neuropsichiatria, sosteneva come, affinché il malato seguisse le indicazioni del medico, fosse necessario che egli avesse innanzitutto un’idea adeguata della malattia, che credesse poi nella possibilità di mutare in modo efficace la sua condizione grazie al trattamento sanitario, che fosse inoltre convinto della propria

¹¹ Platone, *Leggi*, IV 720.

¹² «protettiva perché organizzata appositamente per salvaguardare il benessere attraverso la creazione di uno “stato-cuscinetto” rispetto a quello creato artificialmente e improduttivamente dal malato; “protettiva”, infine, perché inserita in un contesto la cui definizione inequivocabilmente relazionale le consente di vitalizzare tale valenza e di attribuirle, se ben giocata, il significato di esperienza correttiva». M. Morpurgo, *Norma e compliance*, in *La partecipazione del paziente al suo trattamento*, a cura di V. Ghetti, Milano, FrancoAngeli, 1995, pp 26.

capacità personale di reggere all'esperienza faticosa e nociva della malattia ed infine che vedesse un rapporto positivo tra costi e benefici della terapia¹³.

Ulteriormente Ippocrate, da cui deriva il giuramento cui sono tenuti medici, odontoiatri e veterinari prima di iniziare la professione, si è occupato di esaminare il rapporto medico-paziente.

Nelle sue diverse opere egli ha approfondito in particolare i doveri morali del medico e il suo stile di vita. Il principio cardine del filosofo era quello del "*primum non nocere*" ovvero di agire sempre e solo nell'interesse del malato. Il dottore, secondo il filosofo, doveva condurre una vita regolare e riservata, non doveva speculare sulle malattie dei pazienti, ma anzi doveva curare gratuitamente i bisognosi stabilendo un legame di sincerità con i malati.

Il contenuto fondamentale che Ippocrate ci ha lasciato è come detto poc'anzi, il suo giuramento, dal quale comprendiamo che il medico nell'antica Grecia ha un'origine sacerdotale. In esso sono elencati i numerosi principi fondamentali che deve seguire chi esercita la professione: diffusione responsabile del sapere, impegno a favore della vita, senso del proprio limite, rettitudine e rispetto del segreto professionale¹⁴.

Ippocrate, inoltre, sostiene che il rapporto medico-paziente era di tipo paternalistico: si tratta di una relazione in cui il medico ha il dovere di curare ma, allo stesso tempo, il malato non ha altra scelta se non quella di accettare passivamente le cure proposte. Non era infatti richiesta nessuna partecipazione attiva del paziente, il quale non era nemmeno tenuto a essere informato circa la sua diagnosi¹⁵. Il curante ha il divieto di dare la morte anche qualora vi sia il consenso del malato.

Anche Ippocrate sviluppa il concetto di responsabilità professionale, ma essendo il medico considerato come una specie di sacerdote laico,

¹³ G. Taidelli, *I fattori individuali come motivazione alla non-compliance*, in *La partecipazione del paziente al suo trattamento*, a cura di V. Ghetti, Milano, FrancoAngeli, 1995, pp. 30.

¹⁴ S. Fortuna, *Il dovere della cura. Giuramento di Ippocrate*, Garzanti, 2021, pp. 10.

«... Mi varrò del regime per aiutare i malati secondo le mie forze e il mio giudizio, ma mi asterrò dal recar danno e ingiustizia...».

¹⁵ Ippocrate, *Sulla Decenza*, in *Corpus Hippocraticum*, VI-III secolo a.C.

proprio in base al giuramento prestato alla divinità, la responsabilità cade più sul piano religioso che su quello giuridico.

Aristotele ci fornisce un utile metro di paragone della considerazione del medico nell'Antichità: grazie alla sua "*Etica Nicomachea*" riguardante le tre possibili forme di governo. Ricaviamo come egli ritenga che il medico eserciti la sua professione alla stregua di un monarca-padre: quindi, tratterà i suoi sudditi (ovvero i malati), come bambini a cui bisogna fare del bene; ma se il medico dimentica di dover operare con fare paterno, egli diventerà un tiranno¹⁶. Secondo il filosofo esiste tuttavia anche un rapporto medico-paziente di tipo ideale e perfetto: questo avviene quando il medico è anche amico. Il dottore, inoltre, nel prescrivere le cure, non deve farsi influenzare dai pazienti economicamente più abbienti, i quali potrebbero avere desiderio di vedersi prescritte determinate cure considerate da loro stessi come migliori: deve avere sufficiente autorevolezza perché questo non accada.

Merita di essere ricordato anche Cicerone, il quale nel "*De Oratore*" sostiene che il medico debba avere competenza ed eloquenza ma anche e soprattutto *humanitas* nei confronti dei suoi pazienti.

Nell'età imperiale Marco Aurelio nomina come suo medico personale Galeno, il quale dichiara che le cure dei dottori devono essere imposte ai malati che non hanno altra scelta se non quella di obbedire alle prescrizioni. Egli, infatti, nel suo commentario agli Aforismi di Ippocrate sostiene: «è necessario non trascurare nulla di ciò che può essere utile al malato; inoltre, bisogna che il malato ubbidisca al medico, e che non sia indulgente con la propria volontà»¹⁷.

Possiamo inoltre osservare come anche nel corso del II secolo a.C. il medico abbia ancora un aspetto sacerdotale: deve essere ammirato quasi come un dio dal paziente poiché altrimenti non seguirà le prescrizioni.

¹⁶ Aristotele, *Etica Nicomachea*, VIII, 1160.

¹⁷ D. Gracia, *Fondamenti di Bioetica- Sviluppo storico e metodo*, Edizioni Paoline, Cinisello Balsano, 1993, pp. 29.

Galeno ha inoltre il merito di essere un precursore di quella che molti secoli dopo verrà definita come “alleanza terapeutica”¹⁸.

Come afferma Paola Binetti «*l'alleanza terapeutica inizia quando medico e paziente accettando di stare dalla stessa parte: cercano insieme soluzioni, tracciano insieme possibili alternative e condividono speranze e timori*»¹⁹.

Come abbiamo sopra accennato, a partire dal III secolo a.C. era stata promulgata la *Lex Aquilia* (286 a.C.), riguardante la responsabilità civile del medico; successivamente venne promulgata anche la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (81 a.C.) che puniva gli avvelenatori e coloro che davano la morte per il tramite di erbe d'uso medico.

Nel Medioevo il rapporto medico-paziente viene trasformato grazie alla nascita dei primi ospedali intesi come: «*lo spazio istituito per adempiere concretamente, pubblicamente e gratuitamente all'obbligo della carità verso il prossimo: per esercitare le opere di misericordia*»²⁰. I primi ospedali, infatti, sorsero su impulso di comunità monastiche ed in particolare dei benedettini; inoltre non viene concepito come un luogo in cui si recano solo i malati, ma è un luogo di solidarietà, accoglienza e assistenza verso tutti i bisognosi. Solamente a partire dal XV secolo si assisterà a una “medicalizzazione” dell'ospedale.

Con la diffusione del Cristianesimo, il rapporto viene influenzato dalla visione teologica nella quale si valorizza la malattia e la sofferenza, che nella maggior parte dei casi devono essere sopportate pazientemente in quanto considerate la giusta pena per i peccati commessi.

¹⁸ «*L'arte ha tre momenti, la malattia e il malato e il medico. Il medico è il ministro dell'arte: si opponga al male il malato insieme con il medico. Dato che i fattori sono tre, il medico, la malattia e il malato, se il malato lascia solo il medico nella lotta contro la malattia, o se, lasciando da parte la malattia, si oppone al medico, allora la malattia vincerà il medico. Ma se, contrastando il gioco della malattia, diventa, contro essa, alleato del medico, le possibilità di vittoria saranno grandi, dato che due uomini combatteranno insieme la malattia, che resterà sola. Parimenti, la decisione contraria non darà adito alla speranza, se il malato si alleerà con la malattia contro il medico: questi, restato solo, soccomberà facilmente agli altri due*». Galeno, Commento al libro delle Epidemie del Corpus Hippocraticum.

¹⁹ P. Binetti, *Il consenso informato, Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Roma, Edizioni Scientifiche Magi, 2010, pp. 69.

²⁰ J. Agrimi, C. Crisciani, *Carità e assistenza nella civiltà cristiana medievale*, in M. Grmek, *Storia del pensiero medievale occidentale*, Bari, Laterza, 1993, pp. 235.

Come sostiene Agrimi:

«Il malato è così sia reietto che eletto: è cioè l'immagine vivente del peccato, e pertanto è esecrabile; ma è anche "farmaco" e "medico", e perciò ammirevole, perché è un vivente esempio della fulminea, diretta giustizia divina che in lui colpisce anche colpe di cui egli non si avvede. Odioso perché incarna ed esibisce il peccato, il malato è però anche oggetto d'amore perché riproduce l'immagine, indefinitamente moltiplicata, del Cristo sofferente, peregrinante e bisognoso, che proprio nei più miseri si rappresenta e a cui ci si deve volgere con pietà e carità. Egli manifesta nel dolore della carne sia la somiglianza con Cristo, che per noi ha rivestito "l'abominevole veste del corpo" patendo fino alla morte, sia la severità giusta di un Dio Padre che per altro è sempre anche misericorde, giacché più duramente corregge con i flagella del morbo chi più teneramente predilige»²¹.

Con la diffusione del Cristianesimo, si diffuse anche il concetto di pietà: il medico cristiano, deve seguire l'icona del Buon Samaritano, la sua missione viene paragonata ad un sacerdozio e con le sue competenze deve guidare il malato verso il ripristino dello stato di salute²².

In questo contesto assistiamo ad una relazione marcatamente paternalistica nella quale il medico deve essere al servizio del paziente, ma questi ha il dovere di rispettare le prescrizioni in quanto il consenso al trattamento sanitario è dato per implicito dalla semplice chiamata del malato o dei suoi cari al curante.

La salute viene concepita come un dono di Dio e proprio per questo il medico può prescrivere le terapie necessarie per la guarigione anche prescindendo dalla volontà del malato; il curante deve però sempre tenere presente la soggettività dell'individuo. Questo lo ricaviamo dagli scritti di Sant'Antonio da Firenze, il quale affermava che il malato che rifiuta le

²¹ J. Agrimini, C. Crisciani, *Carità e assistenza nella civiltà cristiana medievale*, in M. Grmek, *Storia del pensiero medico occidentale*, Bari, Laterza, 1993.

²² J. Agrimini, C. Crisciani, *Carità e assistenza nella civiltà cristiana medievale*, in M. Grmek, *Storia del pensiero medico occidentale*, Bari, Laterza, 1993, pp. 222.

medicines è come chi si rifiuta di uscire da un edificio che sta crollando: deve essere portato in salvo anche contro la sua volontà²³.

Le informazioni che vengono fornite al malato sono assai scarse in quanto non lo si deve persuadere all'osservazione della cura, ma se la prognosi è infausta, il paziente deve essere dettagliatamente informato per potersi preparare alla fine.

Nel Rinascimento, grazie alle nuove scoperte tecnologiche e scientifiche, la medicina viene basata sull'osservazione della realtà e l'integrità del corpo diventa indispensabile per la salute dell'anima. In questo periodo si ritiene che il medico sappia ben poco riguardo alla condizione del malato: egli, infatti, conosce solamente ciò che questi gli riferisce; ma il buon dottore deve essere in grado di leggere la vera condizione dell'uomo partendo dall'osservazione dei suoi comportamenti. Il linguaggio non verbale viene infatti considerato maggiormente rilevante rispetto a quello verbale proprio perché mentre con quello verbale si può selezionare cosa dire, il linguaggio del corpo lancia segnali anche senza il consenso del paziente.

Nell'epoca moderna non possiamo non ricordare il filosofo Adam Smith e il medico Thomas Percival. Smith, infatti, ha dimostrato quanto sia importante che anche il settore sanitario, oltre che quello economico, si basi sulle leggi della domanda e dell'offerta e che quindi il malato possa scegliere liberamente a quale medico rivolgersi²⁴.

Percival di tutta risposta si oppose a quanto sostenuto dal filosofo: la sua convinzione era fondata sul fatto che i medici non debbano avere il vantaggio economico come spinta sociale motivante, ma sia motivato dall'aver dei principi etici superiori. Così facendo non si insidierebbe tra colleghi competizione²⁵.

La sua opera "*Medical Ethics*" fu di una rilevanza fondamentale per quanto riguarda il rapporto malato-paziente: secondo il filosofo, il curante

²³ D. Amundsen, *The physician's obligation to prolong life: a medical duty without classical roots*, in Hastings Center Report, 1978, pp. 23.

²⁴ G. Iadecola, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, Cedam, 1999, pp. 71.

²⁵ S. Spinsanti, *Bioetica*, Milano, I.S.U. – Università Cattolica del Sacro Cuore, 1985, pp. 28.

non deve abbandonare il malato a sé stesso, ma deve fare un certo numero di visite. Inoltre, è tenuto a non fare prognosi infauste a meno che non sia necessario per far sì che il paziente si prepari alla sua morte.

Egli sostiene come essendo il medico visto come una figura di conforto e speranza, le informazioni circa la salute del malato dovrebbero essere date non direttamente dal curante (in quanto questo creerebbe ansia), ma da una persona a lui vicino ugualmente competente²⁶.

Percival inoltre dichiara come in certi casi sia necessario dire “mezze verità”: c'è un diritto del paziente di chiedere, ma quando per la condizione del malato la verità potrebbe risultare fatale, il medico ha il dovere di celare la reale condizione di salute²⁷. Ad esempio, quando un paziente è padre di una famiglia numerosa oppure la cui vita è di estrema importanza per la comunità e questi fa domande tali, che se il medico desse una risposta sincera, potrebbe ricevere il colpo fatale, in questo caso sarebbe un errore grave rivelargli la vera condizione di salute. È stato infatti dimostrato come in casi particolari, la cruda comunicazione al paziente di una grave malattia di cui è affetto, possono provocare gravi e irreparabili danni al malato a causa della sua condizione di debolezza psicologica: si sono verificate situazioni in cui il paziente, dopo aver ricevuto la diagnosi di cancro o di altre gravi patologie, abbia tentato gesti suicidi o sia caduto in una crisi depressiva tale da compromettere l'andamento delle cure²⁸.

Infatti, il diritto ad una risposta sincera, secondo Percival, è messo in forte dubbio se non addirittura inesistente.

Possiamo affermare che è proprio in questo secolo che vengono poste le basi per la nascita della bioetica.

Un importante contributo lo dobbiamo agli Stati Uniti d'America, ai paesi anglosassoni e ai loro vari movimenti femministi e di rivendicazione dei diritti civili che sorsero negli anni Sessanta. Questi gruppi minoritari

²⁶ P. Percival, *The works, literary, moral, and medical, of Thomas Percival*, vol. II, London, J. Johnson, 1807, pp. 391.

²⁷ G. Iadecola, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, Cedam, 1999, pp. 80.

²⁸ G. Iadecola, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, Cedam, 1999, pp. 78.

sostenevano che indipendentemente dalla razza, dal sesso e dal colore della pelle, ogni individuo debba avere libertà di scelta sulla propria salute²⁹.

Un evento storicamente molto importante si è verificato a partire dal 1900, quando si sono celebrati negli Stati Uniti una serie di processi, dove per la prima volta nel corso della storia, si sono affrontate le problematiche della differenza giuridica in relazione al consenso viziato al trattamento sanitario e quello basato su una incompleta o errata informazione.

In una sentenza del 1905 i giudici affermarono che:

«il primo e più nobile diritto di ogni libero cittadino, fondamento di tutti gli altri, è il diritto sulla propria persona, universalmente riconosciuto; questo diritto vieta rigorosamente al medico ed al chirurgo, per quanto esperto e di chiara fama, di violare a suo arbitrio l'integrità fisica del suo paziente con una operazione più ampia e/o diversa rispetto a quella programmata, intervenendo sul malato sotto anestesia senza il suo consenso»³⁰.

Il caso in questione riguardava la signora Mohr, la quale si era affidata ad un chirurgo di fama internazionale per essere operata all'orecchio destro affetto da un'otite cronica. Una volta giunti in sala operatoria, dopo aver operato l'orecchio in questione, il medico decise di propria iniziativa di intervenire chirurgicamente anche sull'orecchio sinistro senza tenere in considerazione che la signora aveva prestato il consenso solo per il primo intervento quindi il medico non aveva ricevuto l'accettazione per la seconda operazione.

Sebbene nella sentenza della Corte sia dato rilievo al consenso, non possiamo fare a meno di rilevare come non si faccia nemmeno cenno del diritto all'autodeterminazione o all'autonomia del malato, bensì si faccia riferimento ad un diritto su sé stesso.

Nel 1914 assistiamo ad una svolta epocale: nel processo noto come "caso Schoendorff", nel quale il giudice Cardozo introdusse il criterio della "self-determination". Nella sentenza, infatti, leggiamo che ogni persona capace di intendere e di volere ha il diritto di determinare cosa debba essere

²⁹ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 40.

³⁰ G. Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp.8.

fatto con il suo corpo; tutto ciò che il chirurgo effettua senza il consenso è considerata violenza personale e il medico ne risponderà personalmente con il risarcimento dei danni³¹.

In tali contesti inizia a svilupparsi e ad essere affrontato il concetto di *compliance* con il quale si intende la partecipazione del paziente al suo trattamento sanitario, ovvero «*la misura in cui il comportamento del paziente coincide con gli orientamenti medici connessi con la sua salute*»³². Nello specifico sono estremamente rilevanti la gravità e il tipo di malattia, il farmaco necessario per la guarigione, gli atteggiamenti del paziente verso la malattia.

Nel XIX secolo inizia quindi ad essere messa in discussione la visione paternalistica, il medico cominciava ad essere visto come un vero e proprio professionista che si avvale delle nuove e sempre più rapide conquiste della scienza per la cura delle diverse patologie. Da questo momento si introduce una prima definizione di “rapporto terapeutico”, con la quale ci si riferisce a «*quel nucleo di forti relazioni civili, etiche, giuridiche e tecnico-professionali, ogni volta uniche e irripetibili, in cui l'anatomia e la responsabilità dei professionisti della salute nell'esercizio della loro funzione di cura e garanzia*»³³.

Due sono i motivi per cui si inizia a mettere in discussione il sistema paternalistico: la ricerca biomedica e i casi straordinari.

Per quanto concerne il primo aspetto si comincia a percepire come la comunità di ricerca biomedica fosse diventata troppo zelante nel trattare i soggetti di ricerca, a cui veniva data un'informazione assai scarna riguardante le procedure talvolta rischiose e di certo non terapeutiche alle quali erano sottoposti. Tutto ciò era giustificato dal fatto che i soggetti sottoposti a tali procedure erano prigionieri, malati mentali, disabili o anziani. In alcuni esperimenti si arrivò addirittura a lasciare persone di colore affette da sifilide senza cura per studiare il decorso naturale della

³¹ G. Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 10.

³² M. La Rosa, *Salute, relazionalità e compliance*, in *La partecipazione del paziente al suo trattamento*, a cura di V. Ghetti, Milano, FrancoAngeli, 1995, pp. 9.

³³ Casonato, Cembrani, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in Rodotà-Zatti, *Trattato di biodiritto*, Torino, 2009, p.40.

malattia o ad infettare volutamente persone con ritardi cognitivi con l'epatite a scopo di ricerca³⁴.

Proprio a causa di questi esperimenti, la maggior parte dei medici si iniziò a rendere conto che le ricerche biomediche erano entrate in contrasto con il primo dovere del medico: quello di proteggere e promuovere il benessere del paziente.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, casi emblematici sono ad esempio i testimoni di Geova che entrano in ospedale d'urgenza e di conseguenza vengono loro effettuate trasfusioni di sangue anche se in contrasto con il loro credo.

Una svolta storica molto importante che farà entrare il principio del consenso, supportato da idonee garanzie relative all'informazione, nel rapporto medico-paziente, marcando il passaggio dal paternalismo al principio dell'autodeterminazione del paziente, si ha a Norimberga nel dicembre del 1946. Davanti ai giudici civili statunitensi che compongono il primo tribunale militare, compaiono venti "*leader della medicina scientifica e con un'eccellente reputazione internazionale*" i quali sono accusati di aver effettuato nei campi di concentramento nazisti una serie di esperimenti nei quali hanno commesso omicidi e altre atrocità.

Questi riguardavano ad esempio la resistenza all'altitudine, al congelamento, la malaria, il tifo e tante altre malattie. In questo caso l'Associazione Americana dei medici ritenne fondamentale fare una distinzione tra tortura e sperimentazione medica lecita. Si sostiene che si rientra in quest'ultima ipotesi solo se si sono seguiti tre principi cardine: la persona sottoposta all'esperimento deve aver dato volontariamente il suo consenso; i possibili eventuali danni devono essere preventivamente indagati con test sugli animali; l'esperimento deve essere sotto stretta osservazione medica³⁵.

³⁴ S. Wear, *Il consenso informato*, a cura di R. Prodono, Bologna, Apèiron Editoria e Comunicazione, 1999, pp. 45.

³⁵ A. Santosuosso, *Indicazione medica vs. autodeterminazione: la formazione transnazionale del diritto*, in Rifiuto di cure e direttive anticipate: atti del convegno di Genova, 23 maggio 2011, a cura di D. Carusi, S. Castiglione, G. Ferrando, Torino, Giappichelli Editore, pp. 37.

Nella sentenza del 1947 i giudici redigono un documento denominato Codice di Norimberga nel quale, all'articolo 1 si legge che per le pratiche mediche il consenso è essenziale e volontario³⁶.

È datata 1957 la prima sentenza nella quale troviamo l'affermazione del principio del consenso informato. Si verifica nella Corte dello Stato della California nel caso "*Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*": viene confermata la responsabilità del sanitario sulla carente informazione fornita circa l'atto medico da compiere e di conseguenza si ritiene che il consenso prestato dal paziente sia inefficace. In questo caso, il medico aveva omesso di spiegare al paziente le possibili complicanze, poi effettivamente verificatesi, connesse ai metodi invasivi richiesti per lo svolgimento dell'esame stesso. Inoltre, i magistrati censurano il medico in quanto questi non aveva illustrato al paziente le terapie alternative.

È estremamente rilevante osservare come qui i giudici non si accontentino del semplice consenso del malato, ma richiedono un elemento in più: l'informazione. La Corte, quindi censura i medici in quanto evidenziano come la relazione di cura debba essere basata sulla fiducia e sicuramente ciò impone al medico di far conoscere al suo assistito i dettagli della malattia e della terapia da osservare.

Agli inizi degli anni Novanta anche nel nostro Paese si susseguono una serie di vicende giudiziarie riguardanti la responsabilità medica e le corti non hanno mancato di sottolineare l'importanza del consenso informato per la tutela dell'autonomia del paziente e della libertà di scelta. Possiamo ricordare la sentenza del 10 gennaio 2006 del tribunale di Genova, la quale afferma:

«visto che senza informazione adeguata e rispettosa del paziente e, dunque, anche dei suoi limiti culturali e delle sue umanissime paure di fronte

³⁶ «è assolutamente necessario il consenso volontario del soggetto umano. Ciò presuppone che la persona abbia la capacità legale di dare il consenso; sia in condizione di esercitare il libero potere di scelta senza l'intervento di alcun elemento di forza, frode, inganno, costrizione, sopraffazione, o altra ulteriore forma di costrizione o coercizione ed abbia sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi dell'esperienza, tanto da essere in grado di prendere una consapevole e illuminata decisione». G. Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 9.

all'atto medico, questi non è più persona, ma oggetto di esperimento o di un'attività professionale che trascura il fattore umano su cui interviene, dequalificando il paziente stesso da persona a cosa»³⁷.

Nel corso del XX secolo, grazie anche allo sviluppo di pratiche mediche sempre più sofisticate, viene definitivamente superata la visione del rapporto in concezione paternalistica consistente in una relazione sbilanciata in cui il medico detiene il potere decisionale in vece del suo assistito, il quale non ha altra scelta che obbedire alle cure prescritte da questi.

Al suo posto prende spazio la concezione liberale secondo la quale il paziente è in una posizione di simmetria con il proprio curante, addirittura in alcuni casi è attribuito maggior rilievo alla decisione del paziente stesso. Il malato, infatti, deve poter essere libero di autodeterminarsi e disporre del proprio corpo come meglio crede. Il consenso inizia ad assumere un ruolo di fondamentale importanza nell'ambito medico, quale espressione di una libertà inviolabile dell'individuo.

Una riflessione circa questo cambiamento di rotta proviene dallo storico Dietrich Von Engelhardt, il quale afferma che mentre nel Medioevo medicina, teologia e diritto erano strettamente connessi e si influenzavano a vicenda, a partire dal XIX secolo questi campi divenivano separati e distinti; questo cambiamento di rotta lo possiamo notare anche dal cambiamento del vestiario. Infatti, mentre precedentemente tutti gli studiosi dei tre ambiti sopra citati erano vestiti di nero per dimostrare anche il loro status, successivamente in campo medico venne introdotto il camice bianco³⁸.

Nell'epoca contemporanea stiamo assistendo ad una relazione eccessivamente astratta: è necessario comprendere come ci debba essere la consapevolezza di entrambe le parti che la relazione di cura nella maggioranza dei casi sarà di tipo duraturo e in continuo divenire. Di

³⁷ Trib. Genova, Sez. II, 10 gennaio 2006, come in *Il rapporto medico-paziente*, G. Montanari Vergallo, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 14.

³⁸ G. La Monaca *et al*, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 100.

conseguenza, il medico dovrà tenere presente l'aspetto soggettivo della persona che ha in cura³⁹.

Nell'interazione tra dottore e malato è essenziale dare e ricevere informazioni: è stato dimostrato come un'informazione adeguata renda possibile un'"alleanza" più profonda e un maggior senso di soddisfazione da entrambe le parti. Nell'informare, il medico dovrebbe adeguare il linguaggio in base alla persona che si trova di fronte, ma questo a volte non è sufficiente in quanto subentra da parte del paziente il fattore emotivo o da parte del medico la fretta nel concludere la visita.

Uno dei problemi fondamentali è quello di riuscire a far parlare il paziente, ascoltarlo e farsi capire facendo sì che l'interazione non diventi una sorta di interrogatorio.

La comunicazione medico-paziente ha caratteristiche tali che raramente si trovano negli altri modelli relazionali. Infatti, da un lato si chiede al medico di porsi in un atteggiamento di *patient centered*, ma dall'altro si richiede al paziente di comunicare andando anche oltre i confini del naturale pudore, mettendo a nudo le sue emozioni, consegnandosi al medico senza riserve⁴⁰. Questo è spesso essenziale per ottenere una diagnosi precisa e tempestiva.

Nell'analisi svolta dal neuropsichiatra Guido Taidelli⁴¹, i dati raccolti sono sconvolgenti e di sicuro in contrasto con quello che è l'obiettivo da raggiungere: i medici sono convinti di ascoltare i loro pazienti per un tempo maggiore rispetto a quello che ritengono di aver loro stessi parlato. In una visita stimata in 20 minuti, il medico ritiene di spiegare la malattia e le cure per un tempo di circa 10 minuti, ma nella realtà, i dati dimostrano come questo si riduce a soli 2 minuti. La ricerca ha dimostrato che i medici sono esaustivi nello spiegare la malattia e la cura da seguire nel 31% dei casi se

³⁹ G. Iadecola, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Cedam, Padova, 1999, pp. 72.

⁴⁰ P. Binetti, *Il consenso informato, Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Roma, Edizioni Scientifiche Magi, 2010, pp. 137.

⁴¹ G. Taidelli, *I fattori individuali come motivazione alla non-compliance*, in *La partecipazione del paziente al suo trattamento*, a cura di V. Ghetti, Milano, FrancoAngeli, 1995, pp. 31.

si tratta della prevenzione, mentre solo nel 12% dei casi se si discute anche l'aspetto emotivo e sociale della malattia⁴².

Altro aspetto che gli specialisti dovrebbero tenere in considerazione nella comunicazione con il paziente e invece viene spesso sottovalutato è che solo il 28% dei visitati ricordano le istruzioni del medico anche se queste sono state scritte: si tende a ricordare le prescrizioni date per prime o quello che il malato ritiene di maggior importanza. Il dato che lascia maggiormente a bocca aperta è che l'80% dei pazienti ritiene opportuno non fare domande o non esprimere la propria opinione, lasciando quasi che sia il medico a decidere per lui⁴³.

Lo scrittore Norman Cousins si era accorto dell'esigenza dei pazienti di vedersi dedicare più tempo: egli, infatti, nel suo libro scrisse che il tempo è l'unica cosa che i pazienti chiedono ai medici, tempo per farsi ascoltare, ma anche per farsi spiegare. Tuttavia, il fattore tempo purtroppo non è sotto il controllo del medico e quindi, anche essendoci da parte loro la volontà, non riescono a dedicare più di quanto già facciano⁴⁴.

In campo medico si stanno verificando sempre più frequentemente delle situazioni sulle quali vale la pena soffermarci e riflettere, quella dei cosiddetti malati competenti: ritengono di saperne di più del medico o perlomeno quanto il medico e quindi si sentono in diritto di essere loro a dettare le regole per la terapia. Accade sempre più spesso che sia il malato a proporre gli interventi da fare, le decisioni da prendere o sia lui stesso a chiedere il consenso del medico al programma che egli propone.

Questo porta il medico a ricoprire un nuovo ruolo: abituato ad essere lui a prendere l'iniziativa, a valutare le alternative, a condurre il paziente verso la terapia che ritiene più idonea⁴⁵. In questa situazione invece l'iniziativa è del paziente il quale si affida al medico solamente per rendere

⁴² G. La Monaca *et all.*, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 77.

⁴³ V. Ghetti, *La partecipazione del paziente al suo trattamento: compliance e non compliance*, FranoAngeli, Milano, 1995, pp. 37.

⁴⁴ N. Cousins, *Anatomy of an illness as perceived by the patient: reflections on healing and regeneration*, New York, Bantam Books, 1981, pp. 137.

⁴⁵ P. Binetti, *Il consenso informato, Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Roma, Edizioni Scientifiche Magi, 2010, pp. 147.

esecutivo il programma di cura. Questo accade spesso con pazienti competenti, i quali sanno ciò che vogliono in quanto hanno già studiato a fondo il problema, hanno già valutato le diverse alternative. In questi casi il consenso alle cure è dato non dal paziente bensì dal medico in base alle richieste del malato. Possiamo parlare a tutti gli effetti di un approccio contrattualistico: il paziente propone infatti il suo contratto e il medico può decidere se accettarlo o rifiutarlo⁴⁶.

In queste prime pagine ho illustrato le due teorie che nel corso della storia si sono susseguite: l'una, denominata paternalista, che prevede l'intervento del medico in maniera autoritaria in quanto si ritiene che il dottore grazie alle sue competenze abbia una visione più completa del malato e quindi agisca nel suo interesse.

Il paternalismo, inoltre, nel corso dei secoli è stato suddiviso in "forte" quando non tiene conto delle richieste e delle scelte del paziente. Qui osserviamo una prevaricazione della posizione del medico che non tiene conto della volontà del soggetto; in questo caso possiamo dire con certezza che viene intaccata la dignità e l'umanità dell'ammalato, oltre che l'autonomia. Si definisce invece "debole" quando è incentrato sui principi di autodeterminazione, autonomia e libertà del malato.

Questa concezione è stata superata a partire dalla seconda metà del Novecento, grazie al più elevato grado d'istruzione della popolazione e alla sensibilità per i diritti della persona, sappiamo infatti che in questo periodo inizia a svilupparsi quello che viene normalmente definito come "Stato sociale di diritto", espressione con la quale si sottolinea come lo Stato debba garantire i diritti inviolabili dell'uomo e porre le basi per la sua attuazione; si è arrivati a comprendere come lo status del medico sia ispirato ad un autoritarismo benefico⁴⁷.

⁴⁶ P. Binetti, *Il consenso informato, Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Roma, Edizioni Scientifiche Magi, 2010, pp. 149.

⁴⁷ R. Cataldi, C. Matricardi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente*, Santarcangelo di Romagna, LegaleCivile, 2007, pp. 9.

Il secondo modello invece è basato sull'autonomia della persona, sulla sua libertà e dignità; questo parte dal presupposto che ci si prende cura di sé soprattutto se si prende cura degli altri⁴⁸.

Possiamo dire che mentre il modello paternalista ha preso piede da Ippocrate fino alla metà del secolo scorso, il modello basato sulla centralità del paziente ha iniziato a svilupparsi dalla fine della Seconda guerra mondiale.

Dobbiamo rilevare come entrambi questi modelli abbiano dei forti limiti: ad esempio il modello incentrato sull'autonomia del malato, potrebbe portare a delle conseguenze estremamente negative qualora si lasciasse la libertà di decidere al paziente affetto da una patologia grave che compromette le capacità cognitive, ma, è stata sollevata una critica in particolare al primo modello da Pellegrino e Thomasma.

Essi sostengono che l'autonomia è deficitaria di tre dimensioni: quella contestuale, quella esistenziale e quella concettuale. Per quanto riguarda il primo limite, i medici affermano che ci sono dei casi in cui l'autonomia del paziente dovrebbe essere limitata, come ad esempio, nei pazienti anziani, negli incapaci o nei bambini. I limiti esistenziali prendono invece in considerazione le conseguenze derivanti dalla gravità della malattia, la quale a volte può offuscare la mente e quindi le decisioni. L'ultima categoria di limiti prende avvio dal fatto che il modello dell'autonomia è stato sviluppato proprio per contrastare il primo modello (quello paternalista), senza tenere in considerazione che la relazione medico-paziente è qualcosa di soggettivo, di estremamente complesso che sicuramente non potrà essere ridotto ad un modello piuttosto che ad un altro⁴⁹.

Detto ciò, non dobbiamo essere portati a ritenere che il modello paternalista sia invece perfetto: presenta anch'esso limiti in quanto può essere applicato solo a determinate categorie di persone, inoltre è molto difficile comprendere la diagnosi del malato e di conseguenza prescrivere

⁴⁸ P. Binetti, *Il consenso informato*, Roma, Edizioni Scientifiche, 2010, pp. 105.

⁴⁹ E. D. Pellegrino, D. Thomasma, *Per il bene del paziente*, come in *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, G. La Monaca *et al.*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 85.

la cura se il soggetto stesso non spiega i suoi sintomi al medico. L'obiezione fondamentale è inoltre quella che il medico deve guarire il malato e non la malattia, di conseguenza, non coinvolgendo il paziente questo sarà impossibile.

Oggi sembra stia prendendo piede un terzo modello basato sulla beneficenza: questa, in origine era stata introdotta da Platone e Aristotele ma nel corso dell'Illuminismo era stata fortemente criticata dagli empiristi inglesi⁵⁰. Le persone si rendono conto di come le decisioni del curante possano influire in maniera definitiva sulla loro vita e inoltre nella maggior parte dei casi entrano in gioco anche scelte di valori. Il paziente, quindi, vuole non soltanto partecipare attivamente alle decisioni ma anche comprendere le informazioni circa la diagnosi e la terapia da svolgere.

Il modello della beneficenza, denominato anche come modello ponderato, è basato sulle seguenti caratteristiche: innanzitutto la medicina è una risposta alla richiesta di aiuto da parte di una persona malata, quindi, sia il modello dell'autonomia che quello paternalistico cedono di fronte al dovere del medico di agire nell'interesse e a beneficio del malato. Il curante non deve lasciarsi guidare dalle emozioni ma deve orientare la sua azione a ciò che fa stare meglio il paziente.

Viene dato maggior rilievo alla figura del malato anziché a quella del medico, il paziente, dopo aver ricevuto una corretta ed esaustiva informazione dal medico sulla sua condizione clinica e sulle alternative terapeutiche, medita, valuta e poi decide in piena autonomia⁵¹. Il medico deve rispettare i principi morali e il sistema di valori del soggetto che ha in cura. Egli inoltre deve agire con prudenza.

Per meglio riuscire nell'obiettivo di far tornare in salute il malato, il medico deve ottenere il suo consenso prima di sottoporlo a qualsiasi terapia.

⁵⁰ E.D. Pellegrino, D. Thomasma, *Per il bene del paziente*, come in L'informazione nel rapporto medico-paziente, G. La Monaca *et al.*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 82.

⁵¹ U. Veronesi *et al.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperling e Kupfer Editori, 2008, pp. 37.

Sono stati elaborati anche degli assiomi su cui il modello della beneficenza deve basarsi, questi possono essere così riassunti: il medico e il paziente devono essere liberi di prendere le loro decisioni, a carico dei medici c'è una maggior responsabilità in quanto sono più competenti, questi devono rispettare la morale dell'individuo ma senza perdere di vista l'obiettivo da raggiungere. Si richiede inoltre ai curanti di essere uomini dai sani principi morali.

Thomasma e Pellegrino, oltre ad avere contribuito alla creazione del modello della beneficenza, hanno previsto un ulteriore modello di rapporto medico-paziente: è stato denominato come modello o di beneficenza nella fiducia. In base a questo modello, la relazione è intesa come una sorta di negozio giuridico nel quale la fiducia è essenziale. L'"obbligazione" del medico consisterebbe in questo caso nell'agire nei migliori interessi del paziente, mentre, quella del malato consisterebbe nel rispettare le prescrizioni mediche per raggiungere la guarigione⁵².

Merita di essere osservato come dalla combinazione del modello paternalistico e dell'autonomia del malato, possa risultare, secondo altri autori, un sistema denominato come deliberativo fondato sull'importanza comunicativa del medico: questi deve illustrare dettagliatamente tutte le diverse ipotesi di cura e informare il paziente dei rischi dei trattamenti ma anche a cosa andrà incontro nel caso decidesse di non curarsi. In questo modo il curante porterà il paziente ad una scelta consapevole.

1.2 L'INFORMAZIONE COME FONDAZIONE DELLA RELAZIONE MEDICO-PAZIENTE

La relazione medico-paziente scaturisce dalla perdita di salute da parte di quest'ultimo e con certezza possiamo affermare che entrambi condividono l'obiettivo della guarigione. Proprio per questo il rapporto medico-paziente dovrebbe essere, come è stato definito da Barni «*una cooperazione all'impresa curativa, che passa attraverso una fase*

⁵² E. D. Pellegrino, D. Thomasma, *Per il bene del paziente*, Cinesello Balsamo, Edizioni Paoline, 1992, pp. 127.

conoscitiva, essenziale per entrambi i protagonisti...si deve tendere alla cosiddetta alleanza terapeutica»⁵³.

Proprio il rapporto di alleanza terapeutica che sarebbe auspicabile nascesse tra medico e paziente, è il filo conduttore della Legge n. 219 del 2017: questo è stato definito come *«il nucleo di forti relazioni civili, etiche, giuridiche e tecnico-professionali, ogni volta uniche e irripetibili, in cui l'autonomia e la responsabilità della persona si incrociano con l'autonomia e la responsabilità dei professionisti della salute nell'esercizio della loro funzione di cura e di garanzia»⁵⁴.*

Secondo l'antropologo e sociologo Bateson è possibile distinguere la comunicazione data al paziente in: simmetrica che si ha quando i singoli individui hanno pari forza, questa è sicuramente una comunicazione produttiva ma che il più delle volte provoca rottura; complementare ossia quando un soggetto è più forte rispetto all'altro provocando disagio in chi si sente dominato ed infine reciproca, in cui le posizioni di chi è più forte e più debole si alternano. Quest'ultima è ritenuta la comunicazione più produttiva⁵⁵.

In medicina la comunicazione è fondamentale; infatti, il medico solo attraverso l'anamnesi e la descrizione di ciò che sente il malato può assegnare la giusta cura. Anche il paziente riceve però delle informazioni importanti circa la sua diagnosi, la prognosi e le indicazioni terapeutiche da seguire per poter tornare quanto prima in salute.

Già prima dell'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017 si prevedeva che, per rendere consapevole il malato e affinché il consenso potesse essere valido, l'informazione dovesse essere completa, adeguata, effettiva e corretta.

Per quanto riguarda la completezza si faceva riferimento alla clausola contenuta all'interno del Codice Deontologico Medico, nel quale si stabiliva

⁵³ G. La Monaca *et al*, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 90.

⁵⁴ C. Casonato, F. Cembrani, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *I diritti in medicina*, pp. 41.

⁵⁵ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp.46.

il contenuto minimo dell'informazione: la scelta diagnostica, le conseguenze e le eventuali alternative. A ciò si aggiungevano le eventuali informazioni che scaturivano dalle domande poste dal paziente⁵⁶. Si era già sollevata però la problematica che un'informazione eccessivamente analitica e casistica rischiasse di spaventare e far desistere dal trattamento sanitario il paziente.

Proprio riguardo a ciò era intervenuta, in seguito alla proposizione della domanda di risarcimento del danno per una grave disfonia causata da un intervento di artroprotesi destra, la Corte di Cassazione che dopo aver rigettato la richiesta, si era dedicata a redigere un lungo elenco di informazioni ritenute essenziali per poter ottenere un valido consenso.

La Corte con tale sentenza⁵⁷ ha ribadito il dovere del medico di rendere noti al malato solo ed unicamente i rischi prevedibili a seguito dell'intervento

⁵⁶ M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi, *La parola al paziente, il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Trento, Sperling and Kupfer, 2008, pp. 57.

⁵⁷ Corte di Cassazione, sentenza numero 14638 del 30 Luglio 2004.

«Con citazione notificata il 14.3.1996 A.G. conveniva davanti al tribunale di Milano la F.C.S.R.D.M.T., onde ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'inadeguata manovra di intubazione da parte degli anestesisti dell'Ospedale S. Raffaele, ove era stato operato l'1.2.1994 per artroprotesi all'anca destra, a seguito del quale intervento riportava grave disfonia.

Si costituiva la convenuta Fondazione e chiedeva il rigetto della domanda.

Veniva quindi disposto supplemento di consulenza tecnica, anche al fine di accertare la necessità del consenso informato nei confronti del A.G., in merito alla possibilità di aggravamento delle sue condizioni di voce a seguito del trattamento anestesilogico e dell'intervento.

Il tribunale rigettava la domanda.

Proponeva appello il A.G., insistendo in particolare sulla responsabilità della convenuta per mancanza di consenso informato in relazione al trattamento anestesilogico, da cui sarebbe derivato il danno fonetico.

La Corte di appello di Milano, con sentenza depositata il 5.5.2000, rigettava la domanda.

Riteneva la corte di merito che, sulla base della consulenza tecnica effettuata dal prof. M., emergeva che non esisteva un nesso di causalità materiale tra il trattamento di intubazione oro-tracheale subito dal A.G. e la paralisi ricorrente sinistra, che, manifestatasi una prima volta l'1.2.1994, delineava come del tutto probabile una eziopatogenesi naturale (ectasia aortica); che eguale conclusione si traeva anche dal supplemento della c.t.u. con la conseguenza che non poteva accogliersi la domanda di risarcimento del danno da mancanza di consenso informato, poiché il trattamento, su cui non era stata fornita l'informazione al paziente, non era causa del danno lamentato. La sentenza impugnata ha ritenuto di dover condividere dette conclusioni del c.t.u., essendo le stesse confortate da una completa acquisizione dei dati di fatto e da un'attenta valutazione degli stessi.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'attore.

1. Con il primo motivo di ricorso il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., in relazione agli artt. 195 e 196 c.p.c.

Assume il ricorrente che la sentenza è contraddittoria, perché, dopo aver dato atto che l'intervento chirurgico comportava il rischio di aggravamento delle alterazioni della fonazione, avrebbe poi escluso l'obbligo di informazione, perché tale obbligo non si estende ai rischi anomali o non prevedibili; che, così operando, la sentenza impugnata si è discostata dal principio che impone ai sanitari il dovere di informazione in tutti i casi di prevedibilità e possibilità di rischi, anche ridotti.

Secondo il ricorrente il giudice di appello non avrebbe valutato correttamente le certificazioni mediche prodotte e la relazione del consulente di parte, che metteva in risalto come il trattamento anestesiológico avrebbe potuto aggravare le condizioni della voce e che, quindi, si trattava di un rischio prevedibile, di cui il A.G. doveva essere informato.

2.1. Ritiene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato.

Osserva preliminarmente questa Corte che nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perchè violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perchè tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32 comma 2 della Costituzione, a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall'art. 13 cost., che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dall'art. 33 della l. 23 dicembre 1978 n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità (art. 54 c.p.).

2.2. La responsabilità e i doveri del medico non riguardano solo l'attività propria e dell'eventuale "equipe", che a lui risponde, ma si estende allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività, e si traduce in un ulteriore dovere di informazione del paziente. Il consenso informato - personale del paziente o di un proprio familiare - in vista di un intervento chirurgico o di altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non riguardano soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma riguardano anche la concreta, magari momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un'altra.

L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve temperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remota eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento, evitando quindi quella che la giurisprudenza francese definisce una "réaction dangereuse" del paziente. Assume rilevanza, in proposito, l'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga edotto di rischi, anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita.

2.3. L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico - scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi.

Sotto un altro profilo è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in equipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentino, nelle varie fasi, rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi (ad esempio quella dell'anestesia) assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse, a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l'obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi ed ai rispettivi rischi.

2.4. Applicando tali principi al caso concreto, se è vero che la richiesta di un specifico intervento chirurgico avanzata dal paziente può farne presumere il consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive che vi sono connesse, ed in particolare al trattamento anestesiológico, allorché più siano - come nel momento presente - le tecniche di esecuzione di quest'ultimo, e le stesse comportino rischi diversi, è dovere del sanitario, cui pur spettano le scelte operative, informarlo dei rischi e dei vantaggi specifici ed operare la scelta in relazione all'assunzione che il paziente ne intenda compiere. 3. Sennonché non è l'inadempimento da mancato consenso informato che è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno consequenziale, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c.

e non tutte le possibili complicazioni, anche le più remote. Quindi, i rischi anomali, al limite del caso fortuito, non devono essere comunicati proprio per non spaventare e mettere in fuga il paziente.

Curioso era invece il dovere di comunicazione del medico per quanto concerne gli interventi con scopo estetico: qui, le informazioni dovevano essere molto più dettagliate e particolareggiate, fino a comprendere il grado di conseguibilità del risultato sperato dal paziente; cosa che al contrario, se si fosse trattato di un intervento terapeutico, il medico avrebbe potuto trascurarlo senza incorrere in sanzioni. Ci è facile comprendere come l'informazione circa i rischi era quindi rimessa alla discrezionalità del medico.

Per quanto concerneva l'adeguatezza, nella sentenza⁵⁸ si sosteneva che l'informazione dovesse essere idonea per far sì che il paziente comprendesse la sua situazione clinica. La Corte ha specificato che, se il medico avesse usato un linguaggio strettamente tecnico e poco

Ne consegue che, se non sussiste un rapporto causale tra l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie e l'intervento sanitario, non può darsi luogo ad alcun risarcimento del danno.

Infatti, è risarcibile solo il danno eziologicamente collegabile all'inadempimento.

4.1. Nella fattispecie, contrariamente all'assunto del ricorrente, la sentenza impugnata, anzitutto non ha mai riconosciuto che il A.G. fosse un soggetto a rischio aumentato di danno iatrogeno da intubazione protratta, ma si limita a riportare tra virgolette tale assunto, effettuato dal consulente di parte.

Inoltre, il giudice di appello, riportandosi alle conclusioni del c.t.u. ha ritenuto che non fosse provato un nesso di causalità materiale tra il trattamento di intubazione orotracheale subito dal A.G. e la paralisi ricorrente sinistra, che manifestatasi una prima volta l'1.2.1994, delineava come del tutto probabile una eziopatogenesi naturale (ectasia aortica). La stessa sentenza, riportandosi al supplemento della c.t.u. in merito alle osservazioni mosse dal c.t. parte ed al dovere di informazione, ha ritenuto che non potessero essere condivise le osservazioni del c.t. di parte e che pertanto non risultava provato non solo il nesso di casualità tra la manovra di intubazione e la disfonia, ma anche tra detta manovra ed una temporanea evidenziazione o accentuazione sintomatologica.

La corte territoriale ha ritenuto di dover condividere dette conclusioni del c.t.u., essendo le stesse confortate da una completa acquisizione dei dati di fatto e da un'attenta valutazione degli stessi.

5. Il rigetto del primo motivo di ricorso comporta il rigetto anche del secondo motivo, con cui si lamenta la violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., in relazione agli artt. 2236, 2043 e 2055 c.c., ritenendo il ricorrente sussistente una responsabilità solidale tra i sanitari e la struttura ospedaliera, ai sensi delle predette norme.

Infatti, detto motivo presuppone che sussista un nesso causale tra l'intervento di intubazione ed il danno da afonia lamentato dal ricorrente, con la conseguenza che, essendo stato escluso definitivamente in punto di fatto detto rapporto eziologico con il rigetto del primo motivo, risulta infondata ogni censura attinente al mancato riconoscimento della responsabilità solidale tra l'equipe medica e la struttura ospedaliera.

6. Il ricorso va, pertanto, rigettato».

⁵⁸ Corte di Cassazione, sentenza numero 14638 del 30 Luglio 2004.

comprensibile alla persona che si trovava di fronte, il consenso sarebbe stato da ritenersi inefficace. Per poter far comprendere al meglio quanto successivamente si sarebbe dovuto svolgere, si doveva utilizzare un linguaggio chiaro, semplice, graduato in base alle caratteristiche intellettive e psichiche del paziente. Anche per quanto riguarda ciò, prima dell'entrata in vigore della Legge n. 219, non c'era un vero e proprio dovere per il medico, ci si basava solamente sulle disposizioni del Codice Deontologico Medico e sulle poche pronunce giurisprudenziali.

L'ultimo requisito che la comunicazione doveva avere era quello dell'effettività, con ciò intendendo che le informazioni fossero state concretamente date in un contesto di dialogo paritario con il malato.

Oltre a quanto precedentemente affermato, non dobbiamo dimenticarci del dovere di correttezza del medico nei confronti del paziente: il rapporto deve essere fondato sulla buona fede, non possono essere date al paziente informazioni che non sono scientificamente esatte. Questo requisito è forse il più importante, poiché anche in seguito all'entrata in vigore di una normativa specifica che finalmente colma il vuoto legislativo, qualora il professionista non si comportasse correttamente, la legge comunque non produrrebbe gli effetti sperati.

Anche se il legislatore è intervenuto regolamentando l'informazione, delineare i confini dell'adeguatezza di quest'ultima al fine di ridurre il divario di conoscenze tecniche tra il medico ed il paziente, non è un'operazione semplice. La questione non rileva sul piano teorico: l'assolvimento del dovere di informazione si pone qui da una parte a tutela di diritti fondamentali quali la salute e l'autodeterminazione, dall'altra è un elemento rilevante per poter individuare o escludere la responsabilità del medico per omesse o incomplete informazioni.

La problematica si verifica per quanto riguarda il contenuto dell'informazione, non sussistono infatti previsioni normative espresse dettagliate: troviamo solamente un principio generale all'interno dell'articolo 1 comma 3 della legge n. 219 del 2019 nel quale è stabilito che ogni persona deve essere «*informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile*

riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi»⁵⁹.

Quanto affermato, essendo un principio generale, non ha contorni ben definiti e per stabilire il quantum informativo si deve fare riferimento al caso concreto: le informazioni devono però essere sempre analitiche, precise, esaustive e personalizzate. Devono inoltre essere integrate qualora intervengano nuovi fattori di rischio⁶⁰.

La Corte di Cassazione ha inoltre stabilito che deve essere oggetto di informazione qualora il medico ritenga opportuno rinviare il trattamento sanitario o di eseguirlo in una diversa struttura sanitaria in considerazione di imminenti progressi tecnologici o dello stato di efficienza e dotazioni della struttura⁶¹.

Il problema circa l'informazione nella relazione medico-paziente si è posto anche in altri Paesi; il mondo anglosassone statunitense, per esempio, ha introdotto tre standard di informazione: *professional practise standard* in cui il medico ha il dovere di riferire al paziente ciò che la comunità scientifica ritiene essenziale allo stato attuale delle conoscenze; *reasonable person standard*, in forza della quale, come dice il nome, bisogna comunicare quello che una persona ragionevole media vorrebbe sapere e potrebbe comprendere; *subject standard*, in questo caso l'informazione deve essere quella necessaria affinché un paziente possa comprendere e decidere coscientemente⁶².

⁵⁹ Articolo 1 comma 3 Legge 219 del 2019, come in *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, M. Rinaldo, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 58.

⁶⁰ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 58.

⁶¹ Cassazione, sentenza n. 6318, 16 maggio 2000, così come in *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 60.

⁶² M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 61.

1.3 IL CONCETTO DI SALUTE

La salute a livello normativo è un diritto fondamentale e come tale irrinunciabile, imprescrittibile, intrasmissibile e indisponibile, ma come possiamo spiegarlo a livello concettuale?

Definire cosa sia la salute è un compito estremamente arduo, in quanto ognuno di noi ha una visione soggettiva di intendere cosa sia lo stare bene.

È inoltre impossibile cristallizzare una volta per tutte il concetto di salute; giova qui ricordare quanto affermato da Roberto Romboli, un importante giurista, secondo il quale «*La salute è da ritenersi e da vedersi in posizione dinamica, come qualcosa cioè tale da realizzare il più completo sviluppo della personalità umana, e con carattere relativo, in quanto diversa e variabile da soggetto a soggetto, e in relazione al grado di sviluppo della società, poiché è da estendersi alla sfera esterna in cui l'individuo vive e opera*»⁶³.

Anche nel corso della storia si sono susseguite differenti spiegazioni del concetto.

Dapprima abbiamo assistito ad una visione più propriamente “*mercantile*” nella quale la salute era intesa come una merce oggetto di scambio sul mercato. Il medico era il tecnico, spesso molto ben pagato, che forniva il prodotto-servizio. In questo caso tanto maggiore era la disponibilità di risorse economiche del cliente (il malato), tanto più approfondite e numerose sarebbero state le cure proposte.

In un certo momento storico questo modello venne portato, da alcuni studiosi, alle estreme conseguenze fino ad arrivare alla vera e propria stipula di un contratto medico-malato⁶⁴. In tale visione la società doveva vigilare sul corretto adempimento dello stesso e si riservava anche la possibilità di intervenire nel caso si verificassero delle situazioni di contrasto tra le due parti.

⁶³ U. Veronesi *et al.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperling e Kupfer, 2008, pp. 3.

⁶⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 1992, pp. 19.

Rimane fondamentale, anche se entrata in vigore nel 1948, la definizione di salute dettata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, la quale ha descritto il concetto come «*uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente l'assenza di malattie o infermità*». Quanto affermato ha sicuramente il merito di aver ampliato la visione di cosa sia la salute: infatti, intenderla oggi in una concezione esclusivamente e meramente organicistica e, di conseguenza, concepire la malattia solamente come una disfunzione della “*macchina*” biologica, sarebbe assai riduttivo.

L'Organizzazione Mondiale della Sanità con la sua definizione ha voluto affermare che la salute non va intesa come assenza di malattia o infermità. Essa, nella sua dimensione dinamica, esprime il benessere fisico, psichico e sociale avulso da circostanze culturali, religiose, sociali, ambientali⁶⁵. Tale benessere si traduce in un miglioramento della qualità della vita attraverso l'eliminazione di ogni elemento nocivo e pregiudizievole al suo libero esercizio⁶⁶.

Dobbiamo inoltre avere la consapevolezza che sulla salute non agiscono soltanto fattori individuali quali ad esempio l'età, il sesso e il corredo cromosomico, ma anche quelli legati allo stile di vita, al contesto economico-sociale e all'ambiente in cui si vive. L'insieme di questi fattori, definiti *determinanti*, sono in grado di compromettere o migliorare lo stato di benessere nonché di influire sull'aspettativa di vita. Ad esempio, la mancanza di acqua potabile o l'inquinamento ambientale condizionano sicuramente in maniera diretta la salute delle persone⁶⁷.

Il benessere delle persone però, soprattutto in questo difficile momento storico, è fortemente compromesso dalle condizioni economiche delle famiglie come dimostrano alcuni dati significativi diffusi dall'ISTAT.

Confrontando i dati del 2019 con quelli del 2022, possiamo osservare come la percentuale delle persone che rinunciano alle prestazioni sanitarie

⁶⁵ Corte Costituzionale, sentenza numero 356, 18 luglio 1991.

⁶⁶ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 26.

⁶⁷ F. Marin, *L'agenda della bioetica, Problemi e prospettive*, Padova, Il Poligrafo, 2019, pp. 49.

essenziali è aumentata, passando dal 6,3% del 2019 al 7% del 2022. Quattro milioni di italiani rinunciano alle cure per motivi economici, mentre altri due milioni, soprattutto anziani, non si sottopongono a visite o accertamenti specialistici a causa delle lunghe liste d'attesa o delle difficoltà di accesso ai servizi sanitari.

Questo fenomeno è particolarmente drammatico in quanto, come dimostrano i dati diffusi dall'Istat il 17 aprile 2024, il fenomeno non accenna ad arrestarsi, ma, anzi è in continuo aumento. Infatti, gli italiani che hanno rinunciato alle cure nel 2023 sono il 7,6% cioè oltre 4,5 milioni di persone, questo scenario ci porta con certezza ad affermare che le cure vengono richieste in base alla disponibilità economica del soggetto o del nucleo familiare piuttosto che dall'effettivo bisogno di ciò⁶⁸. La rinuncia per motivi economici è stabile rispetto a quella verificatasi nel 2019, questo però non ci deve portare alcuna soddisfazione in quanto è pari al 4,2%.

Un recente studio promosso dall'Istituto Pascale di Napoli ha inoltre dimostrato quella che viene definita come la "*tossicità finanziaria*": i malati che all'inizio del percorso di cura versano in difficoltà economiche sono più refrattari a ricevere benefici dalla terapia. È inoltre stato evidenziato come questi soggetti arrivino addirittura ad avere un aumento del rischio di morte del 20%⁶⁹.

La nozione di salute deve essere tenuta distinta da quella di benessere: con ciò si intende infatti, non solo il ripristino delle condizioni di salute, ma anche la soddisfazione di qualsiasi bisogno dell'uomo o addirittura alla realizzazione di qualsiasi desiderio⁷⁰.

Grazie allo sviluppo tecnologico si è inoltre assistito, una medicina estetica volta a potenziare l'uomo, ad esempio tramite interventi farmacologici e biotecnologici che vengono impiegati su individui sani per fini non terapeutici ma migliorativi.

⁶⁸ F. Marin, *L'agenda della bioetica, problemi e prospettive*, Padova, Il Poligrafo, 2019, pp. 14.

⁶⁹ F. Perrone, C. Gallo, *Le dolenti note. La tossicità finanziaria del paziente oncologico*, Napoli, Il pensiero scientifico editore, 2016, pp. 619.

⁷⁰ F. Marin, *L'agenda della bioetica, problemi e prospettive*, Padova, Il Poligrafo, 2019, pp. 45.

Da ultimo ma non di minore importanza, si deve tenere presente che la salute e di conseguenza la malattia delle persone è influenzata anche dall'immigrazione: la promozione della salute individuale e collettiva non può più ritenersi un progetto confinato all'interno di un singolo Paese; emerge sempre di più l'idea di una "salute senza confini"⁷¹.

Prendere consapevolezza del carattere sempre più globale dei problemi connessi alla salute significa anche ammettere che nella popolazione sono presenti disuguaglianze sociali ed economiche e che queste la influenzano senza ombra di dubbio. Proprio per questo motivo sono sorti dei documenti come, ad esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa sui Diritti dell'Uomo e la Bioetica, denominata Convenzione di Oviedo, che è legalmente vincolante per tutti i Paesi che l'hanno sottoscritta.

Anche se la Convenzione verrà approfondita in seguito, qui merita di essere ricordato l'articolo 1⁷² che prevede per gli Stati firmatari il dovere di garantire il rispetto dell'integrità, dei diritti e delle libertà fondamentali relativamente alle applicazioni della biologia e della medicina.

Di rilevante importanza è anche la disposizione dell'articolo 3⁷³ con la quale si invitano gli Stati a tutelare la salute dei soggetti tenendo conto non solo delle risorse disponibili ma anche delle disuguaglianze esistenti tra gli individui.

1.4 LA VITA COME BENE INDISPONIBILE E LA POSIZIONE GIURIDICO-MORALE DELLA CHIESA CATTOLICA

Sebbene la Costituzione non faccia espressa menzione del diritto alla vita, è pacifico che questo rappresenti la massima espressione e tutela della

⁷¹ F. Marin, *L'agenda della bioetica, Problemi e prospettive*, Padova, Il Poligrafo, 2019, pp. 35.

⁷² «Articolo 1 – Oggetto e finalità

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».

⁷³ «Articolo 3 – Accesso equo alle cure sanitarie

Le Parti prendono, tenuto conto dei bisogni della salute e delle risorse disponibili, le misure appropriate in vista di assicurare, ciascuna nella propria sfera di giurisdizione, un accesso equo a cure della salute di qualità appropriata».

persona umana⁷⁴. Lo si desume dalla lunga lista di diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti nonché dalle tante dichiarazioni emanate a livello sovranazionale.

La vita umana non può essere considerata come un bene negoziabile; quindi, non si può disporre per ottenere in cambio vantaggi di qualsiasi tipo; inoltre, il suo valore non è mai determinato in base allo stato di salute del suo titolare.

Il diritto alla vita si caratterizza dalla: necessarietà, compete a tutte le persone fisiche a partire dalla nascita; imprescrittibilità, il mancato esercizio del diritto non ne determina infatti l'estinzione; l'assolutezza in quanto è un diritto tutelato erga omnes; non patrimonialità, come detto poc'anzi è insuscettibile di valutazione economica ed infine indisponibilità poiché non è rinunciabile⁷⁵.

Quest'ultimo requisito non ha mancato di sollevare polemiche per quanto riguarda le scelte nell'ambito della sua fine. La vita non è considerata unanimemente intangibile⁷⁶. La sua indisponibilità è riferita alla necessità di difendere la singola persona dalle eventuali aggressioni da parte di terzi: questo però non esclude la possibilità per il titolare di disporre liberamente secondo il principio di autodeterminazione⁷⁷. Il suicidio, che è la manifestazione più evidente di un atto di rinuncia alla vita, non è infatti sanzionato in quanto colui che lo commette è il principale danneggiato⁷⁸.

Si potrebbe allora essere portati a pensare che sia legittimo chiedere al sanitario di porre fine alla propria vita per quei soggetti che, considerato lo stato di salute, ritengono non sia decoroso proseguire l'esistenza. La Legge n. 219 del 2017 sebbene abbia regolamentato la possibilità di

⁷⁴ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma, Editori Laterza, 2013, pp. 140.

⁷⁵ M. Rinaldi, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 146.

⁷⁶ G. M. Flick, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?* in *Le decisioni di fine vita*, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n. 26/01/2011.

⁷⁷ G. Cricenti, *Indisponibilità del bene vita e disposizione di sé*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2009, pp. 20017.

⁷⁸ P. Cendon, L. Gaudino, *Colpa vostra se mi uccido. Il suicidio e la responsabilità*, Venezia, 1996, pp. 50.

rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari, non è però intervenuta nel disciplinare le azioni volontarie dirette ad interrompere la vita⁷⁹.

È possibile individuare almeno due diverse correnti di pensiero che sostengono l'indisponibilità della vita e della salute della persona: una più propriamente religiosa, l'altra filosofica.

Quest'ultima ritiene che, «*essendo l'uomo un progetto biologico-naturale o politico-sociale indispensabile per l'esistenza e lo sviluppo della società stessa, la vita umana è indisponibile in ogni sua età di sviluppo a prescindere da qualsiasi condizione e qualità*»⁸⁰.

In conseguenza a ciò comprendiamo come la vita contenga in sé la propria dignità: la morte anticipata e deliberata è vista come una sconfitta non solo per l'uomo ma anche per la società.

I sostenitori di tale pensiero citano come fondamento a ciò Kant, il quale collocava il divieto al suicidio tra i doveri morali dell'uomo nei confronti di sé stesso, classificandolo, non semplicemente come un male morale ma un vero e proprio crimine.

Sebbene all'interno del nostro ordinamento non sia previsto un dovere al recupero della salute, sussiste in capo al singolo un obbligo morale a ciò, al fine di poter tornare al più presto a svolgere le proprie attività nell'interesse della famiglia piuttosto che della società. Il dovere alla salute ha quindi un forte rilievo sociale e questo può essere derogato solo qualora alla base del rifiuto alle cure ci sia un bene supremo. Ad esempio, è giustificata la donna incinta e malata di tumore, la quale rifiuta le cure per salvaguardare la salute del nascituro.

Secondo questa concezione filosofica, legalizzare l'eutanasia innanzitutto non sarebbe rispettoso nei confronti dei medici che, in seguito al giuramento di Ippocrate, hanno il compito di salvare più vite possibili.

Inoltre, si sostiene che potrebbe esserci un abuso di tale diritto soprattutto per quelle persone che si trovano in uno stato di disagio

⁷⁹ M. Rinaldi, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 147.

⁸⁰ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 3.

economico-sociale: queste preferirebbero infatti porre fine alla propria vita per non essere un peso alle famiglie; quindi, potrebbero prendere una decisione non lucida e razionale ma offuscata dalla malattia.

Il timore che ciò accada però non ha nessun tipo di riscontro nei Paesi in cui l'eutanasia è stata legalizzata; viceversa, i dati dimostrano come a ricorrere a tale pratica siano per lo più uomini di età media che non versano affatto nelle condizioni sopra descritte⁸¹.

Da quanto precedentemente affermato, comprendiamo come per i sostenitori di tale visione sia del tutto esclusa la possibilità di includere all'interno del nostro ordinamento un diritto all'eutanasia, qualsiasi ne sia la sua forma.

Una seconda linea di pensiero si è venuta a sviluppare in ambito teologico.

Nel Catechismo della Chiesa l'eutanasia viene definita come moralmente inaccettabile: più volte è stato ribadito come sia considerata il “*dramma dell’etica*” in quanto si pretende di decidere chi può vivere da chi invece deve morire. Ciò comporta la condanna di ogni azione ma anche omissione che «*da sé o intenzionalmente, provoca la morte allo scopo di porre fine al dolore*»⁸².

Sebbene nell’enciclica “*Fides et Ratio*” pubblicata da Papa Giovanni Paolo II nel 1998⁸³, egli sostenesse che per considerare la vita come un bene indisponibile non fosse necessario avere fede ma bastasse solamente affidarsi alla ragione, qui ci si riferisce alla vita come un bene creato da Dio e in quanto tale, sacra.

Tutto ciò risulta in particolare dalla morale cristiana che ha previsto tale divieto anche nel suo quinto comandamento: non uccidere. Questa visione è senz’altro stata influenzata anche da S. Tommaso d’Aquino, il quale riteneva che solamente Dio avesse il potere di donare la vita e la

⁸¹ L. d’Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 16.

⁸² R. Cataldi *et al.*, *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2007, pp. 64.

morte: quindi chi si priva della vita attraverso l'uso dell'eutanasia, pecca contro Dio⁸⁴.

La Chiesa però, a partire dagli anni '50, ha iniziato un radicale cambio di rotta, condannando fermamente l'accanimento terapeutico e insistentemente sostenendo la necessità di lenire il dolore del malato subordinando a ciò anche il prolungamento ad ogni costo della vita. Ha più volte condannato alcune pratiche mediche che portano il soggetto a una condizione penosa di vita.

Il teologo Joseph Fletcher ha inoltre sostenuto che «*prolungare la vita di qualcuno quando essa è diventata inutile, la conoscenza, il dominio di sé, il controllo e la responsabilità, cioè la qualità delle persone, sono sacrificate significa compromettere lo statuto morale di quella persona*»⁸⁵.

La Chiesa ha anche fatto un passo avanti andando a distinguere le azioni volte ad interrompere la vita dall'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose o sproporzionate rispetto ai risultati attesi. Questi ultimi sono infatti considerati legittimi. Quindi, la rinuncia alla terapia da parte del malato o di chi lo rappresenta legalmente nel rispetto dei suoi interessi e della sua volontà, è approvata. La rinuncia all'accanimento terapeutico è infatti vista dalla Chiesa come l'accettazione dell'impossibilità di impedire la morte.

Questa è la posizione della Chiesa cattolica, da tenere ben distinta dalle posizioni delle altre Chiese quali ad esempio quella protestante la quale sostiene invece che Dio ha lasciato all'uomo la responsabilità e la libertà della sua vita, l'individuo ha inoltre la possibilità di decidere il modo e il tempo della sua morte.

2. L'EVOLUZIONE NORMATIVA

Mentre tradizionalmente il corpo veniva concepito come una “*cosa di proprietà*”, grazie allo sviluppo scientifico e medico questo pensiero venne

⁸⁴ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 8.

⁸⁵ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 10.

presto sostituito dal modello identitario, diventando così l'organismo un tutt'uno con l'individuo stesso^{86 87}.

In ambito normativo fu nell'epoca fascista che si gettarono le basi per la tutela della salute: in questo periodo venne infatti redatto il Codice Civile che introdusse nel titolo I, riguardante i diritti personalissimi, l'articolo 5, rubricato: "Atti di disposizione del proprio corpo", secondo il quale: «*Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando sono altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume*».

Comprendiamo la *ratio legis* dell'articolo solo dopo averlo contestualizzato, il regime infatti mirava a non indebolire l'integrità del singolo e di conseguenza della stirpe in quanto l'individuo era concepito come strumento per lo sviluppo dello Stato e della sua economia, inoltre vietava atti di disposizione del corpo a favore di altri.

Tuttora non esiste uniformità di opinioni sul modo di intendere il concetto di atto di disposizione, troviamo almeno due tesi differenti: una restrittiva ed una estensiva.

I sostenitori della tesi restrittiva ritengono che l'atto di disposizione così come enunciato dall'articolo 5 del Codice Civile, si identifichi con qualsiasi atto medico, il quale titolare del diritto autorizzi un terzo a porre in essere comportamenti idonei a invadere la propria sfera intima sotto il profilo dell'integrità psico-fisica, non ha importanza se è allo scopo di avvantaggiare sé stesso o il terzo⁸⁸. Si pensi al trapianto di organi.

I fautori della tesi estensiva sostengono invece che nel concetto di atto di disposizione del proprio corpo rientrerebbero altresì gli atti

⁸⁶ P. Zatti, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, Riv. Dir. Civ., 1995, 1, p. 43.

⁸⁷ U. Veronesi *et all.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperlink e Kupfer, 2008, pp. 5.

⁸⁸ U. Veronesi *et all.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperlink e Kupfer, 2008, pp. 7.

autolesivi, mediante i quali è il titolare del diritto stesso a compiere atti tali da menomare la propria integrità psicofisica⁸⁹.

L'articolo 5 del c.c. enuncia la nozione di integrità fisica intesa come assenza di menomazioni fisiche o con la mancanza di malattie: anche se possiamo affermare che questa definizione, in seguito all'intervento dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, è oggi incompleta.

L'integrità fisica è un diritto personalissimo dell'individuo che si estingue solo con la morte, ma grazie allo sviluppo di tecniche sempre più sofisticate, sono consentiti oggi degli interventi che in passato rientravano nella definizione di menomazione del corpo ed erano pertanto vietati dalla legge, come ad esempio la donazione del rene⁹⁰, di parte del fegato⁹¹, ad attività trasfusionali⁹² etc.

Oltre a vietare atti di disposizione del corpo contrari alla legge, la disposizione pone il divieto altresì per quegli atti che siano contrari all'ordine pubblico e al buon costume: intendendo con ordine pubblico il rispetto di quei principi ritenuti fondamentali dell'ordinamento giuridico, mentre con il concetto di buon costume si fa riferimento a tutti quei parametri etici e morali quali ad esempio l'onestà, il pudore e l'onore che sono estremamente rilevanti all'interno della società in un determinato periodo storico.

In osservazione a ciò, non possiamo non richiamare quanto dichiarato da Vincenzo Salafia, noto giurista italiano che da ultimo ricoprì dal 1994 al 1997 la carica di primo presidente della Corte d'Appello di Milano, il quale

⁸⁹ U. Veronesi *et al.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperlink e Kupfer, 2008, pp. 7.

⁹⁰ L. del 26 giugno 1967, n. 458: «*In deroga al divieto di cui all'articolo 5 del codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi.*

La deroga è consentita ai genitori, ai figli, ai fratelli germani o non germani del paziente che siano maggiorenni, purché siano rispettate le modalità previste dalla seguente legge.

Solo nel caso che il paziente non abbia consanguinei di cui al comma precedente o nessuno di essi sia idoneo o disponibile, la deroga può essere consentita anche per altri parenti o donatori».

⁹¹ L. 16 dicembre 1999, n. 483: «*In deroga al divieto di cui all'articolo 5 del codice civile è ammesso disporre a titolo gratuito di parti del fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi.*

⁹² L. 21 ottobre 2005, n. 219, art. 3 «*sono consentite le donazioni di sangue o di emocomponenti, nonché il prelievo di cellule staminali emopoietiche periferiche, a scopo di infusione per allotrapianto e per autotrapianto, e di cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale, all'interno delle strutture trasfusionali autorizzate dalle regioni.*

sosteneva che la relazione instaurata tra medico e malato poteva essere considerata alla stregua di un rapporto di prestazione d'opera professionale sanitaria.

Secondo Salafia⁹³, attualmente la norma fondamentale alla base dell'ordinamento giuridico è l'onestà: questa prescrive l'utilizzo della buona fede sia nel momento delle trattative che in quello dell'esecuzione del contratto. Ciò sta a significare che le parti si devono reciprocamente scambiare le informazioni necessarie per poter valutare la convenienza dell'accordo.

Si tratterebbe quindi di un obbligo di informazione: il soggetto più informato deve informare l'altro, altrimenti il suo silenzio viene interpretato come dolo nella formazione del libero consenso e porta quindi all'annullamento del contratto⁹⁴. Per assolvere con successo a questo dovere di buona fede, l'informazione deve essere semplice, sintetica, intellegibile e leale.

Sebbene l'articolo 5 del Codice Civile sia stato elevato come legge generale del nostro ordinamento giuridico, non dobbiamo tralasciare come, soprattutto prima dell'entrata in vigore della Costituzione, abbia anche creato una sorta di ostacolo nella realizzazione di alcuni interventi medici particolari ed estremamente delicati, giustificandone il rifiuto sostenendo che questi confliggevano con il diritto di tutela alla salute. Si pensi ad esempio agli interventi di chirurgia estetica o di mutamento del sesso. Solo successivamente, grazie ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, questi atti di disposizione del proprio corpo, che non sono indispensabili ai fini dell'inezienza e della sanità dell'organismo, ma sono necessari per la piena attuazione del benessere psichico e sociale dell'individuo sono stati considerati legittimi⁹⁵.

⁹³ V. Salafia, *I lavori delle sezioni, aspetti giuridici, nella verità per il malato, il consenso informato, aspetti giuridici, etici e medici*, Ancona, Nuove Ricerche, 1997, pp.100.

⁹⁴ V. Salafia, *I lavori delle sezioni, aspetti giuridici, nella verità per il malato, il consenso informato, aspetti giuridici, etici e medici*, Ancona, Nuove Ricerche, 1997, pp.107.

⁹⁵ U. Veronesi *et all.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperlink e Kupfer, 2008, pp. 9.

Un passaggio significativo per l'affermazione del diritto alla salute si ebbe il 21 aprile del 1947, quando l'Assemblea Costituente dovette discutere sull'allora articolo 26 che poi divenne l'attuale articolo 32.

L'Assemblea voleva porre il limite per la disposizione del proprio corpo nella dignità umana. Con questo i redattori si riferivano *«soprattutto a quelle orrende pratiche di sterilizzazione obbligatoria, che la Germania ha imposto particolarmente agli ebrei e che noi volevamo proibire per sempre nel nostro Paese come una mostruosità»*⁹⁶.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, si iniziò a parlare di libertà di decidere per quanto riguarda tutto ciò che incide sul proprio corpo, sebbene questa indipendenza trovasse dei limiti previsti da altri valori costituzionali. Al contempo, si stabilì il diritto a non subire atti o interventi sul proprio organismo ad opera di altri soggetti senza che fosse prestato il consenso.

Per quanto riguarda la Costituzione, la disposizione cardine in materia di salute è l'articolo 32, il quale si occupa di salute a tutto campo, dalla prevenzione alla formazione e all'educazione sanitaria, alla cura e all'assistenza.

L'articolo enuncia: *«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a 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»*.

Nell'approvazione di detto articolo vennero interpellati anche alcuni medici, tra cui merita di essere ricordato Aldo Spallicci⁹⁷: il quale tenne un discorso ampio e provocatorio nel quale interrogava l'Assemblea Costituente se il diritto alla salute dovesse essere limitato solo ad alcune

⁹⁶ <https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/09/12/quando-allassemblea-costituente-la-parola-tocco-ai-medici/>

⁹⁷ Aldo Spallicci del Partito Repubblicano Italiano, medico, membro del Gruppo medico parlamentare composto di rappresentanti di tutti i partiti.

fasce o spettasse alla totalità della popolazione e in quest'ultima ipotesi, come attuarlo⁹⁸.

Secondo Spallicci per definire uno stato civile non potevano mancare al suo interno istituti di assistenza sociale quali l'invalidità e la vecchiaia nonché la tutela del diritto alla salute.

Proprio per cercare di far riflettere profondamente l'Assemblea e di persuaderla a prestare particolare attenzione a tale diritto, il medico portò due esempi contrastanti fra loro: il primo riguardava Socrate il quale, nei suoi scritti: «*metteva al bando i più cagionevoli e avrebbe voluto che tutti i medici avessero in precedenza sofferto tutte le malattie per comprendere al meglio il paziente*»⁹⁹ e il secondo, i nazisti che invece eliminarono con forni crematori e gas tutti coloro che erano considerati “*inutili*”, quali invalidi cronici e gli indesiderabili.

Nell'Assemblea Costituente fu proprio Aldo Moro a precisare, a riguardo dell'articolo 32, che si trattava di un problema di libertà individuale che non poteva essere che garantito dalla Costituzione¹⁰⁰.

⁹⁸ «*Onorevoli colleghi, dopo che eminenti rappresentanti del diritto, emeriti insegnanti e illustri docenti universitari hanno parlato lungamente, sia concesso anche ai medici, cui non fu dato entrare nelle Sottocommissioni, dire una loro parola.*

Il dovere sociale incombe su di noi e ci detta nuovi compiti nella vita civile. Per comune accezione, tutti sanno che lo Stato è tenuto a provvedere nei casi di epidemia alla difesa dei cittadini. Provvedere contro assalti violenti o insidiosi, contro l'infezione malarica, ad esempio, che è tornata di triste attualità in Sardegna e nella media e nella bassa valle del Liri, nei pressi di Cassino, dove il provvidenziale, ma costoso D.D.T. riesce a risanare l'ambiente.

Un nuovo vangelo di bontà noi dovremmo predicare alla gente. Dovremmo fare in modo che non sia solo lo Stato a provvedere. Non è soltanto con l'elevare di tono economico la famiglia che noi potremmo ridonare vita al fervore e alla solidarietà degli affetti. Abbiamo bisogno che questo edonismo imperante sia sostituito da una forza morale. Certe forme esteriori di religiosismo interiore rappresentano degli alibi a un egoismo interiore, perché, per la grande maggioranza del popolo, le religioni vivono di rendita di un grande capitale spirituale dei fondatori e degli apostoli. La “pietà che l'uomo all'uom più deve” e per tutti: una salus publica, che deve essere suprema lex; salus che non sia soltanto nel senso politico, ma anche effettiva. Questo grande compito sociale non ci trova divisi, ma tutti riuniti nella difesa della Repubblica che coincide colla difesa dell'umanità. Se noi abbiamo ammesso che tutti i cittadini, che tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge, dobbiamo anche affermare che tutti gli uomini sono uguali di fronte alla morte, ma dovremmo fare diseguali gli uomini in questo senso: faremo più provvidi e resistenti alle malattie quelli che seguiranno queste regole, questi principi, e quelli che sentiranno che non è soltanto lo Stato che deve tutelare, ma anche i cittadini stessi, che hanno un dovere da compiere ed un impegno che non possono tradire».

⁹⁹ <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm?art032-011.htm&2>

¹⁰⁰ A. Moro, Commissione per la Costituzione, seduta del 28 gennaio 1947.

Moro spiega le ragioni che lo hanno indotto a presentare, unitamente all'onorevole Rossi. Si tratta di un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione, quello cioè di affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie,

Con tale disposizione, viene inoltre in essere il dovere nei confronti dello Stato di disporre gli strumenti per la tutela della salute degli individui e in attuazione a ciò venne creato, con la legge n. 833 del 1978, il Servizio Sanitario Nazionale basato sui principi di universalità, uguaglianza e equità¹⁰¹.

Un ulteriore importantissimo passo avanti si verificò nel 1982 quando venne approvata la legge n. 164, la quale prevedeva la possibilità per il Tribunale di autorizzare con sentenza gli interventi medico-chirurgici necessari per adeguare i caratteri sessuali¹⁰².

Questa legge oltre a reinterpretare l'articolo 5 del Codice Civile in seguito all'intervento dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, ci consente di capire come l'uomo venga ora concepito come un tutt'uno

se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l'intervento della legge.

Importante è anche l'altra parte dell'emendamento. Non soltanto ci si riferisce alla legge per determinare che i cittadini non possono essere assoggettati altrimenti a pratiche sanitarie, ma si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana. Si tratta, prevalentemente, del problema della sterilizzazione e di altri problemi accessori.

L'esperienza storica recente dimostra l'opportunità che nella Costituzione italiana sia sancito un simile principio, ed egli insiste pertanto perché gli emendamenti proposti siano accettati, salvo ad apportarvi modificazioni formali. Modifica subito la prima parte del suo emendamento nei seguenti termini: «Nessun trattamento sanitario obbligatorio può essere stabilito, se non per legge».

Anche in questo caso delle pratiche sanitarie si può ritenere necessaria la garanzia costituzionale che soltanto per legge esse possano venire imposte ai cittadini. Quanto alla seconda parte, non si vuole escludere il consenso del singolo a determinate pratiche sanitarie che si rendessero necessarie in seguito alle sue condizioni di salute; si vuol soltanto vietare che la legge, per considerazioni di carattere generale e di male intesa tutela degli interessi collettivi, disponga un trattamento del genere. I casi invece di carattere generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana.

Per essere più chiaro, è disposto a modificare il suo emendamento, onde evitare che il divieto sia esteso anche ai singoli, dicendo invece:

«La legge non può imporre pratiche sanitarie lesive della dignità umana».

¹⁰¹ *«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività, comunque, incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge».*

Legge n. 833 del 23 dicembre 1978, pp. 1.

¹⁰² Legge n.164 del 19 aprile 1982.

di corpo e spirito al quale si riconosce il principio di autodeterminazione. Anche nella disposizione del corpo deve essere lasciato libero di usufruire del suo diritto di libertà personale in quanto valore inviolabile e costituzionalmente previsto.

L'articolo 32 si compone di un secondo comma altresì molto importante¹⁰³, con cui si è voluto specificare che i trattamenti sanitari devono essere volontari e le cure possono essere obbligatorie solo se sono necessarie a soddisfare un altro principio costituzionale; deve inoltre esserci l'interesse reale e concreto della collettività, ma anche qualora questo ci fosse, la legge impone in ogni caso il limite del rispetto della dignità della persona.

In altre parole, anche se ad un soggetto viene imposto un trattamento sanitario, non deve essere violata in nessun modo il rispetto della sua persona¹⁰⁴.

Tale formula fa riferimento al singolo individuo: ciò non concerne unicamente la sua integrità fisica, ma anche, ad esempio, al rispetto delle sue convinzioni etiche, scientifiche, religiose ecc.

L'articolo 32 della Costituzione non ha mancato di sollevare difficoltà all'interprete, in quanto accanto alla definizione piuttosto dettagliata del diritto alla salute, prevede anche una sorta di dovere dell'individuo a ciò. Si sono diffusi quindi due opposti orientamenti interpretativi: secondo una parte di studiosi, la disposizione infatti dichiara essere degna di protezione non solo la salute individuale, ma anche quella collettiva e proprio per questo sono stati previsti trattamenti sanitari obbligatori¹⁰⁵.

Esiste, quindi, un dovere generalizzato alla salute, ma questo si tramuta in obbligo qualora lo stato di malattia del singolo possa compromettere il benessere di terzi o della collettività.

¹⁰³ «Nessuno può essere obbligato a 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». Articolo 32 comma 2 Costituzione.

¹⁰⁴ <https://edizioni.simone.it/2023/04/15/articolo-32-della-costituzione-una-spiegazione-semplce/>

¹⁰⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 1992, pp. 29.

Un secondo orientamento ritiene invece che dall'articolo 32 non possa dedursi un dovere alla salute: il legislatore in altre numerose disposizioni non si è fatto scrupoli ad utilizzare espressamente il termine "dovere", quindi, qui non essendoci nessun richiamo a ciò, non può configurarsi la volontà del legislatore in tal senso.

La norma, stabilendo in via generale che nessuno può essere sottoposto ad un determinato trattamento sanitario, a ben vedere non fa nessuna distinzione tra trattamenti salvavita o meno, e neppure si rivolge alle sole terapie: con ciò, quindi, dobbiamo intendere pratiche sanitarie in senso ampio.

Il legislatore inoltre non differenzia neanche il caso in cui ci siano dei soggetti capaci, ma che attualmente non possono prestare il consenso, dalla situazione in cui ci siano individui incapaci e che non abbiano mai espresso precedentemente le loro convinzioni.

Possiamo dichiarare che la disposizione si riferisce quindi solamente alla volontà espressa dal soggetto capace, che esprime i suoi convincimenti per l'eventualità che nel futuro non sia più in grado di farlo¹⁰⁶.

Già nel 2011 inoltre, si inizia a sentire la necessità che il legislatore intervenga per disciplinare le dichiarazioni anticipate di trattamento proprio per evitare equivoci dovuti a quanto precedentemente affermato. Lo scopo sarebbe quello di consentire al soggetto di pianificare anticipatamente le proprie cure, quale logica estensione del diritto garantito dall'articolo 32.

Non possiamo non sottolineare però, che la Costituzione ammette un'eccezione alla libertà del singolo di rifiutare i trattamenti sanitari: questo si verifica quando il suo diritto entra in contrasto con quello della collettività¹⁰⁷. Il trattamento sanitario può dunque essere imposto qualora sia in gioco attualmente, concretamente e direttamente l'interesse

¹⁰⁶ *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali* di P. Veronesi, in D. Carusi, S. Castignone, G. Ferrando, *Rifiuto di cure e direttive anticipate, diritto vigente e prospettive di regolamento*, atti del Convegno di Genova del 23 maggio 2011, Torino, Giappichelli Editore, 2012, pp. 58.

¹⁰⁷ L'Assemblea Costituente ha conferito carattere del tutto eccezionale a tale istituto e, allo scopo di circoscriverne e rafforzare l'eccezionalità, ha sancito in proposito una riserva di legge rinforzata. Il carattere rinforzato della riserva di legge deriva dalla circostanza che è stato previsto anche un limite di contenuto: la legge, nel prevedere il TSO deve sempre assicurare il rispetto della dignità umana, l'ordinamento infatti, non può strumentalizzare l'individuo in vista di interessi pubblici.

collettivo¹⁰⁸: sarà quindi legittimo quel provvedimento limitativo della libertà individuale, anche se in contrasto con la volontà del malato, con lo scopo di contenere la diffusione di malattie contagiose o anche, ad esempio, l'imposizione di vaccinazioni obbligatorie¹⁰⁹. Queste ultime sono state previste al fine di tutelare la salute pubblica da possibili epidemie: il fine ultimo di questa legislazione ha quindi giustificato il sacrificio del diritto all'autodeterminazione individuale.

La limitazione della libertà individuale e la sottoposizione a determinati trattamenti sanitari obbligatori devono trovare come giustificazione la tutela dell'interesse collettivo nonché l'interesse del soggetto che sarà sottoposto a ciò, comportando l'adempimento da parte del singolo del dovere inderogabile di solidarietà richiamato dall'articolo 2 della Costituzione stessa. Solo la concreta tutela della collettività può portare a quanto appena affermato; quindi, non si può addurre come giustificazione al trattamento sanitario senza consenso dell'individuo, ad esempio la volontà della maggioranza piuttosto che le proprie convinzioni religiose.

L'articolo 32 è strettamente connesso con la disposizione dell'articolo 13: il primo, infatti, garantisce la libertà di sottoporsi ai trattamenti sanitari, mentre il secondo prevede in generale la libertà personale come diritto inviolabile¹¹⁰.

¹⁰⁸ U. Veronesi *et all.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperling e Kupfer, 2008, pp. 143.

¹⁰⁹ Legge n. 891 del 6 giugno 1939 con la previsione dell'obbligatorietà della vaccinazione antidifterica; Legge n. 292 del 5 marzo 1963 che ha sancito l'obbligatorietà della vaccinazione antitetanica; Legge n. 51 del 4 febbraio 1966 che ha stabilito l'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica ed infine Legge n. 165 del 27 maggio 1991 che ha previsto l'obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite B.

¹¹⁰ «Nel corso di un procedimento in cui la ricorrente, che aveva subito un intervento chirurgico, affermava di aver patito gravi danni fisici in conseguenza della colposa condotta dei sanitari e, prospettando un'eventuale azione risarcitoria, chiedeva accertamento tecnico sul proprio stato di salute, il Presidente del Tribunale di Catania, con ordinanza del 13 marzo 1990, ha sollevato, in riferimento all'art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 696, primo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevede che l'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale possano avere ad oggetto la persona. Se tale diritto del soggetto all'accertamento di un proprio stato fisico, ai fini della corretta ed utile realizzazione della domanda di risarcimento, fosse misconosciuto, ne deriverebbe limitazione all'esercizio dell'onus probandi tale da ledere il diritto di azione di cui all'art. 24, primo comma, della Costituzione.

Da ultimo, ma non di minore importanza, dobbiamo menzionare l'articolo 4 della Costituzione, secondo il quale ogni cittadino ha il dovere di svolgere un'attività economica o comunque che comporti progresso materiale o spirituale della società; questo può verificarsi solo se i soggetti sono in ottime condizioni di salute.

L'idea di salute come interesse pubblico sostenuta in epoca fascista ha quindi lasciato il posto ad una concezione soggettiva e di libertà nella scelta da parte del singolo individuo che può autodeterminarsi e decidere come disporre del proprio corpo: il diritto alla salute può dirsi rispettato solamente quando il paziente è portato a scelte rese consapevoli grazie ad un'informazione adeguata ed esauriente, corretta e chiara.

Sebbene la Costituzione sia entrata in vigore nel 1948, le prime normative in materia di tutela alla salute che hanno quindi dato attuazione al precetto costituzionale, si sono registrate solo negli anni '70.

È del 1970 infatti, la legge n. 300, nota anche come lo Statuto dei lavoratori, la quale all'articolo 9¹¹¹ conferisce alle rappresentanze dei lavoratori potere di controllo dell'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali. È inoltre prevista

Questa valutazione è altresì adeguata al valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, primo comma, della Costituzione, come < libertà>, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. La previsione di atti coercitivi di ispezione personale di cui all'art. 13, secondo comma, della Costituzione, 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. Tale precetto costituzionale, proprio perché pone limiti all'esecuzione di misure concernenti l'ispezione personale, 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, secondo comma. Deve pertanto dichiararsi l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata nella parte in cui non consente ad un soggetto di ottenere che sia disposto accertamento tecnico od ispezione giudiziale sulla propria persona».

Sentenza Corte Costituzionale n. 471, 22 ottobre 1990.

¹¹¹ «I lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica».

la promozione di tutto quanto sia necessario per la tutela della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori in ambito giuslavoristico.

Negli anni immediatamente successivi, vengono inoltre attuati degli aiuti relativi all'assistenza per i non abbienti, all'assistenza ospedaliera nelle carceri, alla creazione di consultori famigliari¹¹².

La tutela della salute e il consenso ai trattamenti sanitari sono inoltre disciplinati anche in altri documenti di fondamentale importanza come ad esempio nell'atto sul consenso informato del Comitato Nazionale per la Bioetica del 1992, nel quale si evince che l'obiettivo di un'informazione chiara e corretta non è volta a colmare la differenza di conoscenze tecniche tra medico e paziente, ma a porre il paziente nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e quindi al formarsi di una volontà che sia effettivamente il risultato di una scelta consapevole.

Un altro documento considerevole è la Convenzione sui Diritti dell'Uomo e sulla Biomedica di Oviedo del 4 aprile 1997 che è stata ratificata in Italia con la Legge n. 145 del 28 marzo 2001. Quest'ultima prevede all'articolo 5 che qualsiasi intervento nel campo della salute del singolo, non può essere eseguito se non dopo che la persona interessata abbia dato il suo consenso libero e informato.

2.1 INFORMAZIONE E CONSENSO NELL'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA DEONTOLOGICA

A partire dal XIX secolo l'uomo ha sentito la necessità di fondare una deontologia medica quindi di estrapolare dei principi etici nell'esercizio della medicina. Soprattutto in seguito alla Rivoluzione francese si iniziò a ridefinire il ruolo del medico, non solo nell'esercizio della sua professione, ma anche all'interno della società.

Iniziarono a susseguirsi una serie di trattati e galatei medici, i quali hanno il merito di essere i precursori degli attuali Codici di Deontologia Medica. Attraverso ciò gli autori si proponevano di raggiungere diversi obiettivi: alcuni codici avevano una funzione apologetico-propagandista,

¹¹² G. Toscano, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pp. 4.

mentre altri erano volti a rendere maggiormente consapevole i medici dell'importanza di svolgere correttamente e scrupolosamente la loro professione, miravano a sottolineare la loro importanza sociale e fornire una coscienza di classe; altri ancora avevano una funzione polemica contro il ciarlatanismo medico.

Sappiamo infatti che tra il Settecento e l'Ottocento il medico era visto con sospetto ed ostilità, con questi scritti si voleva invece ristabilire fiducia nella relazione medico-paziente, ma non solo, si mirava anche ad ottenere una legittimazione da parte dello Stato. Le prime opere con funzione deontologica agli albori erano scritti che illustravano le norme principali del *bon ton* alle quali i medici si sarebbero dovuti attenere¹¹³.

Detto ciò, cosa sono i Codici di Deontologia Medica? Possiamo definirli come un *corpus* normativo extragiuridico, che rappresenta una sorta di guida comportamentale in cui confluiscono principi etici, norme morali, regole di comportamento che il medico deve osservare nell'esercizio delle sue funzioni. Queste norme alcune volte sono vincolanti, prevedendo addirittura delle sanzioni disciplinari per coloro i quali non le osservano, mentre in altri casi sono delle semplici raccomandazioni che indirizzano il medico a tenere un determinato comportamento piuttosto che un altro.

Il primo documento che ci è rinvenuto è il Codice di Etica e di Deontologia dell'Ordine dei Medici della provincia di Sassari del 1903 dove all'articolo 3 troviamo «*Quando il medico rilevi gravi condizioni in un ammalato che ha in cura, deve avvisarne, nei debiti modi, la famiglia o chi ne fa le veci, perché possa prenderne quei provvedimenti che sono del caso*». Di estrema importanza è anche l'articolo successivo il quale prevede il dovere del medico di astenersi dal compimento di qualsiasi tipologia di atto medico se prima non ha ottenuto il consenso del malato o di chi ne fa le veci nel caso dei soggetti minori o incapaci¹¹⁴.

¹¹³ G. La Monaca *et al*, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 98.

¹¹⁴ «*il medico non intraprenderà alcun atto operativo senza avere prima ottenuto il consenso dell'ammalato o delle persone dalle quali questo dipende, se minorenne o civilmente incapace. Certi casi di urgenza autorizzano, però, a derogare da questa regola. Ma nelle contingenze gravi domanderà, potendolo, il consenso di un collega che assuma una parte di responsabilità; ciò farà*

Nel 1937, su iniziativa dell'Ordine dei Medici di Torino, si procedette ad unificare i singoli codici che erano sorti nelle diverse parti d'Italia e nel 1948 il Consiglio dell'Ordine di Torino, dopo aver aggiornato alcuni articoli del precedente codice, si occupò anche della sua pubblicazione per far sì che arrivasse a più medici possibili.

Qui merita di essere ricordato l'articolo 52 il quale prevedeva la legittima possibilità di tenere nascosta al malato una prognosi infausta, invece, la famiglia doveva sempre essere informata per garantire anche eventualmente l'assistenza religiosa¹¹⁵. L'articolo 55 stabiliva il dovere del medico di raccogliere il consenso del malato prima di procedere alle operazioni ritenute necessarie; curioso è il richiamo a documentare per iscritto il mancato consenso alle operazioni mediche ritenute indispensabili per la vita, segno che già all'epoca erano iniziate le prime contestazioni giudiziarie¹¹⁶.

L'importanza assunta dal consenso informato è testimoniata anche dall'evoluzione della normativa deontologica sul tema.

Nel codice deontologico del 1978 e nella successiva versione del 1989, era attribuita un'importanza marginale al consenso informato. L'articolo 39 del codice del 1978 prevedeva il divieto del medico di agire senza il consenso del malato, ma, con riferimento ai soli atti comportanti un rischio per il paziente. L'articolo recitava *«Il medico non deve intraprendere alcun atto medico che comporti un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato o delle persone da cui questo è rappresentato se*

specialmente quando si tratti di procurare l'aborto a scopo terapeutico». Art 4 Codice di Etica e di Deontologia dell'Ordine dei Medici della provincia di Sassari, così come in *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, G. La Monaca et al, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 103.

¹¹⁵ *«Una prognosi grave può legittimamente essere tenuta nascosta al malato, ma non alla famiglia che, in caso di pericolo di vita, deve essere tempestivamente avvertita, anche ai fini dell'eventuale assistenza religiosa»*. Art. 52 Codice Deontologico dell'Ordine di Torino del 1948.

¹¹⁶ *«Il medico non deve intraprendere alcun atto operativo senza il consenso dell'ammalato, o delle persone dalle quali dipende se minorenne o civilmente incapace, salvo i casi di assoluta impossibilità ed urgenza. In caso di mancato consenso, se l'intervento è ritenuto indispensabile, egli chiederà possibilmente un consulto, comunque dichiarazione scritta che comprovi il rifiuto»*. Art. 55 Codice Deontologico dell'Ordine di Torino del 1948.

minorenne o incapace, salvo che lo stato di necessità e sempre che il paziente non sia in grado di dare un valido consenso»¹¹⁷.

Successivamente, nel codice del 1989, all'articolo 40, affermando che *«Il medico non può intraprendere alcuna attività diagnostica terapeutica senza valido consenso del paziente»*, si prevedeva la possibilità di un consenso implicito al trattamento sanitario, in quanto ritenuto parte integrante del rapporto di fiducia tra medico e paziente; invece si richiedeva che il consenso fosse consapevole ed esplicito solo quando l'atto medico poteva comportare dei rischi o delle diminuzioni permanenti dell'integrità fisica.

Inoltre, all'articolo 30 del codice del 1978 e 39 del codice del 1989, si consentiva di non rivelare al malato una prognosi infausta o comunque grave¹¹⁸.

C'è un netto cambio di rotta con il Codice deontologico del 1995 e la successiva versione del 1998. Qui il consenso informato assumeva un ruolo centrale nel rapporto medico-paziente, tanto da contenere un apposito capo, il IV, intitolato *“Informazione e consenso”*.

All'articolo 32 si stabiliva che *«Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso 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 inequivoca della volontà della persona, è integrativa e non sostitutiva del processo informativo di cui all'articolo 30»*.

¹¹⁷ Articolo 39 del Codice deontologico del 1978 come in *Il consenso informato, le basi e la pratica*, di E. Grassini, R. Pacifico, Torino, Seed, 2008, pp. 73.

¹¹⁸ *«Una prognosi grave o infausta può essere nascosta al malato ma non alla famiglia»* articolo 30 del Codice Deontologico del 1978.

«Il medico potrà valutare, segnatamente in rapporto con la reattività del paziente, l'opportunità di non rivelare al malato o di attenuare una prognosi grave o infausta, nel qual caso questa dovrà essere comunicata ai congiunti» articolo 39 Codice Deontologico del 1989.

L'articolo 30 evidenziava come il consenso dovesse essere preceduto da una specifica informazione su quanto forma oggetto dell'attività che deve essere prestata dal medico al paziente¹¹⁹.

Anche nel codice del 1998, all'articolo 13 era presente un richiamo all'esigenza di acquisire il consenso, ma, solamente relativamente alle pratiche non convenzionali. La disposizione, infatti, affermava che *«qualsiasi terapia non convenzionale non deve sottrarre il cittadino a specifici trattamenti di comprovata efficacia e richiede l'acquisizione del consenso»*.

Nell'articolo 32 invece era presente un generale rinvio ai *«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 sull'integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona»*.

In altri articoli invece era richiesto specificamente il consenso in forma scritta per poterlo considerare valido, come ad esempio l'articolo 12¹²⁰ trattava il consenso alla terapia ed affermava che innanzitutto

¹¹⁹ L'articolo 30 prevede: *«Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostiche-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate; il medico, nell'informarlo, dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta»*. Articolo 30 del Codice Deontologico come in *Il consenso informato, le basi e la pratica*, E. Grassini, R. Pacifico, Torino, Seed, 2008, pp. 74.

¹²⁰ *«Art. 12 Prescrizione e trattamento terapeutico*

La prescrizione di un accertamento diagnostico e/o di una terapia impegna la responsabilità professionale ed etica del medico e non può che far seguito a una diagnosi circostanziata o, quantomeno, a un fondato sospetto diagnostico. Su tale presupposto al medico è riconosciuta autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico, anche in regime di ricovero, fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso. Le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche anche al fine dell'uso appropriato delle risorse, sempre perseguendo il beneficio del paziente.

Il medico è tenuto a una adeguata conoscenza della natura e degli effetti dei farmaci, delle loro indicazioni, controindicazioni, interazioni e delle prevedibili reazioni individuali, nonché delle caratteristiche di impiego dei mezzi diagnostici e terapeutici e deve adeguare, nell'interesse del paziente, le sue decisioni ai dati scientifici accreditati e alle evidenze metodologicamente fondate. Sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico- scientifica, nonché di terapie segrete. In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili.

bisognava informare in maniera dettagliata il paziente, in secondo luogo il medico doveva acquisire il consenso in forma scritta. Si dichiarava inoltre che il medico si assumeva la responsabilità della cura ed era tenuto a monitorare gli effetti¹²¹.

In ugual modo l'articolo 46 del Codice che disciplinava la ricerca biomedica e la sperimentazione sull'uomo, prevedeva la subordinazione al consenso del soggetto in esperimento, che «*deve essere espresso per iscritto, liberamente e consapevolmente, previa specifica informazione sugli obiettivi, sui metodi, sui benefici previsti, nonché sui rischi potenziali e sui diritti del soggetto stesso di ritirarsi in qualsiasi momento dalla sperimentazione*».

Con il Codice Deontologico del 16 dicembre del 2006 l'evoluzione normativa del consenso informato appare ancora più evidente. Qui, infatti, troviamo il capo IV dedicato solo ed esclusivamente all' "*Informazione e consenso*", dove vi sono svariati articoli nei quali viene sottolineata l'importanza dell'obbligo di informazione del paziente ma anche delle modalità per l'acquisizione del consenso stesso. Merita di essere ricordato in particolare l'articolo 33¹²² che in realtà è rimasto identico all'articolo 30 del codice precedente. Invece, l'articolo 34 del vecchio codice è stato

La prescrizione di farmaci, per indicazioni non previste dalla scheda tecnica o non ancora autorizzate al commercio, è consentita purché la loro efficacia e tollerabilità sia scientificamente documentata.

In tali casi, acquisito il consenso scritto del paziente debitamente informato, il medico si assume la responsabilità della cura ed è tenuto a monitorarne gli effetti. È obbligo del medico segnalare tempestivamente alle autorità competenti, le reazioni avverse eventualmente comparse durante un trattamento terapeutico».

¹²¹ E. Grassini, R. Pacifico, *Il consenso informato, le basi e la pratica*, Torino, Seed, 2008, pp. 75.

¹²² «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 diagnostiche 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 diagnostiche 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».

sostituito dall'articolo 38¹²³ dove è stato inserito che nel caso in cui il paziente non sia in grado di esprimere la propria volontà, il medico deve tenere conto nelle scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso soggetto in maniera certa e documentata.

All'articolo 35 che è invece il corrispondente dell'articolo 32 del codice deontologico del 2004, è stato aggiunto un nuovo comma, il quale stabilisce che *«il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente»*. La Legge richiede che la volontà sia stata precedentemente manifestata e documentata. Non è più sufficiente quanto previsto, quindi, che la volontà sia solamente inequivoca.

In merito alle terapie non convenzionali il codice del 2006 prevede accanto alla necessità di acquisire il consenso, l'obbligo di una *“circostanziata informazione”*, la quale richiama il medico ad una più attenta valutazione delle condizioni di salute del malato e delle scelte terapeutiche.

Possiamo concludere affermando che il codice del 2006 ha assolutamente superato il concetto di consenso implicito al trattamento sanitario previsto nel 1989. Va inoltre evidenziata come la volontà del paziente debba essere opportunamente documentata. L'attività medica non può più prescindere la corretta e completa informazione del paziente e la sua acquisizione del consenso. Quest'ultimo è condizione di liceità del trattamento sanitario mentre la preventiva informazione ne è condizione di validità¹²⁴.

¹²³ *«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»*.

¹²⁴ E. Grassini, R. Pacifico, *Il consenso informato, le basi e la pratica*, Torino, Seed, 2008, pp. 77.

L'Unione Europea ha ritenuto opportuno dettare delle linee guida affinché tutti i Paesi membri risolvano la problematica sull'informazione e il consenso in egual maniera. Queste linee guida sono denominate "*Principi di etica medica europea*". Merita di essere ricordata l'importanza che il Codice Deontologico di Portogallo, Francia e Olanda attribuiscono ai soggetti minorenni o incapaci: questi, infatti, sono ritenuti in grado di dare un valido consenso se in possesso di una sufficiente capacità di discernimento.

2.2 EUTANASIA E TESTAMENTO BIOLOGICO IN EUROPA E NEL MONDO

Il Consiglio d'Europa già nel 1976 si occupò di differenziare l'eutanasia in "attiva" con la quale ci si riferiva ad un atto che ha l'effetto di abbreviare o di mettere fine alla vita, da quella "passiva" che consiste invece nell'astenersi da ogni azione che potrebbe prolungare la vita.

In Olanda dal 1° aprile 2002¹²⁵, un paziente può esprimere attraverso un testamento biologico, le condizioni riguardo alle quali vuole gli sia applicata l'eutanasia.

In Svizzera la popolazione è stata chiamata alle urne e sottoposta ad un referendum per decidere se rendere legale o meno l'eutanasia: il risultato fu che venne approvata con una larga maggioranza di voti a favore. Hanno iniziato quindi a sorgere numerose organizzazioni private presso le quali è possibile depositare le proprie volontà come, per esempio, quella di sospendere ogni cura nel caso in cui il soggetto venga a trovarsi in terminali o gravi condizioni di salute tali da non consentire di esprimere la volontà in quel preciso momento. Sappiamo bene come in Svizzera sia tuttora possibile il suicidio assistito, anche questo praticato da associazioni private.

Mentre in Austria la legge sull'eutanasia è stata abrogata nel 1977, in Belgio è entrata in vigore nel 2002¹²⁶.

¹²⁵ Legge numero 137 del 10 aprile 2001.

¹²⁶ Legge 28 maggio 2002.

Con la legge n. 41 del 14 novembre 2002, anche la Spagna sceglie di regolare il *testamento vital*¹²⁷; il consenso informato era già stato disciplinato nella *Ley General de Sanidad*. Le instrucciones previas non possono prevedere casi di eutanasia attiva, ovvero di procurare la morte di una persona su richiesta della stessa, in quanto questa è penalmente condannata¹²⁸.

Nel Regno Unito l'interruzione delle cure a certe condizioni è autorizzata dal 2002¹²⁹.

In Germania dal settembre del 2009 una persona maggiorenne può lasciare per iscritto le proprie volontà circa determinati e futuri trattamenti diagnostici, terapeutici o chirurgici. Può inoltre nominare un tutore per assicurarsi che i medici rispettino le sue volontà. In mancanza di disposizioni scritte o di previsioni non conformi alla sua reale situazione di salute, si consente al tutore, in sinergia con i familiari e i medici, di decidere in base alla volontà presunta del soggetto: egli può quindi dare o negare il consenso per uno dei trattamenti sanitari. Il legislatore ha inoltre stabilito che tale presunzione può derivare anche da affermazioni, a voce o scritte, fatte in precedenza dall'assistito, i suoi convincimenti etici o religiosi ed eventuali altri valori di riferimento¹³⁰.

Tra le legislazioni più permissive troviamo i Paesi Bassi che consentono il suicidio assistito anche ai minori di 12 anni¹³¹; anche il Belgio

¹²⁷ «Una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que ilegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre ilos cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez ilegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los organos del mismo. El otorgante del documento puede designar, ademas, un representante para que, ilegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». Articolo 11, legge n. 41 del 14 novembre 2002.

¹²⁸ Articolo n. 143, comma 3, Codice penale spagnolo.

¹²⁹ «Il diritto inglese riconosce in capo a qualunque soggetto adulto il diritto di rifiutare o interrompere una terapia salva-vita. il rispetto della libertà d'autodeterminazione impone, infatti, d'assecondare la scelta del paziente anche se irragionevole; qualora, invece, l'interessato non sia in grado d'esprimere il proprio volere e non l'abbia manifestato anticipatamente, occorrerà accertare se la somministrazione del trattamento sia conforme al best interest del soggetto. In caso negativo, purchè non vi sia disaccordo in riferimento a quanto detto, il supporto vitale può essere interrotto anche senza ricorrere all'intervento del giudice». House of Lords, caso Airedale NHS Trust vs Bland, 1993.

¹³⁰ P. Zatti, *Le disposizioni del paziente: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2009, pp. 313.

¹³¹ Legge numero 136 del 10 aprile 2001.

nel 2014 ha legalizzato l'eutanasia attiva anche ai minori di età¹³² purché vi sia il consenso dei genitori o del tutore e il minore sia cosciente e capace di intendere e volere: questi inoltre deve essere affetto da una malattia terminale e soggetto a sofferenze costanti ed insopportabili¹³³.

Si è pervenuti a tale legislazione in quanto a fondamento c'è la considerazione che il corpo umano differisce da quella che è la persona e pertanto gli atti di disposizione del corpo sono soggetti al rispetto del principio di autodeterminazione¹³⁴.

In Lussemburgo merita di essere citata la legge n. 46 del 16 marzo 2009 ed in particolare l'articolo 1 il quale recita: «*l'atto praticato da un medico, che mette intenzionalmente fine alla vita di una persona a domanda espressa e volontaria della stessa esclude la punibilità del sanitario*»¹³⁵.

Di seguito il legislatore ha invece definito l'assistenza al suicidio come il fatto che un medico aiuti un'altra persona a suicidarsi o procuri ad un'altra persona i mezzi per lo stesso effetto, sempre che la domanda sia espressa e volontaria da parte del malato.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti il testamento biologico venne introdotto nel 1991. Oggi circa un terzo della popolazione afferma di aver già preso decisioni circa la fine della propria vita e abbia stilato un testamento biologico con efficacia legale. In alcuni stati come, ad esempio, in Oregon il malato può addirittura richiedere farmaci letali¹³⁶.

Nel quadro europeo e mondiale quindi, troviamo differenti situazioni normative: mentre diversi Paesi hanno già da tempo ammesso la facoltà di decidere della fase finale della propria vita, consentendo l'eutanasia terapeutica passiva in chiave di omissione o di interruzione di cure di

¹³² Legge del 13 febbraio 2014.

¹³³ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 19.

¹³⁴ Y. H. Leleu, G. Genicot, *Le statut juridique du corps humain. Rapport belge*, 2012, pp. 2.

¹³⁵ Lussemburgo, legge n. 46 del 16 marzo 2009, articolo 1.

¹³⁶ R. Cataldi *et al.*, *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2007, pp. 73.

sostegno vitale, prevedendo anche cure palliative volte a contrastare la sofferenza dei malati terminali¹³⁷.

3. COSA DISPONE LA COSTITUZIONE?

Come precedentemente affermato, soprattutto prima dell'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017, la base prioritaria su cui fondare il consenso informato la rinveniamo nelle disposizioni della Costituzione.

Sebbene entrata in vigore nel 1948, soltanto dopo alcuni decenni si inizia effettivamente ad attuare quanto disciplinato dall'articolo 13 e 32 della stessa. Particolarmente rilevante fu la sentenza n. 88 del 1979 in cui la Corte Costituzionale oltre ad evidenziare l'importanza del diritto alla salute sia come diritto dell'individuo ma anche come interesse della collettività¹³⁸, ha sottolineato il limite invalicabile della dignità umana espresso nel secondo comma dell'articolo 32 laddove si afferma: *«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»*.

L'importanza del rispetto di tale diritto lo comprendiamo anche dal fatto che è stato introdotto negli anni duemila all'interno dell'articolo 1 della Carta di Nizza nella quale si afferma che *«La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»*.

Ancora, nella Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani stipulata nel 2005 viene indicato fra i suoi scopi la necessità di promuovere, oltre che i diritti umani e le libertà fondamentali in ogni decisione o pratica che riguardi questioni bioetiche, il rispetto per la dignità umana¹³⁹.

Intervenire pochi anni dopo una seconda sentenza della Corte Costituzionale che in tema di liceità del trattamento sanitario, ha ribadito che l'invulnerabilità della libertà personale, sancita in maniera generale dall'articolo

¹³⁷ C. Casonato, *Il fine vita nel diritto comparato, fra imposizione, libertà e fuzzy sets*, in atti del convegno, *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 19 maggio 2011.

¹³⁸ R. Cataldi et al., *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2007, pp. 27.

¹³⁹ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 25.

13, è da intendersi anche come libertà di autodeterminarsi in relazione a come disporre del proprio corpo.

Possiamo quindi concludere ribadendo che a ciascuno è riconosciuta la facoltà di effettuare autonome scelte relative alla propria salute a meno che la legge non preveda delle specifiche e motivate giustificazioni di deroga.

I casi che costituiscono eccezione rispetto al dovere preventivo del medico di acquisire il consenso possono essere raggruppati in diverse tipologie a seconda di quale sia la motivazione che induce l'ordinamento ad accettare tale deroga.

Una prima tipologia si ricava dal secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione: il sacrificio della libertà del singolo è giustificato da un contrapposto e preminente interesse collettivo¹⁴⁰ oltre che del singolo. Mi sto riferendo al T.S.O. ossia i trattamenti sanitari obbligatori in caso di particolari disturbi psichici che sono espressamente indicati dalla legislazione di settore¹⁴¹, al caso delle vaccinazioni obbligatorie che sono previste dai programmi nazionali per la salute pubblica¹⁴², AIDS o prevenzione, cura, riabilitazione della tossicodipendenza.

¹⁴⁰ U. Veronesi *et all.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperling e Kupfer, 2008, pp. 143.

¹⁴¹ Il disturbato mentale si presenta come una persona potenzialmente pericolosa sul piano sociale dato che la sua patologia potrebbe non consentirgli di controllare i suoi gesti o comportamenti, ad esempio non astenendosi dal compiere ciò che potrebbe ledere l'integrità fisico-psichica dei terzi. Con la Legge numero 36 del 14 febbraio 1904 il legislatore scelse di isolare le persone affette da disturbi psichici nei manicomi con lo scopo di poterli controllare e renderli inoffensivi per la collettività. Successivamente con la Legge numero 431 del 1968 si crearono i Centri di Igiene Mentale. Con ciò si è passati da un'ottica esclusivamente di controllo ad un approccio assistenziale. Con la Legge numero 180 del 13 maggio 1978, poi incorporata nella Legge numero 833 del 23 dicembre 1978, è stato rivisitato il concetto di malattia mentale. Questa è ora vista non più solo nell'ottica di "allarme sociale" bensì come una delle tante patologie che possono colpire le persone e che necessita una cura. Con tale legge sono inoltre stati chiusi gli istituti psichiatrici e tuttora è vietata la loro apertura. Al loro posto, il legislatore ha previsto che mediante una legge regionale, siano istituiti i Dipartimenti di Salute Mentale.

U. Veronesi *et all.*, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, Sperling e Kupfer, 2008, pp. 145.

¹⁴² ¹⁴² Legge n. 891 del 6 giugno 1939 con la previsione dell'obbligatorietà della vaccinazione antidifterica; Legge n. 292 del 5 marzo 1963 che ha sancito l'obbligatorietà della vaccinazione antitetanica; Legge n. 51 del 4 febbraio 1966 che ha stabilito l'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica ed infine Legge n. 165 del 27 maggio 1991 che ha previsto l'obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite B.

Con la nozione di trattamento sanitario obbligatorio, si intende tutta quell'attività medica, diagnostica e terapeutica. Il trattamento, per essere obbligatorio deve essere previsto da una legge dello stato: di conseguenza nessun decreto governativo o legge regionale può istituirne.

Anche in questi casi però il medico ha dei limiti invalicabili quali il rispetto della dignità del paziente, nonché il dovere di astenersi dal ledere i diritti civili e politici; deve inoltre adeguarsi il più possibile alla volontà dell'individuo.

In dottrina si è proceduto poi a effettuare una distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e quelli invece definiti coattivi. Con questi ultimi si intendono tutti quei trattamenti che limitano la libertà personale garantita dall'articolo 13 della Costituzione.

3.1 CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Comunemente nota come Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è stata resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 4 agosto 1955. Questo documento mira a rendere effettivi e tutelare in maniera incisiva alcuni tra i più importanti diritti umani, istituendo anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo competente a pronunciarsi contro quegli Stati che non adempiono i propri obblighi.

Sebbene non si voglia parlare di un quarto grado di giudizio, il ricorso alla Corte è l'ultima possibilità per chiedere e ottenere la tutela dei diritti umani che si assume essere stati violati in sede nazionale: sono legittimate a presentare ricorso tutte le persone fisiche o giuridiche che sono state parti di un giudizio dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali e che ritengono sia stato violato un diritto espressamente tutelato dalla Convenzione.

Preme qui ricordare in particolare l'articolo 1 della Convenzione laddove si afferma che: «*Si impone alle Alte Parti contraenti di riconoscere ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciate nel Titolo I della Convenzione*» tra cui compare, come primo e fondamentale diritto, per poi essere dettagliatamente disciplinato all'articolo

2, il diritto alla vita¹⁴³. Questo è infatti il presupposto indispensabile per poter godere di tutti gli altri diritti convenzionalmente riconosciuti.

Il diritto alla vita ha carattere inderogabile ed è ritenuto, assieme all'articolo 3¹⁴⁴, uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Per meglio comprendere l'importanza di tale disposizione, ricordiamo che troviamo una norma analoga all'articolo 2 della Convenzione, anche all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, meglio conosciuta come Carta di Nizza, laddove si riconosce ad ogni individuo il diritto alla vita.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la disposizione dell'articolo 2, contiene due obblighi: uno negativo, il quale obbliga lo Stato ad astenersi dal provocare la morte in modo volontario; l'altro di carattere positivo, che impone allo Stato di adottare tutte le misure necessarie a proteggere il diritto alla vita dei soggetti sottoposti alla propria giurisdizione.

A sua volta quest'ultimo può essere suddiviso in due sottocategorie: un obbligo di carattere generale che prevede; quindi, il dovere per lo Stato di emanare delle disposizioni giuridiche ed amministrative volte a prevenire e reprimere le offese al diritto alla vita; l'altro di carattere particolare che concerne invece l'adozione di misure operative volte a proteggere la vita qualora sia posta in pericolo da condotte di terzi, compresi agenti della forza pubblica.

¹⁴³ «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

- a) *per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;*
- b) *per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta,*
- c) *per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o una insurrezione».*

Articolo numero 2 della Convenzione, così come in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Zanichelli Editore, 2022, pp. 86.

¹⁴⁴ «Articolo 3 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
Proibizione della tortura

Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Gli obblighi stabiliti dall'articolo 2 della Convenzione¹⁴⁵ sono stati estesi dalla giurisprudenza della Corte anche all'ambito dell'assistenza sanitaria. In particolare, ha dichiarato che gli Stati avrebbero l'obbligo di emanare una regolamentazione che vincoli gli ospedali, siano essi privati o pubblici, prevedendo appropriate misure di protezione per la vita dei loro pazienti e adottando un sistema giuridico indipendente per poter determinare le cause della morte dei pazienti ed eventualmente individuare eventuali responsabili.

È stato più volte ribadito dalla Corte che il diritto alla vita previsto dalla Convenzione, non implica il riconoscimento del contrapposto diritto a morire. Sebbene quanto affermato, si è però riconosciuta la legittimità di determinate forme di suicidio assistito a condizione che siano state seguite tutte le necessarie procedure per aver ottenuto dal paziente la formazione di un consenso valido ed espresso¹⁴⁶.

Fondamentale in materia è stata la sentenza del 29 aprile 2002, nel caso *Pretty c. The United Kingdom*¹⁴⁷. La ricorrente affetta da sclerosi

¹⁴⁵ «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

- a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;
- b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta,
- c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o una insurrezione».

Articolo numero 2 della Convenzione, così come in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Zanichelli Editore, 2022, pp. 86.

¹⁴⁶ S. Beltrani, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Zanichelli Editore, 2022, pp. 114.

¹⁴⁷ *Pretty*, impossibilitata a suicidarsi e a fronte del rifiuto opposto dalle autorità britanniche di esonerare il marito che l'avesse aiutata a compiere quel gesto, si rivolge alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando che il divieto del suicidio assistito imposto dalla legge inglese costituisca una violazione dei diritti contenuti nella CEDU (artt. 2, 3, 8, 9 e 14). A fronte della pretesa di *Pretty* di intendere l'art. 2 come protettivo non della vita in sé, ma del diritto alla vita, rispetto al quale il diritto alla morte va inteso come suo corollario, che lo Stato ha parimenti il dovere di garantire. La Corte ritiene che non si possa, se non ricorrendo ad una grave forzatura del linguaggio normativo, dedurre dall'art. 2 CEDU l'ammissibilità di un diritto alla morte. Inoltre, la Corte sostiene che gli Stati sono sottoposti al divieto di privare della vita un soggetto e anzi hanno il dovere di adottare ogni atto o misura operativa preventiva per salvaguardare l'incolumità di ogni consociato. *Pretty* rileva che la sopravvivenza forzata debba essere considerata alla stregua di un trattamento inumano e degradante, che lo Stato è tenuto ad evitare in particolare evitando di perseguire penalmente suo marito per l'assistenza al suicidio. La Corte sostiene inoltre che l'articolo 3 debba essere letto in combinato disposto con l'articolo 2, impedendo ogni comportamento suscettibile di provocare il decesso di un soggetto, sia di esigere

laterale amiotrofica e paralizzata deduceva la violazione della disposizione numero 2 della Convenzione in quanto, avendo intenzione di suicidarsi visto lo stato molto avanzato della sua malattia e non potendolo fare senza l'aiuto del marito, si era vista rigettare il ricorso da lei presentato nel quale aveva chiesto espressamente che il marito non fosse processato penalmente per l'aiuto al suicidio. Secondo la ricorrente, infatti, il diritto a morire, sebbene non previsto dalla Convenzione, sarebbe un diretto corollario del diritto alla vita che è invece regolamentato: lo Stato, quindi, avrebbe l'obbligo di proteggerli entrambi¹⁴⁸.

La Corte ha categoricamente escluso che tale norma possa tutelare il diritto a morire e ha sottolineato come l'articolo 2 della Convenzione non farebbe nemmeno sorgere un diritto di autodeterminazione nello scegliere la vita piuttosto che la morte¹⁴⁹.

Il tema del suicidio assistito è stato nuovamente sottoposto alla Corte nel caso *Haas c. Svizzera*¹⁵⁰, nel quale il ricorrente affetto da anni dal

dallo Stato che questi permetta o faciliti il suo decesso. Passando all'eccezione circa l'art. 8, richiamato da Pretty per sostenere che il divieto dello Stato di dar corso alla sua volontà costituiva un'arbitraria ingerenza della pubblica autorità nella sua privacy e autodeterminazione, i giudici premettono che la nozione di "personal autonomy" statuisce il diritto di gestire liberamente la propria vita, inclusa la facoltà di compiere atti ritenuti fisicamente o moralmente dannosi o di natura pericolosa per l'individuo interessato. La Corte dà rilievo alla nozione di "qualità della vita", inserita implicitamente nell'art. 8 CEDU, vale a dire il rispetto della dignità umana e la libertà individuale. Le imposizioni statali riferite alle condotte di vita sono, quindi, di per sé un'interferenza nella vita privata dei soggetti e, se tra esse rientra l'imposizione di un trattamento medico senza consenso, di conseguenza pure il divieto del suicidio assistito rappresenta una potenziale ingerenza nella vita del singolo, tuttavia, tale ingerenza va parametrata ai principi di legalità, di finalità, di necessità nella società democratica, inclusivo del criterio di proporzionalità tra mezzi e fine perseguito. Ne consegue che la legge britannica non è sproporzionata nel vietare il suicidio assistito. Infine, con riguardo all'art. 14, i giudici dichiarano che non vi sia alcuna discriminazione tra coloro che possono suicidarsi da sé e coloro che richiedano assistenza. In definitiva, dunque, la Corte rigetta il ricorso di Pretty.

¹⁴⁸ Sentenza numero 2346 del 29 aprile 2002, così come in L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 25.

¹⁴⁹ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 27.

¹⁵⁰ *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in un caso riguardante le doglianze di un cittadino svizzero affetto da una grave psicopatia bipolare che, non riuscendo ad ottenere da alcun medico la necessaria prescrizione medica per una dose letale di farmaco (pentobarbitale sodico) allo scopo di porre fine in maniera dignitosa alla propria vita, lamentava l'inerzia dello Stato svizzero nell'adoperarsi per rendere possibile al ricorrente il compimento di un suicidio dignitoso. Ha respinto all'unanimità il ricorso, ritenendo che la Svizzera non violi l'art. 8 CEDU prevedendo la ricetta medica come condizione per ottenere la sostanza letale: questa previsione costituisce,*

disturbo bipolare e in seguito a due tentativi di suicidio, aveva presentato ricorso per ottenere la somministrazione di una sostanza letale in maniera tale da poter morire dignitosamente e senza sofferenza. Il ricorrente inoltre lamentava la necessaria prescrizione medica per ottenere il farmaco¹⁵¹.

Anche in questo caso il ricorso è stato rigettato dalla Corte che ha nuovamente affermato come l'articolo 2 pone a carico dello Stato un dovere di protezione delle persone vulnerabili impedendo che un soggetto si tolga la vita se la decisione non è stata presa liberamente e consapevolmente. La prescrizione medica è stata ritenuta dalla Corte legittima in quanto ha lo scopo di proteggere le persone da decisioni affrettate e di prevenirne abusi¹⁵².

La disposizione dell'articolo 2 è strettamente collegata a quella dell'articolo 8¹⁵³ per almeno due ordini di ragioni, la prima è che la Convenzione non ha previsto direttamente il diritto alla salubrità dell'ambiente in cui si vive; pertanto, la giurisprudenza ha assicurato la protezione di ciò, connettendola ad altri valori, tra cui appunto il diritto alla vita.

Inoltre, le due disposizioni sono connesse in quanto la Corte, a partire dal caso *Pretty c. Regno Unito*, ha riconosciuto che il diritto di decidere come e quando morire è un aspetto della vita privata ai sensi della disposizione in esame. Anche la dottrina ha confermato tale orientamento, sottolineando però come il soggetto debba essere in grado di formare liberamente la propria volontà.

infatti, una misura legittima volta a salvaguardare il diritto alla vita (art. 2 CEDU). Ricorso numero 31322/07 del 20 gennaio 2011.

¹⁵¹ S. Beltrani, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Zanichelli Editore, 2022, pp. 114.

¹⁵² S. Beltrani, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Zanichelli Editore, 2022, pp. 116.

¹⁵³ «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà».

L'articolo 5 della Convenzione¹⁵⁴ tutela invece la libertà e prevede che questa possa essere limitata in determinati casi: a) persone suscettibili di propagare una malattia contagiosa. La malattia deve essere effettivamente pericolosa per la salute pubblica o per la sicurezza e non devono esistere altre possibilità per prevenire la diffusione delle malattie con misure meno severe. B) persone insane di mente: in questo caso la privazione della libertà ha due funzioni: quella di proteggere la società e quella per far sì che il malato riceva adeguate terapie e i trattamenti sanitari di cui ha bisogno. La Corte ha inoltre dichiarato di non volere-potere definire cosa si intenda con il termine "insane di mente" in quanto la ricerca psichiatrica è in continua evoluzione e pertanto non si vuole cristallizzare una definizione che potrebbe, nel lungo periodo venire modificata.

Si sta assistendo, soprattutto in questo periodo storico, ad un radicale cambiamento della società nei confronti delle malattie mentali. Sono state previste cinque condizioni affinché la persona che si ritiene insana di mente possa essere privata della sua libertà personale: 1)

¹⁵⁴ «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza.

Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

- a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;
 - b) se è in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge;
 - c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;
 - d) se si tratta della detenzione regolare di un minore, decisa per sorvegliare la sua educazione, o di sua legale detenzione al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;
 - e) se si tratta della detenzione regolare di una persona per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcoolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;
 - f) se si tratta dell'arresto o della detenzione legali di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione.
2. Ogni persona che venga arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico.
 3. Ogni persona arrestata o detenuta nelle condizioni previste dal paragrafo 1c) del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria. La scarcerazione può essere subordinata ad una garanzia che assicuri la comparizione della persona all'udienza.
 4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale.
 5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo ha diritto ad una riparazione».

l'insanità deve essere attuale e oggetto di un rigido controllo da parte di un medico (a meno che questo non sia impossibile); 2) il disturbo deve essere di tale gravità da rendere necessaria e non evitabile la restrizione della libertà sia per poterla sottoporre alle cure necessarie ma anche per evitare che la persona si faccia del male o ne faccia ad altri; 3) la detenzione deve avvenire in una struttura sanitaria; 4) l'insanità deve persistere per tutto l'arco di tempo in cui la libertà è limitata; 5) durante il periodo di detenzione deve essere somministrata una cura adeguata¹⁵⁵.

Da ultimo ricordiamo l'articolo 53 della Convenzione¹⁵⁶ nel quale si stabilisce che i diritti riconosciuti in tale documento costituiscono lo standard di tutela minima: questo sta a significare che i diversi stati firmatari possono legittimamente prevedere una soglia maggiore di protezione dei diritti ivi elencati.

3.2 CONVENZIONE PER LA PROTEZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLA DIGNITA' DELL'ESSERE UMANO NEI CONFRONTI DELLA BIOLOGIA E DELLA MEDICINA: CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'UOMO E LA BIOMEDICINA

Dopo l'emanazione della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, il Consiglio d'Europa attraverso l'emanazione di numerose raccomandazioni, aveva espresso la volontà di promuovere l'armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali europee con particolare riguardo al rispetto della dignità umana e della protezione dei diritti umani nel campo della medicina e della biologia.

Con la Raccomandazione n. 934 del 1982, l'Assemblea Parlamentare aveva manifestato la necessità di raggiungere quattro obiettivi: 1) assicurare la protezione dei diritti dell'uomo nel campo della genetica ed in particolare quello di avere un patrimonio genetico indenne da qualsiasi

¹⁵⁵ S. Beltrani, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Zanichelli Editore, 2022, pp. 241.

¹⁵⁶ *È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della presente convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere».*

manipolazione e il diritto alla protezione del segreto sulle informazioni genetiche contenute nelle banche-dati; 2) stilare una lista di malattie gravi per le quali servisse uno specifico consenso per poter essere trattate; 3) preparare una Convenzione Europea che definisse dove è ritenuto lecito applicare l'ingegneria genetica agli esseri umani; 4) esaminare la possibilità di brevettare micro-organismi geneticamente modificati¹⁵⁷.

Dopo un lungo lavoro di redazione, la Convenzione venne approvata ad Oviedo nel 1997 e venne ratificata dall'Italia con la legge n. 145 del 2001.

Preme qui ricordare l'articolo 1 dove si stabilisce tra le altre cose che *«le parti... garantiscono ad ogni persona, senza discriminazioni, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina»*.

L'articolo 3 invece, intitolato "Accesso equo alle cure sanitarie", ribadisce che nell'ambito della prevenzione, diagnosi, terapia e riabilitazione, non devono verificarsi discriminazioni ingiustificate¹⁵⁸.

Altra disposizione fondamentale è l'articolo 5¹⁵⁹ laddove si dice che un intervento nel campo della salute può essere effettuato soltanto se la persona, dopo essere stata adeguatamente informata, ha prestato un consenso libero e informato che può in qualsiasi momento ritirare qualora lo ritenga opportuno.

Strettamente connesso è l'articolo immediatamente successivo¹⁶⁰, nel quale viene disciplinata la tutela per le persone che non abbiano la capacità,

¹⁵⁷ A. Bompiani, *Consiglio d'Europa diritti umani e biomedicina, Genesi della Convenzione di Oviedo e dei Protocolli*, Roma, Edizioni Studium, 2009, pp. 66.

¹⁵⁸ «Articolo 3 – Accesso equo alle cure sanitarie
Le Parti prendono, tenuto conto dei bisogni della salute e delle risorse disponibili, le misure appropriate in vista di assicurare, ciascuna nella propria sfera di giurisdizione, un accesso equo a cure della salute di qualità appropriata».

¹⁵⁹ «Articolo 5 – Regola generale
*Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato.
Questa persona riceve innanzitutto una 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».*

¹⁶⁰ «Articolo 6 – Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso
1. Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa.

in quel preciso momento, di prestare il consenso. Questa disposizione afferma che qualora ci si venga a trovare in tale situazione, l'intervento può essere svolto solamente se ciò comporta un diretto beneficio al malato.

Nel caso di un malato maggiorenne incapace, il consenso può essere prestato dal suo legale rappresentante oppure da un'autorità designata dalla legge.

Dobbiamo però ricordare che come disposto dall'articolo 9¹⁶¹ della Convenzione, qualora il soggetto si trovi in uno stato di incapacità di prestare il consenso, ma abbia precedentemente dichiarato le sue volontà, queste saranno tenute in considerazione.

3.3 LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

Nel 1999 il Consiglio Europeo ha ritenuto opportuno riunire in un'unica Carta tutti i diritti fondamentali riconosciuti a livello dell'Unione, sebbene fossero già stati raccolti precedentemente nella Carta dei Diritti dell'Uomo. È sorta così la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata solennemente a Nizza nel dicembre del 2000.

La Carta è divenuta giuridicamente vincolante per gli Stati membri in seguito dell'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona.

2. *Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge.*

Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.

3. *Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione.*

4. *Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo 5.*

5. *L'autorizzazione menzionata ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento, essere ritirata nell'interesse della persona interessata».*

¹⁶¹ «Articolo 9 – Desideri precedentemente espressi

I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione».

Si procederà ad un breve esame delle disposizioni più rilevanti in quanto i diritti sono i medesimi rispetto a quelli riconosciuti dalla Carta precedentemente analizzata.

Preme sottolineare in particolare l'articolo 1¹⁶² nel quale si ribadisce, come più volte abbiamo osservato nell'esame dei precedenti documenti, che la dignità umana è inviolabile e l'obbligo per gli Stati di adottare tutti gli strumenti necessari per tutelarla.

La disposizione dell'articolo 2¹⁶³ invece, sottolinea che ogni persona ha diritto alla vita e pertanto nessuno può essere condannato alla pena di morte. Strettamente connesso a tale disposizione è l'articolo immediatamente successivo: in particolare merita di essere evidenziato come nel secondo comma si affermi che nell'ambito medico deve essere rispettato il consenso libero ed informato della persona interessata al trattamento. Troviamo inoltre un espresso divieto di fare del corpo una fonte di lucro.

Da ultimo ma non di minore importanza deve essere ricordato l'articolo 35¹⁶⁴ denominato "*Protezione della salute*", laddove si prevede che ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche.

3.4 DICHIARAZIONE UNIVERSALE SULLA BIOETICA E I DIRITTI UMANI

La Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani è stata adottata il 19 ottobre 2005 dalla Conferenza Generale dell'UNESCO.

Merita qui di essere ricordata in quanto è il primo documento che si occupa di temi e problemi legati alla bioetica, approvato da un organismo a livello mondiale. Si tratta però di uno strumento non vincolante il quale ha

¹⁶² «Dignità umana

La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

¹⁶³ «Diritto alla vita

Ogni individuo ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato».

¹⁶⁴ «Protezione della salute

Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

l'obiettivo di provvedere alla formazione di una cornice universale di principi e procedure che possano guidare gli Stati nella formulazione delle loro legislazioni, politiche o altri strumenti nel campo della bioetica¹⁶⁵.

All'articolo 6 viene ribadita l'importanza del consenso informato del paziente¹⁶⁶ e nella disposizione immediatamente successiva¹⁶⁷ sono previste delle tutele per le persone incapaci di dare il consenso ai trattamenti sanitari.

La Dichiarazione enuncia 15 principi fondamentali, tra i quali meritano qui di essere ricordati: l'articolo 3¹⁶⁸ nel quale si dichiara il dovere del rispetto per la dignità umana e dei diritti umani. Al secondo comma, inoltre, si sottolinea come siano prioritari gli interessi e il bene del singolo rispetto all'interesse esclusivo della scienza o della società.

¹⁶⁵ F. Turollo, *La globalizzazione della bioetica, Un commento alla Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani dell'UNESCO*, Padova, Gregoriana Libreria Editrice, 2007, pp. 40.

¹⁶⁶ «Ogni intervento medico preventivo, terapeutico e diagnostico, deve essere realizzato previo, libero, e informato consenso della persona interessata, basato su un'adeguata informazione. Il consenso, dove appropriato, deve essere espresso e poter essere ritirato dalla persona interessata in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo, senza conseguenti svantaggi e pregiudizi».

¹⁶⁷ «Articolo 7. Persone prive della capacità di prestare il proprio consenso
Nel rispetto dell'ordinamento nazionale, una protezione speciale deve essere predisposta per le persone che non hanno la capacità di prestare il proprio consenso:

a) l'autorizzazione alla ricerca e alla pratica medica devono essere ottenute nel rispetto del miglior interesse della persona interessata e nel rispetto dell'ordinamento nazionale. Tuttavia, la persona interessata dovrebbe essere coinvolta nella forma più estesa possibile nel processo decisionale del consenso, così come in quello del ritiro del consenso;

b) la ricerca dovrebbe essere condotta esclusivamente per il diretto beneficio della salute della persona, soggetta all'autorizzazione e alle limitazioni per ragioni di protezione stabilite dalla legge e solo se non ci sono forme di ricerca alternative di pari efficacia che possano essere condotte su persone che possono prestare il loro consenso. La ricerca che non ha potenziali effetti vantaggiosi diretti sulla salute della persona può essere intrapresa esclusivamente in via eccezionale, con il massimo controllo, esponendo la persona solo ad un rischio e ad un disagio minimi e soltanto se la ricerca si presume possa contribuire alla salute di altre persone della stessa categoria, salve le condizioni stabilite dalla legge e compatibili con la tutela dei diritti umani dell'individuo. Il rifiuto da parte di tale persona di prendere parte alla ricerca deve essere rispettato».

¹⁶⁸ «Articolo 3. Dignità umana e diritti umani

1. La dignità umana, i diritti umani e le libertà fondamentali devono essere pienamente rispettate.
2. Gli interessi e il benessere dell'individuo dovrebbe avere precedenza rispetto all'esclusivo interesse della scienza o della società».

CAPITOLO DUE

1. LA LEGGE NUMERO 219 DEL 22 DICEMBRE 2017-INTRODUZIONE

Il primo progetto di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento è assai risalente nel tempo: si tratta della proposta n. 5673 ad iniziativa dei deputati Griffagnini e Bracco, depositato alla Camera il 10 febbraio 1999. Il progetto era composto di soli quattro articoli ed il testo risultava incentrato sul rispetto del principio di autodeterminazione del paziente. Purtroppo, però, di questa proposta non iniziò mai l'esame in aula¹⁶⁹.

Dopo un lungo dibattito, il Parlamento il 22 dicembre 2017 ha approvato la Legge n. 219 intitolata "*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*" con la quale ha disciplinato per la prima volta l'istituto del testamento biologico, anche detto biotestamento, placando così tutti gli interrogativi e i dibattiti riguardanti le scelte di fine vita dovuti al vuoto normativo.

Proponendo questo titolo il legislatore preannuncia due questioni alle quali vengono poi dedicati gli articoli più corposi della Legge ossia l'articolo 1 il quale disciplina il consenso informato e l'articolo 4 rubricato *Disposizioni anticipate di trattamento*. Presentato in questi termini, il testo legislativo mostra da subito alcune problematicità a livello terminologico-concettuale. Nello specifico, affiancare l'aggettivo "informato" al sostantivo "consenso", malgrado come si sottolinea da tempo, ad essere informato deve essere il paziente e non quindi il consenso¹⁷⁰. Di conseguenza, sarebbe stato più opportuno che il titolo della legge in questione contenesse solo il termine "consenso" senza ulteriori aggettivazioni, come è stato sottolineato anche da alcune pronunce giurisprudenziali¹⁷¹.

¹⁶⁹ P. Becchi, *Il testamento biologico, Sui limiti delle Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, Brescia, Editrice Morcelliana, 2011, pp. 7.

¹⁷⁰ F. Marin, *L'agenda della bioetica, Problemi e prospettive*, Padova, Il Poligrafo, 2019, pp. 101.

¹⁷¹ Ad esempio, la Corte Suprema di Cassazione sezione civile, con la sentenza n. 2847 del 9 febbraio 2010 ha affermato che un «*consenso consapevolmente prestato è locuzione più propria di quella corrente, giacché "informato" non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta*».

Preme porre in evidenza come il legislatore abbia voluto inserire il termine “disposizioni” e non “dichiarazioni”: si voleva infatti sottolineare il valore prescrittivo e non meramente informativo o comunicativo del testo¹⁷².

All'interno delle disposizioni il legislatore ha più volte posto l'accento sulla salvaguardia dei diritti della persona, della sua identità e dignità nonché l'importanza dello sviluppo della personalità umana: questi spettano anche ai minori ed agli infermi di mente. Essenziale risulta anche il richiamo alla libertà umana come valore supremo all'interno del nostro ordinamento, non diversamente dal diritto alla vita e alla sua integrità fisica. A tutto ciò si affianca il diritto alla salute così come definito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità¹⁷³.

L'entrata in vigore di tale Legge ha confermato come da tempo sia in atto una valorizzazione della libertà di autodeterminazione del paziente in quanto diritto inviolabile e un radicale cambiamento nel rapporto con il medico: al malato viene riconosciuta piena libertà nel compiere scelte riguardanti la sua salute e i trattamenti sanitari al quale dovrebbe essere sottoposto. Anche la libertà appena enunciata sarebbe infatti importante per il pieno sviluppo della sua personalità.

Il diritto all'autodeterminazione, combinato con quello alla salute, rendono necessario il consenso libero ed informato del soggetto prima di sottoporlo a qualsiasi trattamento sanitario: questa è la conquista più significativa degli ultimi decenni¹⁷⁴.

La Legge si compone di soli otto articoli densi di valori: uno dei perni è la disciplina del rapporto che si deve instaurare tra medico e paziente, denominato rapporto di alleanza terapeutica. Tale relazione si manifesta mediante il consenso informato al trattamento sanitario anche salva vita, le disposizioni anticipate di trattamento (cosiddette DAT) e la pianificazione

¹⁷² M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 123.

¹⁷³ La salute viene definita come “*uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale*” e non semplicemente “*assenza di malattie o infermità*”.

¹⁷⁴ A. Urciuoli, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 16.

condivisa delle cure per l'evolversi di una patologia cronica e invalidante o per la quale sopraggiungerà con certezza un esito infausto.

La normativa è stata fortemente apprezzata per essersi ispirata non soltanto ai valori costituzionali ed in particolare agli articoli 2, 13 e 32 (si pone infatti particolare attenzione al benessere psico-fisico della persona e del suo diritto alla salute nonché alla libertà individuale all'autodeterminazione), ma, anche alle normative internazionali, come ad esempio alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

All'articolo 1 c. 1 è infatti stato disciplinato un principio che nella pratica era già ampiamente riconosciuto, si stabilisce infatti *«La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»*.

La disposizione ha quindi ribadito l'importanza e l'essenzialità del consenso libero ed informato della persona interessata al fine di iniziare o proseguire qualsiasi trattamento sanitario tranne nei casi previsti dalla legge. Ciò è estremamente importante in quanto il medico che ha accolto la volontà del paziente è esente da responsabilità civile o penale.

Sebbene la Legge non porti innovazione nell'ambito del consenso informato, attraverso la disciplina delle DAT è stata introdotta una normativa estremamente importante: infatti la Costituzione garantisce la libertà di autodeterminazione ma solamente dei soggetti capaci di intendere e di volere che potevano quindi prestare il consenso o il dissenso ad un trattamento sanitario. Non era invece tutelato colui che, a causa di uno stato d'incapacità sopravvenuta, non fosse in grado di manifestare le sue scelte ovvero ai malati che, rinunciando ad un trattamento salva vita, non fossero

in grado di compiere attivamente i gesti necessari per sospenderlo e si richiedesse quindi un comportamento attivo da parte del sanitario¹⁷⁵.

Si sente la necessità di fornire al paziente esaustive informazioni circa i rischi e i benefici conseguenti a qualsiasi trattamento sanitario al quale deve essere sottoposto nonché alle conseguenze in caso di rifiuto. La cura inoltre deve essere proporzionata in ragione della valutazione di adeguatezza scientifica dell'intervento sanitario in base al caso concreto e alle convinzioni di ogni malato¹⁷⁶.

Tutto ciò pone il paziente in condizione di prestare un consenso libero e consapevole.

Il paziente ha anche il diritto di non ricevere, in tutto o in parte, le informazioni circa le sue condizioni: il diritto di non sapere. In questi casi egli deve però indicare i famigliari o una persona di sua fiducia incaricati di ricevere tutte le informazioni circa la sua salute ed esprimere il consenso in sua vece. Il rifiuto di ricevere le informazioni è previsto per una relazione medico-paziente nella quale è temperata la libertà di autodeterminazione del malato ma, allo stesso tempo, si esclude la responsabilità del medico. Ricordiamo che il medico ha il dovere nei confronti del malato di alleviare il più possibile le sofferenze ed essere accompagnato alla morte con una terapia farmacologica anche qualora egli abbia scelto di non ricevere le cure salva-vita.

L'aspetto di maggior innovazione disciplinato dalla Legge è, come detto pocanzi, il biotestamento, più precisamente con le Disposizioni Anticipate di Trattamento. È il legislatore stesso a fornirci una definizione di cosa si intenda con ciò: *«in forza delle DAT, ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il*

¹⁷⁵ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 23.

¹⁷⁶ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 10.

consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e ai singoli trattamenti sanitari»¹⁷⁷.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica si era espresso con il parere del 18 dicembre 2003, sulle Dichiarazioni Anticipate di Trattamento dando una definizione di testamento biologico: «Con “Dichiarazioni anticipate di trattamento” si indicano documenti con i quali una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»¹⁷⁸.

La Convenzione di Oviedo, ratificata dall'Italia con la Legge n. 145 del 28 marzo 2001, stabilisce che i desideri precedentemente espressi a

¹⁷⁷ Articolo 4 della Legge n. 219/2017

«Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere».

¹⁷⁸ Comitato Nazionale per la Bioetica, parere del 18 dicembre 2003:

«Con “Dichiarazioni anticipate di trattamento” si indicano documenti con i quali una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato. Il CNB, dopo aver richiamato i testi più rilevanti sul piano nazionale ed internazionale sul tema, afferma che sul piano etico non esistono obiezioni nei confronti delle Dichiarazioni di trattamento. A fronte di questo consenso di principio, il CNB riconosce che è possibile avanzare alcune riserve in ordine alla struttura e alle modalità di attuazione di tali documenti. Nel Parere ci si sofferma in particolare sul rischio di astrattezza e ambiguità delle Dichiarazioni; sulle indicazioni operative in esse contenute; sulla loro vincolatività e sulla implementazione.

Il CNB ritiene che le Dichiarazioni anticipate non debbano in alcun modo essere intese come una pratica che possa indurre o facilitare logiche di abbandono terapeutico e che siano legittime solo quando rispettino i seguenti criteri generali:

- abbiano carattere pubblico, siano fornite di data, redatte in forma scritta, da soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, informati, autonomi e non sottoposti ad alcuna pressione;
- non contengano disposizioni aventi finalità eutanasiche, che contraddicano il diritto positivo, le regole di pratica medica, la deontologia;
- siano tali da garantire la massima personalizzazione della volontà del futuro paziente, non consistendo nella mera sottoscrizione di moduli prestampati, siano redatte in maniera non generica, auspicabilmente con l'assistenza di un medico, che possa controfirmarle.

Il CNB ritiene opportuno che il legislatore intervenga esplicitamente in materia; che la legge obblighi il medico a prendere in considerazione le Dichiarazioni, escludendone espressamente il carattere vincolante, ma imponendogli, sia che le attui sia che non le attui, di esplicitare formalmente in cartella clinica le ragioni della sua decisione; che le dichiarazioni anticipate possano eventualmente indicare i nominativi di uno o più soggetti fiduciari, da coinvolgere obbligatoriamente, da parte dei medici, nei processi decisionali; che, ove le dichiarazioni anticipate contengano informazioni “sensibili” sul piano della privacy, la legge imponga apposite procedure per la loro conservazione e consultazione».

proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento non è in grado di esprimere la propria volontà, saranno tenuti in considerazione¹⁷⁹.

1.1 IL TESTAMENTO BIOLOGICO

Il testamento biologico non è un negozio testamentario in senso tecnico così come disciplinato dall'articolo 587 del Codice Civile¹⁸⁰ anche se ha in comune con quest'ultimo il fatto di essere un atto di ultima volontà. Come ha osservato Pietro Rescigno infatti: «*il fatto di essere destinato a essere in concreto ricevuto ed eseguito quando non vi è più alcuna possibilità di controllarne l'esecuzione da parte del suo autore*»¹⁸¹.

C'è anche un'importante differenza tra i due: quello "tradizionale" è un atto *mortis causa* mentre, il testamento biologico è ritenuto un atto *inter vivos*: anche se quanto appena affermato è stato di recente fortemente messo in discussione sostenendo che comunque anche il testamento biologico può essere considerato un atto di ultima volontà dal momento che diviene efficace proprio perché il soggetto non è più in grado di prestare o meno il consenso al trattamento sanitario.

Il legislatore, probabilmente per evitare confusione tra i due, ha preferito parlare di disposizioni anticipate di trattamento piuttosto che di testamento biologico.

¹⁷⁹ Il Consiglio d'Europa il 25 giugno del 1999 ha stabilito che il rappresentante legale del paziente possa assumere, in sostituzione dell'interessato, decisioni basate sulle precedenti dichiarazioni fatte dal malato. Nel 2014 il Consiglio d'Europa è tornato a ribadire la necessità che venga in essere all'interno degli stati una normativa che disciplini le dichiarazioni anticipate di trattamento ed ha chiarito che devono essere tenuti in considerazione tutti i desideri espressi in precedenza dal morente. Se le disposizioni anticipate di trattamento sono redatte in forma scritta e autenticata, queste, secondo il Consiglio d'Europa, devono avere la precedenza rispetto ad ogni altra opinione non medica espressa durante il processo decisionale.

M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 10.

¹⁸⁰ Articolo 587 del Codice Civile

«*Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse.*

Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale».

¹⁸¹ P. Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006, pp. 16.

Il tema delle scelte sul fine vita pone il contrasto tra la libera sovranità individuale sul corpo e i limiti che il legislatore può adottare riguardante la medesima libertà¹⁸².

Oltre a ciò, si devono tenere in considerazione le scelte etiche di ciascun individuo: ci possono essere infatti, malati che considerando la vita sacra, accettano anche le sofferenze della malattia piuttosto che malati che invece ritengono la sofferenza fisica e psicologica alla stregua di una violenza e quindi gravemente lesiva della dignità personale, dell'identità morale e dell'immagine che ognuno ha di sé, al punto da richiedere di porre fine alla propria vita¹⁸³.

Sebbene come avremo modo di vedere, non è riconosciuto nel nostro ordinamento un "diritto a morire", la Legge n. 219 in accordo con i principi costituzionali degli articoli 13 e 32, lascia al malato affetto da una patologia incurabile ed irreversibile, la possibilità di scegliere se accelerare l'evento della morte attraverso il rifiuto della nutrizione o dell'idratazione artificiale.

Durante la redazione della Legge si è infatti a lungo discusso se l'alimentazione e l'idratazione artificiale avrebbero dovuto essere considerate cure ordinarie o trattamenti sanitari: ciò è di estrema importanza in quanto se rientrano nella categoria dei trattamenti sanitari, il paziente può rifiutare di sottoporsi o pretenderne l'interruzione. Il quesito si era posto in particolare per i pazienti che si trovavano in uno stato vegetativo persistente e che avessero espresso, nel corso della loro vita, la volontà di accettare o rifiutare questi trattamenti.

Dottrina e giurisprudenza si divisero: alcuni studiosi negarono la possibilità dei pazienti di scegliere se sottoporsi alla nutrizione ed idratazione artificiale partendo dal presupposto che questi non rientrano nella categoria dei trattamenti sanitari e dichiarano essere atti sempre

¹⁸² S. Rodotà nel suo libro *La vita e le regole. Tra il diritto e non diritto*, affermava che «oggi giorno se la morte appartiene in sé alla natura, il morire è sempre più governabile dall'uomo, appartiene alla sua vita, all'autonomia delle scelte di ciascuno».

Tutto ciò grazie alle nuove scoperte scientifiche quali ad esempio la ventilazione meccanica piuttosto che l'alimentazione artificiale: queste tecniche permettono di rallentare l'arrivo della morte.

¹⁸³ C. Casonato, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 1, 2018, pp. 3.

dovuti giuridicamente, deontologicamente ed eticamente in quanto si tratta di un “sostegno ordinario”, indispensabili per mantenere in vita il malato¹⁸⁴. Altri invece dichiararono che doveva essere messa al primo posto la volontà del paziente e di conseguenza si doveva fare rientrare queste pratiche all'interno dei trattamenti sanitari; quindi, qualora il malato avesse espresso la volontà di non essere sottoposto a ciò, il medico avrebbe dovuto astenersi dal praticarlo¹⁸⁵.

Il Codice Deontologico ha stabilito che si tratta di un atto medico e all'articolo 53 prevede che *«il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto ad alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative coercitive né collaborando a procedure coattive di alimentazione e nutrizione artificiale»*¹⁸⁶.

La giurisprudenza per lungo tempo rimasta incerta sul problema ha preso posizione dichiarando che l'idratazione e l'alimentazione artificiale sono da considerare trattamenti sanitari e pertanto, in base agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, possono essere legittimamente rifiutati¹⁸⁷.

Il legislatore ha posto fine al lungo dibattito che era sorto facendo rientrare l'idratazione e la nutrizione artificiale a tutti gli effetti all'interno dei trattamenti sanitari in quanto vengono somministrati, su prescrizione medica, nutrienti mediante dispositivi medici¹⁸⁸.

¹⁸⁴ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 68.

¹⁸⁵ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 68.

¹⁸⁶ *Articolo numero 53 del Codice Deontologico dei medici, così come in Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 68.

¹⁸⁷ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 68.

¹⁸⁸ Articolo 1 comma 5 della Legge n. 219 del 2017

«Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici.

Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al

Il legislatore è arrivato a tale conclusione tenendo in considerazione che questo tipo di trattamento è invasivo sulla persona, e come tali sono lesivi della libertà del soggetto e del diritto all'integrità fisica nel caso in cui vengano iniziati o proseguiti contro la volontà manifestata dall'individuo.

Al c. 5 dell'articolo uno, è previsto il fondamentale diritto di rifiutare in tutto o in parte qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario.

Questi diritti devono però essere contemperati con le disposizioni degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione che sono stati espressamente richiamati dall'articolo stesso. La libertà di autodeterminazione, quindi, non è mai assoluta o arbitraria dovendosi effettuare un equo bilanciamento con i principi fondamentali riconosciuti all'interno del nostro ordinamento ed in particolare con l'indisponibilità della vita umana. Il diritto alla vita, infatti, è stato definito come "*il diritto dei diritti*" o meglio la condizione per poter godere di ogni ulteriore posizione giuridica soggettiva: è quindi il presupposto logico e ontologico per poter godere di tutti gli altri diritti previsti dal nostro ordinamento.

Il diritto alla vita e alla salute dell'individuo in quanto beni essenziali, sono stati anche definiti come una forma di manifestazione della dignità umana: quanto affermato dalla Costituzione, non deve infatti essere ritenuta una disposizione astratta ma una priorità ontologica riferita alla persona nella sua essenza e nella concretezza delle situazioni esistenziali¹⁸⁹.

2. IL CONSENSO INFORMATO

Ogni soggetto ha il diritto di essere curato ed ha altresì il diritto di ricevere le informazioni sulla natura e i possibili sviluppi del percorso terapeutico da intraprendere nonché delle eventuali terapie alternative. Al fine di compiere scelte consapevoli e di garantire la libertà di autodeterminarsi così come tutelata dalle disposizioni costituzionali, le informazioni devono essere esaurienti. Il consenso è uno dei momenti di

paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

¹⁸⁹ A. Urciuoli, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 37.

maggior rilevanza che viene in essere nella relazione di alleanza terapeutica medico-paziente.

Esso, infatti, da un lato manifesta la libertà di autodeterminarsi e dall'altro legittima il medico nel procedere al compimento del trattamento sanitario¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Cassazione sentenza n. 10014 del 25 novembre 1994:

«Con la sentenza impugnata, del 26 marzo 1991 - 30 aprile 1991, la Corte di Appello di Milano ha confermato la sentenza del Tribunale della stessa sede del 18 maggio 1988, con la quale era stata rigettata la domanda proposta dalla Sig.ra Sforza Maria Paola volta al risarcimento dei danni che l'attrice assumeva subito a seguito di un intervento di chirurgia estetica eseguito dalla dott.ssa Milesi Olgiati Milena, con esiti devastanti e senza averla preventivamente informata in ordine a tale prospettiva. La Corte escludeva, anzitutto, che il chirurgo estetico assume una obbligazione di risultato, anziché, come ogni altro, di mezzi. Anche opinando diversamente, comunque, il risultato estetico non costituirebbe un dato assoluto, ma sarebbe da valutare in rapporto alla situazione pregressa del paziente ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalla tecnica operatoria. Nella specie la Sforza, avendo perduto circa trenta chili di peso in conseguenza di una cura dimagrante, presentava una "ptosi dei tessuti addominali accompagnata da un aumento perimetrico delle radici delle cosce e da ptosi anche mammaria", ossia una vistosa deformazione, definita "addome a grembiule", per la cui eliminazione si era rivolta alla Milesi. Quest'ultima era intervenuta con la tecnica detta "di Pitanguy", positivamente valutata dall'appellante, la quale aveva consentito di eliminare la deformazione addominale, lasciando vaste e vistose cicatrici, soprattutto evidenti nella regione pubica.

La Corte conveniva peraltro col consulente nell'affermare che l'intervento aveva determinato "senz'altro un miglioramento", escludendo che la presenza delle cicatrici valesse a dimostrarne l'esito negativo. Le cicatrici dovevano considerarsi, infatti, normali, in relazione allo specifico intervento, ne potevano risultare più regolari, per la lunghezza del tratto cutaneo interessato dall'incisione e la relativa instabilità del tessuto in quella zona del corpo; quelle più vistose rimanevano coperte da un semplice costume da bagno, anche in due pezzi. Le conclusioni in proposito del consulente non risultavano, secondo la Corte lombarda, in alcun modo scalfite dalle osservazioni dell'interessata, sicché sarebbe stato superfluo disporre una nuova indagine tecnica. Sotto un diverso profilo i giudici di appello riconoscevano l'esistenza dell'obbligo del professionista di informare il paziente sui prevedibili esiti dell'intervento: la responsabilità della Milesi sarebbe stata quindi indubbia ove fosse stato provato che non avesse informato preventivamente la cliente dei prevedibili ed inevitabili esiti cicatriziali, o le avesse fatto balenare il miraggio di un irraggiungibile modello estetico.

Tanto a configurare il difetto di informazione come inadempimento di un obbligo connesso all'incarico professionale, quanto ad ipotizzare che il risultato estetico avesse formato oggetto di uno specifico patto convenzionale tra le parti, la prova doveva essere fornita dalla Sforza: in entrambi i casi si tratterebbe, infatti, di una condizione dell'azione risarcitoria promossa, in relazione alla quale incombe all'attore l'onere di dimostrare la verità dei fatti posti a base della domanda. Nella specie la Sforza non aveva assolto a tale onere (quanto riferito in proposito nella consulenza tecnica era frutto di dichiarazioni che provenivano dalla stessa). Avverso la sentenza ha proposto ricorso per cassazione la Sforza:

Motivi della decisione

1. - La ricorrente denuncia la violazione dell'art. 1176, comma 2, dell'art. 2043, 2230, 2236 e 2297 (rectius 2697, come risulta, oltre che dal contenuto, nel testo del motivo) c.c., nonché contraddittorietà e carenza di motivazione. Il motivo contiene una serie di censura. Nello stesso si sostiene:

a) la Corte di merito muoverebbe dalla esatta considerazione che il chirurgo estetico, eseguendo una operazione non necessaria, allo scopo di migliorare la figura fisica del paziente, assume una obbligazione di risultato e non di soli mezzi ed ha il dovere di informare il cliente circa i possibili esiti negativi, si da consentirgli di valutare l'opportunità di sottoporsi o meno all'intervento. In contrasto con la realtà dei fatti e della stessa consulenza, avrebbe affermato, tuttavia, che il risultato

non costituirebbe un dato assoluto, ma sarebbe da valutarsi in relazione alla situazione pregressa, ritenendo l'intervento ben riuscito, nonostante le lunghe e serpigginose cicatrici, tali da alterare l'armonia fisica. La mancanza di contestazioni in ordine alla validità della tecnica adottata, non ne escluderebbe l'erronea od inadeguata applicazione.

b) La Corte sarebbe pervenuta alle sue conclusioni sulla base di un'erronea valutazione delle risultanze istruttorie, e, in particolare, della C.T.U., della quale avrebbe accolto acriticamente le conclusioni, senza dare il giusto rilievo a quanto vi emergeva, in particolare sulla necessità di ritocchi chirurgici, di cui non era stata messa al corrente (non si sarebbe sottoposta di certo all'intervento): ritenere che per ottenere i risultati sperati occorran ritocchi, significa riconoscere che l'intervento non li ha raggiunti. Il consulente ha ammesso, del resto, che nella chirurgia estetica le aspettative del cliente non limitano all'attesa di un risultato modestamente migliorativo, ma comprendono la pretesa di un esito indiscutibilmente positivo, in quanto sostanzialmente estranea alle incognite della malattia. L'esito infausto conseguito nella specie (e la ricorrente descrive i notevoli danni estetici riportati) richiederebbe una analisi più accurata ed il rinnovo della C.T.U.

c) Inesattamente la Corte si sarebbe espressa per la necessità dell'intervento, a causa della presenza del cosiddetto "addome a grembiule". Tratterebbesi, viceversa, di un intervento non necessario, che presuppone il consenso del paziente, previamente informato sulla sua effettiva portata e sui possibili esiti.

d) Diversamente da quanto ritenuto, l'onere di provare di avere assolto all'obbligo dell'informazione incomberrebbe al chirurgo. Addossandolo alla paziente non si terrebbe conto che tratterebbesi, per lei, di prova "diabolica", tenuto conto che, per motivi di riservatezza, nei contatti con il sanitario non intervengono, di norma, terzi estranei.

2. - Le censure riassunte attengono rispettivamente:

a) alla natura dell'obbligazione assunta dal chirurgo estetico;

b) alla valutazione della consulenza tecnica espletata e, in genere, delle risultanze istruttorie, in relazione ai risultati conseguiti nella specie;

c) agli obblighi di informazione che incombono sul chirurgo estetico:

d) all'onere della prova.

Le stesse sono destituite di fondamento. Sarebbe riduttivo, anzitutto, fondare la legittimazione dell'attività medica sul consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.), che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art. 5 c.c., risultano la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato. Dall'auto legittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti dell'art. 5 c.c., non deve trarsi, tuttavia, la convinzione che il medico possa, di norma, intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. La necessità del consenso - immune da vizi e, ove importi atti di disposizione del proprio corpo, non contrario all'ordine pubblico ed al buon costume -, si evince, in generale, dall'art. 13 della Costituzione, il quale, come è noto, afferma l'inviolabilità della libertà personale - nel cui ambito si ritiene compresa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica -, escludendone ogni restrizione. Per l'art. 32, comma 2, inoltre, "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". Si eccettuano i casi in cui:

a) il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso: in tale ipotesi, il dovere di intervenire deriva dall'art. 593, comma 2 e art. 328 c.p.;

b) sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c.p. Un consenso immune da vizi non può che formarsi dopo aver avuto piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione e dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, sicché presuppone una completa informazione sugli stessi da parte del sanitario o del chirurgo, senza che possa distinguersi, sotto tale profilo, tra chirurgia riabilitativa e chirurgia estetica con particolare riferimento alla chirurgia estetica, (Cass., 8 agosto 1985, n. 4394; Cass., 12 giugno 1982, n. 3604).

Solo così il paziente potrà consapevolmente decidere se sottoporsi all'intervento o se ometterlo, in un bilanciamento tra vantaggi e rischi, specie allorché si tratti di intervento non necessitato, come nel caso della chirurgia estetica. È opportuno, peraltro, ribadire che la funzione tipica dell'arte medica, individuata nella cura del paziente, al fine di vincere la malattia, ovvero di ridurre gli effetti pregiudizievoli o, quanto meno, di lenire le sofferenze che produce, salvaguardando e tutelando la vita, non esclude, infatti, la legittimità della chirurgia estetica, che, a prescindere dalle turbe psicologiche che potrebbero derivare da una dilatata considerazione degli aspetti sgradevoli del

Come precedentemente anticipato, il filo conduttore dell'intera Legge n. 219 è l'instaurarsi di una alleanza terapeutica che viene in essere tra

proprio corpo, tende a migliorarne esclusivamente l'estetica. Occorre inoltre rilevare che il consenso, oltre che a legittimare l'intervento sanitario costituisce, sotto altro profilo, uno degli elementi del contratto tra il paziente ed il professionista (art. 1325 c.c.), avente ad oggetto a prestazione professionale, sicché l'obbligo di informazione deriva anche dal comportamento secondo buona fede cui si è tenuti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.).

Nell'analisi di quest'ultimo è stato ripetutamente precisato che "l'obbligazione che il professionista assume verso il cliente per effetto dell'incarico conferitogli ha per contenuto lo svolgimento dell'attività professionale necessaria ed utile al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire (cosiddetta obbligazione di mezzi o di comportamento e non di risultato). Il professionista, dunque, ha il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria od utile al caso concreto, ed ha il dovere di svolgerla con la necessaria diligenza". Il principio si riallaccia alla nota e ormai discussa distinzione tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato. Se è pacifico, peraltro, che l'obbligazione assunta dal sanitario è, in generale - adottando quella distinzione - "di mezzi", il problema si pone in forma parzialmente diversa nell'ambito della chirurgia estetica, in cui il chirurgo estetico può assumere una semplice obbligazione di mezzi, ovvero anche una obbligazione di risultato, osservandosi tuttavia che quest'ultimo - come esattamente rilevato dalla Corte di merito - non costituisce, comunque, un dato assoluto, dovendosi viceversa valutare con riferimento alla situazione pregressa ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalle tecniche operatorie. Il problema si converte quindi nell'altro, circa l'onere della prova dell'oggetto del contratto.

3. - Questa Corte ha avuto modo di chiarire, anche di recente, che "ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni, si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento di una obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento" (da ultimo, Cass., 29 gennaio 1993, n. 1119).

Il problema non si pone diversamente allorché l'inadempimento venga addotto non per conseguire la risoluzione del contratto, ma ai fini di ottenere il risarcimento del danno. L'obiettiva difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere, che grava, comunque, su di essa (fra le altre, Cass., sent. n. 83/2596 del 1983), mentre l'antico brocardo, negativa non sunt probanda, è da intendere nel senso che, non potendo essere provato ciò che non è, la prova dei fatti negativi deve essere fornita mediante la prova dei fatti positivi, ma non già nel senso che la negatività dei fatti escluda od inverta l'onere (Cass., sent. n. 2612 del 1969). Esattamente, quindi, la Corte di Appello ha ritenuto che spettasse alla Sforza fornire la prova che la controparte non aveva adempiuto all'obbligo di informazione ovvero dell'oggetto del contratto, eventualmente estendentesi al conseguimento di un determinato risultato (dovendosi escludere che la Corte abbia ritenuto che, in astratto, l'obbligazione assunta dal chirurgo estetico sia sempre una obbligazione di risultato, anche se non ha omissis di valutarne l'attività sotto tale profilo).

Le valutazioni espresse dalla Corte in ordine all'adempimento delle obbligazioni assunte, all'assenza di imprudenza, negligenza, ed imperizia (nei limiti in cui la stessa assume rilievo ai sensi dell'art. 2236 c.c.), costituiscono un giudizio di merito, incensurabile in questa sede, in quanto esente da vizi logici e giuridici. Non si può, del resto, affermare l'esistenza di una contraddittorietà nella motivazione, allorché la Corte ha riconosciuto, col C.T.U., l'esigenza di "ritocchi" atti a migliorare i danni estetici lasciati dalle cicatrici, essendo noto che una prima reazione negativa dei tessuti all'intervento chirurgico può essere rettificata con un successivo intervento, senza che la opportunità o necessità di quest'ultimo incida sulla bontà della tecnica precedentemente adottata. Il ricorso dev'essere, pertanto, rigettato».

medico e paziente: questa relazione non è più qualcosa di unilaterale in cui il malato deve semplicemente seguire le prescrizioni mediche, ma, è un continuo scambio reciproco di informazioni¹⁹¹. Ciò è annunciato in maniera esplicita all'articolo 1 c. 2¹⁹², laddove si afferma che il consenso o il dissenso alle cure non è un atto unilaterale formale ed in sé considerato, ma un atto che si inserisce in un processo decisionale complesso, frutto di uno scambio tra medico e paziente¹⁹³. Quest'ultimo non è più un semplice esecutore delle cure proposte come avveniva nella visione paternalistica.

La relazione che si viene ad instaurare è qualcosa di estremamente positivo in quanto il medico ha un atteggiamento propositivo e il malato, grazie alla fiducia che ripone in lui, è motivato positivamente nel seguire le cure. Bisogna però prestare attenzione a non cadere alla rappresentazione di false speranze.

Prima dell'entrata in vigore della Legge n. 219, era intervenuto anche il Comitato Nazionale per la Bioetica il 20 giugno 1992¹⁹⁴, il quale, attraverso un parere, aveva sottolineato come il consenso al trattamento sanitario costituisca legittimazione e fondamento dell'atto medico e, allo stesso tempo, strumento per realizzare l'alleanza terapeutica e di umanizzazione del rapporto tra medico e malato¹⁹⁵.

¹⁹¹ P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, 2018.

¹⁹² «È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico.

Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo».

¹⁹³ «È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico.

Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo».

¹⁹⁴ Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, 20 giugno 1992 *Informazione e consenso all'atto medico*, così come in M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 46.

¹⁹⁵ «Dopo aver sottolineato che il binomio informazione/consenso trova modalità diverse di attuazione a seconda del modello di medicina al quale si fa riferimento... L'acquisizione di un autentico consenso informato richiede la realizzazione di un ampio contesto relazionale.

Per comprendere l'importanza del rapporto, il legislatore ha tenuto a sottolineare come il tempo della comunicazione costituisca tempo di cura, come recita l'articolo 1 c. 8 della Legge: «*Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*». Inoltre, nella relazione di cura rimangono sicuramente coinvolti anche i famigliari del malato. Di questo la Legge ha tenuto conto prevedendo che qualora il malato lo desideri, c'è la possibilità di coinvolgere la famiglia, la parte dell'unione civile o il convivente¹⁹⁶. Tale disposizione prevede anche che il medico e i famigliari possano in un certo qual modo "filtrare" le informazioni da dare al malato tenendo conto delle fragilità di quest'ultimo.

Dobbiamo sottolineare come però resti fermo il principio secondo il quale è il malato il titolare del diritto esclusivo di ricevere informazioni e a prestare il consenso ad un determinato trattamento sanitario. Essendo infatti il consenso un atto personalissimo, non ammette nessun tipo di

Il parere richiede che l'informazione sia adattata al singolo paziente in relazione alla sua cultura, alla sua capacità di comprensione e al suo stato psichico; inoltre, dovrebbe essere corretta e completa circa la diagnosi, la terapia, il rischio e la prognosi. Vengono individuate tre tipologie di approccio informativo al paziente: a) lo standard professionale, basato sulle attuali conoscenze scientifiche, con il vantaggio della correttezza scientifica, ma con il rischio dell'incomprensibilità dell'informazione da parte del paziente; b) lo standard medio, in riferimento a quanto una persona ragionevole vorrebbe sapere e potrebbe comprendere, con il vantaggio del livello divulgativo dell'esposizione, ma con la difficoltà nell'identificare le soglie di ragionevolezza c) lo standard soggettivo, con riferimento al singolo paziente, con il vantaggio di una specificità relazionale, ma con il rischio di una deformazione paternalistica dei contenuti informativi. Nelle situazioni di emergenza, che richiedono ai sanitari di prendere rapidamente delle decisioni, non può comunque essere scavalcata la fase del consenso del paziente, a meno che questi non si trovi in manifesto stato di incoscienza...

Il consenso ha comunque dei requisiti etici e giuridici, dovendo essere personale, libero, specifico e consapevole. Nel caso di paziente incapace di intendere e di volere, se non sussistono pericoli per la vita o rischi di danni gravi, occorre attendere che il paziente sia di nuovo in grado di esprimere la propria volontà. Qualora, invece, ricorressero i pericoli e i rischi suddetti, per cui il trattamento sanitario risultasse improcrastinabile il trattamento in questione dovrebbe essere effettuato. Eventuali "testamenti di vita" e "dichiarazioni anticipate di trattamento" non sono ritenuti idonei a fugare ogni dubbio sulla reale volontà del paziente incapace».

¹⁹⁶ «È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico.

Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo».

sostituzione della volontà, a meno che non ci troviamo nel caso di un incapace di intendere e di volere o di un soggetto incosciente¹⁹⁷.

Il consenso deve essere attuale ossia riferibile alla condizione patologica reale che in quel momento sta colpendo il soggetto. Si devono inoltre tenere conto le tecniche diagnostiche e di intervento che possono essere utilizzate per quello specifico intervento¹⁹⁸: è indubbio che la sottoposizione del malato ad un intervento invasivo, incide sul suo benessere psico-fisico quindi, le informazioni non possono limitarsi ad elencare i benefici ed i rischi ma deve tenere conto della sua individualità.

Il consenso informato deve essere acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente e deve essere documentato in forma scritta oppure attraverso videoregistrazioni. Per le persone con disabilità può essere manifestato attraverso qualsiasi tipo di dispositivo che ne consenta la comunicazione. Il documento deve poi essere inserito nella cartella clinica e nel fascicolo elettronico.

Il legislatore, nel c. 4 dell'articolo 1 della Legge, ha specificato che il consenso può essere espresso in qualsiasi forma¹⁹⁹, con ciò sembra quasi aver distinto il momento di esternalizzazione del consenso stesso e della sua acquisizione da parte del sanitario, dal momento in cui questo viene effettivamente documentato per poterlo conservare²⁰⁰.

Il consenso informato è valido in qualunque maniera venga manifestato ma è necessario che, in un secondo momento, venga

¹⁹⁷ I giudici del tribunale di Milano hanno precisato che un familiare del paziente, per quanto abbia con il malato una prossimità maggiore rispetto al medico, se questi è in grado di intendere e di volere, non possono sostituirsi alla sua volontà. Milano 14 maggio 1998. Così come in M. Marini, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 48.

¹⁹⁸ N. Callipari, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 155.

¹⁹⁹ Articolo 1 Legge 219 del 2017, comma 4:

«Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare.

Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

²⁰⁰ P. Muià, S. Brazzini, *Quale forma deve avere il consenso informato? Le oscillazioni della Cassazione e la soluzione della nuova legge*, in *Danno e responsabilità*, 2018.

documentato secondo le modalità previste dalla Legge: non si tratta quindi di un processo istantaneo ma di una procedura un po' più complessa.

Troviamo invece un vuoto normativo per quanto riguarda i soggetti legittimati ad acquisire il consenso: si sostiene che essendo il medico il soggetto preposto ad informare il malato circa la diagnosi, le cure ecc., debba essere quest'ultimo ad acquisirlo; ma ci possono essere altri soggetti legittimati o è compito esclusivo del medico?

Una possibile risposta la troviamo nel Codice Deontologico Medico, laddove si afferma che l'acquisizione del consenso o del dissenso è un atto di esclusiva competenza del medico e che non può essere delegato²⁰¹.

Un'ulteriore problematica messa in rilievo da Marianna Rinaldo riguarda l'ipotesi qualora il consenso o il dissenso venga dichiarato tramite registrazione o altri dispositivi tecnici: quest'ultima ipotesi crea molti problemi in quanto non si è certi della genuinità e paternità delle dichiarazioni del consenso informato²⁰².

Inoltre, essendo il consenso un atto obbligatorio, la struttura sanitaria dovrà essere sempre in grado di consentire ad ogni paziente, anche quelli affetti da disabilità, di poter manifestare l'adesione o il rifiuto alle cure nella maniera più idonea alla loro condizione²⁰³.

Nel caso in cui sia prestato il consenso in assenza del medico, ma che non sollevi dubbi circa la capacità del paziente di effettuare scelte

²⁰¹ Art. 35 Codice Deontologico Medico- *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 rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente».

²⁰² M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 48.

²⁰³ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 50.

consapevoli e dopo che questi ha ricevuto tutte le informazioni del caso, difficilmente viene considerato invalido. La cosa fondamentale è infatti che la volontà sia manifestata espressamente e inequivocabilmente.

La Corte di Cassazione ha ribadito nella sentenza n. 20894 del 27 settembre 2012, che il consenso/dissenso non può essere manifestato per fatti concludenti²⁰⁴: il caso si svolse presso il Tribunale di Novara dove

²⁰⁴ «S.G. convenne, davanti al tribunale di Novara, l'azienda ospedaliera "(omissis)", struttura ove egli stesso prestava la propria attività in qualità di medico radiologo, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni per lesioni ossee da patologia articolare femorale, e per i gravi postumi delle stesse, subiti quale diretta conseguenza della terapia cortisonica somministratagli per la cura di un'encefalite post-vaccinica e post-influenzale. In particolare, egli non era stato reso edotto dei rischi della terapia allo stesso somministrata che prevedeva, in letteratura, larghi margini di complicanze articolari, quale quella in concreto insorta, non essendo, perciò, stato messo nelle condizioni di prestare il prescritto consenso informato. Il tribunale, con sentenza del 6.11.2003, accoglieva la domanda.

Affermava, a tal fine, che la mancata prestazione del consenso al trattamento da parte del paziente, non adeguatamente informato, costituiva autonoma fonte di responsabilità, restando irrilevanti la correttezza o adeguatezza tecnica delle cure prestate.

A diversa conclusione pervenne la Corte d'Appello di Torino che, con sentenza in data 11.12.2006, accolse l'appello proposto dalla Regione Piemonte, Gestione Liquidatoria USL XX e, in riforma della sentenza di primo grado, rigettò la domanda.

Ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre:

Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli art. 2, 13 e 32 Costituzione nonché art. 29 codice deontologico in relazione all'art. 360 n. 3 C.p.c.

Con il secondo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione degli art. 2697 C.c. e difetto di motivazione in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5.

Con il terzo motivo si denuncia la omessa violazione e/o insufficiente motivazione circa un fatto controverso e/o decisivo in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c.

La Corte di merito, in proposito, ha accertato ed affermato -con ciò rigettando le censure sul punto mosse dall'appellante Regione Piemonte, Gestione Liquidatoria USL XX - che "Il ctu, sia a verbale, sia nelle sue note integrative in sede di chiarimenti, ha indicato, seppure in termini di verosimiglianza, da considerarsi elevata, la riconducibilità della patologia articolare femorale, e le conseguenze permanenti residue dalla stessa, al trattamento cortisonico, indicando quest'ultimo tra le più frequenti cause, di natura iatrogena, di tale patologia, segnalate ed evidenziate in letteratura".

Aggiungendo che "le restanti cause note della patologia in questione tra cui quelle di natura traumatica, o conseguenti a patologie vascolari e del metabolismo, ovvero l'alcolismo, sono da ritenere escluse del tutto nella fattispecie, come risulta incontestato".

Precisando: "Restano le c.d. cause di natura "idiopatica", che, in specie, sono da ritenere, del tutto verosimilmente, anch'esse escluse, proprio per l'antecedente e significativa presenza del trattamento cortisonico, che è invece indicato come causa nota, frequente, specifica e diretta della patologia in questione, dovendo pertanto confermarsi il giudizio del ctu, in termini di elevata verosimiglianza del nesso causale".

Ed ha chiarito questo aspetto: "Vi è stata, infatti, una necrosi asettica iatrogena a seguito di trattamento con farmaci cortisonici come in specie si è verificato, essendo verosimilmente la complicanza in questione ascrivibile a detta e nota specifica origine anziché alle altre descritte dal ctu, in relazione alla precedente somministrazione dei cortisonici, ed essendo, invece, assenti o comunque non accertati, gli altri descritti fattori di rischio".

Concludendo, in relazione alla sussistenza del nesso di causalità: "Il quadro probatorio è, pertanto, del tutto univoco e non smentito né indebolito da elementi di segno contrario che ne denotino l'intrinseca contraddittorietà, ben integrando esso, pertanto, la prova piena e positiva del nesso di

causalità, non ricorrendo, invece, la diversa ipotesi, invocata dall'appellante, dell'insufficienza del quadro probatorio".

La Corte di merito ha, quindi, convalidato le conclusioni cui era pervenuta con l'ulteriore precisazione: "Né, d'altronde, può considerarsi significativo il lasso di tempo, non breve, di tre anni, intercorso tra il trattamento farmacologico e l'evento patologico, in assenza di alcun altro fattore che si sia autonomamente inserito nella suddetta concatenazione clinica, sì da determinare il sorgere di un'autonoma serie causale, collegabile eziologicamente, in tale stesso arco di tempo, alla malattia articolare. Né, d'altronde, in proposito, sussistono minori limiti temporali noti, contenuti, necessariamente, in un arco di tempo inferiore, per la possibilità di sviluppo della malattia femorale, dovendo pertanto considerarsi l'insorgere della stessa, anche a distanza di tempo, compatibile col quadro eziologico su delineato".

Questo punto della decisione non è stato colpito da alcuna censura; con la sua conseguente, attuale incontrovertibilità in questa sede.

Passiamo, ora, ad esaminare la questione centrale nell'impianto della sentenza impugnata: quella del consenso informato, delle sue caratteristiche e dei corollari in tema di eventuale inadempimento e risarcimento del danno.

Le proposizioni argomentative che hanno condotto la Corte di merito a negare la responsabilità della struttura sanitaria, escludendo la doverosità di un risarcimento dei danni, sono le seguenti:

a) In tema di consenso informato non può escludersi la rilevanza della qualità rivestita dal paziente - medico anch'egli, in qualità di radiologo, presso la stessa struttura sanitaria in cui era stato ricoverato "ai fini di ritenere raggiunta la prova della sua consapevole adesione al trattamento, pur in assenza...di una dichiarazione scritta, ai fini di ritenere acquisito". E ciò "potendo ben presumersi che, al di là delle comunicazioni protocollari, il caso clinico, in specie, anche per il suo intrinseco interesse, sia stato ampiamente discusso e approfondito, con lo stesso paziente, allorché uscito dalla fase critica, dai medici della struttura nonché colleghi di lavoro del S. ".

b) Il codice di deontologia medica (art. 29) prevede che il consenso - e la relativa corretta informazione - debba essere riferito "al livello di cultura ed alle capacità di discernimento del soggetto". "E se tale principio vale di certo a tutelare il paziente digiuno di ogni nozione medica, verso il quale l'attenzione, anche sul piano della scelta di un linguaggio e di singoli termini lessicali, chiari e comprensibili, deve essere massima, tale esigenza non può ugualmente ravvisarsi qualora il paziente sia invece particolarmente edotto della materia, ovvero quando, come in specie, ricorrano specifiche circostanze di fatto che rafforzino la presunzione di una sua adesione consapevole al trattamento clinico, indipendentemente da comunicazioni formali".

Ed in questo senso "...pertanto, il grado di acquisita conoscenza e consapevolezza deve essere, in concreto, e non solo in termini di linguaggio usato per comunicare, effettivamente parametrato al grado delle conoscenze del paziente in esame, alle quali, in specie, si aggiunge, quale fonte indiretta di piena consapevolezza del trattamento clinico-farmacologico, e delle sue implicazioni, l'appartenenza del dr. S. al qualificato contesto professionale della struttura ospedaliera da cui il medesimo dipendeva, quale radiologo, avendo in fatto egli un rapporto diretto con i propri medici curanti, dei quali era anche collega di lavoro".

c) L'attore non ha provato di "non avere affatto ricevuto, o comunque acquisito una sufficiente conoscenza dei rischi cui era esposto" ed una tale prova incombeva all'attore. In tal modo non era stata adeguatamente superata "la presunzione logicamente derivante da tale contesto, nei termini di una maggiore ampiezza conoscitiva, dovuta allo scambio di informazioni tra colleghi sul peculiare ed interessante caso clinico di un'infezione meningea contratta, a seguito della somministrazione di un vaccino antinfluenzale, da un medico e collega di lavoro".

d) Ricorrevano, nella specie, una serie di elementi che "sia in via diretta che presuntiva, tale conoscenza e consapevolezza (relative alla particolarità del caso clinico ed alla specificità della terapia praticata al paziente) dovevano, invece, far ritenere in concreto, acquisita proprio in relazione a tale qualificato stato soggettivo del paziente e al contesto umano e professionale in cui il medesimo si trovava inserito, allorché contrasse la malattia e fu curato presso la stessa struttura da cui dipendeva".

Ulteriore elemento, dal quale era consentito inferire un ulteriore elemento di consapevolezza del paziente era rappresentato dalla circostanza che la stessa moglie del S. "era un medico dipendente dello stesso ospedale, avendo avuto, pertanto, modo di interloquire, anche al di fuori del linguaggio ufficiale e protocollare, con i colleghi di lavoro, circa le terapie più idonee da somministrare al singolo paziente, nonché, proprio coniuge".

e) Anche la complicità iatrogena, "proprio perché non anomala né imprevedibile (come definita dal ctu), e in concreto verificatasi, ben poteva, più che presumibilmente rientrare tra le specifiche conoscenze del dr. S., che, peraltro, quale radiologo, aveva sicuramente, per specifica competenza, piena contezza delle più diverse patologie articolari, fra cui quella femorale che lo aveva colpito, nonché, necessariamente delle loro cause scatenanti, specie se, come emerso dalla ctu, clinicamente frequenti".

Tali elementi sono stati giudicati dalla Corte di merito "tutti univoci, sotto un elevato profilo presuntivo, e non contraddetti da fattori di segno opposto, concreti, o anch'essi presunti, e idonei di per sé a far ritenere in concreto acquisita da parte del dr. S., detta conoscenza e consapevolezza del rischio clinico legato al trattamento". A questi, la Corte di merito ha ritenuto di affiancarne ulteriori definiti "di natura oggettiva ed anch'essi univocamente in grado di attestare, unitamente ai primi, tale raggiunta consapevolezza ed accettazione del trattamento praticato".

Tali sono definite le "chiari ed esaustive annotazioni sulla cartella clinica, all'atto delle dimissioni", cartella clinica che "oltre al dosaggio scalare del farmaco, nelle settimane successive, elemento indicativo di per sé, e in special modo ad un medico, della portata precauzionale e prudenziale della prescrizione, volta ad evitare i rischi di complicanze, specie in relazione alla natura cortisonica del farmaco in esame, conteneva anche la raccomandazione al paziente di sottoporsi a visita di controllo, per determinare le scelte terapeutiche e la posologia successiva, anche in tal caso contribuendo, tale precisa indicazione terapeutica, a rafforzare la consapevolezza circa l'esigenza di monitorare le fasi successive del processo di convalescenza e di guarigione, non scontata, e necessitante di controlli".

Un tale percorso argomentativo non può essere seguito, né le implicazioni che la Corte di merito ne ha fatto scaturire, sono condivisibili.

Queste le ragioni.

Sono principi ormai acquisiti nella giurisprudenza della Corte di cassazione i seguenti.

Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. Senza il consenso informato l'intervento del medico è - al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente.

Il consenso informato ha come correlato la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche, nell'eventualità, di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla.

Secondo la definizione della Corte costituzionale 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.

La responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende a) dalla condotta omissiva tenuta in relazione all'adempimento dell'obbligo di informazione in ordine alle prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto b) dal verificarsi - in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa - di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente.

Non assume, invece, alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno.

Ciò perché, sotto questo profilo, ciò che rileva è che il paziente, a causa del deficit di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica.

In ordine alle modalità e caratteri del consenso, è stato affermato che il consenso deve essere, anzitutto, personale: deve, cioè provenire dal paziente, (ad esclusione evidentemente dei casi di incapacità di intendere e volere del paziente); deve poi essere specifico e esplicito (Cass. 23.5.2001 n. 7027); inoltre reale ed effettivo; ciò che vuoi significare che non è consentito il consenso presunto; e, ancora, nei casi in cui ciò sia possibile, anche attuale. Infine, il consenso deve essere pienamente consapevole, ossia deve essere "informato", dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico.

Se questi sono i principi che si applicano in materia di consenso informato, è di tutta evidenza che le indicazioni fornite sul punto dalla Corte di merito, in quanto sostanzialmente fondate soltanto su argomenti di natura presuntiva, non possano essere seguite.

La sentenza impugnata confonde il consenso presunto con la prova di un consenso reale ed effettivo. Si ha consenso presunto - come tale inammissibile - nel caso in cui si ritiene che il soggetto in quel dato contesto situazionale avrebbe sicuramente dato il consenso se gli fosse stato richiesto.

Si ha, invece, prova mediante indizi del consenso prestato quando realmente in un certo momento temporalmente definito c'è stata effettiva richiesta ed effettiva prestazione del consenso. Solo che la prova di tale consenso viene data, non attraverso un documento scritto, ma attraverso testimonianze ed indizi.

*A scanso di equivoci va aggiunto che - dati i valori in gioco - non esiste un **consenso tacito per facta concludentia**.*

Il consenso deve tradursi in una manifestazione di volontà effettiva e reale.

È la prova del consenso che - in caso di impossibilità di prova documentale - può essere fornita con altri mezzi.

Come dire che il consenso informato non richiede la prova scritta ad substantiam, ma richiede comunque una manifestazione reale, cioè concretamente avvenuta hic et nunc.

Chiariti i termini giuridici della questione, si nota subito come molti degli argomenti della sentenza impugnata siano irrilevanti.

In sostanza, l'argomento principale della sentenza può essere stilizzato come segue: il paziente era un medico, quindi aveva le cognizioni scientifiche necessarie per rendersi conto del trattamento cui veniva sottoposto; faceva parte della stessa struttura ospedaliera e quindi aveva un contatto frequente con i medici curanti; ora, se docilmente si è sottoposto alla cura, questo vuoi dire che era d'accordo; cioè si è sottoposto cura, questo vuoi dire che era d'accordo; cioè si è sottoposto volontariamente alla terapia nella consapevolezza (derivante dalle sue cognizioni mediche) dei rischi della stessa.

L'argomento è all'evidenza irrilevante perché -anche se fondato- ci porterebbe direttamente al consenso presunto.

Infatti, l'argomento non dimostra che effettivamente vi fu una richiesta di consenso e una prestazione di consenso.

L'argomento dimostra soltanto che i medici hanno, in buona fede, presunto che il paziente fosse d'accordo.

Ma la legge richiede ben altri e più rigorosi requisiti.

In questa prospettiva si appalesano irrilevanti ulteriori argomenti.

A questo punto, ci si deve domandare se questo assetto di regole e di condotte muti in considerazione della qualità del paziente che deve fornire il consenso; ciò che vorrebbe dire che i principi si atteggiano diversamente, pervenendo perfino ad escludere rilevanza causale alla mancanza di consenso informato in caso di paziente "medico". La risposta è negativa.

La finalità dell'informazione che il medico è tenuto a dare è quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente, il quale sarà libero di accettare o rifiutare la prestazione medica. È, quindi, evidente l'irrilevanza della qualità del paziente al fine di escluderne la doverosità.

La qualità del paziente potrà, invece, incidere sulle modalità di informazione - informazione che si sostanzia in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente - con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e che, nel caso di paziente-medico, potrà essere parametrata alle sue conoscenze scientifiche in materia.

E ciò in particolare nel caso in esame, se - come risulta non contestato - la complicanza iatrogena dovuta al trattamento cortisonico e causatrice della necrosi delle due teste del femore - era da considerarsi frequente in caso di trattamenti del genere.

In tal modo, il paziente sarebbe stato in grado di scegliere se proseguire o meno la terapia indicata, o, eventualmente, preferire un farmaco diverso, di minore durata e con un dosaggio più contenuto. Erra, pertanto, la Corte di merito quando, sotto questo profilo, afferma non potersi escludere "la rilevanza della qualità rivestita dal paziente - medico anch'egli, in qualità di radiologo, presso la stessa struttura sanitaria in cui era stato ricoverato" ai fini di ritenere raggiunta la prova della sua consapevole adesione al trattamento, pur in assenza... di una dichiarazione scritta"; e su tale base presume "che, al di là delle comunicazioni protocollari, il caso clinico, in specie, anche per il suo

intrinseco interesse, sia stato ampiamente discusso e approfondito, con lo stesso paziente, allorché uscito dalla fase critica, dai medici della struttura nonché colleghi di lavoro del S. ".

Ma il ragionamento presuntivo - di cui si è già detto - parte da un fatto noto per ritenere raggiunta la prova di quello ignoto.

Ciò che difetta, nella specie, è la notorietà di quello considerato noto, che si basa, anch'esso, su di una presunzione; come visto, due presunzioni ininfluenti al fine di ritenere prestatato il richiesto consenso alla terapia adottata.

Ancora, non sono condivisibili le argomentazioni - di cui la Corte di merito fa largo uso nelle sue considerazioni - basate sui principi della "consapevolezza e la conoscenza", che sono soltanto conseguenza di un consenso, ma non l'essenza stessa del consenso.

Sono, quindi, le modalità - ossia il quomodo delle informazioni che il medico deve fornire - che possono variare in considerazione del grado di conoscenze specifiche del paziente; il consenso, però, non può essere presunto, ma deve essere effettivo.

A questo punto, l'ulteriore passo da effettuare è stabilire a chi incomba l'onore di provare l'avvenuto od il mancato adempimento dell'obbligo di informazione.

Sotto questo profilo, è ormai principio incontestato che l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, determini l'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale.

Con la conseguenza che, una volta effettuata la diagnosi in esecuzione del contratto, l'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento - al fine di ottenere il necessario consenso all'esecuzione della prestazione terapeutica - costituisce un'obbligazione, il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente.

Dunque, dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente.

Erra, pertanto, la Corte di merito quando afferma che l'attore non ha provato di "non avere affatto ricevuto, o comunque acquisito una sufficiente conoscenza dei rischi cui era esposto ed una tale prova incombeva all'attore"; con ciò onerando di una tale prova - oltretutto negativa e contraria al principio di vicinanza alla prova di cui all'art. 24 Cost. - il paziente.

Questi gli snodi argomentativi che la Corte di merito ha in modo erroneo trattato e che l'hanno condotta ad una conclusione non in linea con i principi enunciati.

Alla luce degli stessi, il giudice del rinvio dovrà esaminare la vicenda in questione.

Alcuni corollari.

Corollario di quanto fin qui detto è che il rispetto dell'autodeterminazione del paziente - che è ciò che si vuole tutelare, con il conseguente risarcimento del danno per mancato consenso - deve essere valutato in concreto, tenendo presenti le reali possibilità di scelta che si ponevano di fronte al paziente, nel caso in cui fosse stato adeguatamente informato.

A ciò consegue che la rilevanza causale del mancato consenso sussiste soltanto quando una tale disinformazione abbia comportato una scelta terapeutica che, altrimenti, sarebbe stata, con alta probabilità, rifiutata o modificata dal paziente stesso.

Ciò vuoi dire che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno, nelle obbligazioni così dette di comportamento, non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.

Il che comporta: a) da un lato, la necessità, per la parte istante, di allegare un inadempimento, per così dire qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno; b) che la sussistenza del nesso eziologico va indagata, non solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento o terapia adottata e pregiudizio della salute, ma - ove sia allegata la violazione del consenso informato - anche in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico, per non aver informato il paziente, ed esecuzione dell'intervento o adozione di una determinata terapia.

Sempre nell'ottica che il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute; con la conseguenza di un risarcimento fondato su diverso titolo in ipotesi di violazione del primo, ma non del secondo.

La risarcibilità del danno da lesione della salute, che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'intervento medico necessario o della terapia adottata, entrambi correttamente eseguiti, ma senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli, dunque, in assenza di un consenso consapevolmente prestatato, richiede l'accertamento che il paziente avrebbe rifiutato quel determinato intervento o quella terapia se fosse stato adeguatamente informato.

Conclusivamente, il ricorso è accolto, la sentenza è cassata, e la causa rinviata alla Corte d'Appello di Torino in diversa composizione».

venne convenuta a giudizio l'azienda ospedaliera chiedendo la condanna al risarcimento dei danni per lesioni ossee da patologia articolare femorale e gravi postumi delle stesse subito quale diretta conseguenza della terapia cortisonica somministrata al paziente. Nel caso in esame, il malato non era stato informato delle particolari complicanze, poi effettivamente insorte, non essendo quindi stato messo nella condizione di prestare un valido consenso. L'azienda ospedaliera giustificava tale mancanza sostenendo che, essendo il paziente un medico radiologo, egli conoscesse i rischi della terapia e dando per implicito il suo consenso nonostante ciò.

La Legge prevede inoltre dei casi in cui deve escludersi la libertà di forma per la manifestazione del consenso²⁰⁵: il Decreto del Presidente della Repubblica n. 409 del 16 giugno 1977 in materia di trapianti di organi e parti del corpo²⁰⁶; la Legge n. 135 del 5 giugno 1990 sui programmi ed interventi per la lotta e la prevenzione dell'AIDS²⁰⁷; il Decreto dei Ministri del 15 gennaio 1991 circa i protocolli per l'accertamento dell'idoneità del donatore di sangue²⁰⁸.

²⁰⁵ Articolo 1 Legge 219 del 2017, comma 11:

«È fatta salva l'applicazione delle norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti sanitari».

²⁰⁶ Articolo 9:

«La direzione sanitaria dell'ente o istituto ove è stato ricoverato un probabile donatore comunica tempestivamente al sanitario responsabile delle operazioni di prelievo le generalità ed il recapito dei soggetti previsti dall'art. 6, secondo comma, della legge 2 dicembre 1975, n. 644.

Il sanitario predetto o personalmente o a mezzo di altro componente del gruppo preposto al prelievo è tenuto ad informare senza indugio gli interessati sulla necessità ed utilità del prelievo avvertendo che la mancata opposizione scritta nei termini fissati dalla legge consente il prelievo stesso».

²⁰⁷ Articolo 5 comma 3:

«Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse. Sono consentite analisi di accertamento di infezione da HIV, nell'ambito di programmi epidemiologici, soltanto quando i campioni da analizzare siano stati resi anonimi con assoluta impossibilità di pervenire alla identificazione delle persone interessate».

²⁰⁸ Articolo 1:

«Il donatore deve essere persona sana: la procedura per questo accertamento costituisce l'atto più importante della selezione.

Essa si articola nei seguenti tempi successivi:

*a) compilazione di una scheda di accettazione e firma di consenso su modulo allegato
b) raccolta ad ogni donazione di dati anamnestici (risposte alle domande contenute nel modulo di consenso) -
c) esame obiettivo;
d) esami di laboratorio.
e) altre indagini cliniche e strumentali a giudizio del medico».*

Come ha affermato anche la Corte di Cassazione nella sentenza sopra riportata²⁰⁹, l'informazione che il medico deve dare al malato, non è stata ancorata a parametri oggettivi ma deve essere personalizzata: come dice Marianna Rinaldo, «*deve essere cucita a misura del destinatario, in base alle sue capacità intellettive, tenendo in considerazione anche il fattore emotivo*»²¹⁰.

Il medico non può quindi esimersi dal dare ulteriori e specifiche informazioni tenendo conto anche delle domande del paziente: se questo non avvenisse, verrebbe elusa la normativa che è volta a costruire una relazione di fiducia medico-paziente ed inoltre residuerebbe un eventuale responsabilità del medico.

Come stabilisce l'articolo 1 c. 4 della Legge, il consenso può venire in qualsiasi momento revocato, provocandone se necessario anche l'interruzione dei trattamenti già intrapresi²¹¹.

Il consenso deve essere libero e spontaneo: non devono essere intervenuti nel formare la volontà del paziente fattori vizianti. Per consenso libero si intende privo di qualsiasi genere di costrizioni sia da parte dei familiari che del medico; invece, per spontaneo si intende l'assenza di pressioni che siano in grado di incidere sulla volontà del malato andandola ad influenzare.

Il consenso/dissenso è viziato qualora sia stato prestato in seguito di violenza o minaccia²¹².

Mentre in materia negoziale, la violenza e il dolo integrano gli estremi del vizio della volontà comportando l'annullabilità degli atti²¹³, per quanto

²⁰⁹ Corte di Cassazione sentenza n. 20894 del 27 settembre 2012.

²¹⁰ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 50.

²¹¹ «*Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare.*

Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

²¹² Tesi sostenuta dalla Dottoressa Marianna Rinaldo in *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 53.

²¹³ Articolo 1427 del Codice Civile:

Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti.

riguarda la sottoscrizione del consenso informato, è difficile ipotizzare casi di violenza fisica soprattutto da parte del medico; quindi, potrebbe trattarsi piuttosto di casi di minaccia. Quest'ultima, nella disciplina contrattuale, non sempre è tale da determinare l'invalidità dell'atto: può infatti annullarsi il contratto solo se la minaccia soddisfa i requisiti previsti dall'articolo 1435 del Codice Civile²¹⁴.

Il male minacciato dovrà quindi essere ingiusto oltre che notevole e potrà riguardare la vittima stessa, il coniuge, un discendente o un ascendente. Può inoltre essere riferibile non solo alle suddette persone ma anche ai beni di queste. Nel valutare se una minaccia comporta l'invalidità dell'atto deve verificarsi se tale minaccia fa impressione ad una persona sensata, tenendo in considerazione il genere, l'età, la sua condizione ecc.

Nel dolo invece per ottenere l'annullamento dell'atto si deve vedere se è presente sia l'elemento soggettivo ossia che la persona che ha attuato il raggio, lo abbia fatto con la volontà di raggirare e l'elemento oggettivo ovvero che il dolo deve essere stato determinante il consenso all'atto.

Ci si è chiesti se nel caso del consenso informato, essendo un atto personalissimo, si possa applicare la disciplina contrattuale appena enunciata o debba essere applicata una disciplina meno restrittiva visto anche la fragilità emotiva del malato che potrebbe influenzare il consenso o dissenso. Si potrebbe infatti verificare il caso in cui, sebbene la minaccia non faccia impressione alla maggior parte dei consociati, il malato che è in una condizione di fragilità ne avverta il peso.

Anche il timore reverenziale, ossia la situazione di soggezione psicologica di un soggetto verso un altro, disciplinato dal Codice Civile all'articolo 1437²¹⁵, non comporta l'annullamento del contratto. Questo può applicarsi al malato che, essendo in una situazione di fragilità, si affida totalmente al medico quasi lasciando che sia egli a decidere?

²¹⁴ «La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone».

²¹⁵ «Il solo timore riverenziale non è causa di annullamento del contratto».

Ciò crea problematiche non da poco: il medico dovrebbe assumere anche il ruolo di interprete cercando di capire se il consenso o dissenso è effettivamente la volontà del malato o meno, e se ammettiamo che il vizio del consenso si ha anche, a differenza della disciplina contrattuale, nei casi di timore reverenziale, questi potrebbe anche usando l'ordinaria diligenza ed essendo in buona fede, ignorare che il consenso è stato dato o negato perché "influenzati" da egli. Sembra eccessivo far gravare sul medico anche il compito di indagare sulla genuinità del consenso.

Delineare i confini dell'adeguatezza informativa non è un'operazione semplice: questo è però di estrema importanza per comprendere se il dovere informativo posto a tutela dei diritti fondamentali (quali quello alla salute e all'autodeterminazione individuale), è stato assolto. Dall'altro lato ciò è rilevante per comprendere se sussiste o meno la responsabilità del medico per omesse o incomplete informazioni. L'omessa informazione lede infatti la libertà di scelta della persona in merito all'accettazione o al rifiuto della cura e allo stesso tempo determina un'ingiustificata ingerenza sull'integrità fisica del paziente da parte del medico.

Circa il contenuto dell'informazione non sussistono previsioni specifiche all'interno della Legge 219 del 2017, nella quale all'articolo 1 c. 3 si precisa che *«Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico»*.

Essendo questo un principio generale, il quantum del contenuto informativo deve essere calibrato in base al caso concreto.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica era intervenuto con un parere²¹⁶ stabilendo che nel caso di malattie importanti e di procedimenti diagnostici e terapeutici prolungati il rapporto tra medico e paziente non può essere limitato ad un unico incontro. Con tale disposizione comprendiamo che il Comitato voleva rimarcare l'importanza della completezza delle informazioni e delle modalità con cui queste vengono trasmesse, non ponendo invece l'accento sulla quantità numerica degli incontri medico-paziente.

Il contenuto dell'informazione deve essere esaustivo e trasmesso in modo tale che il destinatario comprenda quanto il medico sta affermando. Inoltre, in caso di operazioni complesse che si sviluppano in varie fasi, è necessario specificare per ognuna di esse i fattori di rischio. Ciò è stato sottolineato dal Tribunale di Milano, il quale chiamato in causa per il risarcimento dei danni per una grave disфонia a seguito di una scorretta manovra di intubazione ad opera dei medici anestesisti dell'Ospedale San Raffaele,²¹⁷ ha ribadito che il consenso prestato dal paziente per il

²¹⁶ Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 20 giugno 1992.

²¹⁷ «Con citazione notificata il 14.3.1996 A.G. conveniva davanti al tribunale di Milano la F.C.S.R.D.M.T., onde ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'inadeguata manovra di intubazione da parte degli anestesisti dell'Ospedale S. Raffaele, ove era stato operato l'1.2.1994 per artroprotesi all'anca destra, a seguito del quale intervento riportava grave disфонia.

Si costituiva la convenuta Fondazione e chiedeva il rigetto della domanda.

Veniva quindi disposto supplemento di consulenza tecnica, anche al fine di accertare la necessità del consenso informato nei confronti del A.G., in merito alla possibilità di aggravamento delle sue condizioni di voce a seguito del trattamento anestesilogico e dell'intervento.

Il tribunale rigettava la domanda.

Proponeva appello il A.G., insistendo in particolare sulla responsabilità della convenuta per mancanza di consenso informato in relazione al trattamento anestesilogico, da cui sarebbe derivato il danno fonetico.

La Corte di appello di Milano, con sentenza depositata il 5.5.2000, rigettava la domanda.

Riteneva la corte di merito che, sulla base della consulenza tecnica effettuata dal prof. M., emergeva che non esisteva un nesso di causalità materiale tra il trattamento di intubazione orotracheale subito dal A.G. e la paralisi ricorrente sinistra, che, manifestatasi una prima volta l'1.2.1994, delineava come del tutto probabile una eziopatogenesi naturale (ectasia aortica); che eguale conclusione si traeva anche dal supplemento della c.t.u. con la conseguenza che non poteva accogliersi la domanda di risarcimento del danno da mancanza di consenso informato, poiché il trattamento, su cui non era stata fornita l'informazione al paziente, non era causa del danno lamentato. La sentenza impugnata ha ritenuto di dover condividere dette conclusioni del c.t.u., essendo le stesse confortate da una completa acquisizione dei dati di fatto e da un'attenta valutazione degli stessi.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'attore.

Diritto

1. Con il primo motivo di ricorso il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., in relazione agli artt. 195 e 196 c.p.c.

Assume il ricorrente che la sentenza è contraddittoria, perché, dopo aver dato atto che l'intervento chirurgico comportava il rischio di aggravamento delle alterazioni della fonazione, avrebbe poi escluso l'obbligo di informazione, perché tale obbligo non si estende ai rischi anomali o non prevedibili; che, così operando, la sentenza impugnata si è discostata dal principio che impone ai sanitari il dovere di informazione in tutti i casi di prevedibilità e possibilità di rischi, anche ridotti. Secondo il ricorrente il giudice di appello non avrebbe valutato correttamente le certificazioni mediche prodotte e la relazione del consulente di parte, che metteva in risalto come il trattamento anestesilogico avrebbe potuto aggravare le condizioni della voce e che, quindi, si trattava di un rischio prevedibile, di cui il A.G. doveva essere informato.

2.1. Ritiene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato.

Osserva preliminarmente questa Corte che nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32 comma 2 della Costituzione, a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall'art. 13 cost., che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dall'art. 33 della l. 23 dicembre 1978 n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità (art. 54 c.p.).

2.2. La responsabilità e i doveri del medico non riguardano solo l'attività propria e dell'eventuale "équipe", che a lui risponde, ma si estende allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività, e si traduce in un ulteriore dovere di informazione del paziente. Il consenso informato - personale del paziente o di un proprio familiare - in vista di un intervento chirurgico o di altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non riguardano soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma riguardano anche la concreta, magari momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un'altra.

L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve temperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remota eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento, evitando quindi quella che la giurisprudenza francese definisce una "réaction dangereuse" del paziente. Assume rilevanza, in proposito, l'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga edotto di rischi, anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita.

2.3. L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico - scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi.

Sotto un altro profilo è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in équipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentano, nelle varie fasi, rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi (ad esempio quella dell'anestesia) assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse, a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l'obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi ed ai rispettivi rischi.

2.4. Applicando tali principi al caso concreto, se è vero che la richiesta di uno specifico intervento chirurgico avanzata dal paziente può farne presumere il consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive che vi sono connesse, ed in particolare al trattamento anestesilogico, allorché più siano - come nel momento presente - le tecniche di esecuzione di quest'ultimo, e le stesse comportino rischi diversi, è dovere del sanitario, cui pur spettano le scelte operative, informarlo dei rischi e dei

trattamento sanitario, non si estende anche alle procedure di preparazione allo stesso, ma queste devono essere oggetto di un ulteriore e specifico consenso.

vantaggi specifici ed operare la scelta in relazione all'assunzione che il paziente ne intenda compiere. 3. Sennonchè non è l'inadempimento da mancato consenso informato che è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno consequenziale, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c. Ne consegue che, se non sussiste un rapporto causale tra l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie e l'intervento sanitario, non può darsi luogo ad alcun risarcimento del danno.

Infatti, è risarcibile solo il danno eziologicamente collegabile all'inadempimento.

4.1. Nella fattispecie, contrariamente all'assunto del ricorrente, la sentenza impugnata, anzitutto non ha mai riconosciuto che il A.G. fosse un soggetto a rischio aumentato di danno iatrogeno da intubazione protratta, ma si limita a riportare tra virgolette tale assunto, effettuato dal consulente di parte.

Inoltre, il giudice di appello, riportandosi alle conclusioni del c.t.u. ha ritenuto che non fosse provato un nesso di causalità materiale tra il trattamento di intubazione orotracheale subito dal A.G. e la paralisi ricorrente sinistra, che manifestatasi una prima volta l'1.2.1994, delineava come del tutto probabile una eziopatogenesi naturale (ectasia aortica). La stessa sentenza, riportandosi al supplemento della c.t.u. in merito alle osservazioni mosse dal c.t. parte ed al dovere di informazione, ha ritenuto che non potessero essere condivise le osservazioni del c.t. di parte e che pertanto non risultava provato non solo il nesso di casualità tra la manovra di intubazione e la dissonia, ma anche tra detta manovra ed una temporanea evidenziazione o accentuazione sintomatologica.

La corte territoriale ha ritenuto di dover condividere dette conclusioni del c.t.u., essendo le stesse confortate da una completa acquisizione dei dati di fatto e da un'attenta valutazione degli stessi.

4.2. Osserva questa corte che il giudice di merito che riconosce convincenti le conclusioni del consulente tecnico non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni che lo inducono a fare propri gli argomenti dell'ausiliare se dalla indicazione della consulenza tecnica possa desumersi che le contrarie deduzioni delle parti siano state rigettate, dato che in tal caso l'obbligo della motivazione è assolto con l'indicazione della fonte dell'apprezzamento espresso. Quando, invece, i rilievi all'operato del consulente tecnico sono stati avanzati dopo il deposito della relazione (e non hanno ricevuto risposta, quindi, in tale relazione), il giudice che ritiene di uniformarsi al parere del consulente tecnico non può sottrarsi, se gli argomenti sono specifici, puntuali e suffragati da elementi di prova, al dovere di esporre le ragioni per le quali ha ritenuto infondati questi rilievi.

4.3. Tuttavia, se il giudice riconvoca il c.t.u. per un supplemento di consulenza, relativamente ai rilievi mossi dalle parti alla relazione di consulenza, ed il giudice si riporti anche a detto supplemento di consulenza, vale ancora una volta il primo principio suddetto, per cui il giudice non è tenuto ad indicare in modo articolato e specifico le ragioni per cui ritenga di non condividere le osservazioni critiche delle parti, allorchè attraverso gli opportuni richiami agli elaborati del c.t.u. (ivi compreso quello di risposta alle censure) lasci desumere che le contrarie deduzioni sono state disattese.

Ne consegue che non sussiste il lamentato vizio motivazionale né l'assunta violazione degli artt. 195 e 196 c.p.c.

5. Il rigetto del primo motivo di ricorso comporta il rigetto anche del secondo motivo, con cui si lamenta la violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., in relazione agli artt. 2236, 2043 e 2055 c.c., ritenendo il ricorrente sussistente una responsabilità solidale tra i sanitari e la struttura ospedaliera, ai sensi delle predette norme.

Infatti, detto motivo presuppone che sussista un nesso causale tra l'intervento di intubazione ed il danno da afonia lamentato dal ricorrente, con la conseguenza che, essendo stato escluso definitivamente in punto di fatto detto rapporto eziologico con il rigetto del primo motivo, risulta infondata ogni censura attinente al mancato riconoscimento della responsabilità solidale tra l'equipe medica e la struttura ospedaliera.

6. Il ricorso va, pertanto, rigettato».

L'informazione deve inoltre essere sempre veritiera: il paziente deve quindi essere messo a conoscenza della sua diagnosi, dei trattamenti ai quali sarà sottoposto, le alternative terapeutiche e di estrema importanza è anche l'informazione relativa il caso di rinviare l'intervento o di eseguirlo in una struttura sanitaria diversa dove sono presenti macchinari al passo con il progresso tecnologico²¹⁸.

²¹⁸ «Il 25 giugno 1983, nell'ospedale S. Giovanni Evangelista della USL RM 26 di Tivoli, nacque un bambino che risultò poi affetto da menomazioni irreversibili a carico del sistema nervoso centrale, con conseguente doppia emiplegia spastica e grave pregiudizio delle funzioni psichiche. A seguito della insorta sindrome di West, gli fu diagnosticata tetraparesi spastica con note di ritardo mentale, di gravità tale da renderlo totalmente dipendente dai genitori.

Nel 1988 i genitori E.B. e D.P., in proprio e in rappresentanza del figlio minore Emanuele B., convennero in giudizio la USL, il primario della divisione ostetrica prof. P.V., nonché il dott. A.T. e l'ostetrica D.M. (i quali ultimi avevano assistito al parto) chiedendo il risarcimento dei danni derivati dalle lesioni subite dal minore al momento della nascita a causa della grave asfissia neonatale della quale aveva sofferto per addotti errori o omissioni di diagnosi, di cura e di intervento compiuti dal personale responsabile.

Riferirono, in particolare, che alle 18,10 del 20 giugno 1983, a seguito della rottura della membrana verificatasi alle ore 17 dello stesso giorno, la signora P. era stata ricoverata presso la divisione di ostetricia della predetta struttura sanitaria con diagnosi di "parto prematuro"; che nei giorni successivi era stata sottoposta a sommarie visite nel corso delle quali le era stato assicurato che non ci sarebbero state difficoltà, benché ella ininterrottamente soffriva di dolori di travaglio; che, finalmente, alle 20,10 del 25 giugno 1983, dopo un travaglio che durava dalle ore 5,35 del mattino, si era verificato il parto con l'espulsione spontanea di un feto di sesso maschile, del peso di Kg. 1,750.

2. Con sentenza del 18 dicembre 1993 l'adito Tribunale di Roma, sulla scorta delle espletate consulenze tecniche d'ufficio e della acquisita documentazione clinica, accertò:

- che la prematurità del feto, tra 32 e 33 settimane di età al momento della nascita, non avrebbe, in sé, costituito un fattore di rischio se non si fosse verificata una grave asfissia al momento della nascita, culminata in un arresto cardiocircolatorio;

- che non era stato effettuato un monitoraggio sistematico e continuo durante i cinque giorni di permanenza della puerpera prima del parto e durante il travaglio, in quanto **l'apparecchio necessario, il cardiocrografo, era guasto;**

- che il periodo dilatante era stato troppo lungo e non era stato tempestivamente accelerato, dato che alle ore 15,30 - con un travaglio iniziato alle 14,10, o addirittura alle 5,35 secondo i dati della cartella neonatale - la dilatazione era di cm. 7, che era rimasta invariata dopo due ore e che era apparsa finalmente completa solo alle 19,30, dopo la somministrazione di ossitocina effettuata alle 18,30.

Ritenne che, in un contesto connotato da carenza di controlli durante il ricovero in relazione alla immaturità del feto ed alla omessa accelerazione della prima (dilatazione) e della seconda (espulsione) fase del parto, la responsabilità del primario prof. V. derivasse dal non avere egli mai visitato la paziente, né impartito le istruzioni e le direttive che il caso richiedeva subito dopo l'inizio del travaglio; quella del dott. T., che aveva seguito privatamente la puerpera prima del ricovero e che era entrato in servizio venti minuti prima della nascita del bambino, dalla condotta colposa afferente al periodo compreso tra il ricovero ed il trasporto della signora P. in sala parto, nonché dal ritardo nell'apprestamento delle cure da parte dell'équipe; quella della USL dal suo inadempimento contrattuale, provocato dall'opera dei medici di cui si era avvalsa la struttura ospedaliera.

Condannò, dunque, solidalmente i predetti al risarcimento dei danni subiti dagli attori nella misura complessiva di L. 1.121.728.000, mandando assolta da ogni pretesa risarcitoria l'ostetrica.

3. La sentenza fu impugnata da tutti i convenuti soccombenti.

Espletata altra consulenza tecnica, con sentenza n. 1749/98 la Corte d'Appello di Roma ha parzialmente riformato la sentenza, rigettando la domanda nei confronti del dott. T. e condannando il prof. V. e la USL RM 26.

Ha ritenuto la Corte di merito - condividendo le conclusioni della ulteriore consulenza tecnica espletata in secondo grado - che le condizioni del feto, in considerazione della prematurità e della rottura anticipata delle membrane, avrebbero richiesto durante il periodo di ricovero un monitoraggio continuo ed un'assidua vigilanza al fine di evitare rischi del tutto prevedibili; che, essendo guasto il cardiocografo, non era sufficiente che il feto fosse auscultato solo una o due volte al giorno, come era avvenuto; che il travaglio non avrebbe dovuto superare le 8/10 ore, mentre si era protratto dalle 5,35 alle 20,10; che troppo lunga era stata anche la fase dilatante, tardivamente accelerata solo alle 17,30; che, completatasi la dilatazione alle 18,30, la fase espulsiva si era inopportunamente prolungata oltre l'ora consigliata come limite per non incorrere in un'accentuazione dei rischi di ipossia fetale; che, conclusivamente, i metodi ed i protocolli applicati non erano stati adeguati alle particolarità del caso, segnatamente dalle ore 14,30 in avanti, quando avrebbe dovuto essere affrettato il più possibile il momento della nascita, trattandosi di feto prematuro e dismaturo.

La Corte d'Appello ha, in particolare ritenuto:

a) in ordine al motivo d'appello col quale P.V. si era doluto che gli fosse stato addebitato di non aver controllato l'attività dei medici subordinati e di non aver visitato personalmente la puerpera durante la sua degenza, sostenendo di non esservi tenuto in qualità di primario, che egli avesse invece violato i doveri propri del primario ospedaliero, quali risultano dall'art. 63 del D.P.R. n. 761 del 1979;

b) che la responsabilità della USL derivasse dal fatto che non era stata diligentemente adempiuta l'obbligazione contrattuale assunta nei confronti della signora P., essendo "emerso che l'evento si era prodotto per disfunzioni della struttura ospedaliera, quali la carenza di un cardiocografo funzionante e l'operato carente dei sanitari dipendenti dell'ospedale stesso".

c) che quella del dott. T. dovesse essere esclusa per avere egli preso servizio pochi minuti prima del parto, quando il travaglio volgeva ormai al termine e la ravvisata inadeguatezza degli interventi aveva già prodotto i gravi difetti di cui s'è detto (al contempo giudicando una mera illazione l'ipotesi del Tribunale che il parto potesse non essere stato accelerato proprio per attendere il suo arrivo);

d) che il Tribunale aveva correttamente liquidato il danno subito dal minore e che la sentenza non era inoltre censurabile per aver riconosciuto ai genitori il danno morale da loro direttamente subito per le lesioni patite dal figlio, che ne avevano in misura estrema compromesso la qualità di vita, sostanzialmente ridotta a livello vegetativo.

4. Avverso detta sentenza ricorre per cassazione P.V. sulla base di due motivi, cui resistono con controricorso E.B. e D.P., anche quali esercenti la potestà sul minore Emanuele B., i quali impugnano incidentalmente la sentenza con un unico motivo, dolendosi della statuizione con la quale è stata esclusa la responsabilità del dott. T.

Resistono con distinti controriscorsi anche la USL RM G di Tivoli (succeduta alla USL RM 26), che propone inoltre ricorso incidentale affidato a tre motivi, ed A.T.

Motivi della decisione

1. I ricorsi vanno riuniti siccome proposti avverso la stessa sentenza.

Il ricorso principale di P.V. ed il ricorso incidentale di E.B. e D.P.

2. Va preliminarmente dato conto che infondatamente i controriscorsi E.B. e D.P. prospettano l'inammissibilità del ricorso principale nei confronti del figlio minore in quanto a loro notificato solo in proprio e non anche quali esercenti la potestà, sicché, in relazione alla scindibilità delle rispettive posizioni processuali, la sentenza sarebbe passata in giudicato nei confronti di Emanuele B.

Premesso che il ricorso è stato proposto, come testualmente risulta dalla sua epigrafe, nei confronti di "E.B. e D.P. in proprio nonché in qualità di esercenti la potestà sul minore", del tutto puntualmente il ricorrente rileva che poiché, a mente dell' art. 75 c.p.c., le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate secondo le norme che regolano la loro capacità, le persone fisiche che hanno la rappresentanza legale dell'incapace ne hanno anche la rappresentanza processuale, con la conseguenza che gli atti del processo, ancorché diretti a quest'ultimo, vanno notificati esclusivamente alle prime (cui non avrebbe avuto alcun senso consegnare un'ulteriore copia del ricorso).

3.1. Col primo motivo del ricorso principale è denunciata "violazione e falsa applicazione dell'art. 63 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, con particolare riguardo al profilo concernente le attribuzioni spettanti, nelle singole posizioni funzionali, al personale medico dipendente di un ente pubblico ospedaliero, con conseguente omessa o insufficiente motivazione su punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, n. 3 e n. 5, c.p.c."

Il ricorrente prof. V., premesso che la Corte è giunta al risultato paradossale di dichiarare responsabile l'unico medico assente durante l'intero arco di svolgimento dei fatti, nega che al primario possa imputarsi, in relazione soltanto alla qualifica funzionale da lui rivestita, qualsiasi atto compiuto dal personale appartenente all'unità assegnatagli.

Lamenta che, a fronte delle osservazioni della consulenza svolta in grado di appello, che aveva posto in rilievo il rischio di importanti modificazioni degli organi che possono prodursi quando il feto (prematuro) subisce uno stress da travaglio (al quale il V. non aveva presenziato, non essendovi tenuto), la Corte di merito abbia tuttavia fatto illogicamente discendere la sua responsabilità dalla mancata, continua rilevazione del battito cardiaco del feto durante i giorni del ricovero precedenti il travaglio, senza peraltro correlativamente affermare che quel preventivo comportamento, tra l'altro precluso dalla impossibilità di far uso del cardiocitografo perché guasto, avrebbe impedito l'evento. Il quale, invece, si era verificato - secondo quanto ritenuto dai consulenti e condiviso dalla Corte di Appello - per la mancata accelerazione del parto nel contesto determinatosi dalle ore 14,30 in avanti, e dunque in un arco temporale nel quale il primario prof. V. non aveva avuto, siccome assente, alcuna possibilità di incidere sul corso degli eventi.

Né i presupposti fondanti della responsabilità del primario potevano essere ricercati nel disposto dell'art. 63 del D.P.R. n. 761 del 1979, come ritenuto dalla Corte di merito laddove aveva affermato che tale norma era stata correttamente richiamata dai primi giudici. Nell'ambito dei compiti del primario il menzionato art. 63 distingue, infatti, i casi in cui egli esercita "funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto dell'autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse" (quinto comma) da quelli in cui, assegnando a sé i pazienti ricoverati, "può avocarli alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali" (sesto comma). Sicché - continua il ricorrente - nell'esercizio del primo ordine di mansioni il primario, che nella specie non aveva avvocato a sé alcun potere, è bensì il garante della qualità complessiva dell'assistenza, ma non può essere considerato responsabile dei danni provocati al paziente da uno dei componenti dell'équipe nell'esercizio della propria (e dalla legge riconosciuta) autonomia professionale. Si configurerebbe altrimenti, e del tutto arbitrariamente, una ipotesi di vera e propria responsabilità oggettiva.

La Corte non avrebbe in realtà colto la vera portata della norma laddove aveva correlato la responsabilità del primario al mancato esercizio del potere di verifica; e non aveva neppure considerato che, essendosi il danno determinato per la mancata assunzione di iniziative d'urgenza da parte di coloro che avevano assistito la paziente durante il travaglio, non era logicamente configurabile una verifica che fosse suscettibile di impedire l'evento o di determinarne altro di minore gravità.

Del resto la Corte di cassazione, pur riconoscendo che il primario è investito di un vero e proprio dovere di controllo dell'attività diagnostica e terapeutica svolta dai medici che operano in sottordine, ha affermato che la responsabilità derivante dall'inosservanza di tale dovere non può assolutamente prescindere dal requisito della sua presenza al momento della verifica dell'evento dannoso (Cass., pen., 22 settembre 1989, n. 16741); ed ha altresì chiarito che l'esercizio dei poteri di cui al quinto comma dell'art. 63 (al contrario di quanto accade in caso di avocazione, ai sensi del sesto comma dello stesso articolo) lascia spazio all'autonomia professionale delle altre posizioni funzionali (Cass., pen., 13 maggio 1989, n. 7162), sicché non si può addossare al primario la responsabilità di atti per i quali la legge chiama invece direttamente a rispondere altri soggetti, volta che l'affidamento determina la responsabilità del medico affidatario per gli eventi a lui imputabili che colpiscano l'ammalato affidatogli (Cass., pen., 24 novembre 1994, n. 11696).

Quanto all'addebito della mancata visita della paziente, il ricorrente rileva che esso non avrebbe potuto impedire l'evento dannoso, dalla stessa sentenza ricollegato, d'altronde, alle modalità concrete con le quali il parto era stato gestito da altri, fra i quali il dott. T., che non si era adoperato perché il quadro clinico non si aggravasse benché avesse privatamente in cura la paziente da epoca antecedente al suo ricovero.

Incomprensibilmente, dunque, la Corte d'Appello aveva in aperto contrasto con la decisione assunta sul punto dai primi giudici, escluso la responsabilità di quest'ultimo sulla scorta delle considerazioni che il fatto non era ascrivibile alla sua condotta (a) in quanto egli era giunto "quando il travaglio volgeva al termine e l'inadeguatezza degli interventi aveva già prodotto i gravi risultati sopra esaminati" e, inoltre, (b) poiché il pregresso rapporto professionale che legava il dott. T. alla puerpera "non importava alcun obbligo a suo carico". A meno di ritenere che un paziente, non appena decida di rivolgersi ad una struttura pubblica, solo per questo meriti di essere abbandonato dal suo medico curante (che, pure, di quella struttura faccia parte), la Corte avrebbe dovuto considerare che proprio in virtù della puntuale conoscenza dello stato della paziente il dott. T. era tenuto prestarle maggiore attenzione, attivandosi ben prima di quanto avesse fatto perché il quadro clinico non si aggravasse. Egli era, al contrario, giunto in servizio appena venti minuti prima della nascita ed aveva conservato quell'atteggiamento "attendista" che aveva contraddistinto tutte le fasi precedenti il suo arrivo.

3.2. La censura è infondata per gli aspetti afferenti alla affermata responsabilità del prof. V. e fondata quanto al profilo concernente l'esclusa responsabilità del dott. T. (che viene esaminato, congiuntamente al ricorso incidentale B./P., sub 3.4.).

3.3. Le ragioni della ravvisata responsabilità del primario sono esposte a pagina 20 della sentenza gravata. Vi si legge: "non ha mai sottoposto personalmente a visita la paziente, né risulta che sia intervenuto in alcun modo secondo le precise prescrizioni riportate nella citata normativa, nonostante le particolari condizioni di prematuro e dismaturo del feto, ed ancor più l'indisponibilità del cardiocitografo, richiedessero una presenza attenta e vigile nell'impartire le istruzioni del caso e nel verificare che fossero coscienziosamente attuate, misure queste che non risulta dagli atti siano state effettuate. Ciò chiaramente costituisce quantomeno una concausa nella produzione dell'evento".

La Corte di merito ha dunque assunto che il primario, in relazione alla condizione di prematuro e dismaturo del feto ed alla indisponibilità del cardiocitografo, avesse il dovere di interessarsi al caso, di dare le opportune disposizioni e di verificare che esse fossero attuate.

Ora, è ben vero che l'art. 63 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 (Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali), richiamato dalla Corte di merito come parametro valutativo del comportamento del prof. V., non esaurisce la sua portata prescrittiva nella mera previsione che "il primario ospedaliero ha funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura mediante emanazione di istruzioni e direttive, nonché di controllo sull'attuazione della stessa"; e che il sesto comma stabilisce che "in particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali".

E però (a parte il rilievo che della evocata assegnazione ad altro medico non si rinviene alcun riferimento in sentenza e che il prof. V., cui competeva quale primario l'assegnazione ad altri, non afferma in questa sede di aver mai dedotto nelle fasi di merito che tanto era accaduto, né specificamente censura la sentenza per aver ommesso di considerare un punto che pure assume come decisivo, essendosi limitato in ricorso a prospettare la circostanza come vera) a tale norma non può conferirsi la valenza di esenzione del primario da ogni responsabilità per il solo fatto che il paziente ricoverato sia stato assegnato ad altro medico in sottordine. In tal caso, infatti, il medico assegnatario sarà investito delle responsabilità che gli derivano dalla sua posizione funzionale di aiuto o di assistente e sarà, per converso, in via generale affrancato da responsabilità se si sia limitato a collaborare, eseguendone le (ragionevoli) prescrizioni, col primario che abbia assegnato a sé stesso il paziente. Ma anche allorché il paziente sia stato assegnato ad altro medico, la responsabilità del primario può tuttavia ricollegarsi alla violazione del dovere di dare istruzioni e direttive adeguate al trattamento del caso e/o di verificarne la puntuale attuazione. Dovere che non è affatto eliso dalla "assegnazione" ad altri medici, del resto prevista da una disposizione (il citato art. 63) che, com'è reso palese dalla sua rubrica, concerne la "iscrizione dei profili professionali alle qualifiche funzionali e (le) attribuzioni del personale".

Assai più puntuale, ai fini che vengono in considerazione, è la norma di cui all'art. 7, D.P.R. 27 marzo 1969, n. 128 che, inserita nel capo III sui "servizi di diagnosi e cura", sotto la rubrica "attribuzioni dei primari, aiuti, assistenti", al terzo comma testualmente recita:

"Il primario vigila sull'attività e sulla disciplina del personale... assegnato alla sua divisione o servizio, ha la responsabilità dei malati, definisce i criteri diagnostici e terapeutici che devono

essere seguiti dagli aiuti e dagli assistenti, pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori, formula la diagnosi definitiva,...., dispone la dimissione degli infermi, è responsabile della regolare compilazione delle cartelle cliniche,....; cura la preparazione ed il perfezionamento tecnico-professionale del personale..."

La circostanza che tale disposizione non sia stata esplicitamente considerata dalla Corte di merito non comporta che la Corte di legittimità non possa tenerne conto per verificare se, anche alla sua stregua, il giudizio della Corte d'Appello sia stato conforme a diritto.

E la conclusione è senz'altro positiva sulla scorta degli accertamenti e delle valutazioni di fatto compiuti nelle fasi di merito, in quanto, se non può certo affermarsi che il primario sia responsabile di tutto quanto accade nel suo reparto, non essendo esigibile un controllo continuo e analitico di tutte le attività terapeutiche che vi si compiono, egli ha tuttavia il dovere di informarsi dello stato di ogni paziente ricoverato, di seguirne il decorso anche quando non provveda direttamente alla visita, di dare le istruzioni del caso o comunque di controllare che quelle impartite dagli altri medici siano corrette e adeguate. E ciò quand'anche abbia affidato l'ammalato ad un medico in sottordine (il che, peraltro, come s'è sopra rilevato, non è stato provato nel caso di specie), volta che l'affidamento determina la responsabilità del medico affidatario per gli eventi a lui imputabili che colpiscano l'ammalato, ma non esime il primario dall'obbligo di assumere, sulla base delle notizie acquisite o che aveva il dovere di acquisire, le iniziative necessarie per provocare in ambito decisionale i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche (cfr., a contrario, Cass., pen., n. 11696/94).

I giudici del merito hanno in sostanza ritenuto, in riferimento a quanto apprezzato anche in sede di consulenze tecniche e con valutazione niente affatto irragionevole, che il preannunciato parto prematuro a seguito del ricovero della paziente per rottura delle membrane con abbondante perdita di liquido amniotico, in un contesto connotato dalla indisponibilità del cardiocotografo, strumento essenziale per il costante controllo dello stato del feto, richiedessero un interessamento attivo da parte del primario, un controllo del battito cardiaco più frequente di quanto fosse stato fatto durante tutto il periodo di ricovero, anche nei giorni che precedettero l'inizio del travaglio, ed interventi più decisi e tempestivi durante tale fase, durata ben 19 ore, parte della quale svoltasi durante l'orario di servizio in ospedale del prof. V.. Il quale neppure ha mai affermato di aver disposto di essere informato in relazione a un caso che comunque non presentava le caratteristiche di un parto di routine, tanto meno in relazione alla contingente mancanza del cardiocotografo, la cui non imputabilità al primario evidentemente non lo esime dal dovere di adottare (o di disporre e controllare che siano adottati) i possibili accorgimenti sostitutivi, e finanche di informare la paziente del maggior rischio connesso ad un parto che si svolga senza il presidio dello strumento (cfr., in fattispecie di affermata responsabilità del primario per l'omessa verifica della perfetta funzionalità della sala operatoria, Cass., pen., n. 4385/95). La circostanza che manca nella legislazione italiana uno standard di riferimento degli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre non esime il medico responsabile della cura dei pazienti dal dovere di informarli della possibile inadeguatezza della struttura per l'indisponibilità, anche solo momentanea, di strumenti essenziali per una corretta terapia o per un'adeguata prevenzione di possibili complicazioni, tanto più se queste siano prevedibili in relazione alla particolare vulnerabilità del prodotto del concepimento, specialmente se esso venga alla luce in condizioni di prematurità o immaturità.

Il ricorrente ha, per contro, sin dalle fasi di merito, sostanzialmente affidato la sua difesa, per il profilo che si sta esaminando, alla non conoscenza della situazione per non aver mai visitato la paziente che non aveva l'obbligo di visitare. Ma la "responsabilità del malato" che la legge assegna al primario impone un atteggiamento opposto a quello evocato; la pratica sui malati degli "interventi diagnostici e terapeutici che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori" presuppone la puntuale conoscenza del loro stato, non importa come acquisita (se con visita diretta, o interpellato degli altri medici e degli altri operatori sanitari), ma comunque acquisita; la vigilanza sull'attività del personale sanitario implica quantomeno che il primario si procuri informazioni precise su quello che gli altri medici fanno o hanno intenzione di fare in relazione ai possibili, e non del tutto imprevedibili, eventi che possono intervenire durante la degenza del ricoverato in relazione alle sue condizioni.

Il ricorrente sostiene peraltro che dalla consulenza espletata in secondo grado e dalle considerazioni della stessa Corte d'Appello inequivocamente risulterebbe che il danno neurologico è stato ricollegato all'eccessiva durata del travaglio e della fase espulsiva, gestiti da altri (non

evocati in giudizio, ad eccezione del dott. T., peraltro intervenuto solo nell'ultima fase, e dell'ostetrica, nei cui confronti la domanda di risarcimento è stata respinta in primo grado).

È stato riferito dai consulenti: "i tempi delle singole fasi del travaglio in esame sono stati estremamente dilatati e corretti solo con cospicuo ritardo. In particolare è sempre consigliabile non prolungare oltre un'ora la fase di attesa precedente l'espulsione, mentre in questo caso tale tempo si è prolungato di circa quaranta minuti oltre l'ora consigliata come limite per non incorrere in un'accentuazione del numero dei rischi di ipossia fetale" (pagina 14 della sentenza) e che "i metodi ed i protocolli applicati non si sono dimostrati idonei ed adeguati rimarcando la intempestività e inadeguatezza che il caso richiedeva in particolare per quanto attiene le fasi succedutesi nelle ore pomeridiane (dalle 14,30) e serali (20,10 - parto)" (pagina 15). E la Corte d'Appello ha osservato in proposito: "sta di fatto che i consulenti hanno ribadito, in ciò confermando l'opinione espressa anche dai consulenti nominati dal Tribunale, che sostanzialmente dalle 14,30 in avanti la situazione richiedeva un intervento deciso, che affrettasse al massimo il momento della nascita, mentre soltanto dopo tre ore (alle 17,30) è stata somministrata l'ossitocina, che ha consentito il completamento della dilatazione dopo un'ora ed il parto dopo circa due ore, tempi questi che sono risultati troppo lunghi per un feto immaturo" (pagine 15 e 16 della sentenza).

I consulenti nominati dal Tribunale avevano dal canto loro rilevato (come risulta anche dalla sentenza di primo grado, a pagina 10) che non era stato possibile stabilire in quale momento s'era verificata "la sofferenza ipossica grave" (dove la nascita di un bambino cerebroleso), giacché la determinazione del momento preciso di insorgenza della sofferenza fetale sarebbe stato possibile solo in presenza di un tracciato cardiocografico, concludendo che l'équipe ostetrica aveva "assunto, dal momento del ricovero al momento del parto, un atteggiamento attendistico che era risultato sbagliato (vedi sofferenza fetale), perché non suffragato da un controllo vigile e costante delle condizioni del feto in utero (un'oculata e corretta condotta ostetrica avrebbe dovuto prevedere, oltre al già richiamato monitoraggio cardiocografico, eventualmente un dosaggio dell'estriolo, sistematiche colture vaginali per scoprire possibili fonti di infezioni in utero non più protetto dalle membrane, una continua terapia antibiotica a dosaggio pieno, laddove tutto questo non sembra essere stato effettuato in modo ortodosso, nel senso che la stessa terapia antibiotica sembra essere stata instaurata ma poi ridotta di posologia". Ed avevano, in riferimento alla riscontrata lentezza del periodo di travaglio in riferimento sia alla fase dilatante che a quella espulsiva, ritenuto "probabile che un'accelerazione della prima e della seconda fase del parto, accompagnata da controlli idonei a rilevare una eventuale sofferenza del feto, avrebbe riportato il parto medesimo a tempi più fisiologici (6 ore la prima fase e 1 ora la seconda) e consentito la nascita di un neonato senza sofferenza grave ovvero sano" (sentenza di primo grado, pagina 11).

Tali rilievi la Corte di merito non ha affatto disatteso, essendo del tutto evidente dal suo complessivo tenore che essa ha inteso avallare le conclusioni cui (per vero, assai più analiticamente) erano pervenuti i giudici di primo grado sulla base di una consulenza le cui conclusioni sono pressoché pedissequamente riprodotte in quelle della consulenza espletata in secondo grado, segnatamente nella parte in cui quest'ultima si afferma, come risulta da pagina 11 della gravata sentenza, che "durante i giorni di ricovero, stante la particolare situazione verificatasi di rottura prematura delle membrane, sarebbe stato necessario procedere alla rilevazione del battito cardiaco fetale e della contrattilità uterina mediante cardiocografia con cadenza quotidiana o ripetuta nella medesima giornata. Dalla cartella clinica appare che il battito cardiaco fetale è stato rilevato con metodo ascoltatorio e non risultano monitoraggi di alcun tipo e tanto meno tracciati cardiocografici" (in primo grado i consulenti avevano rilevato: "durante i cinque giorni di degenza prima del parto sarebbe stato necessario, allo scopo di evidenziare lo stato di benessere fetale, sottoporre la paziente a monitoraggio cardiocografico giornaliero ripetuto nella stessa giornata. Risulta la presenza di battito cardiaco fetale, ma non risulta se sia stato fatto un monitoraggio adeguato ed idoneo alla circostanza").

Va dunque negato che - come invece sostiene il ricorrente - mentre il collegio peritale ha esclusivamente inteso stigmatizzare una omissione compiuta da chi ha materialmente assistito a tutte le fasi relative al parto, la Corte di merito ha finito con l'anticiparne i tempi, col risultato che è stato chiamato a risponderne anche chi a quell'evento non aveva direttamente partecipato.

La Corte ha, per contro, puntualmente atteso le conclusioni (anche) dell'indagine tecnica svolta in secondo grado, laddove i consulenti hanno ritenuto che il monitoraggio cardiocografico della frequenza cardiaca fetale, "in particolare" (e non anche esclusivamente) durante le fasi del travaglio, costituisce una fonte di informazioni utili nella diagnosi precoce della sofferenza fetale.

E ciò dopo aver testualmente chiarito che "nel corso della gravidanza" (e, dunque, non solo dall'inizio del travaglio), "per la particolare vulnerabilità all'ipossia delle strutture nervose centrali che regolano il battito cardiaco, le modificazioni della frequenza cardiaca fetale rilevabile con il cardiocotografo rivestono il significato di precoce sistema di allarme in caso di compromissione ipossica del feto" (pag. 11 della sentenza gravata).

Insomma, non è dato sapere quando la sofferenza fetale da ipossia sia insorta, ma è certo che la ipossia ha determinato la cerebropatia del neonato. E non è dato saperlo perché non era disponibile il cardiocotografo (in riparazione) e perché, mancando lo strumento, il battito cardiaco non era stato comunque rilevato con sufficiente frequenza. In ogni caso si è consentito che il travaglio (iniziato alle cinque del mattino) nelle fasi della dilatazione e dell'espulsione, durasse troppo a lungo in relazione alla prematurità del parto, a tutti nota, anche al primario prof. V., sin dal momento del ricovero della signora P.

Non sussistevano dunque i presupposti per l'esclusione della responsabilità del primario neppure sotto il profilo del difetto di nesso causale tra la sua omissiva condotta e l'evento, difettando sicuri elementi per affermare che la condotta dei medici addetti alla sala parto, il cui comportamento pure fu senz'altro causalmente efficiente, fu anche da solo sufficiente a determinare l'evento; ed essendo risultata positivamente accertata l'incidenza causale della sua condotta omissiva in ordine all'evento verificatosi.

3.4. Il secondo profilo del primo motivo del ricorso principale, involgente la posizione del dott. T., va esaminato congiuntamente al ricorso incidentale dei coniugi B./P., i quali si dolgono - deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 69, D.P.R. n. 761 del 1979, artt. 2043, 1218 c.c., art. 1176, secondo comma, c.c., artt. 2232 e 2236 c.c. - che la Corte abbia escluso la responsabilità del dott. T. nell'erroneo assunto che il rapporto di natura privata instaurato tra il medico e la paziente non venisse più in rilievo una volta che questa era stata ricoverata presso la struttura pubblica ospedaliera, mentre invece egli era stato retribuito per assisterla fino al parto, al quale aveva del resto assistito quale medico di turno, omettendo anche di informarla sui rischi che correva e sulle carenze della struttura ospedaliera presso la quale si era ricoverata e nella quale egli prestava servizio, benché la scelta di quell'ospedale fosse dipesa proprio da tale ultima circostanza.

Sostengono - in tal modo prospettando difetto di motivazione - che la semplicistica affermazione della Corte, secondo la quale "la conoscenza dell'avvenuto ricovero presso l'ospedale della medesima (P.) non comportava alcun obbligo" a carico del T., non bastava ad escluderne la responsabilità in relazione al legame privatistico che lo legava alla partoriente e che egli, anche in ragione di tale legame, aveva l'obbligo di "informare, seguire e avvisare" non già fino al momento del ricovero, ma fino a quello del parto, cui non a caso il dott. T. aveva assistito come medico di turno.

3.5. Le censure sono fondate nei sensi di cui appresso.

La Corte di merito ha escluso la responsabilità del dott. T., che era entrato in servizio dieci o venti minuti prima del parto, ritenendo irrilevante il pregresso rapporto di natura privata tra il medico e la paziente, in quanto:

a) "la conoscenza dell'intervenuto ricovero presso l'ospedale della medesima (P.) non importava alcun obbligo a suo carico";

b) "la carenza delle strutture e degli interventi sanitari, del tutto inadeguati alla particolarità del parto a rischio, non è ascrivibile alla sua condotta";

c) non vi erano prove sicure in ordine al fatto (che, se vero, avrebbe assunto rilevanza penale) che il periodo di travaglio fosse stato volontariamente prolungato dai medici della sala parto allo scopo di attendere l'entrata in servizio del dott. T., in ragione di un accordo di questo con i colleghi.

Il Tribunale aveva invece, sulla scorta della riconosciuta circostanza che, prima del ricovero, il dott. T. era stato legato da rapporto di opera professionale privatistico con la signora P., ritenuto che si dovesse ragionevolmente presumere che egli era perfettamente al corrente sia del quadro clinico che riguardava la paziente sia del ricovero, avendo svolto il turno di servizio notturno tra il 20 ed il 21 giugno, quello pomeridiano del 22 giugno e quello mattutino del 23 giugno. Sicché doveva essergli ascritta sia la condotta colposa che aveva connotato il periodo compreso tra il ricovero della paziente ed il suo trasporto in sala parto, sia l'atteggiamento "attendistico" della équipe ostetrica in sala parto.

Esclusa la censurabilità della sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto che non fosse provato alcun accordo tra medici volto ad attendere l'orario di entrata in servizio del dott. T. e (implicitamente) che nessun addebito potesse essergli mosso per l'attività espletata dopo la sua

entrata in servizio, a diverse conclusioni deve invece giungersi in ordine al rilievo conferito alle circostanze di cui sub "a" e "b" in punto di incidenza del ricovero ospedaliero in una struttura pubblica sulle obbligazioni che al medico dipendente da quella struttura facciano carico in virtù del rapporto di natura privatistica che lo leghi alla persona ricoverata.

Benché, invero, non possano certo essergli imputate, in quanto medico di fiducia, le carenze della struttura pubblica presso la quale egli svolge le funzioni di medico ospedaliero né le condotte colpose di altri dipendenti dell'ente, connotato da regole organizzative insensibili al rapporto privatistico tra medico e paziente, egli ha tuttavia l'obbligo sia di informare il paziente dell'eventuale, anche solo contingente, inadeguatezza della struttura nella quale è inserito e presso la quale il paziente sia ricoverato, tanto più se la scelta sia effettuata in ragione proprio dell'inserimento del medico di fiducia in quella struttura pubblica, sia di prestare al paziente ogni attenzione e cura che non siano assolutamente incompatibili con lo svolgimento delle proprie mansioni di pubblico dipendente (cfr., nel senso della compatibilità tra mansioni ospedaliere ed obbligo assunto dal medico di assistere la propria paziente al parto e sull'obbligo del medico di adoperarsi per rendere compatibili i suoi diversi doveri, Cass., n. 2750/98). Ai fini del giudizio sulla responsabilità del dott. T. in relazione al rapporto privato di prestazione d'opera intercorrente con la paziente è, dunque, per un verso, errato in diritto, in riferimento all'art. 2232 c.c., che l'intervenuto ricovero della signora P. in ospedale non comportava alcun obbligo a suo carico; per altro verso, è irrilevante che non fosse a lui ascrivibile "la carenza delle strutture"; per altro verso ancora, è apodittico che "degli interventi sanitari, del tutto inadeguati alla particolarità del parto a rischio", egli non debba rispondere, dovendosi invece stabilire - il che è stato omesso dalla Corte d'Appello - se egli avrebbe in ipotesi dovuto sconsigliare il ricovero in relazione all'eventuale consapevolezza dell'indisponibilità del cardiocitografo da parte dell'ospedale, provvedere ad un'accorta auscultazione del battito cardiaco del feto nelle ore nelle quali era di turno in ospedale, recarsi in ospedale anche al di fuori del proprio orario di servizio, segnalare la delicatezza del caso al primario ed agli altri medici, chiedere di essere informato dell'inizio e del decorso del travaglio anche dalla ostetrica, raccomandare che il parto fosse accelerato, e così via.

4.1. Col secondo motivo del ricorso principale (V.) la sentenza è censurata per "violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2056 e 1223 c.c., nonché dei principi in tema di causalità giuridica, con conseguente omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punto decisivo, in relazione all'art. 360, n. 3 e n. 5, c.p.c."

Si duole il ricorrente che la Corte d'Appello, dopo aver rilevato che egli non sarebbe intervenuto in alcun modo secondo quanto dettato dall'art. 63 del D.P.R. n. 761 del 1979, nonostante le circostanze del parto (e cioè la condizione di prematuro e dismaturo del feto e l'indisponibilità del cardiocitografo) richiedessero da parte sua una presenza attenta e vigile nell'impartire le istruzioni del caso, abbia lapidariamente concluso che "ciò chiaramente costituisce quanto meno una concausa nella produzione dell'evento".

Afferma che il concetto di concausa rimanda ad una pluralità di fatti colposi coevi o successivi, imputabili a soggetti diversi ed aventi anch'essi efficacia causativa dell'evento dannoso in quanto una "comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, non già tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile (cfr. Cass., 1° febbraio 1991, n. 981)". La Corte d'Appello avrebbe dunque dovuto determinare l'efficacia causale del comportamento colposo di ciascuno dei responsabili. In difetto di tale accertamento, infatti, quello dei coobbligati che pagasse, non saprebbe in quale misura gli sarebbe dato di rivalersi sull'altro.

4.2. La censura è infondata.

Premesso che è assolutamente evidente che le concause presupposte erano sia naturali che umane, basta rilevare che le prime escludono il nesso causale soltanto se siano state da sole sufficienti a determinare l'evento (il che è stato assolutamente escluso dal giudice del merito sulla scorta delle risultanze delle espletate consulenze tecniche) e che, quanto alle seconde, il giudice può procedere alla graduazione delle colpe solo se uno dei condebitori abbia esercitato l'azione di regresso nei confronti degli altri (il che non è nella specie accaduto), in quanto l'eventuale diseguale efficienza causale delle rispettive colpe dei corresponsabili del danno può avere rilevanza solo ai fini della ripartizione interna del peso del risarcimento fra i corresponsabili, nei confronti di ognuno dei quali il danneggiato può pretendere la totalità della prestazione risarcitoria (Cass., n. 1869/97 e n. 1199/96).

Si è anzi chiarito che, poiché la solidarietà riguarda il rapporto esterno tra il danneggiato ed i danneggianti mentre la ripartizione delle conseguenze del fatto produttivo del danno secondo il grado delle rispettive colpe attiene al rapporto interno fra i responsabili, se è azionato solo il primo e nessuna delle parti del rapporto interno chiede ai fini del regresso la ripartizione del debito, incorre nel vizio di extrapetizione il giudice che, accogliendo la domanda, ripartisca il debito nei rapporti interni fra i diversi obbligati in relazione all'incidenza causale delle rispettive condotte (Cass., n. 1720/98 e n. 611/77).

Nella specie non si afferma, né consta, che fosse stata esercitata alcuna azione di regresso.

Il ricorso incidentale della USL RM G di Tivoli

5. Col primo motivo - deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 63, D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, artt. 1218, 2043, 2055 c.c., nonché insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia - la USL RM G si duole che la Corte di merito, dopo aver ritenuto che la paziente non fosse stata adeguatamente assistita sin dal momento del suo ricovero, abbia tuttavia escluso la responsabilità del dott. T. soltanto perché aveva assunto servizio circa venti minuti prima del parto, senza in alcun modo considerare che egli (che pure aveva già privatamente seguito la donna quale ginecologo di fiducia ed era quindi a perfetta conoscenza delle condizioni di prematurità e dismaturità del feto) aveva avuto modo di assistere la paziente subito dopo il ricovero e nei giorni successivi, essendo stato di turno presso il reparto tutti i giorni, con esclusione del 24 giugno 1983, ed avendo assunto servizio, il giorno 20 giugno 1983, meno di due ore dopo il ricovero.

6. Col secondo motivo viene denunciata violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., artt. 1218 e 2043 c.c., nonché omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, per avere la Corte di merito ravvisato la responsabilità della USL in relazione all'indisponibilità del cardiocitografo in dotazione all'ospedale durante i giorni di ricovero della signora P. E ciò in violazione dell'art. 112 c.p.c., giacché il Tribunale, con decisione non impugnata sul punto, aveva invece affermato la responsabilità contrattuale della USL, ex art. 1228 c.c., per fatto dei dipendenti. La Corte d'Appello aveva inoltre omesso di chiarire le ragioni per le quali sia configurabile la responsabilità dell'ente ospedaliero allorché uno strumento non sia temporaneamente disponibile perché in riparazione e non aveva considerato che esso, pur certamente utile, non era comunque indispensabile, potendo le relative funzioni essere adeguatamente sostituite dall'auscultazione diretta da parte dei sanitari, sicché non sarebbe stato comunque possibile ravvisare il concorso causale diretto dell'ente ospedaliero nella produzione dell'evento.

7. Col terzo motivo - deducendosi violazione e falsa applicazione degli artt. 2056, 1223, 2059 c.c. e motivazione contraddittoria - la sentenza è da ultimo censurata per avere la Corte territoriale confermato la statuizione del Tribunale in ordine al riconoscimento del danno morale anche ai genitori del minore leso, benché costituisca consolidato orientamento giurisprudenziale che le sofferenze derivate ai prossimi congiunti della vittima del reato possono considerarsi conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo solo in caso di evento letale. Vengono citate Cass., n. 11414/92, n. 6854/88, n. 1845/76, n. 10561/73, in particolare affermandosi che la difforme Cass., n. 8305/96 (cui, peraltro, adde Cass., n. 4186/98 e n. 4852/99) riguarda fattispecie diversa.

8.1. I ricorrenti incidentali B./P. eccepiscono l'inammissibilità del ricorso incidentale della USL perché tardivamente notificato il 5 novembre 1998, anziché entro il termine del 25 ottobre 1998, in relazione alla data di notifica della sentenza gravata alla USL, risalente all'8 luglio 1998. Negano, in particolare, l'applicabilità del disposto di cui all'art. 334 c.p.c., trattandosi di cause scindibili.

8.2. Premesso che i dati temporali sopra riportati sono corretti, il ricorso è inammissibile in quanto, non vertendosi in ipotesi di cause inscindibili o in rapporto di dipendenza, l'impugnazione incidentale tardiva prevista dall'art. 334 c.p.c. può essere proposta soltanto contro chi abbia impugnato in via principale e non contro una parte diversa (cfr., ex plurimis, Cass., n. 9198/99, n. 3509/90, n. 2923/90).

Va infatti escluso che ricorra il concetto di causa inscindibile nell'ipotesi in cui il condebitore solidale, resistente al ricorso principale, miri ad ottenere l'affermazione di responsabilità per vincolo di solidarietà di un soggetto processuale diverso dal ricorrente principale, assolto in sede di merito (Cass., n. 3569/68). Quando, in particolare, il creditore conviene in giudizio i suoi condebitori solidali si verifica, nell'unico processo, una pluralità di cause scindibili (Cass., n. 3809/79), con la conseguenza che, rispetto all'impugnazione proposta da uno dei condebitori solidali, il coobbligato non può proporre impugnazione incidentale tardiva, ma deve proporre impugnazione autonoma nei termini di cui all'art. 325 c.p.c. (come nella specie) o all'art. 327 c.p.c.

Il mondo anglosassone ha introdotto tre standard di informazione: a) *professional practice standard* secondo il quale occorre riferire al paziente ciò che la comunità scientifica ritiene essenziale allo stato attuale delle sue conoscenze; b) *reasonable person standard* in forza del quale occorre comunicare ciò che una persona ragionevole vorrebbe sapere e potrebbe comprendere; c) *subject standard* secondo cui l'informazione deve essere

Né sussiste dipendenza di cause nel rapporto che lega ciascun debitore solidale all'unico creditore (Cass., n. 7517/99), potendo configurarsi un'ipotesi di dipendenza solo se tra i debitori solidali sia insorta controversia sull'individuazione dell'autore dell'illecita condotta produttiva dei danni lamentati (Cass., n. 1720/98) per avere uno dei convenuti chiesto al giudice di accertare la responsabilità esclusiva dell'altro convenuto o per aver agito in via di regresso presupponendo, sia pure in via eventuale e subordinata, la corresponsabilità affermata dall'attore (Cass., ud. 29 settembre 1999, Garonzi c. Palazzo ed altri), ovvero se l'obbligazione dell'uno dipenda dall'accertamento dell'obbligazione dell'altro (Cass., n. 7068/92). Solo in tali casi l'impugnazione di uno dei soggetti condannati in solido autorizza gli altri al gravame incidentale tardivo nei confronti di una parte diversa da colui che ha impugnato (cfr. Cass., n. 10695/99).

Nella specie, in difetto di ogni controversia tra i condebitori solidali, il gravame della USL è rivolto nei confronti del dott. T. (primo motivo) e dei signori B./P. (secondo e terzo motivo), non essendo la sentenza censurata nei confronti del dott. V., ricorrente principale.

La USL tuttavia assume in memoria illustrativa che "il ricorso proposto dal prof. V., che deduce la propria estraneità in ordine alla responsabilità nella produzione dell'evento dannoso, ha determinato l'interesse dell'Azienda USL a proporre a sua volta, oltre al controricorso, anche ricorso incidentale per censurare i capi della sentenza della Corte d'Appello di Roma riguardanti sia le causali del danno riconosciute agli attori, sia la responsabilità del dott. T., sia l'asserita complementare responsabilità della USL RM 26".

Va in contrario osservato che - come si è già esposto - la Corte di merito aveva ritenuto che la responsabilità della USL derivasse dal fatto che non era stata diligentemente adempiuta l'obbligazione contrattuale assunta nei confronti della signora P., essendo emerso che l'evento si era prodotto per disfunzioni della struttura ospedaliera, quali la mancanza di un cardiocitografo funzionante e l'operato carente dei sanitari dipendenti dall'ospedale stesso.

È stata dunque configurata una responsabilità contrattuale della USL, la cui ricorrenza non dipende (nella ricostruzione effettuata dalla Corte di merito) dalla concorrente responsabilità del dott. T., ma dalla mancanza del cardiocitografo e dall'operato carente dei sanitari della struttura ospedaliera, quali e quanti che essi fossero, restando il loro numero e la loro personale individuazione affatto irrilevanti in ordine alla responsabilità della USL stessa.

Della propria condanna nei confronti dei coniugi B./P. (che non hanno impugnato in via principale la sentenza) la USL avrebbe dunque potuto dolersi solo con gravame tempestivo.

Conclusioni

9. In conclusione, accolti il ricorso incidentale dei coniugi B./P. e, per quanto di ragione, il primo motivo del ricorso principale del prof. V., rigettato il secondo motivo del ricorso principale e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della USL RM G di Tivoli, la sentenza va cassata in relazione ai motivi accolti affinché il giudice del rinvio - che si designa in una diversa sezione della stessa Corte d'Appello di Roma e che provvederà anche a regolare le spese del giudizio di legittimità - si pronunci sulla domanda proposta dai coniugi B./P. nei confronti del dott. A.T. nel rispetto degli enunciati principi e con motivazione congrua.

La Corte riunisce i ricorsi, accoglie per quanto di ragione il primo motivo del ricorso principale e rigetta il secondo, accoglie il ricorso incidentale di E.B. e D.P., dichiara inammissibile il ricorso».

quella necessaria affinché un determinato paziente possa comprendere e decidere coscientemente²¹⁹.

Si è a lungo discusso se l'informazione debba riguardare anche rischi imprevedibili ed esiti anomali, al limite del caso fortuito: la Cassazione ha confermato il dovere da parte del sanitario di informare circa i rischi prevedibili, tra i quali rientrano quelli con una scarsissima probabilità di verifica mentre non si estende a quelli anomali e non prevedibili con i mezzi diagnostici a disposizione²²⁰. L'imprevedibilità, infatti, fa sì che quel

²¹⁹ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 61.

²²⁰ «Con citazione ritualmente notificata C.M. e V.A., quali genitori ed eredi di C.T., deceduta il (omissis), convenivano in giudizio l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni per sentir accertare l'inadempimento contrattuale ex art. 1218 cc ovvero la responsabilità extracontrattuale dell'azienda convenuta per aver omesso di prestare le dovute informazioni sui rischi connessi all'operazione di tonsillectomia effettuata sulla figlia Tamara e sulle possibili complicanze post-operatorie ovvero la grave negligenza ed imperizia tenuta nell'occasione dai sanitari del reparto e del pronto soccorso. Chiedevano pertanto il risarcimento del danno iure hereditatis e del danno morale in proprio.

In esito al giudizio, in cui si costituiva l'Azienda, il Tribunale di Terni condannava la convenuta al risarcimento del danno morale subito dagli attori, quali genitori della vittima, per la mancata acquisizione del consenso informato. Avverso tale decisione l'Azienda Ospedaliera proponeva appello ed in esito al giudizio la Corte di Appello di Perugia con sentenza depositata in data 22 giugno 2007 in riforma della decisione impugnata respingeva la domanda attrice e condannava gli appellati a restituire all'Azienda quanto percepito in ottemperanza della sentenza con gli interessi legali dalla data di ricezione del pagamento fino al rimorso, provvedeva quindi al governo delle spese.

Avverso la detta sentenza il C. e la V. hanno quindi proposto ricorso per cassazione articolato in tre motivi, illustrato da memoria. Resiste l'Azienda con controricorso.

Motivi della decisione

La prima doglianza, svolta dai ricorrenti, articolata sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 32 co. 2 della Costituzione e 33 legge n. 833/78, si fonda sulla considerazione che la Corte di appello avrebbe gravemente sbagliato quando ha statuito che "si deve escludere che il professionista, e quindi l'Azienda Ospedaliera avessero l'obbligo di informazione circa un evento eccezionale del genere di quello poi verificatosi" Con le due successive doglianze, deducendo l'omessa ed insufficiente motivazione, i ricorrenti hanno infine censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte di Appello non ha adeguatamente motivato sul fatto che dalla cartella clinica non emerga alcuna documentazione comprovante l'avvenuta informazione sui rischi dell'intervento (seconda censura) né sugli eventi postoperatori che hanno determinato il decesso della minore (terza censura).

I motivi in questione, che vanno esaminati congiuntamente in quanto sia pure sotto diversi ed articolati profili, prospettano ragioni di censura intimamente connesse tra loro, sono fondati e meritano accoglimento.

A riguardo, torna utile premettere che la ratio decidendi della sentenza impugnata si fonda su un duplice rilievo: 1) la morte della minore, sottoposta ad un intervento di tonsillectomia, trovò la sua causa nella concomitanza di due eventi (ritenuti) straordinari: il primo un distacco precoce dell'escara, avvenuto nella seconda giornata post-operatoria ed il secondo rappresentato dal carattere mortale dell'emorragia. 2) l'imprevedibilità dei due eventi escludeva che i medesimi dovessero essere oggetto di una corretta informazione (cfr pag. 5).

Pertanto, si doveva "escludere che il professionista e quindi l'Azienda Ospedaliera avessero l'obbligo di informazione circa un evento eccezionale del genere di quello poi verificatosi".

La premessa torna utile nella misura in cui chiarisce che, nel caso di specie, il tema decisionale riguarda un caso di omessa acquisizione del cosiddetto consenso informato, vertendosi in materia di domanda risarcitoria basata sulla mancata prestazione del detto consenso, domanda la quale non si collega alla condotta colposa del medico nell'esecuzione della prestazione, inesattamente adempiuta, bensì all'omessa informazione in sé.

Ciò posto, torna opportuno sottolineare che la finalità dell'informazione, che il medico è tenuto a dare, è quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente (v. anche Cass. 9.2.2010, n. 2847), in quanto, senza il consenso informato, l'intervento del medico è - al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente. Ciò, in quanto, secondo la definizione della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008), 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.

Nell'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di informazione in ordine alle conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto viene pertanto a configurarsi a carico del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) una responsabilità per violazione dell'obbligo del consenso informato, in sé e per sé, non assumendo alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito, se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Ciò che rileva è che il paziente, a causa del deficit di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica (v. Cass. 28.7.2011 n. 16543).

Posto che tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, è necessario che il sanitario fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità (v. Cass. n. 15698/2010).

L'obbligo di informazione, che deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente, non si estende ai soli rischi imprevedibili, ovvero agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento chirurgico e l'evento lesivo. Ma, al di là di tale limite, il professionista sanitario ha l'obbligo di fornire al paziente, in modo - ripetesì dettagliato, tutte le informazioni scientificamente possibili sull'intervento chirurgico, che intende eseguire, sulle conseguenze normalmente possibili sia pure infrequenti (tanto da apparire "straordinari"), sul bilancio rischi/vantaggi dell'intervento.

Ed invero, in considerazione dell'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non è consentito rimettere all'apprezzamento del sanitario, in forza di un mero calcolo statistico, la valutazione se rendere il paziente edotto o meno dei rischi, anche ridotti, che possano incidere sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita. Infatti, deve essere riservata al paziente, unico titolare del bene che è oggetto di pericolo per effetto del trattamento operatorio, ogni valutazione comparativa del bilancio rischi-vantaggi, specialmente quando il male da estirpare non sia particolarmente grave, l'intervento operatorio non sia particolarmente urgente, ed i rischi connessi ad esso siano presenti anche se statisticamente eccezionali e di scarso rilievo.

Considerato che la sentenza impugnata non si è uniformata ai suddetti principi, il ricorso per cassazione in esame deve essere accolto e la sentenza impugnata, che ha fatto riferimento, in modo non corretto, ad una regola iuris diversa, deve essere cassata.

Con l'ulteriore conseguenza che, occorrendo un rinnovato esame da condursi nell'osservanza del principio richiamato, la causa va rinviata alla Corte di Appello di Perugia, in diversa composizione, che provvederà anche in ordine al regolamento delle spese della presente fase di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata con rinvio della causa alla Corte di Appello di Perugia, in diversa composizione, che provvederà anche in ordine al regolamento delle spese della presente fase, di legittimità.

determinato rischio non possa essere preventivato dal medico e che di conseguenza non possa riferirne al paziente.

Per quanto riguarda il soggetto preposto all'informazione, sebbene la Legge 219 non preveda un divieto da parte del medico di delegare ad un soggetto diverso l'obbligo informativo al malato, ponendo la suddetta Legge particolare attenzione al rapporto di alleanza terapeutica che dovrebbe venire in essere tra medico e paziente, si ritiene opportuno sia il medico stesso a comunicare con il malato.

L'obbligo informativo è da molti ritenuto un dovere di condotta di buona fede precontrattuale ex articolo 1337 del Codice Civile²²¹: la giurisprudenza ha introdotto il dovere informativo ed il consenso informato in un arco temporale che precede la stipula del contratto stesso. Il malato, infatti, prima di decidere se sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario, dovrà essere informato. Parte di giurisprudenza sostiene però che il dovere di informazione sia un elemento costitutivo della prestazione professionale in ragione del vincolo contrattuale già sorto ed il suo mancato assolvimento consentirebbe di invocare una responsabilità per inadempimento contrattuale²²².

²²¹ «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

²²² Sentenza Corte di Cassazione n. 1105 del 19 maggio 2011: «RILEVATO IN FATTO con la sentenza ora impugnata per cassazione la Corte d'appello di Venezia ha confermato la prima sentenza che aveva condannato il medico prof. Ba. al risarcimento dei danni in favore del B. per responsabilità professionale costituita dall'aver prescritto un'errata terapia (in particolare l'assunzione di un determinato farmaco) che aveva cagionato al paziente gravi danni alla vista, rimettendo la causa in istruttoria per la liquidazione del danno; il ricorso del Ba. è svolto in quattro motivi; rispondono con controricorso il B. e le Ass.ni Generali; il Ba. ed il B. hanno depositato memorie per l'udienza; il primo motivo critica la sentenza nel punto in cui ha riconosciuto sussistere il nesso di causalità tra l'attività svolta dal professionista ed i danni lamentati dalla vittima, soprattutto con riferimento a prescrizioni del farmaco da parte di medici diversi dal Ba.; il secondo motivo censura la sentenza per essersi limitata ad accertare la causalità astratta, senza aver proceduto ad accertare quella concreta (ossia, che l'attore fosse effettivamente affetto da maculopatia, che questa fosse effettivamente dipesa dall'assunzione dello specifico farmaco prescritto dal Ba., che il farmaco fosse stato assunto in modo prolungato e che questa prolungata assunzione fosse da ascrivere alla condotta del Ba.); il terzo motivo sostiene che la sentenza avrebbe omissis, nell'affermare il mancato assolvimento dell'obbligo di informazione, di considerare "la natura occasionale e diluita" delle prestazioni del prof. Ba.; il quarto motivo si riferisce al punto in cui la sentenza rigetta l'eccezione di prescrizione perchè la malattia si manifestò solo alla fine del 1993 ed il ricorrente sostiene che mancherebbe la prova (a carico dell'attore) della circostanza. Diritto: i motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, sono in parte inammissibili ed in parte infondati; sono inammissibili laddove tendono, in sede di legittimità, ad una nuova valutazione della

Il c. 1 dell'articolo 1 della Legge 219 del 2017 prevede che ci possano essere dei casi previsti dalla legge in cui non è necessario il consenso per sottoporre il malato ai trattamenti sanitari: questo avviene nei casi di emergenza e urgenza in cui il paziente si trovi in pericolo di vita per la situazione clinica o le condizioni di salute in cui versa non è in grado di prestare il suo consenso²²³. Preme sottolineare che l'assenza del vincolo dell'acquisizione del consenso, non esenta il medico dal dover, a seconda delle situazioni a cui si trova di fronte, dare al paziente le informazioni circa i trattamenti cui sta per essere sottoposto.

La Legge prevede che per poter esprimere un consenso valido ed efficace, il soggetto sia in possesso della capacità di intendere e di volere²²⁴.

prova e ad un diverso accertamento dei fatti; sono infondati laddove lamentano violazioni di legge e vizi della motivazione; infatti, quanto al nesso causale, la sentenza pone in evidenza che: il professionista non ha mai posto in discussione nè l'affezione da parte dell'attore della maculopatia, nè il rapporto eziologico tra questa malattia e l'assunzione dello specifico farmaco prescritto dal Ba.; a tal riguardo è dato conto della comparsa di risposta del medico in primo grado; la derivazione causale in questione è dimostrata dalla documentazione medica prodotta dall'attore; inoltre, la sentenza contiene la decisiva e corretta affermazione secondo cui l'eventuale responsabilità di altri medici che abbiano prescritto o fornito il farmaco in questione non esclude la responsabilità concorrente e solidale del Ba., il quale non ha fornito la prova che quelle condotte furono da sole sufficienti a cagionare il danno; quanto alla causalità astratta e concreta alla quale fa riferimento il secondo motivo, occorre ribadire che la sentenza di condanna generica pronunciata nel corso di un giudizio di risarcimento del danno aquiliano di norma presuppone il positivo accertamento del nesso di causalità cosiddetta "materiale" ("ex" art. 40 c.p.) tra la condotta e l'evento produttivo di danno, sicchè nel successivo giudizio sul "quantum" resta da accertare soltanto il nesso di causalità cosiddetta "giuridica" ("ex" art. 1223 cod. civ.) tra l'evento di danno ed i pregiudizi che ne sono derivati (tra le più recenti, cfr. Cass. n. 3357/09); quanto all'obbligo d'informazione ed all'onere della relativa prova basta ricordare che la responsabilità professionale del medico – ove pure egli si limiti alla diagnosi ed all'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento che ritenga di dover compiere, allo scopo di ottenerne il necessario consenso informato – ha natura contrattuale e non precontrattuale; ne consegue che, a fronte dell'allegazione, da parte del paziente, dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, è il medico gravato dell'onere della prova di aver adempiuto tale obbligazione (Cass. n. 2847/10); quanto alla prescrizione ed alla sua decorrenza, la sentenza effettua un compiuto accertamento in ordine all'epoca in cui si manifestò e fu diagnosticata la malattia e furono compiuti gli atti interruttivi; in conclusione, non manifestandosi alcun vizio di legittimità, il ricorso deve essere respinto».

²²³ Articolo 1 comma 7 Legge 219 del 2017:

«Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla».

²²⁴ Articolo 1 comma 5 della Legge 219 del 2017:

«Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti

Il legislatore ha quindi equiparato il consenso al trattamento sanitario alla disciplina prevista dal Codice Civile per la stipula dei contratti²²⁵. Questa disciplina ha fatto molto discutere in quanto, richiedere la capacità di agire per la stipula del contratto ha come giustificazione il fatto che il soggetto deve saper valutare la bontà e la convenienza dell'affare per non incorrere in un pregiudizio economico; qui invece parte di dottrina e giurisprudenza ritiene che invece sarebbe opportuno verificare di caso in caso la capacità di scelta²²⁶.

3. LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

Come precedentemente anticipato, l'innovazione più rilevante compiuta dal legislatore con la Legge 219 del 2017, è stata l'introduzione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), attraverso le quali in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche, è possibile esprimere la propria volontà, sempre revocabile, in tema di trattamenti sanitari nonché il consenso o rifiuto rispetto a determinati accertamenti diagnostici o trattamenti sanitari²²⁷.

sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici.

Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

²²⁵ Articolo 1425 del Codice Civile:

«Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrarre.

È parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace di intendere o di volere».

²²⁶ M. Rinaldo, Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2020, pp. 85.

²²⁷ Articolo 4 comma 1 Legge 219 del 2017:

«Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

Dal punto di vista tecnico le disposizioni anticipate di trattamento sono un atto unilaterale non recettizio, la cui efficacia si verificherà in un momento successivo: infatti, inizieranno a produrre effetti giuridici in seguito alla perdita dello stato di capacità psichica del suo autore.

Sono inoltre un atto non patrimoniale e personalissimo, escludendosi la possibilità che possano essere effettuate da un rappresentante.

Le DAT proiettano la manifestazione di volontà del disponente ad un momento successivo, anche molto distante nel tempo, rispetto a quello della loro disposizione e produrranno i loro effetti per tutto il tempo in cui la persona non sarà in grado di esprimere la sua volontà.

Il legislatore sebbene lasci molta libertà circa il contenuto che le DAT possono avere, non è stato mai messo in discussione la vincolatività verso i destinatari, evocando il concetto proprio dell'autonomia negoziale dove la dichiarazione di volontà è diretta alla realizzazione di effetti giuridici determinati, i quali risultano meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico proprio in virtù degli interessi che mirano a soddisfare²²⁸.

I principi enunciati dalla Legge 219 non sono del tutto innovativi, da tempo infatti si sentiva la necessità di "dare voce" al paziente incapace mediante il coinvolgimento dei familiari e dei sanitari che se ne prendevano cura sia nel processo decisionale circa i trattamenti sanitari ai quali doveva essere sottoposto il malato che nel processo del morire.

Prima dell'entrata in vigore della Legge 219, non essendoci nessuna normativa volta alla tutela del malato qualora diventasse incapace di intendere e di volere e quindi di prestare o meno il consenso ai trattamenti sanitari, ci si era più volte rivolti al tribunale affinché dichiarasse legittimo l'atto con cui il malato nominava un suo familiare come "rappresentante" qualora questi perdesse le capacità cognitive necessarie per esprimere il consenso ai trattamenti sanitari.

Fu il Tribunale di Cosenza per la prima volta a ritenere legittima la nomina di un amministratore di sostegno con il compito di esprimere il rifiuto

²²⁸ C. Verde, *Diritto delle successioni e della famiglia, Profili civilisti delle direttive anticipate di trattamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 54.

o il consenso ai trattamenti sanitari²²⁹, anche il Tribunale di Modena con decreto del 5 novembre 2008 ha ritenuto ammissibile la nomina di un

²²⁹ Sentenza del Tribunale di Cosenza del 24 ottobre 2004:

«OGGETTO= decreto di nomina di amministratore di sostegno (art.405 c.c.).

Il Giudice Tutelare

Letto il ricorso con il quale il responsabile del Centro di Salute Mentale dell'Azienda Sanitaria, ha chiesto la nomina di un amministratore di sostegno per N.N., in atto in trattamento sanitario obbligatorio presso l'ospedale;

premesse in fatto:

a) che dalle informative assunte presso la Questura è emerso –a seguito di segnalazione di alcuni condomini- che nell'appartamento abitato da N.N., questi aveva volontariamente lasciato aperto un fornello del gas;

b) che nei confronti di N.N. -che appariva “semi stordito e in stato confusionale” - veniva disposto, su iniziativa del C.S.M., un t.s.o. (poi convalidato);

c) che N.N. – secondo il C.S.M.- risulta affetto da “psicosi cronica” con deliri a carattere persecutorio e di riferimento, ed allucinazioni, e “si rifiuta di praticare terapia farmacologica anche in virtù del fatto che in passato ha sofferto di un episodio piuttosto grave di sindrome maligna da neurolettici”;

d) che il beneficiario, sentito da questo G.T., è apparso lucido e orientato (anche se in stato di evidente agitazione), ed ha dichiarato, con eloquio concitato, di non avere alcuna malattia e di non volere assumere farmaci, ponendo in evidenza anche un'avversione verso i propri familiari;

d) che il direttore del Dipartimento di Salute Mentale del presidio ospedaliero, sentito da questo G.T., nel consegnare copia dalla cartella clinica, ha affermato che N.N.: 1)pur affetto da “disturbi interpretativi in personalità psicopatica”, presenta un margine di consapevolezza e di autonomia abbastanza ampio; 2)non è opportuno che ritorni ad abitare da solo nel proprio appartamento, anche per il suo rifiuto di sottoporsi ad una terapia farmacologica; 3)soffre di delirio di persecuzione nei confronti dei familiari; 4)terminato il t.s.o., appare opportuno che venga ricoverato in una struttura extra-ospedaliera e comunque riabilitativa; considerato...

b) che l'amministrazione di sostegno si pone l'obiettivo non solo di conservazione e amministrazione del patrimonio del disabile, ma anche (come il tutore dell'interdetto ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c.) di “cura” della sua persona (art.405 comma IV° c.c., in riferimento anche all'art.408 “...la scelta dell'A.S. avviene con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario”), che la stessa non riesca a soddisfare da sé;

c) che a differenza dell'interdizione –che presuppone che il soggetto si trovi in condizioni di “abituale infermità di mente” - l'amministratore di sostegno può nominarsi allorché l'incapacità psichica comporti una menomazione solo parziale o temporanea, ossia quando il soggetto da proteggere conservi pur sempre un margine residuale, pur se minimo, di autonomia;

d) che la nuova normativa trova applicazione nei confronti, ad esempio, di soggetti affetti da morbo di Alzheimer, demenza senile in stadio avanzato, ictus, coma, ecc., ossia di minorati psichici non in grado di manifestare un consapevole consenso;

e) che ove il beneficiario, affetto da patologie mentali, manifesti invece il proprio dissenso ad un trattamento sanitario, tale determinazione –siccome viziata in radice per l'incapacità naturale (art.428 c.c.) in cui versa [incapacità di intendere o di volere]- non appare a priori ostativa alla sottoposizione ad un idoneo trattamento sanitario ove necessario per la cura della sua persona; ed invero la finalità del “consenso informato” è quello di porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità o meno di un trattamento qualsiasi attraverso un bilanciamento di vantaggi e rischi, scelta che però può essere viziata proprio dalla patologia del soggetto da “proteggere”;

e) che, in tale ultima ipotesi, l'amministratore deve ritenersi legittimato –ove gli sia consentito dal decreto di nomina ed alla luce della accertata patologia psichiatrica- ad esprimere o rifiutare il consenso al trattamento terapeutico e quindi a sostituirsi al disabile, agendo così “in nome e per conto del beneficiario” (così l'art.405 c.c.); la tutela della salute psico/fisica è invero un valore fondamentale di ogni uomo, un “diritto dell'individuo e interesse della collettività”, sì come afferma l'art. 32 Cost. , che deve trovare applicazione e tutela, per cui ove il primo non sia in grado (per una accertata patologia) di effettuare una scelta responsabile nulla si oppone acchè altro soggetto,

amministratore di sostegno in previsione di una possibile futura incapacità²³⁰.

in base ad un principio di solidarietà, e con una rappresentanza ex lege con copertura costituzionale, possa a lui sostituirsi esclusivamente per la sua "cura", che è anche interesse pubblico (siccome collettivo);

f) che in ipotesi di t.s.o., nulla osta pertanto acchè –prossima a cessare l'urgenza che ha imposto il trattamento, l'amministratore di sostegno valuti, d'intesa con i responsabili del Centro di Salute Mentale, la necessità di richiedere una temporanea protrazione del ricovero in regime volontario, presso la stessa struttura ovvero altra extra-ospedaliera, prestando all'uopo il proprio consenso; considerato

invero che la nuova normativa di protezione dei disabili -pur non prevedendo espressamente la facoltà dell'amministratore di autorizzare un trattamento sanitario in costanza di una patologia psichiatrica (l'art.32 Cost. dispone che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge")- non esclude che possa essergli pur sempre conferito dal G.T. il potere di valutare quale debba essere, per il soggetto doverosamente da "proteggere" e da "curare", il trattamento sanitario temporaneo più idoneo, e di esprimere il consenso; ed invero la dottrina che si è ad oggi occupata della materia ritiene possibile l'attribuzione all'amministratore di sostegno del compito di sostituire la persona priva di autonomia "nel compimento di un qualsiasi atto che potrebbe astrattamente compiere un tutore", per cui sarebbe "coerente anche attribuire al predetto amministratore l'espressione del consenso informato al compimento di atti medici rifiutati dall'interessato o per l'inserimento di una persona non autonoma in istituti" (sia pure valorizzando le residue capacità psichiche semprechè non confliggano con la primaria esigenza di cura protetta dalla stessa carta costituzionale);

rilevato

che N.N. è, allo stato, affetto da una patologia psichiatrica che menoma apprezzabilmente la sua capacità volitiva ed intellettuale ["assente la capacità di critica", così nella cartella clinica] sì da lasciar fondatamente ritenere che possa non rendersi esatto conto della necessità di un ulteriore trattamento sanitario da effettuarsi presso idonea struttura riabilitativa

ritenuto

pertanto necessario che venga conferito all'amministratore di sostegno il potere di valutare -in uno ai responsabili del C.S.M. dell'Azienda Sanitaria di yyy- se le condizioni di salute fisio/psichica di N.N. impongano un ulteriore temporaneo trattamento sanitario da effettuarsi in idonea struttura; e qualora l'opera di informazione e di convincimento da effettuarsi dagli operatori del Centro non sortisca alcun positivo effetto, valuti se prestare il proprio consenso "in luogo e per conto del beneficiario";

poiché nulla, pertanto, si oppone all'accoglimento della domanda;

poiché in considerazione della prospettata urgenza appare inevitabile nominare quale amministratore di sostegno un familiare del beneficiario, in attesa di individuare e designare persona diversa;

nomina amministratore di sostegno di N.N. ...il sig. X.X. ...per la durata che si reputa opportuno limitare a mesi sei. L'amministratore ha il potere di compiere, in nome e per conto del beneficiario, previa sua tempestiva informazione, tutti gli atti utili ad assicurare la cura, l'assistenza e la riabilitazione del beneficiario; in particolare l'amministratore è autorizzato -d'intesa con i responsabili del C.S.M. dell'Azienda Sanitaria di yyy- a valutare se esprimere il proprio consenso alla protrazione del ricovero ospedaliero dello stesso ovvero ad un ricovero presso una struttura extra-ospedaliera, stipulando all'uopo convenzioni con istituti pubblici o privati per la cura e assistenza, intrattenere rapporti con l'Azienda Sanitaria ed Ospedaliera, e quant'altro connesso. Fa obbligo all'amministratore di riferire trimestralmente a questo Giudice Tutelare circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario. Si precisa che quest'ultimo conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza dell'amministratore, e può compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana».

²³⁰ Decreto 5 novembre 2008: riguarda un ricorso, per la nomina di un amministratore di sostegno, depositato in data 14 ottobre 2008 da un professionista in possesso di piena capacità di intendere e volere, dopo che con scrittura privata autenticata da un notaio aveva designato, ai sensi dell'art.

408, comma 2°, c.c., come proprio amministratore di sostegno la moglie con l'incarico di pretendere il rispetto delle disposizioni terapeutiche dettate con la scrittura stessa per l'ipotesi di una sua eventuale, futura incapacità. Per il caso d'impossibilità della moglie ad esercitare la funzione conferita, era stata designata la figlia.

Il ricorrente ha chiesto che all'amministratore di sostegno fossero attribuiti, in suo nome e per suo conto, per il tempo di un'eventuale perdita della capacità autodeterminativa e sempre che, nel frattempo, non intervenga manifestazione di volontà contraria, "i poteri-doveri di autorizzazione alla negazione di prestare consenso ai sanitari a sottoporlo alle terapie individuate nella scrittura privata anzidetta nonché di richiedere ai sanitari coinvolti di porre in essere, nell'occasione, le cure palliative più efficaci".

In sostanza il ricorrente con la scrittura ha chiesto di non essere sottoposto ad alcun trattamento terapeutico, con particolare riguardo a "rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata e artificiale, in caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale, irreversibile e invalidante, malattia che lo costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione".

Ha chiesto inoltre formalmente che, nel caso delle situazioni indicate, fossero intrapresi "tutti i provvedimenti atti ad alleviare le sue sofferenze, compreso, in particolare, l'uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero anticipare la fine della sua vita".

All'udienza del 3 novembre 2008 è stato interrogato il ricorrente, che ha confermato le domande proposte con l'atto introduttivo.

Sono state interrogate anche la moglie e la figlia, che hanno prestato adesione piena alle richieste del rispettivo marito e padre, dichiarandosi disponibili all'assunzione del ruolo di amministratore di sostegno.

Motivazioni di diritto

Secondo il Tribunale di Modena, la delicata questione deve essere inquadrata tenendo in considerazione "quelle norme della Costituzione che, consacrando, e dando tutela, a diritti primari della persona, individuano i principi che l'ordinamento vigente ritiene insuscettibili di negoziabilità".

In particolare, entrano in gioco gli artt. 2, 13 e 32 che, in base alla più recente giurisprudenza di legittimità, vietano al medico di "eseguire trattamenti sanitari se non acquisisca quel consenso libero e informato del paziente che è presupposto espressivo del suo diritto primario di accettazione, rifiuto e interruzione della terapia".

L'altra recentissima decisione citata è quella che ha sancito la legittimità del dissenso ad un trattamento salvavita, prima espresso in una dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emergeva la volontà di impedire il trattamento anche in ipotesi di pericolo di vita.

Nella circostanza si è stabilito che "tale dissenso può essere espresso anche da un diverso soggetto, indicato dallo stesso paziente quale rappresentante ad acta il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo in parte qua, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari" (Cass. civ., Sez. III, Sent. 15-09-2008, n. 23676).

Il riconosciuto diritto di non curarsi, anche se tale condotta espone al rischio stesso della vita, in quanto improntato alla sovrana esigenza di rispetto dell'individuo e dell'intimo nucleo della sua personalità quale formatosi nel corso di una vita in base all'insieme delle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che ne improntano le determinazioni, implica la possibilità del rifiuto e dell'interruzione di cure pur vitali.

Dato per assodato che tutte le norme costituzionali a presidio di diritti primari (l'art. 32 è fra queste) sono imperative e immediatamente operative senza che occorra l'intervento del legislatore ordinario, il rifiuto e la volontà di interrompere cure salvifiche rientrano nella sfera di un diritto primario ed assoluto che esclude la possibilità di disattenderlo nel nome di un supposto dovere pubblico di cura proprio di uno Stato etico.

Il dettato costituzionale, secondo cui la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, "deve essere inteso nel senso che l'intervento sociale si colloca in funzione della persona e della sua sfera autodeterminativa e non viceversa".

Come ha stabilito la Cassazione (ancora, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748), quando il rifiuto sia informato, autentico ed attuale non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

La volontà del legislatore era quella di offrire una tutela a tutti coloro, che trovandosi in una situazione d'incoscienza, non fossero in grado di assumere una decisione circa l'accettazione o il rifiuto alle cure basandosi anche sul rispetto delle proprie convinzioni.

La Legge non lascia dubbi circa il contenuto delle disposizioni, si afferma infatti che ogni persona può esprimere le proprie volontà, il consenso o il

A provarlo è il testo dell'articolo 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

Come ha puntualmente chiarito la stessa decisione il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi d'eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, in quanto tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segue il suo corso naturale.

Il Giudice di Modena, dopo aver fatto osservare che il diritto di autodeterminazione al rispetto del percorso biologico naturale (sia della persona capace che rifiuti o chieda di interrompere un trattamento salvifico, come dell'incapace quando ricorrono determinate condizioni) è esaurientemente tutelato dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, spiega perché l'amministrazione di sostegno è, nell'attualità, l'istituto appropriato per esprimere quelle "disposizioni anticipate" sui trattamenti sanitari, per il caso di sopravvenuta incapacità, usualmente definite "testamento biologico".

Tale persona, divenuta inabile e indifesa, ha diritto di essere coadiuvata da un amministratore di sostegno nominato dal Giudice Tutelare che, sulla base delle concrete esigenze, disporrà, per gli atti o per le categorie di atti per i quali si ravvisi l'opportunità del sostegno, la sostituzione ovvero la mera assistenza della persona che non sia in grado di darvi autonoma esecuzione.

La disposizione del secondo comma dell'articolo 408 del Codice civile, come novellato dalla Legge n. 6 del 2004 recita: "L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata."

Sulle riflessioni svolte è stata basata la legittimità delle domande proposte dal ricorrente, intesa nel senso della conseguente fondatezza della pretesa secondo cui, nel caso di sua incoscienza per malattia terminale o lesione traumatica cerebrale irreversibile, "l'individuato amministratore di sostegno potrà, in suo nome e avvalendosi di una già ottenuta autorizzazione del Giudice Tutelare, negare il consenso a praticargli determinate terapie".

Un'autorizzazione doverosa, aggiunge il Giudice, considerato che l'articolo 32 della Costituzione garantisce anche il diritto che "il naturale evento morte" si attui con modalità coerenti all'autocoscienza della dignità personale, quale costruita dall'individuo nel corso della vita attraverso le sue ricerche razionali e le sue esperienze emozionali.

Il doveroso rispetto della volontà del ricorrente "trae fondamento in quel nucleo di garanzie costituzionali dei diritti fondamentali della persona (artt. 2, 3 e 13 Cost.) che inibiscono alle Istituzioni stesse di opporre, in ipotesi, regole comportamentali di componenti della società a condotte destinate a restare circoscritte nella sfera personale dell'autore".

Anche la richiesta che non vengano praticate, in ipotesi, alimentazione e idratazione forzate è stata ritenuta una richiesta fondata "in linea piena con le argomentazioni sul tema di Cass., n. 21748 cit. del 2007, va disconosciuta, infatti, agli specifici interventi la natura di cure meramente ordinarie".

In conclusione, il giudicante ha ritenuto l'insussistenza d'ostacoli "per l'accoglimento del ricorso e per la nomina, nella fattispecie e come amministratore di sostegno del ricorrente, della moglie del medesimo conferendo, sin d'ora e in via subordinata, l'incarico alla figlia qualora la prima si trovasse nell'"impossibilità" di ricoprire l'incarico; ciò che si giustifica essendo al presente non definibile il momento di concreta operatività del mandato".

rifiuto in ordine ai trattamenti sanitari. Il paziente può decidere anticipatamente in maniera libera e consapevole di rifiutare, in tutto o in parte un trattamento, anche salva vita, ovvero di sospenderlo se già iniziato: non può invece richiedere un intervento attivo da parte del medico finalizzato a dargli la morte. Anche in questo caso il dissenso deve avvenire in seguito ad un'adeguata informazione da parte di un paziente capace di intendere e volere, rivolto al medico che dovrebbe sottoporlo a quel determinato trattamento.

Nel nostro ordinamento non è consentita l'eutanasia, ma, grazie alle DAT con cui il malato può anticipatamente rifiutare anche i trattamenti salvavita quali l'idratazione e la nutrizione artificiale, potrà quindi decidere liberamente di avvicinarsi ad una morte naturale rifiutando di essere tenuto in vita da particolari tecnologie, il più delle volte molto invasive²³¹.

Dobbiamo distinguere la situazione in cui il malato è nella condizione di agire autonomamente per mettere in atto il rifiuto al trattamento, dalla situazione in cui è in uno stato di dipendenza così da richiedere l'intervento attivo o astensivo del medico.

Il momento attivo può essere ad esempio quando il professionista per realizzare la volontà del paziente, dopo averlo esaustivamente informato circa le conseguenze della sua volontà, attua la terapia idonea allo stato del paziente per alleviare il più possibile il suo dolore: la cosiddetta terapia del dolore.

È doveroso sottolineare che il rifiuto alle cure non legittima il medico all'abbandono terapeutico del malato²³². Questo è rilevato anche dall'articolo 39 del Codice Deontologico Medico laddove si afferma che «*il medico non abbandona il paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza, ma continua ad assisterlo e se in condizioni terminali impronta la propria opera alla sedazione del dolore e al*

²³¹ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 21.

²³² M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 44.

sollievo della sofferenze tutelando la volontà, la dignità e la qualità della vita».

La relazione di cura, quindi, perdura nonostante non sia volta ad un miglioramento della salute, ma, consiste in un sostegno, anche psicologico, di assistenza e nell'applicazione delle cure palliative volte ad alleviare il dolore. Questo si manifesta anche qualora il paziente non abbia disposto nulla in tal senso: lo comprendiamo leggendo la disposizione dell'articolo 2 c. 1 della Legge²³³.

3.1 MODALITA' DI REDAZIONE E FORMA DELLE DAT

Durante l'elaborazione della normativa si è a lungo discusso circa la forma che queste dichiarazioni dovevano avere. Non si voleva vincolare le disposizioni ad una forma prevista dalla legge per far sì che più persone possibili potessero usufruirne. Si voleva inoltre evitare di introdurre dei costi per poterla stilare, come ad esempio per il ricorso al notaio²³⁴.

Non ci fu alcun dubbio sulla forma scritta, fornita di data, redatta da soggetti maggiorenni, competenti, informati, autonomi.

Si prevede la forma scritta in quanto, oltre ad avere il valore di prova della volontà del disponente all'interno di un eventuale processo, il legislatore riteneva che solamente attraverso la scrittura ci potesse essere una sufficiente riflessione.

Il legislatore stabilisce dei requisiti molto stringenti circa le modalità di redazione delle disposizioni anticipate di trattamento. Le DAT possono essere redatte per atto pubblico; scrittura privata autenticata; scrittura privata consegnata personalmente dal disponente all'ufficiale di stato civile del comune di residenza, il quale provvederà all'annotazione nell'apposito registro; per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente

²³³ «Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38».

²³⁴ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 45.

presso la struttura sanitaria che abbia adottato modalità di gestione telematica della cartella clinica²³⁵.

Sebbene l'atto sia personalissimo, può essere redatto da un soggetto mediante un terzo purché il dichiarante sia in grado di intendere e di volere. Qualora la persona sia in uno stato avanzato della malattia e non sia quindi in grado di scrivere, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazioni o dispositivi che ne permettano la comunicazione.

Le disposizioni sono in qualsiasi momento rinnovabili, modificabili e revocabili nelle stesse forme in cui si è redatta la precedente disposizione e se, nei casi di estrema urgenza, questo non risulta attuabile, la revoca può avvenire con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico con l'assistenza di due testimoni²³⁶.

Dalle disposizioni sembrerebbe prescritta una forma *ad substantiam*: non sono specificate le conseguenze per il mancato rispetto dei requisiti formali sebbene sia esclusa la validità della scrittura privata olografa. Questo perché nel momento in cui verranno applicate le volontà contenute nelle DAT si è in un momento in cui il disponente non è più in grado di intendere e di volere quindi di prestare il consenso o meno al trattamento sanitario e si deve perciò essere certi che quanto disposto sia frutto di una scelta seria e ponderata. Non c'è infatti tempo per contestare le dichiarazioni in quanto, il più delle volte, ci si trova in una situazione di estrema urgenza nella quale si deve procedere immediatamente al trattamento.

²³⁵ Articolo 4 comma 6 della Legge 219 del 2017: vedi nota successiva.

²³⁶ Articolo 4 comma 6 della Legge 219 del 2017:

«Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni».

La redazione di una DAT al di fuori delle forme previste dal legislatore, rende complicato se non impossibile venire a conoscenza dell'esistenza di questa in quanto non è stabilita ad esempio, una regola di conservazione della DAT olografa.

Un'ulteriore questione: se il legislatore consentisse forme diverse per la redazione delle DAT, dovrebbe analizzarsi attentamente il documento al fine di verificare la paternità di quanto dichiarato: ciò richiede tempo che nella maggior parte dei casi, come detto precedentemente, non si ha.

Queste sono solo alcune delle motivazioni che hanno portato il legislatore a stabilire una forma pubblica per le disposizioni²³⁷: ciò però non deve svuotare il senso delle DAT ovvero quello di dare voce ad un soggetto che, nel momento in cui si attueranno le disposizioni, non ne avrà più. Ecco perché il legislatore prevede che nel caso di DAT olografa, se non emergono fattori che pongono dubbi sulla paternità delle volontà, anche se manca la forma prescritta dalla legge le disposizioni sono comunque produttive di effetti.

Si è stabilito ciò in quanto se considerassimo le disposizioni invalide, andremmo a violare la volontà di una persona per un puro formalismo; d'altronde parte di dottrina e giurisprudenza ha evidenziato che anche qualora ci sia il rispetto della forma prescritta dalla Legge, non sempre questo è garanzia di autenticità del documento. Sicuramente l'atto pubblico in cui il notaio o un altro pubblico ufficiale, redigono il documento è più affidabile. In questo caso il documento fa pubblica fede ed ha valore probatorio circa l'identità del dichiarante e la volontà delle dichiarazioni ivi contenute: il notaio, infatti, dovrà verificare che le disposizioni siano date da un soggetto capace di intendere e di volere e che siano libere.

Nelle DAT il disponente è opportuno risalti le informazioni mediche acquisite prima della formulazione delle disposizioni: sebbene la Legge nulla dica al riguardo, la situazione ottimale sarebbe quella di allegare i documenti medici o il nominativo del medico con il quale il disponente si è

²³⁷ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 95.

confrontato prima di redigere il documento. In alcuni casi potrebbe essere utile l'intervento del medico di fronte al notaio nel momento della redazione delle disposizioni, questo innanzitutto faciliterebbe il notaio dal comprendere la capacità di discernimento e di spontaneità delle dichiarazioni e indirizzerebbe il disponente nelle scelte più appropriate²³⁸.

Secondo Donato Carusi il medico al quale il malato si rivolge per avere le informazioni necessarie prima della stipula delle DAT avrebbe dovuto anche sottoscrivere le disposizioni stesse²³⁹.

Come precedentemente anticipato, le disposizioni possono essere anche effettuate tramite scrittura privata autenticata: qui scemano notevolmente tutte le certezze poc'anzi menzionate. Il pubblico ufficiale, infatti, si limita ad accertare l'autenticità della firma e l'identità del disponente ma non ci sarà nessun tipo di controllo circa il contenuto di quanto dichiarato.

3.2 CONSERVAZIONE E PUBBLICITA' DELLE DAT

La Legge tace circa la conservazione e il valore probatorio e pubblicitario del deposito del documento presso il notaio, gli uffici comunali o le strutture sanitarie. Inoltre, un limite estremamente importante alla conoscibilità delle DAT è dato dal fatto che non ci sia un sistema informatico coordinato dei sistemi sanitari²⁴⁰.

Qualora le disposizioni siano redatte tramite atto pubblico, in assenza di una specifica tutela, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'applicare le disposizioni della legge notarile secondo i quali, ai sensi del

²³⁸ Non dobbiamo dimenticare infatti che il disponente non può esigere trattamenti sanitari contrari alle norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali: l'articolo 1 comma 6 della Legge 219 afferma infatti: *«Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»*.

²³⁹ D. Carusi, *La legge sul biotestamento, Una pagina di storia italiana*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 57.

²⁴⁰ Potrebbe verificarsi il caso in cui una persona giunge presso una struttura sanitaria in stato di incoscienza a seguito di un grave incidente stradale ma, questa struttura essendo diversa da quella nella quale il soggetto ha depositato le sue disposizioni, non ne sia quindi a conoscenza.

combinato disposto degli articoli 66²⁴¹ e 70²⁴², il notaio conserverà le DAT in forma pubblica.

Per le scritture private invece, si applica l'articolo 72²⁴³ della legge notarile secondo la quale, le scritture private autenticate dal notaio, verranno, salvo espressa richiesta delle parti, restituite a quest'ultime.

Sebbene la Legge abbia lasciato un vuoto normativo relativo alle modalità di conservazione del documento, grazie all'interpretazione dell'articolo 4 c. 2 della Legge 219 del 2017²⁴⁴, capiamo come il legislatore raccomandi al notaio di tenere l'originale in maniera tale da poter, se richiesto, rilasciare le copie al fiduciario piuttosto che alla struttura sanitaria.

²⁴¹ Articolo 66:

«Il notaio non può rilasciare ad alcuno gli originali degli atti, fuori dei casi espressi nell'art. 70, e non può essere obbligato a presentarli o depositarli, se non nei casi e nei modi determinati dalla legge.

Quando non sia da altre leggi provveduto al modo di presentazione o di deposito dell'atto, il notaio, prima di consegnarlo, dovrà farne una copia esatta, che sarà verificata sull'originale dal capo dell'archivio notarile del distretto. Di ciò si formerà processo verbale, copia del quale sarà annessa all'atto di cui si fa la presentazione o il deposito. Di tutto il notaio prenderà nota nel repertorio, alla colonna delle osservazioni in corrispondenza del relativo atto.

Il notaio ripone in luogo dell'originale la copia dell'atto, affinché vi resti fino alla restituzione di quello, e, occorrendo darne altre copie, deve fare menzione in esse del detto processo verbale.

Nel caso di restituzione o di apertura e pubblicazione del testamento segreto od olografo, le formalità stabilite negli articoli 913, 915 e 922 del Codice civile saranno eseguite nell'ufficio del depositario del testamento.

Il notaio dovrà fare una copia in carta libera di ogni testamento pubblico da lui ricevuto e trasmetterla, chiusa e sigillata, all'archivio notarile distrettuale, entro il termine di dieci giorni dalla data dell'atto».

²⁴² Articolo 70:

«Oltre i casi determinati da altre leggi, il notaio può rilasciare in originale alle parti soltanto gli atti che contengono procure alle liti, o procure o consensi od autorizzazioni riguardanti gli atti necessari alla esecuzione di un solo affare, o delegazioni per l'esercizio del diritto di elettorato, nei casi determinati dalle leggi politiche od amministrative.

Rilascierà pure i ricorsi di volontaria giurisdizione, le dichiarazioni e gli atti, i certificati di vita di cui ai numeri 1, 2, 3 e 5 dell'art. 1°, e gli atti di autenticazione di cui agli articoli 47 e 72».

²⁴³ Articolo 72:

«L'autenticazione delle firme apposte in fine delle scritture private ed in margine dei loro fogli intermedi è stesa di seguito alle firme medesime e deve contenere la dichiarazione che le firme furono apposte in presenza del notaio e, quando occorrono, dei testi e dei fidefacienti, con la data e l'indicazione del luogo.

Quanto alle firme dei margini e dei fogli intermedi basterà che di seguito alle medesime il notaio aggiunga la propria firma.

Le scritture private, autenticate dal notaio, verranno, salvo contrario desiderio delle parti e salvo per quelle soggette a pubblicità immobiliare o commerciale, restituite alle medesime. In ogni caso però debbono essere prima, a cura del notaio, registrate a termini delle leggi sulle tasse di registro».

²⁴⁴ *«Il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente».*

Lo stesso articolo al c. 7 dispone inoltre la possibilità per le Regioni di disciplinare, attraverso un proprio atto, la raccolta copie delle DAT²⁴⁵.

Queste problematiche dovrebbero cessare in quanto è stato emanato un decreto il 10 dicembre 2019 n. 168, in seguito all'intervento del Garante della Privacy del 6 giugno 2019 il quale aveva espresso la sua approvazione alla bozza del decreto ministeriale recante disposizioni circa le modalità di registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento nella banca dati nazionale istituita presso il Ministero della Salute con la Legge n. 205 del 27 dicembre 2017²⁴⁶. L'obiettivo era quello di raccogliere tutte le DAT e di consentire un tempestivo aggiornamento in caso di revoca, modifica o rinnovazione. Si voleva inoltre rendere meno difficoltoso l'accesso da parte del medico o del fiduciario che ne chiedessero una copia.

I dati vengono quindi trasmessi da tutti i soggetti legittimati a ricevere le disposizioni anticipate di trattamento (notai, ufficiali di stato civile dei comuni di residenza dei disponenti, rappresentanze diplomatiche o consolati italiani all'estero, i responsabili delle Unità Organizzative competenti nelle Regioni) come disciplinato dall'articolo 4 c. 7 della Legge 219²⁴⁷.

Il legislatore si è anche preoccupato di stabilire i requisiti secondo i quali il medico curante e il fiduciario possono avere accesso alle disposizioni: al fiduciario è consentito l'accesso solamente per il tempo in

²⁴⁵ «Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili».

²⁴⁶ Articolo 1 comma 418 della Legge n. 205 del 2017:

«È istituita presso il Ministero della salute una banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Per l'attuazione del presente comma è autorizzata la spesa di 2 milioni di euro per l'anno 2018».

²⁴⁷ Articolo 4 comma 7 della legge 219 del 2017:

«Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili».

cui conserva l'incarico. Tutti i dati devono essere cancellati dopo un decennio dalla morte del disponente.

4. LA CAPACITA' DI REDIGERE LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

Mentre per gli incapaci legali è consentito redigere la DAT purché siano in possesso della capacità naturale nel momento della redazione, qualora siano i minori a redare il documento, questo è sempre privo di validità²⁴⁸.

La norma prevede infatti che sebbene sussista un provvedimento giudiziale quale ad esempio l'interdizione, l'inabilitazione o l'amministrazione di sostegno, un soggetto maggiorenne può redigere le disposizioni anticipate di trattamento se, al compimento dell'atto, era in grado di intendere e di volere. Il legislatore ha quindi equiparato la disciplina delle DAT a quella della redazione del testamento: l'articolo 591 del Codice Civile²⁴⁹ prevede infatti che sia capace di testare colui che ha compiuto la maggior età e abbia la capacità di intendere e di volere a prescindere dalla capacità di agire. Ciò è ritenuto legittimo in quanto connettere la capacità di disporre alla sola capacità legale, andrebbe a compromettere la libertà di autodeterminarsi così come garantita dalla Costituzione²⁵⁰.

Essendo la DAT un atto unilaterale dal contenuto personale, non è prevista la redazione delle disposizioni anticipate di trattamento mediante

²⁴⁸ Articolo 4 comma 1 Legge 219 del 2017:

«Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.»

²⁴⁹ Articolo 591 Codice Civile:

«Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge. Sono incapaci di testare:

1) coloro che non hanno compiuto la maggiore età;

2) gli interdetti per infermità di mente;

3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento.

Nei casi d'incapacità preveduti dal presente articolo il testamento può essere impugnato da chiunque vi ha interesse. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie.»

²⁵⁰ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 98.

un sostituto: la volontà deve quindi essere espressa in maniera diretta dal disponente. Il terzo potrebbe essere chiamato nell'aiuto della redazione materiale del documento, come ad esempio nel caso in cui il soggetto abbia perduto la capacità motoria necessaria per scrivere, ma non può parlarsi di sostituto rappresentante.

Quanto appena illustrato va messo in relazione alla disciplina del consenso informato: qui il legislatore all'articolo 1 c. 5²⁵¹, richiede che per dare un valido consenso o dissenso ai trattamenti sanitari, non è sufficiente la capacità di agire ma ci deve essere anche quella legale: in caso di incapacità, questo può essere prestato dai rappresentanti, siano essi i genitori, tutori, curatore o amministratore di sostegno.

Questa differenza di disciplina non ha mancato di sollevare forti discussioni.

5. IL FIDUCIARIO

Il significato della parola rimanda alla fiducia: questa sta infatti alla base del rapporto tra l'autore della disposizione e il fiduciario stesso. Il disponente affida alla persona che egli ritiene più idonea il compito di far rispettare le sue volontà. Questa figura è di estrema importanza in quanto stabilirà un rapporto duraturo con il medico che ha in cura il disponente.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha previsto che *«le dichiarazioni anticipate possono eventualmente indicare i nominativi di uno o più soggetti*

²⁵¹Articolo 1 comma 5 della Legge 219 del 2017:

«Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

fiduciari, da coinvolgere obbligatoriamente, da parte dei medici, nei processi decisionali a carico di pazienti divenuti incapaci di intendere e di volere»²⁵².

L'articolo 4 c. 1 della Legge 219 del 2017²⁵³ prevede la possibilità per il disponente di nominare un fiduciario: quest'ultimo deve essere maggiorenne, capace di intendere e di volere ed ha il dovere di garantire il rispetto delle volontà del disponente qualora questi non sia più in grado di decidere autonomamente delle proprie cure.

Il dato normativo lascia aperti numerosi interrogativi: si tratta di un mandato?

Secondo Paolo Zatti²⁵⁴ la terminologia che il legislatore ha utilizzato sembrerebbe proprio rimandare al mandato e alla procura dove si verifica il fenomeno in cui l'autore degli atti giuridici non è il destinatario degli effetti di questi. Per lungo tempo si è parlato di una sorta di rappresentanza volontaria. Dopo un'approfondita analisi però si comprende come la figura del fiduciario non possa essere assimilata totalmente alla figura del rappresentante così come disciplinata dagli articoli 1387 del Codice Civile²⁵⁵: questi, infatti, prevede che il rappresentante si sostituisca al rappresentato, agendo in nome e per conto del medesimo. Il fiduciario invece svolge solamente una funzione di "sorveglianza" affinché venga rispettata la volontà precedentemente espressa dal suo assistito.

I poteri e doveri del fiduciario sono molteplici: egli è legittimato ad esprimere il consenso, il dissenso, il rifiuto, la rinuncia nell'interesse del paziente; ha il potere di ricevere informazioni circa la condizione di salute del malato, sul decorso clinico; ha il diritto di chiedere e ricevere la documentazione sanitaria come ad esempio la cartella clinica.

²⁵² L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 85.

²⁵³ «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

²⁵⁴ P. Zatti, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, in *Rivista di Responsabilità Medica*, 2019, pp. 4.

²⁵⁵ «Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato».

Oltre al ruolo strettamente tecnico che la Legge affida al fiduciario, questi ha anche un carico emotivo e una responsabilità non di poco conto: basti pensare al caso in cui le DAT non rispondano alla condizione clinica del paziente. Qualora le DAT risultino palesemente incongrue e secondo il medico devono essere disattese, il fiduciario deve essere in grado di esprimere quale sarebbe, qualora il malato fosse cosciente, la sua volontà.

Il legislatore ci fa però comprendere come la volontà di quest'ultimo non possa ritenersi completamente sostitutiva della volontà del malato in quanto, in caso di conflitto tra la volontà espressa dal medico e quella del fiduciario, si rimanda al giudice tutelare per una decisione definitiva. Quindi, ogni manifestazione di volontà del fiduciario deve essere sorretta da una seppur generica, volontà del fiduciante: una DAT che disponga solamente nominando un fiduciario ma priva di contenuti dispositivi non consentirebbe di comprendere le volontà e le convinzioni individuali del disponente, il fiduciario sarebbe quindi portato a scegliere in base alle proprie credenze.

La mancanza di espressione rende impossibile comprendere le convinzioni individuali, le quali non possono assolutamente essere espressione di una volontà esclusiva del fiduciario.

Una DAT in bianco, ossia la quale si limiti a nominare esclusivamente il fiduciario, inoltre, non soddisferebbe il requisito informativo che risulta essenziale per una scelta consapevole, sarebbe anche soggetta a impugnazione per vizi di incapacità naturale del fiduciante al momento della redazione e per verificare l'autenticità delle disposizioni.

Qualora risulti impossibile ricostruire la volontà del malato e questi ora si trovi in una situazione di incoscienza, si deve far riferimento ai principi dettati dalla giurisprudenza nel caso Englaro²⁵⁶ per stabilire quali siano i limiti del rappresentante.

La Corte di Cassazione ha stabilito che, qualora il malato non abbia redatto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, il giudice su richiesta del fiduciario può autorizzare la disattivazione dei trattamenti sanitari solo

²⁵⁶ Cassazione civile sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748. Vedasi testo allegato a fine tesi.

se sussistono due presupposti: quando la condizione di stato vegetativo sia irreversibile e non siano conosciuti a livello scientifico internazionale dei trattamenti che consentono un seppur flebile recupero della coscienza; ove ci siano elementi chiave, univoci e convincenti che consentono di comprendere l'idea che il malato aveva circa la dignità della persona. Qualora uno di questi due requisiti non sia presente, il giudice deve sempre negare l'autorizzazione all'interruzione dei trattamenti sanitari.

Merita di essere qui riportato un ulteriore passaggio estremamente rilevante della sentenza sopra citata: i giudici di Cassazione hanno stabilito *«il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire alla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, del suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».*

Una delega in bianco al fiduciario non consente di conoscere le reali intenzioni del malato, esponendolo al rischio di condotte illecite da parte del fiduciario stesso in mala fede. Ci sono però innumerevoli ragioni per cui il disponente può essere portato a un documento incompleto: sicuramente possono dipendere anche da noncuranza, ignoranza o mera dimenticanza ma, può essere portato anche dal fatto di voler lasciare al fiduciante pieni poteri circa le scelte da compiere.

La Cassazione ha stabilito che il fiduciante deve assumere decisioni che si presume siano rispondenti alla volontà del malato effettuando una ricostruzione storica del suo stile di vita e mediante elementi di prova chiari, precisi e convincenti. Questo è stato ribadito dalla Corte nella sentenza sopra citata, qui merita di essere riportato questo passaggio fondamentale *«all'individuo che, prima di cadere nello stato di totale e assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale»*.

Ovviamente il rappresentante può proporre istanza di interruzione delle cure solo in casi estremi: quando la condizione di stato vegetativo sia irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico che lasci supporre che la persona abbia la minima possibilità anche di un flebile recupero della coscienza.

Il fiduciante che intende accettare tale nomina: o mediante la sottoscrizione delle disposizioni stesse o attraverso un atto diverso che deve essere allegato alle DAT²⁵⁷. La disposizione sembra lasciare quindi spazio ad un'accettazione che avviene nel momento di esecuzione delle DAT stesse. Questo è però molto rischioso in quanto, qualora il fiduciante non accetti tale nomina, il disponente si trova in una situazione d'impossibilità di provvedere all'indicazione di una diversa persona.

Sebbene la Legge stabilisca ciò, rimane valida anche l'investitura fatta verbalmente da un paziente, in grado di intendere e di volere, al medico: qualora quindi il malato chieda al professionista di registrare nella cartella

²⁵⁷ Articolo 4 comma 2 Legge 219 del 2017:

«il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente».

clinica il nome del soggetto legittimato a fare le sue veci e ad interloquire con i medici, se egli non sarà più in grado, rimane comunque valido²⁵⁸.

Le disposizioni rimangono valide anche qualora siano prive della nomina di un fiduciario o questi vi rinunci, ovvero nei casi di morte sopravvenuta o di uno stato di incapacità del fiduciario²⁵⁹.

Il disponente può in qualsiasi momento revocare l'incarico attraverso la redazione di un documento che deve avere la stessa forma utilizzata per quello in cui il soggetto era stato nominato²⁶⁰.

6. ALCUNE PROBLEMATICHE: L'INATTUALITA' E L'INATTENDIBILITA' DELLE DAT

Come anticipato, le DAT possono essere redatte dopo aver acquisito idonee informazioni mediche aventi ad oggetto i rischi e le conseguenze che potrebbero verificarsi in seguito al sorgere di una determinata patologia²⁶¹: ciò fa comprendere come la manifestazione del consenso/dissenso alle cure, per poter essere ritenuto valido ed efficace, debba essere determinato cronologicamente e sostanzialmente riferibile ad una patologia in atto.

Le DAT però sono un documento che nella maggior parte dei casi non viene redatto quando una malattia è già in atto bensì nell'eventualità futura di contrarla: il disponente è quindi quasi sicuramente una persona sana. Ciò crea molte problematiche: il fatto che la persona non sia già sottoposta ad

²⁵⁸ M. Mantovani, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2019.

²⁵⁹ Articolo 4 comma 4 della Legge 219 del 2017:

«Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile».

²⁶⁰ Articolo 4 comma 3 della Legge 219 del 2017:

«L'incarico del fiduciario può essere revocato dal disponente in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione».

²⁶¹ Articolo 4 comma 1 della Legge 219 del 2017:

«Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

una malattia rende difficile comprendere l'attendibilità delle disposizioni. Si è infatti a lungo sostenuto che per essere una DAT completa, il disponente deve essere informato circa tutte le patologie e le loro conseguenze per poter essere in grado di decidere consapevolmente. Questo è senz'altro impossibile: le informazioni saranno ad ampio spettro e generiche, riferibili ad una malattia prevedibile.

Preme sottolineare come le disposizioni, anche se redatte in assenza di malattia e avendo acquisito informazioni sommarie, sono comunque manifestazione di una volontà circa la sottoposizione o meno a determinati trattamenti sanitari anche se salva vita. Attraverso ciò è comunque possibile comprendere le convinzioni personali.

Un ulteriore problema: le DAT saranno disattese qualora nel momento in cui si deve dare attuazione, siano sopraggiunte nuove pratiche mediche che non erano conosciute e quindi non è stato preventivamente informato il disponente. Ci si chiede inoltre se una persona non affetta da alcuna patologia sia in grado di disporre della propria vita pur non sapendo a cosa potrebbe andare incontro: si ritiene che le dichiarazioni del soggetto sano che dispone non avendo contezza delle sofferenze dovute alla malattia, potrebbero essere differenti rispetto a quando si trova effettivamente nella situazione.

La Legge nulla dice per quanto riguarda la durata delle DAT: si ritiene quindi che queste debbano essere applicate qualora il soggetto si venga a trovare in uno stato di incoscienza irreversibile.

7. IL RUOLO DEL MEDICO

L'articolo 1 c. 6 della Legge 219 del 2017 dispone che *«Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»*.

La disposizione appena enunciata sembra non ammettere nel nostro ordinamento l'obiezione di coscienza da parte del medico: questa scelta è stata fortemente criticata dall'Istituto Superiore di Sanità²⁶².

Il medico, quindi, non può opporsi al rifiuto alle cure invocato in maniera consapevole dal malato giustificando ciò con i valori della sacralità ed indisponibilità della vita. Ciò può invece avvenire, in accordo con il fiduciante qualora appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del malato o sussistano terapie non prevedibili nel momento in cui la DAT è stata redatta, che sono capaci di offrire concreta possibilità di miglioramento delle sue condizioni²⁶³.

Per contro il malato non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche mediche.

²⁶² Seduta n. 455 del 1° giugno 2017 Commissione Igiene e Sanità del Senato:

«All'articolo 1, comma 6 si stabilisce che "il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo" e che "il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali: a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali". L'affermazione alla quale è riferita l'assenza di obblighi professionali, non può essere pienamente approvata, ma è ridondante: non è necessaria una legge per far valere tale affermazione.

Oltre a questo aspetto formale, vi è però un problema sostanziale.

Il fatto che il medico non possa sottrarsi dal procedere al distacco di un presidio salvavita, ove il paziente lo richieda è, probabilmente, il punto più problematico dell'intero disegno di legge. La norma prevede che la persona possa rinunciare anche a nutrizione e idratazione cosiddette "artificiali" (cioè clinicamente assistite, ossia con intervento del medico). Il medico sarà obbligato ad assecondare la legittima richiesta di interruzione del presidio vitale e la altrettanto legittima richiesta di sedazione palliativa profonda (che in sé non provoca la morte). Ciò, però, porterà inesorabilmente alla morte del paziente, che, peraltro, potrebbe non essere nell'imminenza del decesso, poiché il disegno di legge consente tale pratica a chiunque, a prescindere dalla prossimità alla morte. Sarebbe opportuno riconoscere esplicitamente la possibilità di obiezione di coscienza sia per il medico, sia per la struttura sanitaria. L'affermazione, nello stesso articolo, che "il medico non ha obblighi professionali", infatti, non equivale a "obiezione di coscienza". Ovviamente il problema non è la richiesta di un trattamento per porre fine alla propria vita, cioè l'eutanasia (che non è prevista dalla legge), bensì la rinuncia ad un trattamento salvavita. La formulazione attuale, infatti, limita la libertà del medico rispetto a richieste che riguardano non trattamenti illeciti da eseguire, bensì terapie o presidi da interrompere, inclusa l'idratazione e la nutrizione. L'obiezione di coscienza che non è prevista dal disegno di legge, non è disattendere con superficialità le volontà espresse dal paziente, alle quali ogni sanitario deve attribuire la massima considerazione: è, invece, la facoltà di astenersi da atti contrari alla propria coscienza. Tale facoltà non può essere negata al medico: l'obiezione di coscienza è costituzionalmente fondata».

²⁶³ Articolo 4 comma 5 della Legge 219 del 2017:

«Fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3».

8. I VIZI DELLA VOLONTA' NELLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

Le disposizioni anticipate di trattamento, per loro natura non si prestano ad un facile controllo circa i vizi che le potrebbero colpire: queste sono infatti redatte in un momento antecedente al sorgere della malattia o comunque in una fase primordiale. Ci si deve chiedere innanzitutto chi è il soggetto legittimato a verificare se le disposizioni sono o meno genuine.

La Legge prevede per il sanitario la possibilità di disattendere le DAT: questo implicitamente sta a significare che il medico prima di attuarle effettua anche un controllo sulla veridicità del documento. Questo però non deve essere interpretato come un dovere di indagine da parte del professionista.

È difficile rilevare e soprattutto dare prova di un vizio della volontà, in particolar modo quando le DAT sono state redatte per scrittura privata autenticata in quanto come abbiamo visto, il pubblico ufficiale non è tenuto a effettuare un controllo sulla manifestazione di volontà del dichiarante. Questa difficoltà deriva anche dal fatto che quando le DAT dovranno essere applicate, il paziente non sarà più in grado di intendere e di volere e questo rende impossibile chiarire quale sia la sua volontà.

Il medico potrebbe essere costretto a adire per vie giudiziali per comprendere la bontà dell'atto: questo però in situazioni di emergenza renderebbe tardivo l'intervento e di conseguenza il medico sarà portato ad agire secondo la buona pratica medica.

Quale devono essere le caratteristiche affinché un vizio del consenso avente ad oggetto le disposizioni, possa dirsi integrato? Si può applicare la disciplina codicistica in materia di vizi del consenso e di annullabilità del contratto?

L'articolo 1324 del Codice Civile²⁶⁴ estende la disciplina in materia di contratti anche agli atti unilaterali tra vivi avente contenuto patrimoniale se compatibili e salvo che la legge non abbia disposto diversamente. La norma

²⁶⁴ «Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale».

si estende quindi agli atti che abbiano la stessa struttura, funzione ed efficacia. Il Codice Civile prevede all'articolo 624²⁶⁵ che la disposizione testamentaria possa essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, violenza o di dolo; l'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore.

Come precedentemente anticipato, qualora aderissimo all'argomentazione secondo la quale solo il testamento è atto di ultima volontà in quanto inizia a produrre i suoi effetti solo dopo che il testatore avrà cessato di vivere, le disposizioni anticipate di trattamento sono un atto inter vivos, ma sono prive dell'elemento della patrimonialità. Le DAT invece trovano efficacia quando il disponente è ancora in vita anzi, servono proprio per andare a stabilire le scelte del malato sul "fine vita" quando egli avrà perso sia le capacità di esprimersi che le capacità cognitive: anche se il paziente medicalmente non è ancora deceduto, quando si viene a trovare in una situazione di incapacità irreversibile di qualsiasi attività fisica o mentale, le disposizioni rappresentano un atto di ultima volontà.

9. LA RESPONSABILITA' DEL MEDICO E IL DIRITTO DI OBIEZIONE DI COSCIENZA

Partendo dal presupposto che il medico è tenuto al rispetto della volontà del paziente capace di intendere e volere e adeguatamente informato anche qualora questi voglia rinunciare alle cure salvavita, il legislatore ha precisato che in questo caso il professionista, il quale opera dando atto alla volontà del malato, è esente da responsabilità civile e penale.

Ci si è chiesti però se dalla Legge n. 219 possa discendere a favore del medico il diritto all'obiezione di coscienza ossia «*a quella forma di*

²⁶⁵ «La disposizione testamentaria può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, di violenza o di dolo.

L'errore sul motivo, sia esso di fatto o di diritto, è causa di annullamento della disposizione testamentaria, quando il motivo risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre.

L'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore».

resistenza individuale alla legge di cui si avvale il medico al fine di sottrarsi, in ragione al proprio foro interno, ad un obbligo giuridico»²⁶⁶.

Purtroppo, a tal proposito il legislatore non ha previsto una disposizione esplicita: il silenzio della normativa sul punto proviene da un consolidato orientamento dottrinale, il quale sostiene l'inconfigurabilità in capo agli esercenti di una pubblica funzione del diritto in questione. Questi non potrebbero esimersi, in nome dei propri imperativi morali, all'adempimento degli obblighi ai quali sono chiamati.

Due sono le principali argomentazioni proposte dai sostenitori di tale tesi: il terribile rischio che l'esercizio del diritto possa vanificare l'effettività della legge stessa e il timore che il riconoscimento all'obiezione di coscienza comporterebbe un evidente stravolgimento della gerarchia delle fonti; questo, infatti, trova legittimazione non dalla Legge n. 219 bensì dall'articolo 22 del Codice Deontologico²⁶⁷.

Ma, andiamo con ordine, all'interno del nostro ordinamento le normative attuali prevedono tre differenti casi in cui il medico può essere obiettore di coscienza: l'interruzione volontaria di gravidanza (regolamentata con la Legge n. 194 del 1978²⁶⁸), la sperimentazione

²⁶⁶ A. Urciuoli, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 42.

²⁶⁷ *Autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica -*

«Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento».

²⁶⁸ Articolo 9 Legge 194 del 22 maggio 1978:

«Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dell'ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni.

L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale.

L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di

animale (L. 413 del 1993²⁶⁹) ed infine la procreazione medicalmente assistita (L. 40 del 2004²⁷⁰).

interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale.

L'obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

L'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto, immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente».

²⁶⁹ Articoli 1, 2, 3, 4 Legge 413 del 12 ottobre 1993:

«Articolo 1 - Diritto di obiezione di coscienza.

I cittadini che, per obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione riconosciute dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, si oppongono alla violenza su tutti gli esseri viventi, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale.

Articolo 2 - Effetti della dichiarazione di obiezione di coscienza.

I medici, i ricercatori e il personale sanitario dei ruoli dei professionisti laureati, tecnici ed infermieristici, nonché gli studenti universitari interessati, che abbiano dichiarato la propria obiezione di coscienza, non sono tenuti a prendere parte direttamente alle attività ed agli interventi specificamente e necessariamente diretti alla sperimentazione animale.

Articolo 3 - Modalità per l'esercizio del diritto.

L'obiezione di coscienza è dichiarata all'atto della presentazione della domanda di assunzione o di partecipazione a concorso. 2. Gli studenti universitari dichiarano la propria obiezione di coscienza al docente del corso, nel cui ambito si possono svolgere attività o interventi di sperimentazione animale, al momento dell'inizio dello stesso. 3. La dichiarazione di obiezione di coscienza può essere revocata in qualsiasi momento. 4. In sede di prima applicazione della presente legge, l'obiezione di coscienza è dichiarata dall'interessato al responsabile della struttura presso la quale si svolgono attività o interventi di sperimentazione animale, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa. 5. Tutte le strutture pubbliche e private legittimate a svolgere sperimentazione animale hanno l'obbligo di rendere noto a tutti i lavoratori e gli studenti il loro diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale. Le strutture stesse hanno inoltre l'obbligo di predisporre un modulo per la dichiarazione di obiezione di coscienza alla sperimentazione animale a norma della presente legge.

Articolo 4 - Divieto di discriminazione.

Nessuno può subire conseguenze sfavorevoli, per essersi rifiutato di praticare o di cooperare all'esecuzione della sperimentazione animale. I soggetti che ai sensi dell'art. 1 dichiarino la propria obiezione di coscienza alla sperimentazione animale hanno diritto, qualora siano lavoratori dipendenti, pubblici e privati, ad essere destinati, nell'ambito delle dotazioni organiche esistenti, ad attività diverse da quelle che prevedono la sperimentazione animale, conservando medesima qualifica e medesimo trattamento economico. Nelle università gli organi competenti devono rendere facoltativa la frequenza alle esercitazioni di laboratorio in cui è prevista la sperimentazione animale. All'interno dei corsi sono attivate, entro l'inizio dell'anno accademico successivo alla data di entrata in vigore della presente legge, modalità di insegnamento che non prevedano attività o interventi di sperimentazione animale per il superamento dell'esame. Le segreterie di facoltà assicurano la massima pubblicità del diritto all'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale».

²⁷⁰ Articolo 16 Legge 40 del 19 febbraio 2004:

«1. Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel

In questi casi il medico e gli esercenti professioni sanitarie possano astenersi dall'attuazione di attività strettamente connesse alla pratica, mentre sono tenuti a svolgere tutte quelle attività che concernono ad esempio la prescrizione di analisi cliniche piuttosto che prescrizioni mediche.

Comprendiamo come l'obiezione di coscienza sia conseguenza della nostra società pluralistica in cui abbiamo valori etici e sensibilità differenti in merito anche a quelli che riteniamo essere i diritti fondamentali. L'obiezione è quindi la situazione in cui due persone sono spinte in direzioni totalmente opposte in quanto hanno valori etici contrastanti. La normativa in esame, prevedendo la possibilità per il paziente di rifiutare trattamenti sanitari tra cui quelli salva-vita, con l'intervento del medico, evidenzia problematiche etiche gravi.

Per il legislatore non è affatto facile delimitare l'ambito della libertà di coscienza e forse è proprio per questo che non ha ritenuto opportuno prevedere un'esplicita normativa in tal senso. Troviamo tuttavia una disposizione, anche se un po' confusa, che potrebbe venirci in aiuto: si tratta del sesto c. dell'articolo 1 nel quale si dichiara *«Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alle deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali»*.

Tale disposizione richiama l'articolo 22 del Codice Deontologico Medico, nel quale viene dichiarato che il professionista può rifiutare di prestare la propria opera professionale quando vengono richieste prestazioni che siano in contrasto con la sua coscienza oltre che con i convincimenti tecnico-scientifici. Questo può avvenire purché tale rifiuto non

caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate.

2. L'obiezione può essere sempre revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi di cui al comma 1.

3. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento».

comporti grave e immediato danno alla salute della persona e devono comunque essere date tutte le informazioni e i chiarimenti per poter usufruire in seguito della prestazione.

Possiamo pertanto dedurre che, sebbene la Legge non preveda una esplicita possibilità di obiezione, facendo rimando al Codice Deontologico e ai casi in esso disciplinati, questa sia possibile.

Non dobbiamo dimenticare però che il c. 6 dell'articolo 1 della Legge 219 deve essere combinato con il c. 9²⁷¹ secondo il quale la struttura pubblica deve comunque assicurare il rispetto della volontà del paziente.

Anche se la nostra Costituzione non contiene una disposizione appositamente dedicata all'obiezione di coscienza, quest'ultima, poiché si configura come una forma di attuazione del più ampio diritto di coscienza, trova fondamento indiscusso negli articoli 2²⁷², 13²⁷³, 19²⁷⁴ e 21²⁷⁵ della Costituzione stessa.

²⁷¹ «Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale». Art 1 comma 9 così come in ²⁷¹ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 77.

²⁷² «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

²⁷³ «La libertà personale è inviolabile».

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

²⁷⁴ «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

²⁷⁵ «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili.

In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità

Il diritto all'obiezione di coscienza incontra però limiti ben definiti con altri diritti inviolabili, anch'essi costituzionalmente tutelati, quali il diritto alla salute, all'autodeterminazione: l'attuazione di questi non deve essere depotenziata o pregiudicata dal riconoscimento del diritto in questione.

Interessante è quanto dichiarato da Francesca Marin nel suo manuale *L'agenda della bioetica*²⁷⁶, sostiene che per i medici è molto più problematico sospendere i trattamenti sanitari, specialmente se salva vita, piuttosto che non avviarli perché nel primo caso percepiscono ancora più che nel secondo il loro intervento come un atto che conduce alla morte del paziente. Quanto affermato trova conferma nell'indagine da Lei riportata secondo la quale nel 2010 su 1156 medici americani, il 93% riteneva che fosse doveroso attuare la richiesta di sospensione dei trattamenti di sostegno vitale espressa dal paziente informato e consapevole ma, il 61% concordava con l'affermazione "Trovo più difficile a livello psicologico interrompere il trattamento di sostegno vitale rispetto al non dare avvio al medesimo"²⁷⁷.

10. LA POSSIBILITA' DI INSERIRE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE ALL'INTERNO DELLA DAT

La stretta correlazione tra le disposizioni anticipate di trattamento e il testamento ha indotto gli interpreti ad interrogarsi circa la possibilità che una DAT possa avere un contenuto atipico avente ad oggetto disposizioni *mortis causa*: quindi disposizioni testamentarie a contenuto patrimoniale come ad esempio l'istituzione di erede, un legato ecc., e non patrimoniali come il riconoscimento del figlio, la donazione di organi e tessuti o ancora disposizioni circa il rito funebre, la cremazione ecc.

giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

²⁷⁶ F. Marin, *L'agenda della bioetica, Problemi e prospettive*, Padova, Il Poligrafo, 2019, pp. 107.

²⁷⁷ F. Marin, *L'agenda della bioetica, Problemi e prospettive*, Padova, Il Poligrafo, 2019, pp. 107.

La Legge 219 del 2017 non contempla tale possibilità, precisando che le disposizioni possono avere come contenuto il consenso o dissenso ai trattamenti sanitari o alle scelte terapeutiche. Allo stesso tempo però, non è previsto nessun divieto sulla possibilità di inserire un contenuto diverso.

I valori che le disposizioni vogliono tutelare sono i diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti dalla Costituzione come ad esempio l'autodeterminazione, la salute ecc., questi non sembrano essere sminuiti o snaturati qualora vengano inserite delle disposizioni patrimoniali all'interno delle DAT. Inoltre, l'inserimento nelle DAT di disposizioni di nomina dei soggetti legittimati alla gestione e l'amministrazione del patrimonio per il tempo in cui il disponente sarà incapace, renderebbe più celere l'adempimento di tutte quelle attività che fanno capo al malato, senza dover attendere provvedimenti giudiziari.

Le disposizioni anticipate di trattamento hanno due momenti distinti di rilevanza giuridica: le disposizioni sono immediatamente perfette ed efficaci per colui che le ha redatte ma, diventano rilevanti per i terzi solamente nel momento in cui il disponente diventerà incapace. Questa caratteristica è tipica del testamento. Qualora all'interno delle DAT siano contenute sia disposizioni testamentarie che disposizioni anticipate, nel momento in cui il malato diventa incapace produrranno effetto solo le disposizioni riguardanti i trattamenti di cura, mentre, tutti gli altri effetti si verificheranno solo al sopraggiungere della sua morte²⁷⁸.

Una problematica non di poco conto è invece quella che, qualora siano contenute anche disposizioni testamentarie, queste vengono conosciute anticipatamente: ciò non da legittimità ad esercitare azioni di conservazione del patrimonio del disponente ma, i futuri eredi legittimi potrebbero, in virtù delle disposizioni che pregiudicano i loro interessi, iniziare a ricercare un pretesto per impugnare l'atto. Qualora il testatore riprendesse in un secondo momento conoscenza, questo creerebbe grossi problemi in quanto, essendo i terzi già a conoscenza delle sue volontà

²⁷⁸ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 133.

testamentarie, potrebbero condizionarlo o indurlo alla revoca o alla modifica delle precedenti disposizioni testamentarie: basti pensare alla pressione del malato, già di per sé debole, ad esempio sottoposto a pressione psicologica da parte del familiare che rivendica l'assistenza prestatagli nella fase di incapacità²⁷⁹.

Parte di dottrina e giurisprudenza che ritengono possibile l'inserimento di disposizioni testamentarie all'interno delle DAT hanno contestato che la conoscibilità di dette disposizioni precedentemente alla morte del disponente potrebbe comunque avvenire anche qualora sia presente un testamento olografo in quanto, ad esempio, una cattiva conservazione del medesimo ha come conseguenza la conoscibilità dei terzi.

Dobbiamo inoltre sottolineare che nel nostro ordinamento sono vietati i patti successori: queste disposizioni possono così qualificarsi?

Un ulteriore profilo di discrepanza tra la DAT e il testamento si rinviene nella capacità richiesta dal legislatore per la loro redazione. Mentre per la loro redazione si richiede la maggior età e la capacità di intendere e di volere, all'articolo 591 del Codice Civile²⁸⁰ il legislatore dichiara incapace di testare l'interdetto per infermità di mente, cosa che non avviene invece per quanto riguarda le DAT ove anche l'interdetto, se capace di intendere e di volere è legittimato a disporre. La patologia non preclude quindi la capacità di disporre purché non abbia inciso sulla formazione e manifestazione della volontà. Questa differenza normativa crea delle divergenze applicative: le DAT qualora contenessero anche disposizioni testamentarie, se redatta da un soggetto interdetto, capace di intendere e

²⁷⁹ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 133.

²⁸⁰ Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge.

Sono incapaci di testare:

- 1) coloro che non hanno compiuto la maggiore età;
- 2) gli interdetti per infermità di mente;
- 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento.

Nei casi d'incapacità preveduti dal presente articolo il testamento può essere impugnato da chiunque vi ha interesse. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie.

di volere nel momento della redazione del documento, fa sorgere l'interrogativo circa la validità/invalidità dell'atto. Tutto ciò costringerebbe l'interprete a diversificare l'efficacia delle disposizioni in virtù della loro natura e della capacità richiesta dalla Legge rendendo il tutto poco agevole.

Un ulteriore problema: nella Legge 219 del 2017 il legislatore, tenendo conto delle particolari condizioni fisiche di un soggetto affetto da gravi patologie, ha dichiarato che le disposizioni possono avvenire anche attraverso videoregistrazione o, nei casi di estrema urgenza, alla presenza del medico con l'assistenza di due testimoni²⁸¹; quale valore si può attribuire alle disposizioni testamentarie contenute in una DAT redatta mediante videoregistrazione o altri supporti elettronici?

La giurisprudenza ha aperto un varco al superamento del formalismo testamentario quando ha ammesso che un malato di SLA, fisicamente immobilizzato ma nel pieno delle sue facoltà cognitive, possa fare testamento olografo utilizzando il puntatore oculare²⁸². La strada è però ancora in salita.

11. L'ACCANIMENTO TERAPEUTICO E LE CURE PALLIATIVE-CENNI

Il termine dignità umana della persona allude al riconoscimento delle esigenze esistenziali dell'individuo²⁸³: proteggere la dignità umana implica la necessità di non trascurare il passaggio dalla vita alla morte.

²⁸¹ Articolo 4 comma 6 Legge 219 del 2017:

«Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni».

²⁸² M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 142.

²⁸³ A. Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, in *Pubblicazioni degli Istituti di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina*, Milano, 1990, pp. 29.

Il legislatore ha ritenuto opportuno regolamentare nella Legge n. 219 anche l'accanimento terapeutico e l'utilizzo delle cure palliative nel fine vita, tra cui la sedazione profonda continua²⁸⁴.

Per quanto riguarda l'accanimento terapeutico il legislatore all'articolo 2 c. 2 della Legge 219 afferma che, nei casi di pazienti con prognosi infausta a breve termine, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. Con ciò, quindi, ha previsto il divieto all'accanimento terapeutico quando le cure appaiono inutili o sproporzionate rispetto al fine ultimo del beneficio per la salute.

Nella stessa prospettiva si era già posta la Legge n. 38 del 2010 sulle disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, il cui obiettivo è quello di assicurare il rispetto della dignità e dell'autonomia della persona umana, tutelando la vita del malato fino al suo termine.

Anche il Codice Deontologico Medico all'articolo 16 sottolinea l'importanza di non intraprendere né insistere in trattamenti terapeutici clinicamente inappropriati²⁸⁵.

Determinare i confini dell'accanimento terapeutico è molto complesso in quanto è difficile comprendere il momento dal quale si può

²⁸⁴ Articolo 2 Legge 219 del 2017:

«Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita

1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38.

2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

²⁸⁵ Articolo 16 Codice Deontologico Medico:

«il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute e/o un miglioramento per la qualità della vita».

parlare nei confronti del paziente di “fine vita”. Da un punto di vista medico-scientifico il professionista, seppur con molte variazioni da paziente a paziente, è in grado di stabilire quando qualunque cura non sortirebbe più nessuna efficacia. In alcuni casi però, la cura è l'unico elemento di sostegno psicologico: l'assenza di essa fa comprendere al malato che non esiste per lui più alcuna speranza²⁸⁶.

Prima dell'entrata in vigore della Legge n. 219, l'Organizzazione Mondiale della Sanità aveva già dato una prima definizione di cosa fossero le cure palliative: «*Le Cure Palliative sono l'assistenza (care) globale, attiva, di quei pazienti la cui malattia non risponda ai trattamenti curativi (cure). È fondamentale affrontare e controllare il dolore, gli altri sintomi e le problematiche psicologiche, sociali e spirituali. L'obiettivo delle Cure Palliative è il raggiungimento della migliore qualità di vita per i Pazienti e per le loro famiglie. Molti aspetti dell'approccio palliativo sono applicabili anche più precocemente nel corso della malattia, in unione ai trattamenti anticancro*»²⁸⁷.

Le cure palliative vengono applicate per molteplici finalità: innanzitutto danno sollievo al malato dal dolore, sostengono la vita e guardano al morire come un processo naturale, non hanno lo scopo di posporre o anticipare la morte. Inoltre, contrariamente a quanto si pensa, aiutano il malato a vivere attivamente il tempo che gli resta, migliorano la qualità della vita e possono anche influenzare positivamente il decorso della malattia²⁸⁸.

La medicina curativa, avendo espulso dal proprio paradigma la morte, non è in grado di assistere il paziente morente; al contrario, se ne

²⁸⁶ M. Rinaldo, *Diritto delle successioni e della famiglia, Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 31.

²⁸⁷ <https://www.uslnordovest.toscana.it/attachments/article/9871/ALL%201%20def%20oms.pdf>
L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha proposto una nuova definizione di cure palliative nel 2002 stabilendo che «*Le cure palliative sono un approccio che migliora la qualità della vita dei malati e delle famiglie che si confrontano con i problemi associati a malattie inguaribili, attraverso la prevenzione e il sollievo dalla sofferenza per mezzo dell'identificazione precoce, dell'approfondita valutazione e del trattamento del dolore e di altri problemi fisici, psicosociali e spirituali*».

²⁸⁸ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 28.

allontana espellendolo dai luoghi tradizionali della cura. La medicina palliativa invece ribalta ciò, l'obiettivo è quello di prendersi cura, migliorando la qualità della vita rimasta e assicurando una vita dignitosa: introduce elementi di umanizzazione nell'assistenza sanitaria²⁸⁹.

Le cure palliative nella maggior parte dei casi sono vissute come un abbandono da parte dei curanti e il passaggio nelle mani degli specialisti del morire. Come osserva Spinsanti già la denominazione stessa di cure palliative suona infelice, in quanto, in italiano si ripiega ad un palliativo quando per un problema non si ha una risposta risolutiva²⁹⁰.

Guardandola però da un altro punto di vista: palliativo deriva dal latino *pallium*, quest'ultimo era il mantello militare indossato dai plebei e che fu tagliato in due da san Martino di Tours per difendere un mendicante dal freddo dell'epoca in cui il santo prestava servizio in Gallia come cavaliere imperiale²⁹¹.

Stranamente l'applicazione delle cure palliative non è mai stata messa in discussione, né dai movimenti *pro-life* né da quelli *pro-choice*. Questione molto dibattuta riguarda invece i trattamenti che possono essere compresi in questa categoria.

L'OMS oltre a rimarcare come le cure palliative debbano essere a carico del Sistema Sanitario Nazionale, ha stabilito che deve essere garantito l'accesso a tutti coloro che ne hanno bisogno, ha ribadito agli stati di adeguarsi il più possibile alle sue raccomandazioni in quanto si stima che il diritto alle cure palliative sia negato ad oltre 36 milioni di persone nel mondo²⁹². Ha inoltre definito l'accesso alle medesime come un diritto umano fondamentale.

L'Italia ha risposto a tali raccomandazioni con la Legge numero 38 del 2010 "*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*".

²⁸⁹ F. Persano, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Siena, Cantagalli, 2015, pp. 9.

²⁹⁰ S. Spinsanti, *La cura in modalità palliativa, Le parole, le regole, le pratiche*, Piacenza, Editrice Dapero, 2022, pp. 19.

²⁹¹ F. Persano, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Siena, Cantagalli, 2015, pp. 7.

²⁹² L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 29.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica è intervenuto con diversi pareri²⁹³ per contribuire allo sviluppo di tale tematica. In particolare, ha tenuto a sottolineare come le cure palliative siano fondamentali per far sì che il malato abbia la miglior qualità della vita possibile e sia rispettata la sua dignità. Si è inoltre occupato di fissare come obiettivo primario delle cure quello di contrastare il dolore psico-fisico. Solo così può dirsi tutelato il diritto alla salute previsto all'interno dell'articolo 32 della Costituzione.

Compresa nelle cure palliative è la sedazione palliativa profonda continua: consiste nell'annullamento della coscienza del malato che si trova in uno stadio terminale, irreversibile, fino alla sua morte. Essendo il paziente in uno stato d'incoscienza continua, è come se si trattasse di una morte anticipata. Di fatto è interrotto qualsiasi rapporto con l'esterno; proprio per questo è stata più volte ingiustamente equiparata all'eutanasia. Coloro i quali sostengono ciò hanno osservato come l'unica differenza tra le due pratiche mediche è che la sedazione palliativa profonda continua non richiede la partecipazione attiva del medico o della famiglia e spesso viene attuata proprio nei Paesi dove l'eutanasia non è consentita per evitare di incorrere in sanzioni penali.

Anche per quanto riguarda questa situazione è intervenuto il Comitato Nazionale per la Bioetica stabilendo che la sedazione palliativa profonda²⁹⁴ continua può essere applicata soltanto a determinate

²⁹³ Da ultimo merita di essere ricordato quello del 14 dicembre 2023:

Il Comitato Nazionale per la Bioetica, con la stesura di questo Parere sulle Cure Palliative, intende sollecitare la politica ad implementarle in modo compiuto e come parte integrante dei Livelli Essenziali di Assistenza. Il Parere vuole essere anche uno stimolo per le istituzioni sanitarie, gli enti formativi e i professionisti del settore, per assicurare che le Cure Palliative vengano fornite con professionalità e integrità etica, nel rispetto dei principi di universalità, equità e giustizia e concedendo a ogni persona l'opportunità di confrontarsi con la malattia e con l'ultimo tratto del cammino di vita in maniera dignitosa e libera da sofferenze inutili.

Affronta le problematiche che potrebbero compromettere o rallentare il progresso e l'applicazione delle Cure Palliative. Vengono esaminate le barriere all'accesso universale ed equo a questi servizi essenziali, la necessità di una loro attivazione tempestiva e il diritto inalienabile dei pazienti a ricevere informazioni complete sul loro percorso di cura.

Sono trattate, inoltre, la questione dell'adeguatezza delle Cure Palliative in vari contesti sanitari, sia domiciliari che ospedalieri, e l'influenza di queste cure sui costi sanitari.

Il Parere evidenzia anche la particolare esigenza di una formazione di alto livello per i professionisti sanitari e l'importanza della ricerca per lo sviluppo di trattamenti e pratiche innovative, ancora molto carenti in questo settore.

²⁹⁴ Comitato nazionale per la Bioetica, Sedazione Palliativa Profonda e continua, 29 gennaio 2016. https://bioetica.governo.it/media/1804/p122_2016_sedazione_profonda_it.pdf

condizioni: una malattia inguaribile ed in stadio avanzato, la morte imminente, la presenza di dolori acuti ed insopportabili per il malato e il consenso informato del paziente²⁹⁵.

Anche per l'applicazione delle cure palliative generiche sono stati stabiliti dei rigidi presupposti per poter fare ricorso a ciò: deve esserci una prognosi infausta a breve termine o di imminenza della morte; trattamenti oramai inutili e sproporzionati; la presenza di sofferenze ai trattamenti sanitari; il consenso informato.

Questi trattamenti devono essere assicurati anche ai pazienti che si trovano nel fine vita per aver rifiutato altri trattamenti sanitari che avrebbero potuto salvargliela.

12. L'EUTANASIA E IL SUICIDIO ASSISTITO- CENNI

Il termine eutanasia deriva dal greco e letteralmente significa "buona morte". Con ciò si intende un comportamento attivo da parte di un familiare, di un medico o di un terzo, volto a provocare o accelerare intenzionalmente la morte indolore di un paziente in accordo con la volontà libera, espressa e consapevole di quest'ultimo allorché sia affetto da una malattia inguaribile oppure caratterizzato da una sintomatologia dolorosa grave, o ormai giunta allo stadio terminale, con la previsione di un evento infausto a breve termine²⁹⁶. Gli elementi che ne qualificano la nozione sono pertanto: l'esistenza di un quadro clinico sfavorevole; la volontà del paziente di morire; la morte subentrata in seguito all'intervento di un ulteriore soggetto.

È importante specificare che le normative circa l'eutanasia non possono essere applicate ai soggetti che vogliono applicare tale pratica solo perché scontenti della propria vita. Riguardo a ciò si è espresso anche la Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina della Svizzera osservando che: «*Nei casi non dovuti a malattia, la tutela della vita e i*

²⁹⁵ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 32.

²⁹⁶ A. Urciuoli, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 47.

principi d'etica sociale pongono un limite all'assistenza al suicidio assistito. Possono quindi essere prese in considerazione solo persone con sofferenze gravi dovute a malattie. Concetto che comprende anche sofferenze che sorgono in seguito ad infortuni o menomazioni gravi²⁹⁷».

Dottrina e giurisprudenza hanno più volte posto la distinzione tra eutanasia attiva ovvero quando viene praticata ad esempio un'iniezione letale; passiva detta anche omissiva, quando cioè viene sospeso un farmaco salvavita come, ad esempio, la nutrizione o l'idratazione artificiale.

Si definisce suicidio assistito l'atto per mezzo del quale un individuo si procura una morte rapida e indolore mediante l'assistenza di un medico che prescrive i farmaci necessari al suicidio e lo consiglia riguardo alle modalità di assunzione. La differenza tra quest'ultimo e l'eutanasia sta nel fatto che l'atto finale nel suicidio assistito è compiuto interamente dal soggetto stesso e non da terzi.

Un caso italiano che ha scosso l'opinione pubblica fu quello di Dj Fabo, il quale ha posto fine alla sua vita mordendo un pulsante della tastiera da lui usata per comunicare, attivando così l'iniezione del farmaco letale.

Quando parliamo di eutanasia o suicidio assistito, facciamo riferimento ad atti tramite i quali viene abbreviato il corso della vita di un individuo²⁹⁸.

Prima dell'entrata in vigore della Legge n. 219 la quale ha posto l'esplicito divieto di eutanasia, era il Codice Deontologico Medico a far emergere il dovere assoluto del medico di non procurare mai

²⁹⁷ L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita, riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 13.

²⁹⁸ U. Tasciotti, *L'eutanasia e il suicidio assistito*, Rimini, Aracne editrice, 2020, pp. 347.

deliberatamente la morte grazie all'interpretazione dell'articolo 3²⁹⁹, 8³⁰⁰, 14³⁰¹ e 17³⁰². Inoltre, all'articolo 23³⁰³ si stabiliva che in caso di diagnosi infausta, il medico aveva il dovere non solo di non abbandonare il malato ritenuto inguaribile, ma continuare ad assisterlo anche al solo fine di lenire la sofferenza fisica e psichica applicando, se riteneva opportuno, le cure palliative anche se ciò poteva rendere incosciente il malato.

L'eutanasia all'interno del nostro ordinamento è vietata ed è assimilabile all'omicidio volontario qualora sia attiva, mentre, se passiva costituisce reato di omicidio del consenziente e le pene previste dal codice penale vanno dai 6 ai 15 anni di reclusione.

Anche il suicidio assistito è considerato nel nostro ordinamento un reato, è infatti equiparato alla istigazione al suicidio o all'aiuto al suicidio.

²⁹⁹ *«Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. Al fine di tutelare la salute individuale e collettiva, il medico esercita attività basate sulle competenze, specifiche ed esclusive, previste negli obiettivi formativi degli Ordinamenti didattici dei Corsi di Laurea in Medicina e Chirurgia e Odontoiatria e Protesi dentaria, integrate e ampliate dallo sviluppo delle conoscenze in medicina, delle abilità tecniche e non tecniche connesse alla pratica professionale, delle innovazioni organizzative e gestionali in sanità, dell'insegnamento e della ricerca. La diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi è una diretta, esclusiva e non delegabile competenza del medico e impegna la sua autonomia e responsabilità. Tali attività, legittimate dall'abilitazione dello Stato e dall'iscrizione agli Ordini professionali nei rispettivi Albi, sono altresì definite dal Codice».*

³⁰⁰ *«Il medico in caso di urgenza, indipendentemente dalla sua abituale attività, deve prestare soccorso e comunque attivarsi tempestivamente per assicurare idonea assistenza».*

³⁰¹ *«Il medico opera al fine di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente e degli operatori coinvolti, promuovendo a tale scopo l'adeguamento dell'organizzazione delle attività e dei comportamenti professionali e contribuendo alla prevenzione e alla gestione del rischio clinico attraverso:*

- l'adesione alle buone pratiche cliniche;
- l'attenzione al processo di informazione e di raccolta del consenso, nonché alla comunicazione di un evento indesiderato e delle sue cause;
- lo sviluppo continuo di attività formative e valutative sulle procedure di sicurezza delle cure;
- la rilevazione, la segnalazione e la valutazione di eventi sentinella, errori, "quasi-errori" ed eventi avversi valutando le cause e garantendo la natura riservata e confidenziale delle informazioni raccolte».

³⁰² *«Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte».*

³⁰³ Continuità delle cure

«Il medico garantisce la continuità delle cure e, in caso di indisponibilità, di impedimento o del venire meno del rapporto di fiducia, assicura la propria sostituzione informando la persona assistita.

Il medico che si trovi di fronte a situazioni cliniche alle quali non sia in grado di provvedere efficacemente, indica al paziente le specifiche competenze necessarie al caso in esame».

CAPITOLO TRE

1. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELLA LICEITA' DELL'ATTIVITA' SANITARIA- PREMessa STORICA

Il consenso informato del paziente all'accertamento e al trattamento sanitario solo in epoca recente è divenuto uno specifico dovere del sanitario quale imprescindibile presupposto per la sua liceità. Tale assunto è oggi ormai pacifico, ma, quali sono le conseguenze della condotta che non rispetti tale dovere?

Sebbene l'articolo 1 della Legge 219 del 2017 disponga che il medico è sempre tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario e, in conseguenza a ciò, è esente da responsabilità civile e penale³⁰⁴, la questione è tutt'ora aperta.

³⁰⁴ «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.

Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici.

Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione

Infatti, il legislatore non è ancora intervenuto per qualificarne la fattispecie penale; tuttavia, ha prospettato una vaga responsabilità penale che impone di rivisitare la materia a seguito della sentenza delle Sezioni Unite n. 2437 del 18 dicembre 2008. Con tale sentenza ha escluso si tratti sia di violazione della integrità psicofisica così come regolamentata

di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto è annotato nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.

Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla.

Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura.

Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale.

La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative.

È fatta salva l'applicazione delle norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti sanitari».

dall'articolo n. 582³⁰⁵ e 590³⁰⁶ del Codice Penale, sia di violenza morale³⁰⁷: la sentenza sopra citata si è posta agli antipodi rispetto alla decisione della Cassazione n. 5639 del 21 aprile 1992 che aveva invece confermato la responsabilità a tale titolo ravvisandovi addirittura il più grave delitto preterintenzionale³⁰⁸.

In assenza di una specifica fattispecie penale, non si può prescindere dalla ricostruzione sistematica dell'intera materia iniziando proprio dai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico: affinché si configuri responsabilità penale, non è sufficiente che ricorrano i tre requisiti positivi del reato (ovvero condotta, evento e nesso di causalità tra la prima ed il

³⁰⁵ «Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Si procede tuttavia d'ufficio se ricorre taluna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583, 583 quater, secondo comma, primo periodo, e 585, ad eccezione di quelle indicate nel primo comma, numero 1), e nel secondo comma dell'articolo 577. Si procede altresì d'ufficio se la malattia ha una durata superiore a venti giorni quando il fatto è commesso contro persona incapace, per età o per infermità».

³⁰⁶ «Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309. Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da euro 123 a euro 619, se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da euro 309 a euro 1.239. Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme [sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle] per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni. Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena per lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni. Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale».

³⁰⁷ Regolamentata dall'articolo 610 del Codice Penale:

«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.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità, ovvero se ricorre la circostanza di cui al secondo comma».

³⁰⁸ Il delitto preterintenzionale è regolamentato dall'articolo 584 del Codice Penale:

«Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni».

secondo), occorre anche un requisito negativo: l'assenza delle cause di giustificazione³⁰⁹.

Se il reato è dato da un atto ritenuto dal legislatore pericoloso e dannoso alla convivenza civile, talora, quel medesimo atto in presenza delle condizioni specificate nelle cause di giustificazione, non può essere punito: questo in considerazione del fatto che la condotta è stata necessaria per

³⁰⁹ Queste sono disciplinate dagli articoli 50 del Codice Penale, Consenso dell'avente diritto:
«Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre».

Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, 51 del Codice Penale:

«L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

Difesa Legittima, 52 C. P.:

«Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:
a) la propria o la altrui incolumità;

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

Uso legittimo delle armi, 53 C. P.:

«Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, la presta assistenza.

La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica».

Stato di necessità, 54 C. P.:

«Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo».

salvare un interesse superiore o uguale a quello sacrificato. In altri termini, l'ordinamento giuridico effettua una comparazione in astratto per cui o perché vi è un interesse superiore che giustifica la condotta offensiva o perché gli interessi sono equivalenti ma non vi è alcun interesse pubblico alla punizione o ancora perché manca l'interesse punitivo dello Stato (come nel caso in cui, in presenza di diritti disponibili, vi è il consenso della parte offesa).

Le cause di giustificazione non sono solamente quelle previste dagli articoli codificati nella parte generale del Codice Penale, le quali vengono applicate a qualsiasi tipologia di reato, ma, ne troviamo altre anche nella parte speciale del Codice previste solamente per alcuni reati (come, ad esempio, quella prevista dall'articolo 599 del Codice Penale relativa alle cause di non punibilità specifiche dei delitti di ingiuria e di diffamazione³¹⁰).

Per quanto concerne l'attività medico chirurgica e sanitaria è un problema fortemente dibattuto quello dell'individuazione delle cause di giustificazione del medico nell'esercizio della sua professione.

Il problema fondamentale è che da un lato viene riconosciuta la necessità del consenso informato per rendere il trattamento medico conforme al dettato costituzionale e alla Legge n. 219, ma, dall'altro, del consenso informato non viene definito in maniera univoca il reale contenuto che questo deve avere e soprattutto non sono stabilite le conseguenze per la sua assenza o irregolare acquisizione.

1.1 LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE DI CASSAZIONE CON LA SENTENZA N. 2437 DEL 2008

Sulla problematica appena enunciata, l'attuale orientamento prevalente in giurisprudenza si richiama ai principi dichiarati dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 2437 del 18 dicembre 2008 alla quale era stata posta la seguente questione:

«ha o meno rilevanza penale, e, nel caso di risposta affermativa, quale ipotesi delittuosa configuri la condotta del sanitario che, in assenza di

³¹⁰ «Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dall'articolo 595 nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso».

consenso informato del paziente, sottoponga lo stesso paziente a un determinato trattamento sanitario nel rispetto delle regole dell'arte e con esito fausto»³¹¹.

Tale decisione ha profondamente mutato il panorama giurisprudenziale: partiamo dall'analizzare il fatto oggetto della questione.

«M. R., ricoverata nel reparto di ginecologia dell'Ospedale di Cattolica, il 20 novembre 1997 fu sottoposta dal dott. N. G. ad un intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità, a salpingectomia che determinò l'asportazione della tuba sinistra. Alla stregua della ricostruzione operata dai giudici del merito, l'intervento demolitorio risultò essere stato una scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto della lex artis e con competenza superiore alla media; tuttavia, secondo l'assunto accusatorio, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia. Secondo i primi giudici, infatti, già in fase di programmazione della laparoscopia erano prevedibili l'evoluzione di tale intervento operativo e l'elevata probabilità di asportazione della salpinge, la non opportunità dell'interruzione dell'intervento e la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto dello stato di necessità, ai fini dell'acquisizione del consenso. L'omissione sarebbe stata da ascrivere, in ragione della elevata prevedibilità dell'intervento chirurgico, ad una scelta consapevole e volontaria dell'imputato e non a colpa. Peraltro, ad avviso del giudice di primo grado, ogni trattamento medico eseguito in assenza di un consenso valido e specifico, integrerebbe lesione della libertà, garantita dall'art. 32 della Costituzione, di autodeterminazione della persona circa le decisioni mediche che la riguardano, comprensiva della facoltà di promuovere un consulto o di scegliere altre strutture sanitarie. Ciò induceva pertanto il Tribunale di Rimini a qualificare il reato di lesioni personali volontarie aggravate, originariamente contestato al G., come violenza privata, in ordine al quale ultimo l'imputato stesso veniva ritenuto colpevole e condannato...»

³¹¹ M. Bilancetti, F. Bilancetti, *Le responsabilità delle strutture e dei professionisti sanitari, Profili civili, penali, amministrativo-contabili e disciplinari*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, pp. 658.

Proposto appello da parte dell'imputato, la Corte di appello di Bologna, con sentenza del 5 febbraio 2007, ha reputato contraddittoria ed insufficiente la prova in ordine all'acquisizione del consenso informato della paziente; sicché, esclusa, da un lato, la ricorrenza della esimente dello stato di necessità e respinta, dall'altro lato, la tesi difensiva secondo la quale è lecito ogni intervento medico compiuto in mancanza di espresso dissenso, ha rilevato l'intervenuta prescrizione del reato – così come qualificato nella sentenza di primo grado – revocando le statuizioni civili, disposte in quella stessa sentenza, stante l'assenza di una prova idonea circa la commissione del fatto».

In un primo momento la Corte di Cassazione richiama un principio enunciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 438 del 2008, secondo il quale il consenso informato 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 degli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione oltre che in numerose altre fonti internazionali.

La Corte prosegue distinguendo due diverse ipotesi: l'atto medico contro e l'atto medico senza il consenso:

«Ferma restando, dunque, la illiceità, anche penale della condotta del medico che abbia operato contro la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell'altrui volere, l'ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi riguarda invece il caso in cui, anche se in assenza di consenso espresso allo specifico trattamento sanitario praticato, il risultato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente».

Non si ravvisa il reato di violenza privata per le seguenti ragioni: *«in una ipotesi di violenza personale "diretta", deve convenirsi con quanti ritengono che la nota caratterizzante tale forma di violenza vada ravvisata nell'idea della aggressione "fisica"; vale a dire nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione*

fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo. Il che sembra rendere del tutto impraticabile l'ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa, la violenza infatti, è un connotato essenziale di una condotta, che a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve quindi trattarsi di qualcosa di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di costrizione a tollerare rende tecnicamente impossibile la configurazione del delitto di cui all'articolo 610 c.p.³¹²».

Non può essere ravvisato neanche il delitto di lesioni personali in quanto difetta l'evento della malattia così come previsto dall'articolo 582 del Codice Penale³¹³, come spiegato nel passaggio successivo della sentenza: ove l'intervento chirurgico sia eseguito *legis artis*, e cioè come indicato in sede scientifica, per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivare una malattia, giacché l'atto anche se anatomicamente lesivo, non soltanto non ha provocato una diminuzione funzionale ma è servito a risolvere la patologia da cui il malato era affetto.

In conseguenza il mancato consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo potrà valere su altri piani ma non su quello penale.

In conclusione, la Corte ha stabilito che non ravvisandovi le ipotesi delittuose sopra citate, ove il medico sottoponga il paziente ad un

³¹² «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 previste dall'articolo 339».

³¹³ «Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa».

trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento sia eseguito nel rispetto dei protocolli medici e si sia concluso con esito fausto nel senso che dall'intervento il paziente ha tratto un apprezzabile beneficio e miglioramento delle condizioni di salute, tale condotta è priva di rilevanza penale tanto sotto il profilo dell'articolo 582 che del 610 Codice Penale³¹⁴.

³¹⁴ Per completezza riporto di seguito la sentenza n. 2437 del 2008, nei suoi passaggi salienti: *M. R., ricoverata nel reparto di ginecologia dell'Ospedale di Cattolica, il 20 novembre 1997 fu sottoposta dal dott. N. G. ad un intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità, a salpingectomia che determinò l'asportazione della tuba sinistra. Alla stregua della ricostruzione operata dai giudici del merito, l'intervento demolitorio risultò essere stato una scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto della lex artis e con competenza superiore alla media; tuttavia, secondo l'assunto accusatorio, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia. Secondo i primi giudici, infatti, già in fase di programmazione della laparoscopia erano prevedibili l'evoluzione di tale intervento in operativo e l'elevata probabilità di asportazione della salpinge, la non opportunità dell'interruzione dell'intervento e la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto dello stato di necessità, ai fini dell'acquisizione del consenso. L'omissione sarebbe stata da ascrivere, in ragione della elevata prevedibilità dell'intervento chirurgico, ad una scelta consapevole e volontaria dell'imputato e non a colpa. Peraltro, ad avviso del giudice di primo grado, ogni trattamento medico eseguito in assenza di un consenso valido e specifico, integrerebbe lesione della libertà, garantita dall'art. 32 della Costituzione, di autodeterminazione della persona circa le decisioni mediche che la riguardano, comprensiva della facoltà di promuovere un consulto o di scegliere altre strutture sanitarie. Ciò induceva pertanto il Tribunale di Rimini a qualificare il reato di lesioni personali volontarie aggravate, originariamente contestato al G., come violenza privata, in ordine al quale ultimo l'imputato stesso veniva ritenuto colpevole e condannato...*

Proposto appello da parte dell'imputato, la Corte di appello di Bologna, con sentenza del 5 febbraio 2007, ha reputato contraddittoria ed insufficiente la prova in ordine all'acquisizione del consenso informato della M.; sicché, esclusa, da un lato, la ricorrenza della esimente dello stato di necessità e respinta, dall'altro lato, la tesi difensiva secondo la quale è lecito ogni intervento medico compiuto in mancanza di espresso dissenso, ha rilevato l'intervenuta prescrizione del reato – così come qualificato nella sentenza di primo grado – revocando le statuizioni civili, disposte in quella stessa sentenza, stante l'assenza di una prova idonea circa la commissione del fatto.

2. – Avverso la sentenza di appello hanno proposto ricorso per cassazione i difensori dell'imputato e della parte civile M. R...

Nel ricorso proposto nell'interesse dell'imputato si deduce, quale primo motivo, vizio di motivazione in riferimento al mancato proscioglimento nel merito, giacché, da un lato, andrebbe privilegiato l'orientamento che ritiene applicabile il secondo comma dell'art. 129 cod. proc. pen., anche nei casi in cui la prova della responsabilità sia insufficiente o contraddittoria; dall'altro, la mancata adozione di una formula di merito sarebbe in contrasto con la determinazione di revocare le statuizioni civili; infine – sottolinea il ricorso - i giudici dell'appello avrebbero omesso di fornire risposta adeguata circa la doglianza relativa alla esimente dello stato di necessità, quanto meno a livello putativo...

*3. – La Quinta Sezione penale di questa Corte, cui i ricorsi erano stati assegnati, avendo ravvisato la sussistenza di un contrasto di giurisprudenza sui temi coinvolti, ha rimesso, a norma dell'art. 618 cod. proc. pen., a queste Sezioni Unite la decisione sui ricorsi medesimi, con ordinanza pronunciata il 1° ottobre 2008, ritenendo pregiudiziale la risoluzione del quesito se abbia o meno **rilevanza penale, e, nel caso di risposta affermativa, quale ipotesi delittuosa configuri la condotta del sanitario che in assenza di consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle "regole dell'arte" e con esito fausto. Quanto al primo aspetto – osserva la Sezione rimettente – si registrano due diversi orientamenti. Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, il consenso del paziente fungerebbe da infedeltabile***

presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che la mancanza di un consenso opportunamente “informato” del malato, o la sua invalidità per altre ragioni, determinerebbe l'arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, salvo le ipotesi in cui ricorra lo stato di necessità ovvero se specifiche previsioni di legge autorizzino il trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 32 Cost. Secondo altro orientamento, invece, in ambito giuridico, in genere, e penalistico in particolare, la volontà del paziente svolge un ruolo decisivo soltanto quando sia espressa in forma negativa, essendo il medico “legittimato” a sottoporre il paziente affidato alle sue cure al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso anche in assenza di un esplicito consenso, con conseguente irrilevanza del problema della esistenza di eventuali scriminanti, in quanto è da escludere “in radice” che la condotta del medico che intervenga in mancanza di consenso informato possa corrispondere alla fattispecie astratta di un reato. Quanto, poi, al tipo di reato eventualmente ipotizzabile, secondo una prima interpretazione il medico, che intervenga su un paziente in assenza di congruo interpello, risponde di lesioni volontarie, pur quando l'esito dell'intervento sia favorevole. Ciò in quanto qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità integrano il concetto di malattia di cui all'art. 582 cod. pen.; precisandosi che il criterio di imputazione soggettiva dovrà essere invece colposo, qualora il sanitario agisca nella convinzione, per negligenza o imprudenza, della esistenza del consenso. Secondo altro indirizzo, invece, l'arbitrarietà dell'intervento – che non potrà mai realizzare il delitto di lesioni, essendo il trattamento medico chirurgico volto a rimuovere e non a cagionare una malattia – può assumere rilevanza penale solo come attentato alla libertà individuale del paziente e rendere perciò configurabile esclusivamente il delitto di violenza privata. Il tutto – conclude l'ordinanza di rimessione – non senza evocare la sussistenza di tesi intermedie, quale quella di ravvisare la sussistenza dell'indicato delitto nel caso di trattamento non chirurgico, o quella di ritenere che la violenza privata sia configurabile nella sola ipotesi di trattamento chirurgico eseguito in presenza di un espresso, libero e consapevole rifiuto del paziente.

Considerato in diritto

... La questione da esaminare riguarda il quesito se abbia o meno rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di lesioni personali o di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e conclusosi con esito fausto.

Si tratta di problematica antica, mai univocamente risolta, anche perché coinvolgente una gamma di questioni ad essa intimamente correlate, quali: il fondamento giuridico e di legittimazione della attività medico-chirurgica; il concetto di malattia che in relazione ad essa deve venire in rilievo; il valore che, nel sistema, occorre riconoscere al consenso informato del paziente, alla luce dei principi che, fra le altre, le fonti di rango costituzionale, legislativo e deontologico dettano al riguardo, prendendo in considerazione il bene della salute come diritto della persona...

Soffermarsi, dunque, sulle più significative sentenze di questa Corte, per analizzarne le varie rationes e gli approdi cui le stesse sono pervenute a proposito dei numerosi “nodi” che la questione sottoposta a queste Sezioni unite coinvolge, rappresenta la ineludibile premessa, per focalizzare i temi sui quali è indispensabile fornire univoca risposta.

3. – La prima sentenza che si è soffermata *ex professo* sul tema del trattamento medico-chirurgico e del consenso informato del paziente, è stata la nota **sentenza Massimo (Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo)**, oggetto di diffusi rilievi, prevalentemente critici, svolti da larga parte della dottrina. **Tale sentenza ha in particolare affermato il principio per il quale il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta; sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte...**

Sottolineava la richiamata sentenza che «se il trattamento, eseguito a scopo non illecito, abbia esito sfavorevole, si deve, pur sempre, distinguere l'ipotesi in cui esso sia consentito dall'ipotesi in cui il consenso invece non sia prestato. E si deve ritenere che se il trattamento non consentito ha uno scopo terapeutico, e l'esito sia favorevole, il reato di lesioni sussiste, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale (art. 32, comma 2, Cost.), e che, a fortiori, il reato sussiste ove l'esito sia sfavorevole». Nel contrastare, poi, la tesi sostenuta dal ricorrente,

secondo la quale l'oggetto di tutela dell'art. 50 cod. pen. sarebbe limitato alla libertà di autodeterminazione, con conseguente possibilità di ritenere configurabile, in relazione al trattamento medico eseguito senza il consenso, il reato di cui all'art. 610 cod. pen., la medesima sentenza ha precisato che «la formulazione di ordine generale del principio sancito dalla norma, non autorizza l'esclusione della protezione del diritto alla integrità fisica (tra molti altri) e, semmai, soltanto il trattamento medico senza il consenso che pur sempre non cagioni lesioni potrebbe far ipotizzare fatti di violenza privata».

A conclusioni diverse perviene la successiva sentenza Barese (Cass., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132), ove si è affermato che, in tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in assenza di urgente necessità, venga eseguita una operazione **chirurgica demolitiva, senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di dimensioni più ridotte rispetto a quello poi eseguito, che ne abbia determinato la morte, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché, per integrare quest'ultimo, si richiede che l'agente realizzi consapevolmente ed intenzionalmente una condotta diretta a provocare una alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa...**

Puntualizza ancora la stessa sentenza, la circostanza che la condotta del medico sia orientata a tutelare la salute del paziente e non a cagionare menomazioni della sua integrità, fisica o psichica, permette di «escludere l'intenzionalità della condotta nei casi, non infrequenti, nei quali il medico, nel corso dell'intervento chirurgico, rilevi la presenza di una situazione che, pur non essendo connotata da aspetti di urgenza terapeutica, potendo essere affrontata in tempi diversi, venga invece affrontata immediatamente senza il consenso del paziente; per es. per evitargli un altro intervento e altri successivi disagi o anche soltanto per prevenire pericoli futuri». In tale ultima ipotesi – che assume uno specifico interesse ai fini dell'odierno scrutinio – la medesima sentenza ritiene non configurabile il reato di cui all'art. 610 cod. pen., giacché una simile costruzione rinverrebbe un «ostacolo difficilmente superabile nella previsione della necessità che la condotta dell'agente consista in violenza o minaccia. Quest'ultima sembra proprio da escludere, mentre la violenza potrebbe forse ipotizzarsi nei soli casi di dissenso espresso del paziente al trattamento chirurgico»

...
La giurisprudenza più recente sembra abbandonare le posizioni più estreme – fra quelle sin qui passate in rassegna – per collocarsi in linea con i principi codificati nelle massime, per così dire, intermedie. Così, nella sentenza della Sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi, si ribadisce il principio secondo cui «l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento»; derivandone da ciò che la mancanza o la invalidità del consenso «determinano la arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e, quindi, la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo»... in tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in mancanza di un valido consenso informato ovvero in presenza di un consenso prestato per un trattamento diverso, il chirurgo esegua un intervento da cui derivi la morte del paziente, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché la finalità curativa comunque perseguita dal medico deve ritenersi concettualmente incompatibile con la consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva della integrità fisica della persona offesa invece necessaria per l'integrazione degli atti diretti a commettere il reato di lesioni richiesti dall'art. 584 cod. pen...

La circostanza, dunque, che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32 della Carta, pone in risalto – secondo il Giudice delle leggi – 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 per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione.

...configurare la **legittimità del trattamento sanitario in genere e della attività medico-chirurgica in specie**: con l'ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso "informato" del paziente, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe eo ipso invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare...

Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili “contro” la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere, l’ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi, riguarda invece il caso in cui, anche se “in assenza” di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, il risultato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente...

*non può essere condivisa. Al riguardo, va infatti rammentato, anzitutto, che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di **violenza privata**, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l’offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l’uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione. E si è pure puntualizzato, in proposito, che l’elemento oggettivo del reato di cui all’art. 610, cod. pen., è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l’effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa. L’azione o l’omissione, che la violenza o la minaccia sono rivolte ad ottenere dal soggetto passivo, devono però essere determinate, poiché, ove manchi questa determinatezza, si avranno i singoli reati di minaccia, molestie, ingiuria, ma non quello di violenza privata. D’altra parte, versandosi, nella specie, in una ipotesi di violenza personale “diretta”, deve convenirsi con quanti ritengono che la nota caratterizzante tale forma di violenza vada ravvisata nella idea della aggressione “fisica”; vale a dire nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l’integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo.*

Il che sembra rendere del tutto impraticabile l’ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa. La violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di “qualcosa” di diverso dal “fatto” in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l’evento di coazione risiederebbe nel fatto di “tollerare” l’operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di “costrizione a tollerare” rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all’art. 610 cod. pen...

8. – ***Esclusa***, quindi, la possibilità di ritenere integrato, nel caso di specie, il **delitto di violenza privata**, occorre esaminare quella che è stata ritenuta per lungo tempo l’alternativa “naturalisticamente” privilegiata: vale a dire il reato di lesioni di cui all’art. 582 cod. pen...

Ecco già, dunque, un primo approdo. Le “conseguenze” dell’intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell’ordinamento, non potranno coincidere con l’atto operatorio in sé e con le “lesioni” che esso “naturalisticamente” comporta, ma con gli esiti che quell’intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. Il chirurgo, in altri termini, non potrà rispondere del delitto di lesioni, per il sol fatto di essere “chirurgicamente” intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento “coatto”; sebbene, proprio perchè la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell’obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell’agere, in rapporto, anche, alle regole dell’arte. È, quindi, in questo contesto che andrà verificato l’esito, fausto o infausto, dell’intervento e quindi parametrato ad esso il concetto di “malattia” di cui si è detto...

*Pertanto, ove l’intervento chirurgico sia stato eseguito **lege artis**, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall’atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l’atto, pur se “anatomicamente” lesivo, non soltanto non ha provocato – nel quadro generale della “salute” del paziente – una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto. Dunque, e per concludere sul punto, non potrà ritenersi integrato il delitto di cui all’art. 582 cod. pen, proprio per difetto del relativo “evento”. In tale ipotesi, che è quella che ricorre nella specie, l’eventuale mancato consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo, rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale.*

...

1.2 RILIEVI CRITICI

Non possiamo non constatare come troviamo una serie di sentenze con posizioni estremamente opposte: infatti, con la sentenza n. 37077 del 24 giugno 2008 la Cassazione ha stabilito che non è possibile ipotizzare nel caso di mancanza del consenso un elemento di colpa in quanto l'obbligo di acquisizione del consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza integra la colpevolezza. Ciò è stato giustificato dichiarando che l'acquisizione del consenso non è preordinata ad evitare fatti dannosi prevedibili ma a tutelare il diritto alla salute e alla scelta consapevole.

Successivamente, le Sezioni Unite di Cassazione, introdussero la prospettiva di ricondurre sotto il profilo colposo, nello specifico di colpa impropria, qualificando come negligente la condotta del sanitario che interviene su beni primari quali la vita stessa piuttosto che la salute e con ciò non si esclude quindi di ricorrere alla tutela penale.

E' evidente, comunque, 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: ad evitare – quindi – che possa essere soltanto la “monologante” scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, negligendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo.

Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei sensi prima delineati, 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”. Ciò non toglie, peraltro, che, nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo – trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici – accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 cod. pen., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali di questa Corte potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui – a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il “vizio” del consenso informato – si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt. 55 e 59, quarto comma, cod. pen.).

10. - Può quindi concludersi nel senso che, ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 cod. pen., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 cod. pen.

Ricorrere a ciò appare adeguato in quanto viene addebitato al sanitario di aver trascurato l'impegno al dovere del consenso informato.

La più recente giurisprudenza con la sentenza n. 1828 del 2009 ha affermato che qualora l'intervento e le sofferenze ad esso connesse comportino una malattia, è inevitabile affermare che tale evento sia coperto da dolo del chirurgo che reca quegli effetti anche se il suo scopo era quello di portare beneficio al malato: dovrebbe integrare a tutti gli effetti il reato di lesioni personali a meno che non ci sia il consenso all'intervento prestato dal paziente o dal suo legale rappresentante. Qualora quest'ultimo non sia stato prestato, l'intervento, secondo la Corte di Cassazione, dovrebbe configurare il reato di cui all'articolo 582 C. P.

Come ha dichiarato Fiandaca³¹⁵, sembrerebbe quindi, che il consenso sia una *scriminante costituzionale*.

Inoltre dottrina e giurisprudenza sollevano critiche alla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, in quanto, sembrerebbe che il legislatore basi la liceità o meno dell'attività sanitaria in base all'esito dell'intervento stesso: si arriverebbe alla paradossale conclusione che non si dovrebbe applicare la fattispecie penale delle lesioni persino ad interventi chirurgici che portano ad una penalizzante demolizione, con conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della capacità di procreare (peraltro tale circostanza è fatta rientrare nelle circostanze aggravanti delle lesioni, ex articolo 583 c. 2 Codice Penale). Nella sentenza sopra riportata, non dobbiamo dimenticare che la paziente aveva prestato il consenso per l'intervento di laparoscopia e non a quello di salpingectomia poi verificatosi.

Il legislatore è stato più volte sollecitato ad introdurre, con la Legge 219 del 2017, il reato di trattamento sanitario arbitrario ma purtroppo, ad ora, a nulla sono servite le sollecitazioni di dottrina e giurisprudenza.

Concludendo non possiamo non avvertire il forte disagio per le due posizioni estreme assunte dalla Cassazione: da un lato, in caso di mancanza del consenso si configura l'ipotesi dolosa; dall'altro qualora non

³¹⁵ M. Bilancetti, F. Bilancetti, *Le responsabilità delle strutture e dei professionisti sanitari, Profili civili, penale, amministrativo-contabili e disciplinari*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, pp. 668.

si verifichi l'evento malattia intesa in senso funzionale e non organico, non si configura nessuna ipotesi di illecito penalmente rilevante anche se effettivamente sono stati violati gli articoli 13 e 32 della Costituzione.

2. IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO QUALE CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE DEL TRATTAMENTO SANITARIO

L'atto medico per essere lecito deve quindi essere effettuato solamente dopo che sia stato prestato un consenso consapevole dell'avente diritto: qualora ciò non si sia verificato, si va ad invadere la sfera personale del malato a prescindere dall'esito fausto o infausto del trattamento.

Secondo la Giurisprudenza di legittimità, infatti, l'articolo 610 del Codice Penale³¹⁶ tende a garantire la persona da ogni aggressione alla sua libertà di autodeterminazione.

Facciamo una breve analisi storica: il Codice Civile ha stabilito all'articolo 5³¹⁷ il divieto di disposizione del proprio corpo. Secondo la Giurisprudenza costante gli atti di disposizione del proprio corpo devono ritenersi leciti qualora siano rivolti alla tutela della salute, anche psichica³¹⁸. Se quindi il paziente può validamente disporre del proprio corpo nei limiti in cui ciò sia funzionale a finalità terapeutiche, la causa di giustificazione da invocare per non incorrere nella commissione di reato sarebbe quella del consenso dell'avente diritto disciplinata dall'articolo 50 C. P.

Il combinato disposto dell'articolo 5 e 50 del Codice, conservano in ogni qual modo la funzione di precludere atti di disposizione non rivolti a finalità terapeutiche: l'interpretazione da dare oggi all'articolo 5 non è più quella strettamente letterale. Come ha osservato il Comitato Nazionale per la Bioetica, infatti, tale norma vieta gli atti di diminuzione del corpo solo se

³¹⁶ «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».

³¹⁷ «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».

³¹⁸ Ciò è stato affermato nella sentenza n. 161 del 24 maggio 1985 dalla Corte Costituzionale.

motivati da fini di lucro, cioè la diminuzione dell'integrità fisica si accompagni ad un ritorno economico per il disponente. L'articolo non riguarda invece gli atti di disposizione del corpo liberamente e consapevolmente voluti dal soggetto nell'ambito della relazione di cura³¹⁹.

Dunque, quello che vieta l'articolo 5 è l'abuso e non l'atto di disposizione del corpo per fini leciti quali sono la sottoposizione ai trattamenti sanitari.

Il legislatore ha quindi stabilito che il trattamento sanitario non possa ritenersi reato penale qualora ci sia, nell'ipotesi ordinaria, il consenso dell'avente diritto mentre nelle due eccezionali: lo stato di necessità ove la persona sia incapace di esprimere un valido consenso o ancora nei casi di trattamenti sanitari obbligatori.

Nel primo caso può ritenersi quindi sarebbero scriminanti dalla causa di giustificazione dello stato di necessità, ad esempio, l'intervento chirurgico eseguito in extremis allo scopo di salvare un paziente ricoverato in coma oppure l'amputazione di un arto praticata ad un soggetto incapace di consentire allo scopo di evitargli una cancrena³²⁰.

La giurisprudenza, convenendo che solo una situazione riconducibile allo stato di necessità possa giustificare un trattamento senza il consenso, considera urgenti quegli interventi che non possono essere prorogati senza un certo e gravissimo pericolo quali ad esempio minaccia di rottura

³¹⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, documento del 24 ottobre 2008, Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico:

«La stessa lettura dell'art. 5 del codice civile è stata rivista dagli interpreti: tale norma non vieta gli atti di diminuzione del corpo tout court, ma soltanto quelli motivati da fini di lucro, in cui cioè la diminuzione dell'integrità fisica si accompagna ad un ritorno economico per il soggetto disponente. Ciò che la legge mira ad evitare sono le lesioni della sfera fisica attuate in vista di un corrispettivo patrimoniale. La ratio evidentemente è quella di garantire i soggetti più deboli, disposti ad accettare il sacrificio della propria integrità fisica per far fronte al bisogno economico. L'art. 5 c.c. non riguarda invece gli atti di disposizione del corpo liberamente e consapevolmente voluti dal soggetto nell'ambito della relazione di cura, atti del tutto alieni da considerazioni di ordine economico-patrimoniale e motivati unicamente sulla base delle proprie convinzioni e principi morali, dei propri "interessi critici". Non c'è nessuna ragione per la quale un soggetto competente debba essere privato, a causa del suo stato di malattia, del diritto di mantenere il controllo su quel che accade al suo corpo e alla sua vita; occorre anzi sostenere la c.d. "appropriazione" della morte (e del morire) da parte del paziente».

https://bioetica.governo.it/media/1860/p81_2008_rifiuto_rinuncia_paziente_medico_it.pdf

³²⁰ M. Bilancetti, F. Bilancetti, *Le responsabilità delle strutture e dei professionisti sanitari, Profili civili, penali, amministrativo-contabili e disciplinari*, Pisa, Pacini Giuridica, 2029, pp. 717.

dell'utero, rischio di perforazione di organi vitali, pericolo di grave sofferenza vitale. Necessari sono invece tutti quei trattamenti che possono essere procrastinabili entro ragionevoli limiti di tempo, ma la cui omissione comporta un risultato sicuramente letale o la permanenza di uno stato di malattia e di invalidità: questi sono ad esempio l'intervento per un neoplasma maligno o per una grossa cisti ovarica³²¹.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi ovvero il trattamento sanitario anche contro la volontà del paziente: si può imporre al malato per ragioni di igiene pubblica e di tutela della salute collettiva. Anche qui non si ricorrerà in un reato.

L'adempimento del dovere di sottoporre un soggetto al trattamento anche contro la sua volontà è disciplinata dall'articolo 51 del Codice Penale³²² ed una delle più importanti sentenze da parte della Corte di Cassazione risale al 2005, nella quale ci si era rivolti per chiedere la legittimità ad un'attività invasiva al fine di accertare se l'indagato nascondesse degli ovuli contenenti stupefacenti nel proprio corpo³²³. La Corte rispose affermativamente.

Oggi dottrina e giurisprudenza sembra si stiano dissociando dalla sentenza n. 2437 del 2008 e valorizzano ipotesi di responsabilità, di norma di natura colposa e non dolosa come era stato inizialmente prospettato in quanto sono ipotesi riconducibili a condotte caratterizzate da imprudenza o negligenza nella gestione concreta del consenso dell'avente diritto.

³²¹ M. Bilancetti, F. Bilancetti, *Le responsabilità delle strutture e dei professionisti sanitari, Profili civili, penali, amministrativo-contabili e disciplinari*, Pisa, Pacini Giuridica, 2029, pp. 718.

³²² «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

³²³ Sentenza Corte di Cassazione del 2 dicembre 1005, n. 6284.

3. LA RILEVANZA PENALE DEL DEFICIT CONSENSUALE E IL CASO MASSIMO

Secondo il Codice Penale attualmente in vigore, il trattamento sanitario effettuato senza il consenso del paziente, ha la struttura tipica del reato doloso in quanto l'evento lesivo implicito nell'atto medico è voluto, ma la natura del reato è colposa perché viene in risalto la valutazione erronea e colposa dei limiti o delle condizioni entro i quali è riconosciuta l'efficacia scriminante del consenso stesso. Quindi: l'evento è voluto ma la censura attiene ad una condotta di natura colposa.

Nel nostro ordinamento è previsto il reato di eccesso colposo, il quale presuppone il superamento, per colpa, dei limiti previsti dalla causa di giustificazione (nel nostro caso il consenso). Ne consegue che se il consenso non manca totalmente, ma esiste anche se in una forma imperfetta perché ad esempio è insufficiente o invalido e, nonostante ciò, il sanitario sia intervenuto ritenendo appunto colposamente la sussistenza di tale presupposto, egli incorrerà in colpa e non in dolo.

Egli incorrerà invece in una condotta dolosa quando consapevolmente decide di intervenire contro la volontà del malato, sottoponendolo quindi ad interventi che lui sa non aver accettato. Per configurare il dolo, quindi, è necessario in primo luogo l'assenza di un valido consenso e in secondo luogo, la piena consapevolezza di ciò da parte del medico: il reato ascrivibile è quello di delitto di lesioni dolose e, se ne consegue la morte del malato, di omicidio preterintenzionale.

A tale proposito ricordiamo la sentenza della Corte di Cassazione n. 5639 del 21 Aprile 1992, sentenza conosciuta come Caso Massimo, la quale ha condannato il medico per il reato di omicidio preterintenzionale. Riassumiamo il fatto: il chirurgo ha sottoposto un'anziana signora di 83 anni, ad intervento chirurgico demolitivo di amputazione totale addomino-perinale di retto, anziché a quello preventivato di asportazione transanale di un adenoma villosa, in completa assenza di necessità e di urgenza terapeutiche che giustificano un tale tipo di intervento e soprattutto senza preventivamente informare la paziente o i suoi familiari dell'entità e dei concreti rischi del più grave atto operatorio che veniva eseguito; senza aver

ricevuto alcuna forma di consenso ad intraprendere un trattamento chirurgico di portata così devastante su un soggetto di età avanzata portatore unicamente di adenoma rettale benigno. Due mesi dopo la signora morì. Il medico nella sua difesa spiegò come, risultando invani i tentativi di avvicinarsi alla sede dell'adenoma per poi passare alla sua resezione decise autonomamente di proseguire con l'intervento più invasivo. La Corte di Cassazione dichiarò che il medico avrebbe dovuto abbandonare ogni tentativo di proseguire l'intervento astenendosi dall'eseguirne un altro non richiesto né autorizzato e devastante, ponendo necessariamente la paziente a conoscenza della situazione clinica in cui versava, prospettandole il tipo di intervento da eseguire e le sue conseguenze, richiedendole il necessario consenso. Il chirurgo invece, senza nemmeno confrontarsi con l'equipe, proseguì nell'intervento più invasivo. Egli venne condannato per omicidio preterintenzionale e radiato dall'albo.

Al di fuori di ciò, come precedentemente anticipato, il medico risponderà per colpa a cui non potranno applicarsi le circostanze aggravanti di cui al n. 3 dell'articolo 61 del C. P.³²⁴. in quanto l'evento non poteva essere previsto; non potrà nemmeno applicarsi la maggior gravità prevista dall'articolo 133 del C.P.³²⁵

Non si può infatti assimilare l'atto medico che è pur sempre finalizzato a tutelare la salute del paziente all'atto doloso rivolto direttamente a ledere.

³²⁴ Il comma 3 dell'articolo stabilisce:

«l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento».

³²⁵ *«Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:*

1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reato;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo».

4. L'ECCESSO COLPOSO E LA SUPPOSIZIONE ERRONEA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

Ci si deve ora chiedere cosa succeda nel caso in cui il medico sia stato negligente in quanto, senza la necessaria verifica, ha dato per supposto che un altro sanitario della medesima équipe avesse fornito al paziente tutte le necessarie informazioni per consentirgli una piena consapevolezza nella decisione da assumere. È l'ipotesi del consenso putativo: questo si differenzia dall'eccesso colposo perché, mentre nel primo il consenso manca completamente ma l'agente ha operato supponendo che ci sia stato e che sia regolare, nel secondo caso invece il consenso c'è solamente che non è stato prestato come dovrebbe.

Nel consenso putativo l'errore attiene all'esistenza della causa di giustificazione mentre, nell'eccesso colposo, l'errore non è in ordine alla sua sussistenza, ma nella sua regolarità. Qualora l'errore sia dovuto a colpa in entrambi i casi siamo in presenza di una condotta colposa ma le due ipotesi sono ontologicamente distinte.

Nel caso considerato il sanitario ha eseguito un programma terapeutico sulla base di un consenso che per sua negligenza era inidoneo a legittimarlo sotto il profilo della liceità: si deve osservare come la volontà del paziente non è stata pienamente consapevole. Ecco che allora il presupposto che solitamente rende legittimo il trattamento sanitario, qui vacilla, è inadeguato.

Se infatti è il consenso prestato consapevolmente a rendere lecito l'atto medico, in questo caso, l'agire del sanitario non è più lecito perché per sua colpa è determinato da un errore di valutazione della situazione giuridica che costituisce i presupposti della causa di giustificazione. L'aver operato dopo aver acquisito un consenso anche se l'informazione era incompleta o inadeguata, non può essere equiparabile, anche sotto il profilo penale, all'aver agito con la consapevolezza della totale mancanza del consenso: un conto è infatti superare i limiti stabiliti dalla legge un altro è prescindere completamente.

Dunque, qualora il medico agisca non rispettando i requisiti richiesti dalla Legge per il consenso informato, l'atto medico si trasforma in delitto

doloso. Inoltre, se il superamento di tali limiti avviene per dolo, il sanitario risponderà invece per reato doloso. Come precedentemente analizzato non si configura invece reato solo nelle seguenti ipotesi: qualora il medico abbia legittimamente acquisito il consenso del paziente in seguito a adeguata informazione; qual ora debba adempiere un dovere (cioè nei rari casi di trattamento sanitario obbligatorio ove il professionista deve agire anche contro la volontà del soggetto); o da ultimo, quando sussista una causa di giustificazione dello stato di necessità.

Emblematica è stata la decisione della Cassazione n. 1572 del 11 luglio 2001³²⁶: nel caso in esame un chirurgo anziché effettuare l'intervento al ginocchio sinistro di una paziente affetta da gonalgia, così come programmato e convenuto, aveva erroneamente effettuato l'intervento al ginocchio destro dal quale aveva asportato il menisco, ragionando alla parte offesa lesioni personali guarite in un tempo superiore ai 40 giorni. Sebbene l'intervento fosse stato eseguito secondo le *leges artis* dato che anche a quel menisco era stata evidenziata una sofferenza in precedenza non rilevata la quale rendeva indicata la sua asportazione, dall'altro, tuttavia, il chirurgo aveva errato nella individuazione del ginocchio sul quale l'interessato voleva si intervenisse in quel momento, perché ritenuto più grave. La Cassazione, premessa la necessità del consenso perché l'atto medico sia lecito, affermava la penale responsabilità del sanitario proprio con riferimento alla mancanza del consenso. In questo caso tale difetto ricorreva fin dall'inizio, ove solo in una seconda fase l'atto medico, iniziato come lecito perché consentito dall'interessato, diveniva non più tale in quanto il chirurgo era andato al di là di quanto era stato autorizzato. La Cassazione sottolinea inoltre, come la mancanza del consenso del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo decidere se permettere interventi sul proprio corpo.

³²⁶ <https://www.altalex.com/documents/news/2005/01/21/responsabilita-professionale-del-medico-il-consenso-informato>

Le ipotesi delittuose possono essere di carattere doloso ex articolo 610 C.P. nel caso di intervento non chirurgico ovvero ex articolo 582 C.P. di trattamento chirurgico. La Cassazione concluse affermando che poiché qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica il compimento di atti che estrinsecano l'elemento oggettivo di detto reato, le ridendo l'integrità corporea del soggetto, il criterio di imputazione soggettiva dovrà essere invece 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, dell'esistenza del consenso.

Questo principio è stato ribadito da una costante giurisprudenza, infatti anche nella sentenza del Tribunale di Milano del 18 giugno 2008³²⁷ si afferma che *«un intervento chirurgico, che integra in sé il fatto materiale del delitto di lesioni, può essere considerato lecito unicamente se viene effettuato nella speranza congiunta della sua necessità terapeutica e del consenso informato del paziente»*.

E quindi pacifico che il consenso dell'avente diritto rende lecito l'atto medico e ne deve conseguire che è questa la causa di giustificazione del trattamento sanitario.

Preme concludere con la sentenza della Cassazione n. 15239 del 14 maggio 2014³²⁸ nella quale ha ribadito che non è ipotizzabile il delitto di lesioni volontarie gravi o gravissime ma l'unica ipotesi di reato che si potrebbe configurare è soltanto quella delle lesioni colpose, nei confronti del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento da questi non consentito, anche se abbia esito infausto e anche se l'intervento venga effettuato in violazione delle regole dell'arte medica. Non è infatti in discussione la configurabilità di una condotta intenzionalmente diretta a ledere ma si rinviene nella sua condotta professionale una finalità terapeutica.

³²⁷ https://www.rivistadirittosocietario.com/Article/Archive/index_html?ida=439&idn=34&idi=-1&idu=-1

³²⁸

https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Relazione_Gallo_Paolo_Sussidiariet_per_Corte_di_Cassazione_1.pdf

Allo stato attuale della giurisprudenza si deve registrare che nella normalità dei casi La Corte ha escluso rilevanza penale nel caso in cui il medico sottoponga il paziente ad un trattamento diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato e tale intervento, eseguito correttamente si sia concluso con esito fausto, nel senso che ne è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute. Tale condotta è priva di rilevanza penale tanto sotto il profilo del reato di lesioni volontarie che sotto il profilo del reato di violenza privata³²⁹.

³²⁹ M. Bilancetti, F. Bilancetti, *Le responsabilità delle strutture e dei professionisti sanitari, Profili civili, penali, amministrativo contabili e disciplinari*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019 pp. 790.

CONCLUSIONI

Effettuando un bilancio della Legge n. 219 del 2017 possiamo dire che questa ha sicuramente posto fine alla visione paternalistica stabilendo con espressioni inequivoche il principio, prima consolidato nella prassi ma non disciplinato con legge, della libertà delle cure.

Ha dato apertamente atto alla libertà di autodeterminazione anche nel fine vita assicurando la possibilità del rifiuto ai trattamenti sanitari salvavita quali l'idratazione e la nutrizione artificiale: ovviamente ciò può avvenire previa qualche cautela come l'essere in maniera chiara e precisa informato sulle conseguenze che ciò comporta per poter dare un consenso consapevole.

Non possiamo però non constatare come non sarebbe stato fuori luogo prevedere il coinvolgimento di un esperto di medicina nella formazione dell'atto per essere certi che il paziente abbia ricevuto tutte le informazioni necessarie per poter dare un consenso/dissenso veramente consapevole.

Dottrina e giurisprudenza stanno ribadendo sempre più frequentemente questa necessità, la quale solleva però molte critiche: la legge che chiamasse il medico ad assumere un ruolo nella raccolta delle DAT, infatti, renderebbe inevitabile gravarlo di funzioni notarili come ad esempio certificare l'identità del disponente, verificare che sia consapevole della persistente efficacia dell'atto nel tempo nonché la sua revocabilità, farsi carico dell'iscrizione della dichiarazione nel registro pubblico.

È però essenzialmente nel suo ruolo professionale che il medico entrerebbe in scena: la legge dovrebbe impegnarlo all'assistenza al fine che le dichiarazioni anticipate siano rese sulla base di una informazione il più possibile corretta. Si sta sempre più facendo largo l'ipotesi che tale ruolo possa essere rivestito dal medico di fiducia del disponente.

La Legge, inoltre, inizialmente aveva rinunciato all'istituzione di un registro o archivio informatico nazionale in quanto era venuta redatta con la presenza della clausola di invarianza finanziaria: ciò indeboliva notevolmente la nuova disciplina in quanto era estremamente difficoltoso

conoscere se il malato aveva redatto delle disposizioni anticipate di trattamento. Finalmente il legislatore nel dicembre 2019 con la Legge n. 168 ha introdotto il registro informatico unico, il quale è sicuramente il mezzo più efficiente per assicurare che, a tempo debito, le DAT vengano a conoscenza del medico curante. Tale registro è entrato in vigore dal 1° febbraio 2020.

Un ulteriore limite alla Legge risiede nel fatto che le disposizioni non possono venire applicate se il malato soffre di patologie o disturbi diversi da quelli cui si era riferito nel documento o se, nel lasso di tempo tra la redazione delle DAT e la loro effettiva applicazione, sono intervenute nuove cure che possano comportare anche un flebile miglioramento delle condizioni di vita. Ciò pare però comprensibile in quanto grazie alla continua ricerca scientifica e alle nuove cure, non si può vincolare la volontà espressa precedentemente alle nuove scoperte.

APPENDICE

Rimando nota 236 sul processo Englaro.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Con ricorso ex art. 732 cod. proc. civ., E.B., quale tutore della figlia interdetta E.E., ha chiesto al Tribunale di Lecco, previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., l'emanazione di un ordine di interruzione della alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che tiene in vita la tutelata, in stato di coma vegetativo irreversibile dal 1992.

Il curatore speciale, nominato dal Presidente del Tribunale, ha aderito al ricorso.

Il Tribunale di Lecco, con decreto in data 2 febbraio 2006, ha dichiarato inammissibile il ricorso ed ha giudicato manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale prospettati in via subordinata dal tutore e dal curatore speciale.

Nè il tutore nè il curatore speciale - hanno statuito i primi giudici - hanno la rappresentanza sostanziale, e quindi processuale, dell'interdetta con riferimento alla domanda dedotta in giudizio, involgendo essa la sfera dei diritti personalissimi, per i quali il nostro ordinamento giuridico non ammette la rappresentanza, se non in ipotesi tassative previste dalla legge, nella specie non ricorrenti.

Inoltre, la mancata previsione normativa di una tale rappresentanza è perfettamente aderente al dettato costituzionale, e la lacuna non può essere colmata con una interpretazione costituzionalmente orientata.

Peraltro, anche ove il curatore o il tutore fossero investiti di tale potere, la domanda - ad avviso dei primi giudici - dovrebbe essere rigettata, perchè il suo accoglimento contrasterebbe con i principi espressi dall'ordinamento costituzionale. Infatti, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., un trattamento terapeutico o di alimentazione, anche invasivo, indispensabile a tenere in vita una persona non capace di prestarvi consenso, non solo è lecito, ma dovuto, in quanto espressione del dovere di solidarietà posto a carico dei consociati, tanto più pregnante quando, come nella specie, il soggetto interessato non sia in grado di manifestare la sua volontà.

In base agli artt. 13 e 32 Cost. ogni persona, se pienamente capace di intendere e di volere, può rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico o nutrizionale fortemente invasivo, anche se necessario alla sua sopravvivenza, laddove se la persona non è capace di intendere e di volere il conflitto tra il diritto di libertà e di autodeterminazione e il diritto alla vita è solo ipotetico e deve risolversi a favore di quest'ultimo, in quanto, non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da tutelare. L'art. 32 Cost. porta ed escludere che si possa operare una distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute.

2. - Avverso tale decreto ha proposto reclamo alla Corte d'appello di Milano il tutore, chiedendo che, previa opportuna istruttoria sulla volontà di E., a suo tempo manifestata, contraria agli accanimenti terapeutici e, ove occorra, incidente di costituzionalità, venga ordinata l'interruzione dell'alimentazione forzata di E., in quanto trattamento invasivo della sfera personale, perpetrato contro la dignità umana.

Il curatore speciale, costituitosi, ha chiesto l'accoglimento dell'impugnazione, ed ha proposto egli stesso reclamo, da intendersi anche come reclamo incidentale.

Il pubblico ministero ha concluso per la reiezione del reclamo, ritenendo condivisibili le argomentazioni poste dal Tribunale a fondamento del provvedimento impugnato.

3. - La Corte d'appello di Milano, con decreto in data 16 dicembre 2006, in riforma del provvedimento impugnato, ha dichiarato ammissibile il ricorso e lo ha rigettato nel merito.

3.1. - La Corte ambrosiana non condivide la decisione del Tribunale in punto di inammissibilità della domanda, giacchè i rappresentanti legali di E. domandano che sia il giudice a disporre l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali, sul presupposto che tale presidio medico costituisca un trattamento invasivo dell'integrità psicofisica, contrario alla dignità umana, non praticabile contro la volontà dell'incapace o, comunque, in assenza del suo consenso.

Secondo la Corte territoriale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 cod. civ., nel potere di cura della persona, conferito al rappresentante legale dell'incapace, non può non ritenersi compreso il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche. La "cura della persona" implica non solo la cura degli interessi patrimoniali, quanto - principalmente - di quelli di natura esistenziale, tra i quali vi è indubbiamente la salute intesa non solo come integrità psicofisica, ma anche come diritto di farsi curare o di rifiutare la cura: tale diritto non può trovare limitazione alcuna quando la persona interessata non è in grado di determinarsi.

E, in considerazione dello stato di totale incapacità di E. e delle gravi conseguenze che la sospensione del trattamento in atto produrrebbe, il tutore o, in sua vece, il curatore speciale deve adire il giudice per ottenerne l'interruzione.

3.2. - Nel merito, la Corte d'appello osserva che E. - la quale non può considerarsi clinicamente morta, perchè la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo - si trova in stato vegetativo permanente, condizione clinica che, secondo la scienza medica, è caratteristica di un soggetto che "ventila, in cui gli occhi possono rimanere aperti, le pupille reagiscono, i riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente e le uniche risposte motorie riflesse consistono in una redistribuzione del tono muscolare". Lo stato vegetativo di E. è immodificato dal 1992 - da quando ella riportò un trauma cranico-encefalico a seguito di incidente stradale - ed è irreversibile, mentre la cessazione della alimentazione a mezzo del sondino nasogastrico la condurrebbe a sicura morte nel giro di pochissimi giorni.

La Corte territoriale riferisce che dalle concordi deposizioni di tre amiche di E. - le quali avevano raccolto le sue confidenze poco prima del tragico incidente che l'ha ridotta nelle attuali condizioni - emerge che costei era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale all'amico A., in coma a seguito di un sinistro stradale, aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo, F., che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo, piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo, ed aveva manifestato tale sua convinzione anche a scuola, in una discussione apertasi al riguardo con le sue insegnanti suore.

Secondo i giudici del reclamo, si tratterebbe di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando E. era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora versa. Non potrebbe dunque attribuirsi alle dichiarazioni di E. il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa. La posizione di E. sarebbe pertanto assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto incapace che nulla abbia detto in merito alle cure ed ai trattamenti medici cui deve essere sottoposto.

La Corte d'appello non condivide la tesi - sostenuta dal tutore ed avallata dal curatore speciale - secondo cui, di fronte ad un trattamento medico - l'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico - che mantiene in vita E. esclusivamente da un punto di vista biologico senza alcuna speranza di miglioramento, solo l'accertamento di una precisa volontà, espressa da E. quando era cosciente, favorevole alla prosecuzione della vita ad ogni costo, potrebbe indurre a valutare come non degradante e non contrario alla dignità umana il trattamento che oggi le viene imposto.

Innanzitutto, perchè, in base alla vigente normativa, E. è viva, posto che la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. In secondo luogo perchè - al di là di ogni questione inerente alla natura di terapia medica, di accanimento terapeutico (inteso come cure mediche svincolate dalla speranza di recupero del paziente) o di normale mezzo di sostentamento che si possa dare alla alimentazione forzata cui è sottoposta E. - è indiscutibile che, non essendo E. in grado di alimentarsi altrimenti ed essendo la nutrizione con sondino nasogastrico l'unico modo di alimentarla, la sua sospensione condurrebbe l'incapace a morte certa nel volgere di pochi giorni: equivarrebbe, quindi, ad una eutanasia indiretta omissiva.

Secondo i giudici del gravame, non vi sarebbe alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra vite degne e non degne di essere vissute, dovendosi fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della vita stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possono avere.

"Se è indubbio che, in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita, nel caso di soggetto incapace (di cui non sia certa la volontà, come nel caso di E.) per il quale sia in atto solo un trattamento di nutrizione, che indipendentemente dalle modalità invasive con cui viene eseguito (sondino nasogastrico) è sicuramente indispensabile per l'impossibilità del soggetto di alimentarsi altrimenti e che, se sospeso, condurrebbe lo stesso a morte, il giudice - chiamato a decidere se sospendere o meno detto trattamento - non può non tenere in considerazione le irreversibili conseguenze cui porterebbe la chiesta sospensione (morte del soggetto incapace), dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla Costituzione, quali quello alla autodeterminazione e dignità della persona e quello alla vita". Detto bilanciamento - a giudizio della Corte d'appello - "non può che risolversi a favore del diritto alla vita, ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati

dagli artt. 13 e 32 Cost.), all'interno della Carta costituzionale"; tanto più che, alla luce di disposizioni normative interne e convenzionali, la vita è un bene supremo, non essendo configurabile l'esistenza di un "diritto a morire" (come ha riconosciuto la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 29 aprile 2002 nel caso P. c. Regno Unito).

4. - Per la cassazione del decreto della Corte d'appello il tutore E.B., con atto notificato il 3 marzo 2007, ha interposto ricorso, affidato ad un unico, complesso motivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con l'unico mezzo illustrato con memoria - denunciando violazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia - il tutore, ricorrente in via principale, chiede alla Corte di affermare, come principio di diritto, "il divieto di accanimento terapeutico, e cioè che nessuno debba subire trattamenti invasivi della propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio". Qualora tale risultato ermeneutico sia precluso per effetto dell'art. 357 cod. civ. e art. 732 cod. proc. civ., ovvero di altre norme di legge ordinaria, il ricorrente chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale di tutte tali norme legislative, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., da cui si assume discendere la piena operatività del divieto di accanimento terapeutico.

Secondo il ricorrente, la Corte d'appello di Milano avrebbe frainteso e travisato completamente il significato da attribuirsi alla indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita. Il predicare l'indisponibilità del diritto alla vita, a differenza di quel che accade per altri diritti costituzionali e fondamentali, si riallaccia al fatto che, nella mappa del costituzionalismo moderno, esso costituisce un diritto diverso da tutti gli altri: **la vita è indispensabile presupposto per il godimento di qualunque libertà dell'uomo e, proprio per questo, non può ammettersi che la persona alieni ad altri la decisione sulla propria sopravvivenza o che il diritto si estingua con la rinuncia. E tuttavia, l'indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita è garantita per evitare che soggetti diversi da quello che deve vivere, il quale potrebbe versare in stato di debolezza e minorità, si arroghino arbitrariamente il diritto di interrompere la vita altrui; ma sarebbe errato costruire l'indisponibilità della vita in ossequio ad un interesse altrui, pubblico o collettivo, sopraordinato e distinto da quello della persona che vive.**

Del resto - ricorda il ricorrente - la Corte costituzionale ha precisato che nella tutela della libertà personale resa inviolabile dall'art. 13 Cost. è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di **disporre del proprio corpo**. E la giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel ricostruire di recente come fonte di responsabilità del medico il solo fatto di non avere informato il paziente, o di non averne sollecitato ed ottenuto previamente l'assenso per il trattamento, ha chiarito che qui siamo fuori dall'ipotesi in cui il consenso dell'avente diritto vale come esimente da responsabilità giuridica per chi ha agito praticando la cura invasiva della sfera individuale: il consenso libero ed informato è piuttosto percepito come un requisito intrinseco perché l'intervento di chi pure sia professionalmente competente a curare risulti di per sé legittimo.

Il che - ad avviso del ricorrente - sottolinea come il diritto alla vita, proprio perché irrinunciabile ed indisponibile, non spetti che al suo titolare e non possa essere trasferito ad altri, che lo costringano a vivere come essi vorrebbero.

Ciò che la Corte ambrosiana avrebbe trascurato è che, nel caso di E.E. come in qualunque altro caso di trattamenti praticati dal medico o da altri sulla persona per mantenerla in vita, a venire in rilievo non è il diritto alla vita, ma "solo ed esclusivamente la legittimità della decisione di un uomo, che solitamente e per fortuna nel caso nostro è un medico professionalmente competente, di intervenire sul corpo di una persona per prolungarne la vita".

Ad avviso del ricorrente, la garanzia del diritto alla vita è più complessa per soggetti incapaci di intendere e di volere, come E.E., che non per chi abbia coscienza e volontà. Per chi sia cosciente e capace di volere, invero, la prima garanzia del proprio diritto alla vita risiede nella libertà di autodeterminazione rispetto all'ingerenza altrui, ove pure consista in una cura da erogarsi in nome del mantenimento in vita.

Lo stesso tipo di garanzia non è sostenibile per chi sia in stato di incapacità. La giurisprudenza ha da tempo individuato, come criterio di azione, l'autolegittimazione dell'intervento medico, in quanto dedito a curare e dotato all'uopo di convenienti capacità ed attitudini professionali. Secondo il ricorrente, resterebbe l'esigenza, di rango costituzionale, che il trattamento invasivo della persona, quando non sia e non possa essere assentito da chi lo subisce, sia erogato sotto il diretto controllo

dell'autorità giudiziaria, in quanto sicuramente ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost.

La Corte d'appello di Milano avrebbe svolto, sotto questo profilo, un ragionamento alquanto contraddittorio. Per un verso, nel dichiarare ammissibile il ricorso del tutore, la Corte territoriale non avrebbe negato ed avrebbe anzi ammesso la necessità che il trattamento di cura invasivo della persona di E. sia sottoposto al controllo dell'autorità giudiziaria; mentre, nel contempo e per altro verso, la stessa Corte avrebbe poi rifiutato, giudicando nel merito, di rilevare ogni e qualunque limite all'intervento del medico, quando il trattamento di cura incida sul diritto alla vita.

Questa contraddizione, ad avviso del ricorrente, sarebbe frutto di una impostazione radicalmente errata, giacché l'autolegittimazione del medico ad intervenire, anche per trattamenti incidenti sul bene della vita, deve arrestarsi quando i trattamenti medesimi configurino ciò che costituisce accanimento terapeutico.

Secondo il codice di deontologia medica (art. 14), il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita. In questo si rispecchiano l'idea di non accanirsi in trattamenti "futili", presente nell'esperienza anglosassone, o le prescrizioni della riforma del Codice della salute francese introdotte dalla L. 22 aprile 2005, n. 370, sulla sospensione e la non erogazione, a titolo di "ostinazione irragionevole", di trattamenti "inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il solo mantenimento artificiale della vita".

Sicché, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente (artt. 2, 13 e 32 Cost.).

Il ricorrente contesta la tesi - fatta propria dalla Corte di Milano - secondo cui, poichè la conservazione della vita è un bene in sè, qualsiasi trattamento volto a tale scopo non potrebbe configurare accanimento. Difatti, in frangenti come quello in cui si trova E., non è lo spegnersi, bensì il protrarsi della vita ad essere artificiale, ad essere il mero prodotto dell'azione che un uomo compie nella sfera individuale di un'altra persona la quale, solo per tale via, viene, letteralmente, costretta a sopravvivere.

Si sostiene che anche per i trattamenti tesi al prolungamento della vita altrui, come per qualunque altro trattamento medico, deve essere verificato se essi rechino un beneficio o un'utilità al paziente o non incorrano nel divieto di accanimento terapeutico.

Ad avviso del ricorrente, il divieto di ostinazione in cure per cui non sia accertabile ed accertato un beneficio o un miglioramento della qualità della vita non sarebbe in contraddizione con il divieto di trattamenti diretti a provocare la morte: giacché una cosa è che il medico non debba uccidere, neppure sotto le mentite spoglie del curare; altra cosa è che il medico possa e debba astenersi da quei trattamenti che, pur suscettibili di prolungare il vivere, fosse accertato non rechino beneficio o utilità per il paziente, nel sottrarlo all'esito naturale e fatale dello stato in cui si trova e nel forzarlo a mantenere talune funzioni vitali.

Nel ricorso si sostiene che il diritto alla vita è in uno - e non è contrapponibile, come viceversa vorrebbe la Corte d'appello milanese - con la garanzia dell'individualità umana di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. Il modo normale di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione; ma quando, come nel caso di E., l'autodeterminazione non è più possibile, perchè la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la "dignità" di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale **individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona, diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute.**

Il divieto di accanimento terapeutico nasce affinché l'intervento del medico, artificiale ed invasivo della sfera personale di chi è incapace e perciò inerme, sia entro i confini dati dall'autolegittimazione del medico come professionista, il quale, come tale, deve curare e quindi recare un tangibile vantaggio al suo paziente. Siffatta accurata verifica dell'utilità o del beneficio del trattamento per chi lo subisce andrebbe fatta proprio e soprattutto quando il trattamento miri a prolungare la vita, poichè "proprio e soprattutto quando il trattamento stesso miri a prolungare la vita, il medico, come professionista, si spinge al massimo dell'intromissione nella sfera individuale dell'altra persona, addirittura modificando, o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte".

Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute. Il che non toglie, tuttavia, che vi siano casi in cui, per il prolungamento artificiale della vita, non si dia riscontro di utilità o beneficio alcuno ed in cui, quindi, l'unico risultato prodotto dal trattamento o dalla cura è di sancire il trionfo della scienza medica nel vincere l'esito naturale della morte. Tale trionfo è però un trionfo vacuo, ribaltabile in disfatta, se per il paziente e la sua salute non c'è altro effetto o vantaggio...

La Corte d'appello di Milano, ad avviso del ricorrente, avrebbe inoltre finito con il travisare e distorcere il significato dell'istruttoria effettuata durante il giudizio, nel quale è stato appurato, per testi, il convincimento di E., anteriormente all'incidente che l'ha ridotta in stato vegetativo permanente, che sarebbe stato "meglio" morire piuttosto di avere quella che "non poteva considerarsi vita". I convincimenti di E. sarebbero stati chiesti e sarebbero stati oggetto di istruttoria non perchè taluno potesse pensare che essi, manifestati in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, valgano oggi come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale dai trattamenti che ella subisce...

2.1. ... sia affermato come principio di diritto il divieto di accanimento terapeutico.

Ripercorrendo le medesime argomentazioni contenute nel ricorso principale, nel ricorso incidentale si sottolinea come E. non sia in grado di esprimere alcun consenso riguardo ad atti che si configurano come invasivi della sua personale integrità psico- fisica, e si richiama la giurisprudenza costituzionale sull'attinenza della tutela della libertà personale a qualunque intrusione sul corpo o sulla psiche cui il soggetto non abbia consentito. Si pone l'accento sulla tutela della dignità umana, inscindibile da quella della vita stessa, come valore costituzionale, e si invoca, tra l'altro, l'art. 32 Cost., che preclude trattamenti sanitari che possano violare il rispetto della persona umana. Si sostiene che, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente.

2.2. - ...chiede che la Corte si pronunci in ordine al principio che nessuno debba subire trattamenti invasivi sulla propria persona, ancorchè finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio...

Anche nella memoria si sottolinea che la Corte d'appello erroneamente avrebbe, dopo averle ammesse, ritenuto ininfluenti le testimonianze delle amiche di E. Secondo il ricorrente in via incidentale, un'eventuale dichiarazione circa la propria volontà a non essere mantenuti in vita durante lo stato vegetativo permanente non può che essere formulata ex ante, da chi si trovi ancora in piena salute e perfettamente in grado di comprendere e di volere, non avendo alcuna rilevanza il fatto che la ragazza, allora, fosse in giovane età. Non sarebbe condivisibile il giudizio della Corte d'appello secondo cui le determinazioni di E. avrebbero avuto valore solo nell'attualità della malattia.

3. - Il ricorso principale ed il ricorso incidentale devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ., essendo entrambe le impugnazioni proposte contro lo stesso decreto...

Essi investono la Corte - oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di E.E., consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perchè oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica - anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da E. su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona.

6. - Occorre premettere che il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Il principio del consenso informato - il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico - ha un

sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo" (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); enell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori...

Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (L. 23 dicembre 1978, n. 833), la quale, dopo avere premesso, all'art. 1, che "La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana", sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo I^o, Dignità; art. 3, Diritto all'Integrità della persona).

Nelle sentenze della 3^a Sezione civile 25 gennaio 1994, n. 10014, e 15 gennaio 1997, n. 364, si afferma che dall'autolegittimazione dell'attività medica non può trarsi la convinzione che il medico possa, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorchè 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 cod. pen.).

Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonchè alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi".

6.1. - Il consenso informato ha come correlato 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.

Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sè, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sè, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.

Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorchè da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

Benchè sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'"alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perchè il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza

e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorchè il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 Cost., per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.

Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui.

Tale orientamento, prevalente negli indirizzi della dottrina, anche costituzionalistica, è già presente nella giurisprudenza di questa Corte. La sentenza della 1^a Sezione penale 29 maggio 2002 - 11 luglio 2002 afferma che, **"in presenza di una determinazione autentica e genuina" dell'interessato nel senso del rifiuto della cura, il medico "non può che fermarsi, ancorchè l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte".**

La soluzione, tratta dai principi costituzionali, relativa al rifiuto di cure ed al dovere del medico di astenersi da ogni attività diagnostica o terapeutica se manchi il consenso del paziente, anche se tale astensione possa provocare la morte, trova conferma nelle prescrizioni del codice di deontologia medica: ai sensi del citato art. 35, "in presenza di documentato rifiuto di persona capace", il medico deve "in ogni caso" "desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona". Inoltre, tale soluzione è legislativamente sancita in altri ordinamenti europei...

La Corte di Strasburgo afferma che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un **diritto di morire**, nè, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita...

Il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari si fonda sulla premessa dell'esistenza, non di un diritto generale ed astratto ad accelerare la morte, ma del diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati.

7. - Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorchè era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza.

7.1. - Risulta pacificamente dagli atti di causa che nella indicata situazione si trova E.E., la quale giace in stato vegetativo persistente e permanente a seguito di un grave trauma cranico-encefalico riportato a seguito di un incidente stradale (occorso quando era ventenne), e non ha predisposto, quando era in possesso della capacità di intendere e di volere, alcuna dichiarazione anticipata di trattamento.

Questa condizione clinica perdura invariata dal gennaio 1992.

In ragione del suo stato, E., pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, nè vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare.

La sopravvivenza fisica di E., che versa in uno stato stabile ma non progressivo, e assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministratele attraverso un sondino nasogastrico.

E. è stata interdetta ed il padre è stato nominato tutore.

7.2. - ...

E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.

*Centrale, in questa direzione, è la disposizione dell'art. 357 cod. civ., la quale - letta in connessione con l'art. 424 cod. civ. -, prevede che **"Il tutore ha la cura della persona" dell'interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace. Poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno** (artt. 404 cod. civ. e ss., introdotti dalla L. 9 gennaio 2004, n. 6), dovendo il decreto di nomina contenere l'indicazione degli atti che questa è legittimata a compiere a tutela degli interessi di natura anche personale del beneficiario (art. 405 c.c., comma 4).*

A conferma di tale lettura delle norme del codice può richiamarsi la sentenza 18 dicembre 1989, n. 5652, di questa Sezione, con la quale si è statuito che, in tema di interdizione, l'incapacità di provvedere ai propri interessi, di cui all'art. 414 cod. civ., va riguardata anche sotto il profilo della protezione degli interessi non patrimoniali, potendosi avere ipotesi di assoluta necessità di sostituzione della volontà del soggetto con quella della persona nominata tutore pure in assenza di patrimoni da proteggere. Ciò avviene - è la stessa sentenza a precisarlo - nel caso del soggetto "la cui sopravvivenza è messa in pericolo da un suo rifiuto (determinato da infermità psichica) ad interventi esterni di assistenza quali il ricovero in luogo sicuro e salubre od anche il ricovero in ospedale" per trattamenti sanitari: qui il ricorso all'(allora unico istituto dell')interdizione è giustificato in vista dell'esigenza di sostituire il soggetto deputato a esprimere la volontà in ordine al trattamento proposto. E, sempre nella medesima direzione, possono ricordarsi le prime applicazioni dei giudici di merito con riguardo al limitrofo istituto dell'amministratore di sostegno, talora utilizzato, in campo medico-sanitario, per assecondare l'esercizio dell'autonomia e consentire la manifestazione di una volontà autentica là dove lo stato di decadimento cognitivo impedisca di esprimere un consenso realmente consapevole.

È soprattutto il tessuto normativo a recare significative disposizioni sulla rappresentanza legale in ordine alle cure e ai trattamenti sanitari.

*Secondo il D.Lgs. 24 giugno 2003, n. 211, art. 4 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), la **sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che "sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante": un consenso - prosegue la norma - che "deve rappresentare la presunta, volontà del soggetto".***

*Ancora, l'art. 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (L. 22 maggio 1978, n. 194), disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone: che la richiesta di **interruzione volontaria della gravidanza, sia entro i primi novanta giorni che trascorso tale periodo, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore; che nel caso di richiesta avanzata dall'interdetta deve essere sentito il parere del tutore; che la richiesta formulata dal tutore deve essere confermata dalla donna...***

Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi - tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica - una funzione

ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme...

7.3. - Assodato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità, si tratta di stabilire i limiti dell'intervento del rappresentante legale.

Tali limiti sono connaturati al fatto che la salute è un diritto personalissimo e che - come questa Corte ha precisato nell'ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 - la libertà di rifiutare le cure "presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive".

Ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

Non v'è dubbio che la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita.

Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di **dignità della persona** dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

7... il sostituto deve considerare le dichiarazioni precedenti del paziente in merito e le sue reazioni dinanzi ai problemi medici, ed ancora tutti gli aspetti della personalità del paziente familiari al sostituto, ovviamente con riguardo, in particolare, **ai suoi valori di ordine filosofico, teologico ed etico...**

afferma che, allorché non è possibile accertare tale chiara volontà del paziente, si può valutare l'ammissibilità di tali misure secondo la presunta volontà del paziente, la quale deve, quindi, essere identificata, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni del paziente stesso in merito alla sua vita, ai suoi valori e alle sue convinzioni.

7.5. - Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente.

...Ma - accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza - c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno.

Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta.

All'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento da la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale.

Ad avviso del Collegio, la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una **interruzione delle cure soltanto in casi estremi: quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia**

la benchè minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione - tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso - sia incompatibile con la rappresentazione di sè sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona.

Per altro verso, la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza - ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza - assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorchè appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. **Il tutore ha quindi il compito di completare questa identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce.**

Da quanto sopra deriva che, **in una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente dal tutore che lo rappresenta, di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorchè quella condizione, caratterizzante detto stato, di assenza di sentimento e di esperienza, di relazione e di conoscenza - proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità - si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita.**

7.6. - Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche.

8. - Diversamente da quanto mostrano di ritenere i ricorrenti, al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino nasogastrico: una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sè, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione.

Piuttosto, l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; e, all'esito di un giudizio effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto, si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione **soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benchè minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.**

Allorchè l'una o l'altra condizione manchi, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonchè dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici.

9. - ...aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma - si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo.

Ma i giudici d'appello non hanno affatto vetrificato se tali dichiarazioni - della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di E. e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive; e quindi hanno omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia.

Detta Corte deciderà adeguandosi al seguente principio di diritto:

"Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benchè minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa".

BIBLIOGRAFIA

- Becchi Paolo, *Il testamento biologico, Sui limiti delle Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, Editrice Morcelliana, 2011, Brescia;
- Beltrani Sergio, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Zanichelli Editore, 2022, Torino;
- Bilancetti Mauro, Bilancetti Francesco, *Le responsabilità delle strutture e dei professionisti sanitari, Profili civili, penali, amministrativo-contabili e disciplinari*, Pacini Giuridica, 2019, Pisa;
- Binetti Paola, *Il consenso informato, relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Edizioni Magi, 2010, Roma;
- Bompiani Adriano, *Consiglio d'Europa diritti umani e biomedicina, Genesi della Convenzione di Oviedo e dei Protocolli di Roma*, Edizioni Studium, 2009, Roma;
- Callipari Natale, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Giuffrè Editore, 2012, Milano;
- Carusi Donato, *La legge sul biotestamento, Una pagina di storia italiana*, Giappichelli Editore, 2020, Torino;
- Carusi Donato, Castignone Silvana, Ferrando Gilda., *Rifiuto di cure e direttive anticipate, Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Giappichelli Editore, 2011, Torino;
- Cataldi R., Matricardi C., Romanelli F., Vagnoni S., Zatti V., *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente*, Maggioli Editore, 2007, Santarcangelo di Romagna;
- Cedon Paolo, Gaudino Luigi, *Colpa vostra se mi uccido. Il suicidio e la responsabilità*, Marsilio Editori, 1996, Venezia;

- Cousins Norman, *Anatomy of an illness*, Bantam Books, 1981, New York;
- D'Alessandro Giovanni, Di Giovine Ombretta, *La Corte costituzionale e il fine vita, Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli Editore, 2020, Torino;
- D'Avack Lorenzo, *Consenso informato e scelte di fine vita, Riflessioni etiche e giuridiche*, Giappichelli Editore, 2020, Torino;
- De Tilla Maurizio, Militerni Lucio, Veronese Umberto, *La parola al paziente, Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Sperling e Kupfer, 2008, Milano;
- Di Mola Giorgio, *Cure palliative, approccio multidisciplinare alla malattia inguaribile*, Masson Editore, 1988, Milano;
- Leleu Yves-Henri, Gilles Genicot, *Le statut Juridique du corps humain. Rapport belge*, 2012, Francia;
- Angelo Fiori, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè Editore, 2018, Milano;
- Fortuna Stefania, *Il dovere della cura, Giuramento di Ippocrate*, Garzanti, 2021, Milano;
- Furlan Enrico, *Bioetica e dignità umana, Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, FrancoAngeli, 2009, Milano;
- Ghetti Vittorio, *La partecipazione del paziente al suo trattamento, compliance e non-compliance*, FrancoAngeli, 1995, Milano;
- Guillén Diego Gracia, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, Edizioni Paoline, 1993, Cinisello Balcano;
- Grassini Ennio, Pacifico Rodolfo, *Il consenso informato, le basi e la pratica*, SEEd srl, 2008, Vigevano;
- Grmek Mirko Drazen, *Storia del pensiero medico occidentale*, Laterza, 1993, Bari;

- Iadecola Gianfranco, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Cedam, 1998, Padova;
- La Monaca Giuseppe, Tambone Vittoradolfo, Zingaro Nicola, Polacco Matteo, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffrè editore, 2005, Milano;
- Marin Francesca, *L'agenda della bioetica, problemi e prospettive*, Il Poligrafo, 2019, Padova;
- Mieth Dietmar, *Scegliere la propria fine?, La volontà e la dignità dei morenti*, Queriniana, 2020, Brescia;
- Montanari Vergallo Gianluca, *Il rapporto medico-paziente, Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè Editore, 2008, Milano;
- Norbert Elias, *La solitudine del morente*, il Mulino, 2019, Trento;
- Pellegrino Edmund D., Thomasma David C., *Per il bene del paziente*, San Paolo Edizioni, 1992, Cinesello Balsamo;
- Perrone Francesco, Gallo Ciro, *Le dolenti note. La tossicità finanziaria del paziente oncologico*, Il Pensiero Scientifico Editore, 2016, Roma;
- Persano Fabio, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Cantagalli, 2015, Siena;
- Rinaldo Marianna, *Biotestamento, Il valore della vita dignitosa e della libertà personale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, Napoli;
- Salafia Vincenzo, *I lavori delle sezioni, aspetti giuridici, nella verità per il malato, il consenso informato, aspetti giuridici, etici e medici*, Nuove Ricerche, 1997, Ancona;
- Spinsanti Sandro, Pappalepore Vito, *Dall'educazione sanitaria al consenso informato, Il medico e il paziente, una relazione complessa*, Mediamix Edizioni Scientifiche, 1995, Milano;
- Spinsanti Sandro, *La cura in modalità palliativa, le parole, le regole, le pratiche*, Editrice Dapero, 2022, Piacenza;

- Tambone Vittoradolfo, *Problemi di bioetica e deontologia medica*, SEU Editore, 2000, Roma;
- Tasciotti Umberto, *L'eutanasia e il suicidio assistito*, Aracne Editrice, 2020, Rimini;
- Toscano Giovanni, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffrè Editore, 2006, Torino;
- Turolfo Fabrizio, *La globalizzazione della bioetica, Un commento alla Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani dell'UNESCO*, Gregoriana Libreria Editrice, 2007, Padova;
- Urciuoli Antonella, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, Napoli;
- Zatti Paolo, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, Pacini Giuridica, 2018, Pisa;
- Verde Camillo, *Profili civilisti delle direttive anticipate di trattamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, Napoli.

RIVISTE

- Rivista Fondazione Lanza centro studi in etica applicata, *Diritto di scelta? Disposizioni anticipate di trattamento*, 3-2018;
- Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n., 26/01/2011;
- Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, *Le decisioni di fine vita*, n. 26/01/2011;
- Rivista di Responsabilità Medica, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, 2019.

SITOGRAFIA

- <https://www.consultadibioetica.org/rapporto-medico-paziente/#:~:text=Da%20questa%20prospettiva%2C%20il%20medico,anche%20incapace%20di%20decidere%20moralmente;>
- <https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/09/12/quando-allassemblea-costituente-la-parola-tocco-ai-medici;>
- [https://edizioni.simone.it/2023/04/15/articolo-32-della-costituzione-una-spiegazione-semplice/;](https://edizioni.simone.it/2023/04/15/articolo-32-della-costituzione-una-spiegazione-semplice/)
- [https://www.uslnordovest.toscana.it/attachments/article/9871/ALL%201%20def%20oms.pdf;](https://www.uslnordovest.toscana.it/attachments/article/9871/ALL%201%20def%20oms.pdf)
- [https://bioetica.governo.it/media/1804/p122_2016_sedazione_profonda_it.pdf;](https://bioetica.governo.it/media/1804/p122_2016_sedazione_profonda_it.pdf)
- [https://bioetica.governo.it/media/1860/p81_2008_rifiuto_rinuncia_paziente_medico_it.pdf;](https://bioetica.governo.it/media/1860/p81_2008_rifiuto_rinuncia_paziente_medico_it.pdf)
- [https://www.altalex.com/documents/news/2005/01/21/responsabilita_professionale-del-medico-il-consenso-informato;](https://www.altalex.com/documents/news/2005/01/21/responsabilita_professionale-del-medico-il-consenso-informato)
- https://www.rivistadirittosocietario.com/Article/Archive/index_html?id_a=439&idn=34&idi=-1&idu=-1;
- [https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Relazione_Gallo_Paolo_Sussidiariet_per_Corte_di_Cassazione_1.pdf.](https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Relazione_Gallo_Paolo_Sussidiariet_per_Corte_di_Cassazione_1.pdf)

RINGRAZIAMENTI

Un sentito ringraziamento alla Professoressa Luciana Caenazzo per avermi seguito e supportato nella realizzazione di questo progetto, per i validi consigli e la costanza con la quale mi ha sostenuto e guidato in questo percorso non privo di difficoltà.

Un sincero ringraziamento anche alla Professoressa Debora Provolo. Infine, un grande ringraziamento al Professore Paolo Zatti per avermi sostenuta ed ispirata nel mio percorso.
