



David Durisotto

(dottore di ricerca in Diritto canonico ed ecclesiastico,
collaboratore alla cattedra di Diritto ecclesiastico
nell'Università degli Studi di Roma Tre)

Il valore del dissenso al trattamento sanitario nell'ordinamento giuridico. Un difficile bilanciamento di principi

SOMMARIO: 1. Il ruolo del consenso del paziente per l'esecuzione di un trattamento sanitario - 2. Il consenso informato: contenuto dell'obbligo informativo. 3. Titolarità del consenso. Il ruolo del minorenne. 4. Attualità del consenso e incoscienza del paziente: lo stato di necessità. 5. Revocabilità del consenso. La revoca del consenso per l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita 6. Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche. 7. Amministrazione di sostegno e testamento biologico. 8. Il rifiuto delle cure nelle vicende di fine vita. Il caso Welby. 9. segue: lo stato vegetativo cd. persistente e la vicenda Englaro. Un difficile bilanciamento di principi.

1 - Il ruolo del consenso del paziente per l'esecuzione di un trattamento sanitario

Il nostro ordinamento attribuisce una rilevanza particolarmente forte alla funzione del consenso del paziente nella esecuzione di un trattamento sanitario, prevedendola espressamente nella Costituzione. Nell'art. 32, infatti, si sancisce che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Si specifica, inoltre, che 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. Strettamente legato al valore del consenso del paziente è il tipo di rapporto che questi instaura con il medico curante, nonché la individuazione della nozione di trattamento sanitario nel nostro ordinamento ed il ruolo che deve essere attribuito al consenso in ordine alla legittimità di tale intervento.

Il trattamento sanitario citato dalla Costituzione può definirsi come quell'atto posto in essere da parte di un operatore sanitario, volto al fine di «favorire le condizioni di vita di un essere umano vivente». Vi rientrano pertanto quegli interventi aventi finalità terapeutiche, eseguiti



a regola d'arte, quelli diagnostici¹ e quegli atti dell'operatore sanitario quali la visita medica, la profilassi, la somministrazione di farmaci, di antidolorifici e quegli interventi di carattere non strettamente terapeutico, quali gli interventi estetici o sperimentali².

Il tradizionale rapporto che tra il medico e paziente era non di rado improntato ad un approccio di carattere paternalistico. Il paziente si faceva curare e si affidava al lavoro del medico, il quale a sua volta non si sentiva strettamente tenuto ad informare il paziente e i congiunti sulla diagnosi e sul metodo terapeutico a cui intendeva sottoporre il soggetto³. L'intervento di nuove disposizioni legislative e deontologiche, nonché di importanti affermazioni giurisprudenziali, ha determinato lo sviluppo di un nuovo modello di relazione improntato alla «tendenziale equiparazione dei protagonisti del rapporto di cura». Non sono, quindi, «più accettabili né giustificabili ingerenze nella sfera dei diritti personali e delle libertà del paziente motivate dalla posizione di superiorità e di garanzia del sanitario»⁴. Nel momento in cui

¹ A. CRESPI, *La responsabilità penale del trattamento medicochirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, 6. Anche gli interventi diagnostici mirano ad accertare la patologia del paziente ed hanno pertanto scopo curativo (G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 226). Cfr. in dottrina F. INTRONA, *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955, 13 e F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Scuola Positiva*, 1914, 673, i quali limitano ai soli interventi terapeutici gli atti configurabili come trattamenti sanitari.

² R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975, 22 ss. Cfr. per un approfondimento G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, 1 ss.

³ Secondo U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, 7 il malato non era il protagonista principale della propria eventuale guarigione, ma costituiva un «semplice spettatore di una attività svolta da altri sul proprio corpo». Il terapeuta, per contro, deteneva le mansioni di vero e proprio «taumaturgo, poiché solo lui possiede il bagaglio di conoscenze e gli strumenti operativi [...] che consentono il recupero della perduta salute». Per un approfondimento dell'evoluzione storica del rapporto medico-paziente cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 4 ss.

⁴ C. LALANNE e V. LANDI, *Il consenso al trattamento sanitario*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica. Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici)*, Milano, 2004, 224. Si rinviene in giurisprudenza una prima sentenza, ormai risalente, della Cassazione 29 maggio 1916, in *Riv. Pen.*, 1916, 572 nella quale, per la prima volta, è stato individuato in sede penale il principio per il quale il paziente deve essere consenziente al trattamento terapeutico praticato nei suoi confronti. In realtà, il dibattito sul consenso del paziente all'attività terapeutica «per decenni aveva riguardato la possibilità di desumere l'esistenza della manifestazione di volontà del paziente dal suo comportamento concludente, come l'accettazione al ricovero o l'accettazione



l'evoluzione scientifica e tecnologica della medicina consente di accedere a «terapie innovative capaci non solo di evitare la morte, ma anche di rispondere ad esigenze sempre più voluttuarie della persona», la tutela della libertà di autodeterminazione del paziente diviene «parte integrante delle prestazioni mediche»⁵.

La svolta fondamentale in ordine alla affermazione della necessità del consenso informato per questo tipo di trattamenti e, pertanto, in ordine alla enunciazione del diritto all'autodeterminazione è stata operata dalla sentenza del 22 Ottobre 1990, n. 441 della Corte Costituzionale, attraverso l'individuazione di un criterio interpretativo che lega in combinato disposto gli artt. 13 e 32 della Costituzione. La libertà personale sancita dall'art. 13 Cost., della quale non si ammettono restrizioni, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, deve essere interpretata nel senso che «la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo» potrà estendersi solo attraverso modalità che siano compatibili con il rispetto della dignità umana e, pertanto, solamente con la presenza di un consenso da parte del soggetto stesso, secondo quanto si

dell'intervento chirurgico». Era largamente applicato nella prassi il cosiddetto *privilegio terapeutico*, «che consentiva di omettere di dare alcune informazioni in circostanze particolari, purché ciò fosse a vantaggio del paziente» (cfr. F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, Torino, 2006, 2, nota 1 e 5). Il percorso giurisprudenziale prosegue con la sentenza App. Milano 21 marzo 1939, in *Mon. Trib.*, 1939, 587, con la quale si afferma il principio della necessità del consenso al trattamento chirurgico, ma si aggiungono anche una serie di attenuazioni, legate al carattere «pericoloso» dell'operazione, cui seguirebbe l'accettazione implicita del rischio ad essa insito. Cfr. anche Cass. 25 luglio 1967, n. 1950, in *Rep. Foro It.*, 1967, *Responsabilità Civile*, n. 313; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Foro It.*, 1976, I, 745; Cass. 29 marzo 1976 n. 1132, in *Rep. Foro It.*, 1976, *Professioni Intellettuali*, n. 40-42; Trib. Genova 20 luglio 1988, in *Rep. Foro It.*, 1989, *Professioni Intellettuali*, n. 99; Cass. 12 giugno 1982, n. 3604, in *Rep. Foro It.*, 1983, *Professioni Intellettuali*, n. 54. È con la sentenza della Cassazione 8 agosto 1985, n. 4394, in *Foro It.*, 1986, I, 121 ss. che si individua l'obbligo per il sanitario di informare il paziente anche sulle eventuali ragioni che possono rendere inutile la sua prestazione in relazione al risultato.

⁵ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 15. Cfr. M. PARADISO, *Il dovere medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 139 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato e i medici: tra aperture formali e conflitti radicali*, in *Bioetica*, 1997, 209; A. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 606 ss. e E. CALÒ, *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato*, 2000, 183.



evince dal secondo comma dell'art. 32 della Costituzione⁶. La Consulta riconosce così che il diritto di autodeterminarsi in ordine agli atti che coinvolgono il proprio corpo ha un diretto fondamento costituzionale nel principio di libertà personale, e che esso «non è più collegato al solo diritto alla salute, ma è espressione del generale diritto di libertà dell'individuo, rispetto al quale il consenso informato costituisce il necessario corollario»⁷. Senza un valido consenso al trattamento sanitario, il soggetto «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»⁸.

Il tema del consenso al trattamento sanitario, ossia la possibilità per il paziente di decidere consapevolmente e in piena libertà di essere sottoposto ad esso, ha quindi assunto negli ultimi decenni un ruolo fondamentale nel rapporto con il medico, venendo ad occupare uno spazio sempre crescente, trasformandosi in uno strumento di controllo della legittimità e correttezza dell'attività posta in essere dal sanitario⁹. Il consenso espresso dal paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico diviene un «vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato»¹⁰. Esso funge da strumento di garanzia della libertà del paziente, il quale è chiamato ad operare un «bilanciamento fondato su valutazioni religiose, esistenziali ed etiche intimamente legate allo stesso modo di auto percezione dell'essere della persona»¹¹.

⁶ Corte Cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro It.*, 1991, I, 14 con nota di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*. La sentenza non riguardava il diritto alla salute, ma valutava la legittimità costituzionale dell'art. 669 c.p.c., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di svolgere un accertamento terapeutico sul soggetto in questione. Oggetto di tutela, pertanto, era il diritto alla difesa processuale. Cfr. anche Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, I, 941; Cass. 15 Gennaio 1997, n. 364, in *Danno e Resp.*, 1997, 178, con nota di V. CARBONE, *L'informazione sulle possibili anestesie e sui relativi rischi* e Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro It.*, 2001, I, 2054.

⁷ G. FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, 49.

⁸ Trib. Genova 10 Gennaio 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 894. La fattispecie riguardava l'assenza di una corretta informazione da parte dei sanitari nei confronti del paziente, il cui consenso risultava conseguentemente invalido.

⁹ P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1993, 33.

¹⁰ Cass. 16 Gennaio 2008, n. 11335, in <http://www.personaedanno.it>.

¹¹ G. GENNARI, *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2005, 751 ss. La fonte di legittimazione dell'attività medica è stata oggetto di



In ambito legislativo, il consenso assume un ruolo centrale nel 1978, con la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale n. 833 e con la legge sui trattamenti sanitari volontari ed obbligatori n. 180 le quali, pur non definendo i caratteri e le modalità per prestare il consenso, prevedono che la tutela della salute fisica e psichica della persona debba realizzarsi nel rispetto della dignità e della libertà della persona, tanto che persino gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato. Da tener presente, inoltre, che con la Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, che, all'art. 5, si stabilisce che un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato un consenso libero, informato e sempre revocabile, non senza aver ricevuto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. Le successive disposizioni precisano che quando un soggetto incapace o un minore non hanno la capacità di dare consenso a un intervento,

ampio dibattito. Una parte della dottrina ritiene che l'attività sanitaria costituisca un fatto illecito e che, pertanto, il sanitario sia tenuto a munirsi del consenso del paziente quale elemento scriminante la fattispecie illecita, ai sensi dell'art. 50 c.p., mentre altri ricorrono alla esimente dell'esercizio del diritto, secondo quanto dispone l'art. 51 c.p. Questa impostazione è stata oggetto di critiche da parte di quella dottrina che sottolinea come nella responsabilità professionale il consenso del paziente non sia elemento estraneo all'addebito di responsabilità civile o penale ma, al contrario, la mancanza di esso sia interna e coesenziale alla responsabilità del medico. Non è il consenso del paziente a rendere lecita una condotta intrinsecamente illecita, ma è la mancanza di esso a rendere illecito il trattamento sanitario che, in quanto espressione di un'attività organizzata e disciplinata dall'ordinamento, volta a tutelare il diritto alla salute, «non può che essere lecito finché non si risolva nella violazione di una delle *leges artis* cui l'ordinamento subordina il corretto esercizio della professione, e tra le quali, quindi, sembra debba essere compreso il consenso informato del paziente». (cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 28). In questo senso si è espressa la Cassazione con sentenza n. 364 del 15 Gennaio 1997, cit., 178 e con sentenza n. 7027 del 23 maggio 2001, cit., 2504, ove sostiene che l'attività medica è in «essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, quale è quello della salute». Per un approfondimento cfr. in giurisprudenza Cass. 18 dicembre 2008-21 Gennaio 2009 n. 2437, in *Guida al Dir.*, 2009, 7, 54 ss., che offre un'ampia panoramica degli orientamenti giurisprudenziali in materia e, in dottrina, tra gli altri G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit.; G. BOSSETTO, *Consenso del paziente e posizione soggettiva del chirurgo*, in *Dif. Pen.*, 1994, 81; F. INTRONA, *La responsabilità professionale nelle arti sanitarie*, Padova, 1955, 33 e F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 68 ss.



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. Si aggiunge che 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 maturità¹².

Anche in sede deontologica si è sentita la necessità di aggiornare la normativa etica della classe medica allo sviluppo della tematica del consenso informato. In particolare il Titolo IV del codice deontologico del 2006 si occupa di informazione e consenso. L'art. 33 stabilisce che il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla

¹² Controversa è l'applicabilità della Convenzione di Oviedo. Parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che essa non sia entrata ancora in vigore perché il Governo non ha provveduto ad esercitare la delega ex art. 3 della legge di ratifica n. 145 del 2001, per emanare «uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi» della Convenzione (Cfr. in tal senso Cass. 29 maggio 2002 – 11 luglio 2002 n. 26446, in *Cass. Pen.*, 2003, 542; M. PELLISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 377; C. M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 787). In senso contrario, rileva F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, 2006, 18, nota 43 che il fondamento ad «ulteriori disposizioni» dimostra l'immediata vigenza delle norme direttamente previste dalla Convenzione stessa in quanto non influenzata dal contenuto di tali emanandi decreti. La Corte di Cassazione 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Danno e Resp.*, 2008, 421 ss., ritiene che, «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». Cfr. per un approfondimento G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 29 ss. Si rinvencono in ambito legislativo numerose fonti che si preoccupano di fissare il consenso quale elemento necessario per poter essere sottoposti ad un trattamento sanitario: Legge 26 giugno 1967, n. 458, sul trapianto di rene tra persone viventi; Legge 22 maggio 1978, n. 194, sull'interruzione volontaria della gravidanza; L. 14 Aprile 1982, n. 164, sulla rettificazione di attribuzione di sesso; L. 4 maggio 1990, n. 107, sulle attività trasfusionali; L. 5 giugno 1990, n. 135 in materia di accertamento dell'infezione da HIV; L. 2 maggio 1992, n. 210 in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie; L. 1 Aprile 1999, n. 91 in materia di consenso all'espianto di organi *post mortem*; D. Min. 15 Gennaio 1991 in materia di accertamento dell'idoneità del donatore di sangue ed emoderivati; D. Min. 15 luglio 1997 e 6 novembre 1998 in materia di sperimentazioni cliniche; D. Lgs. 24 giugno 2003, n. 211, sulla sperimentazione clinica dei medicinali ad uso umano; L. 19 febbraio 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita. Il consenso informato è altresì presente nelle Carte dei servizi pubblici sanitari, emanata con D.p.c.m. 19 maggio 1995 e l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.



diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Aggiunge poi al secondo comma che il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. In ordine a quelle informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, la norma precisa che esse devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza e che il consenso deve essere espresso dal paziente in modo esplicito.

L'art. 35 procede alla individuazione delle modalità di acquisizione del consenso. L'attività diagnostica o terapeutica può essere intrapresa solo con l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. 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 paziente¹³. In caso di soggetto minore, incapace o non in grado di manifestare il proprio consenso, se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili. In particolare l'art. 53 stabilisce che quando una persona rifiuta volontariamente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che un digiuno protratto può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima, pur continuando ad assisterla¹⁴.

¹³ Per la prescrizione e il trattamento terapeutico, l'art. 13 comma 6 pone un limite alla validità del consenso, sancendo che 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.

¹⁴ L'enucleazione di tali principi è stata compiuta rifacendosi alla evoluzione giurisprudenziale in materia, nonché ai pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica i



La normativa deontologica analizzata, pur non costituendo alcun vincolo di natura legale, rappresenta un importante punto di riferimento cui il medico, nell'esercizio della sua attività, non può sottrarsi senza dover renderne conto all'ordine di appartenenza.

2 - Il consenso informato: contenuto dell'obbligo informativo

Per poter effettuare un certo trattamento sanitario nei confronti di un determinato soggetto, dunque, sarà necessario ottenere da questo un valido consenso, che legittimi l'attività del sanitario e che sia provvisto di tutti quei requisiti di validità richiesti dall'ordinamento. Appare evidente che una manifestazione di volontà da parte del paziente in ordine a un determinato intervento possa essere valida solamente se preceduta da una adeguata e completa attività di informazione sul trattamento da compiere da parte dell'operatore sanitario.

Come il trattamento medico o chirurgico «è finalizzato alla salvaguardia della salute (art. 32, comma 1, Cost.), intesa principalmente come integrità fisica, così l'informazione è funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione (art. 32, comma 2, Cost.)». L'informazione che deve essere prestata non è soltanto funzionale all'inviolabilità del corpo, ossia volta ad evitare una violazione dell'integrità fisica, ma è anche funzionale all'autodeterminazione del paziente, che a sua volta può essere lesa dalla violazione stessa¹⁵. La

quali, pur non vincolanti per il legislatore, hanno acquisito un peso notevole nella discussione di tali questioni. Il Comitato Nazionale di Bioetica in *Informazione e consenso all'atto medico*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Roma, 1992 osserva che il consenso «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 che sui doveri del medico». Devono pertanto ritenersi illegittimi i trattamenti sanitari extra-consensuali, non sussistendo, se non per disposizione di legge, alcun dovere di curarsi. Si precisa, però, che anche il principio del consenso incontra dei limiti, risultando «illecito quando supera i limiti della salvaguardia della vita, della salute dell'integrità fisica, nonché della dignità umana».

¹⁵ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 115 ss. aggiunge che «il fatto che la violazione della libertà di autodeterminazione nello svolgimento della prestazione sanitaria si risolve in un'alterazione, anche solo temporanea, delle condizioni di vita, e quindi del benessere della persona, induce a ritenere che l'obbligo d'informazione tuteli anche il benessere del paziente». Cfr. Trib. Genova 10 Gennaio 2006, cit., 894 che, nell'ottica della lesione del «benessere del paziente» individua l'obbligo per il medico di comunicare i dati che permettono di scegliere se sottoporsi ad un determinato trattamento e quelli utili a decidere se sottoporsi altrove o se posticiparlo, nel caso



funzione così individuata dell'informazione comporta l'obbligo per il medico di trasmettere tutti i dati utili a rendere noto al paziente non solo la sua facoltà di autodeterminarsi, ma anche la necessità della cura medica, l'opportunità di determinati trattamenti e terapie per favorire la riabilitazione o evitare rischi per la salute, i «possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e la puntualizzazione della gravità degli effetti del trattamento»¹⁶. Il rispetto di questi principi nella prassi non può essere sempre seguito nella sua interezza, specie per quei trattamenti sanitari che hanno carattere ordinario. Il contenuto dell'obbligo informativo assume una maggiore rilevanza, soprattutto dal punto di vista delle responsabilità del medico, in caso di trattamenti rischiosi o molto invasivi, per i quali usualmente si prevede una informativa scritta, cui fa seguito una dichiarazione scritta del consenso prestato dal paziente.

In dottrina viene individuata una tripartizione del contenuto informativo: esso deve concernere la diagnosi, il decorso della cura, ossia il tipo di intervento, la sua portata e le conseguenze che determina sulla salute del paziente ove sia eseguito oppure rifiutato; infine il rischio cui è probabile incorrere in caso di esito infausto o comunque non completamente fausto del trattamento. Il soggetto potrà «prendere una decisione equilibrata tra cura e mancanza di cure», oppure tra cure

siano prevedibili imminenti progressi tecnologici oppure gli impegni del paziente impediscano una corretta riabilitazione o siano incompatibili con gli effetti collaterali del trattamento, laddove non vi sia necessità e urgenza dell'intervento per la salute e la vita del paziente.

¹⁶ Cass. 16 Gennaio 2008, n. 11335, cit. In ordine al fondamento dell'obbligo di informazione, secondo una prospettiva tradizionale esso risiederebbe nel principio di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto dettato dall'art. 1337 c.c., non potendo una parte disvelare all'altra gli elementi utili ai fini della stipula del contratto (cfr. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 108 ss.; F. MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 234 ss.). Altro orientamento ritiene che gli obblighi di informazione concorrono ad arricchire il contenuto del rapporto obbligatorio, che non è più riconducibile al mero obbligo primario di prestazione (cfr. G. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI; M. DE NOVA, *Informazione e regolamento contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 705 ss.) e rientra nel dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 1375 c.c. Si individua in dottrina una stretta connessione del dovere informativo con l'esercizio dell'attività sanitaria, che trova la sua ragione nella tutela del diritto della salute del soggetto, da cui se ne deve dedurre che una *mancata comunicazione delle informazioni in possesso può venire ad incidere sui diritti fondamentali* (G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 72). In tal senso anche Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, cit., 941. Per un approfondimento cfr. M. PARADISO, *Il dovere medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, cit., 177 ss. e, F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico*, cit., 16 ss.



diverse, «solo se ha la consapevolezza del rischio e delle conseguenze di un fallimento della terapia»¹⁷. Per queste ragioni appare opportuno che l'informazione che il medico è tenuto a dare nei confronti del paziente consista in uno scambio e non in una trasmissione unilaterale di dati, tenendo presenti le condizioni del malato, avendo riguardo sia alla sua anamnesi che al suo stile di vita, alle sue aspettative, connesse con la sua vita privata e lavorativa e alle sue obiettive esigenze terapeutiche¹⁸.

Ne consegue che «il contenuto dell'informazione, ossia il quantum di conoscenze da trasmettere al paziente, deve essere personalizzato, non può essere completamente stabilito prima dell'incontro col paziente stesso, ma necessita delle opportune integrazioni in relazione al particolare stato d'animo e di salute» del soggetto¹⁹, nonché di un linguaggio che sia consono al suo grado di cultura e che gli permetta di avere un quadro chiaro della situazione clinica²⁰. In ordine al rischio, è necessario compiere una valutazione dei beni e degli interessi che vengono toccati con il trattamento sanitario a

¹⁷ F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico*, cit., 20 ss.

¹⁸ M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 1996, 289 ss. L'ampiezza del contenuto dell'obbligo informativo viene graduato a seconda del tipo di trattamento da porre in essere. Nel caso di interventi non necessari sul piano terapeutico, quali quelli estetici, le informazioni fornite devono essere complete ed esaurienti sotto ogni aspetto, rendendo più forte il dovere informativo che fa capo al medico (Cfr. Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, cit., 2504 e Cass. 8 agosto 1985, n. 4389, in *Foro It.*, 1986, I, 121 ss.).

¹⁹ Aggiunge G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 117 che ci si dovrà rapportare anche con «le sue esigenze familiari e di lavoro, che possono indurlo a preferire una metodica di intervento piuttosto che un'altra, oppure più semplicemente, a procrastinare il trattamento». Cfr. anche F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 388.

²⁰ Già nel 1968 la Cassazione con sentenza n. 3906, in *Giust. Civ. Mass.*, 1968, 2051 individuava «l'obbligo del medico-chirurgo di rendere edotto il proprio cliente della effettiva natura della malattia e dei pericoli che l'atto operatorio comportava», attingendo ai principi deontologici in materia, adeguando il suo comportamento «alla natura e all'urgenza dell'intervento, alle condizioni psichiche ed al grado di cultura del malato e ad ogni fattore suggerito dalle circostanze». Cfr. anche Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, cit., 941. La personalizzazione dell'informazione, inoltre, deve essere «calibrata sul paziente attraverso il dialogo, l'unico strumento che consente al medico di capire il livello intellettuale del paziente e di adeguarvi le modalità delle informazioni in modo da renderle più intellegibili», attraverso anche l'utilizzo dei moduli prestampati, laddove non si dimentichi che le esigenze e le aspettative specifiche di ogni soggetto e di ogni situazione non possono essere facilmente individuate e standardizzate con questi strumenti. Cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 118 e F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 30 ss.



cui si intende essere sottoposti. La giurisprudenza esclude che il rischio possa essere individuato attraverso un calcolo statistico, un limite percentuale predefinito che sia in grado di esimere dall'onere informativo l'operatore sanitario, occorrendo, al contrario, valutare caso per caso i rischi cui si va incontro ove si scelga o meno di essere sottoposti ad un certo intervento²¹. L'informazione di base, pertanto, «deve comprendere complessivamente le chance e i rischi della cura, dando al paziente un quadro pertinente alla gravità dell'intervento, nonché del tipo di aggravio per la sua integrità e per il suo stile di vita»²².

Problematico appare il ruolo informativo del medico nel caso di situazioni cliniche piuttosto gravi per la salute e la vita del paziente. I principi giuridici del nostro ordinamento, nonché le norme deontologiche dettate in materia, obbligano l'operatore sanitario ad informare in modo completo ed adeguato, anche dal punto di vista dell'approccio umano, il paziente in ordine al suo stato di salute e alle possibilità di intervento. Una parte minoritaria della dottrina ritiene che il particolare e delicato momento vissuto dal paziente e dal medico, tenuto ad informare il suo assistito di uno stato grave di salute, possa legittimare una deroga all'obbligo informativo²³. Tale comportamento omissivo, continua tale dottrina, risulterebbe legittimato dall'esistenza di una situazione di stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p. in quanto,

²¹ Cfr. App. Genova 5 Aprile 1996, in *Danno e Resp.*, 1996, 215 ss. Secondo la sentenza Cass. 15 Gennaio 1997, n. 364, cit., 178 il paziente non può non essere informato dei rischi, anche ridotti che possano incidere gravemente sulla sua vita e sulla sua salute, senza che tale mancanza incida sul diritto di autodeterminazione del paziente. Cfr. R. DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno e Resp.*, 1996, 215 e A. PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso "globale" e responsabilità del professionista*, in *Foro It.*, 1997, I, 771. I giudici della Suprema Corte ritengono che la mancanza «nella legislazione italiana di uno *standard* di riferimento dagli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre» non può escludere la responsabilità del medico di informare anche della possibile inadeguatezza della struttura cui egli opera, per motivi sia tecnici che organizzativi (Cass. 16 maggio 2006, n. 6318, in *Danno e Resp.*, 2001, 154 ss. e Cass. 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. It.*, 2005, I, 1395).

²² F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 22 ss. La quantità delle informazioni, inoltre, deve aumentare quando crescono l'importanza dei beni coinvolti ed i coefficienti di rischio della prestazione sanitaria (F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, cit., 388).

²³ Cfr. in tal senso C. GUZZON, *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, in *Riv. Pen.*, 1967, 673 e App. Milano 16 ottobre 1964, in *Temi*, 1964, 350.



«in tali circostanze, il medico agisce allo scopo di salvare il paziente dal pericolo attuale di un danno grave alla persona»²⁴.

In realtà, la migliore dottrina sottolinea quanto sia difficoltoso individuare una regola sicura di comportamento per il medico innanzi a questo tipo di situazioni. Il superamento della concezione paternalistica del rapporto medico-paziente, nonché la nuova normativa deontologica dettata dall'art. 33, richiedono il rispetto del principio di autodeterminazione, che deve accompagnare il malato nella scelta in ordine al trattamento sanitario cui deve essere sottoposto, anche laddove ci si trovi innanzi a un grave pericolo per la salute o la vita del soggetto, quale ad esempio la constatazione di uno stato patologico serio, di incerto superamento. Indubbiamente si tratta di valutazioni che non possono prescindere dall'analisi del caso concreto e dello stato di salute e psicologico del paziente, ma celare queste informazioni significherebbe violare i principi stabiliti dall'art. 32 Cost., che impone di portare a conoscenza dell'assistito i fatti che riguardano la sua stessa sopravvivenza. Diversamente opinando, si verrebbe ad impedire al soggetto la possibilità di curare altri interessi, come la redazione delle ultime volontà testamentarie, di adempiere ad eventuali doveri civici e di trovare il conforto religioso e spirituale di cui potrebbe

²⁴ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 81. Lo stesso Autore a p. 172 ss. ritiene che il medico sia legittimato a celare informazioni sul trattamento anche quando si tratti di cure particolarmente dolorose, soprattutto nei confronti di quei pazienti che difficilmente reagirebbero in misura «normale» davanti a queste situazioni. Cfr. in tal senso anche E. FORTUNA, *La responsabilità del medico nella terapia del dolore*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980, 726. Ritiene V. CHIODI, *Il consenso del paziente nella teoria medico-legale*, in AA.VV., *La Responsabilità medica*, Milano, 1982, 129 ss. che i soggetti che si trovano in un grave stato di salute a volte sono «persone di animo forte, le quali si sdegnerebbero di essere ingannate»; altre si rivelano essere «pazienti deboli [...] i quali hanno bisogno di essere affettuosamente ingannati». Aggiunge C. LEGA, *Il dovere medico di informare il paziente*, in *I quaderni degli incontri*, n. 2, Istituto italiano di medicina sociale, Roma, 1962, 241 che il comportamento «silenzioso» del medico sarebbe doveroso ed estensibile, ove lo si ritenga opportuno, anche ai familiari, perché funzionale alla tutela della «tranquillità spirituale» del paziente, potendo questa rappresentare un coefficiente non disprezzabile nei trattamenti terapeutici. La stessa dottrina inoltre sottolinea come nella prassi si registrino casi in cui tale informativa possa risultare in realtà utile, mettendo il malato nella condizione di rispettare le prescrizioni impartite. Nel caso in cui l'informazione sullo stato di salute possa interferire con il buon esito della terapia, M. POLVANI, *Indicazioni giurisprudenziali e considerazioni critiche sul consenso all'attività medica*, in *Foro It.*, 1996, II, 191 ritiene che il silenzio dell'operatore possa essere scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p. «da quell'adempimento del dovere che è funzionale al dovere del medico di tutelare al meglio la salute o la guarigione del suo paziente». Cfr. anche A. FIORI, *Il dovere del medico di informare il paziente: senza più limiti?*, in *Med. Mor.*, 2000, 443.



voler usufruire²⁵. In ultimo, le recenti questioni in materia di testamento biologico, nonché la sempre più frequente valorizzazione del dissenso del paziente ad un trattamento sanitario senza il quale egli sarebbe destinato a non sopravvivere, tendono a delineare un percorso interpretativo volto a sostenere con maggiore intensità le esigenze di autodeterminazione del malato terminale, nel rispetto dei limiti tracciati dall'ordinamento²⁶.

Perché il consenso ad un trattamento sanitario possa essere ritenuto valido, quindi, deve essere accompagnato da una illustrazione dello stato clinico che sia accurata, completa negli aspetti analizzati, adattata alla particolare fattispecie che si deve affrontare e personalizzata alle peculiarità del paziente. Tale consenso deve essere manifestato esplicitamente da parte della persona che ha la disponibilità del bene giuridico protetto, ossia il paziente o il legale rappresentante, e deve pervenire al medico in modo univoco²⁷. Appare

²⁵ M. PARADISO, *Il dovere medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, cit., 143 ss. L'Autore individua un unico limite all'obbligo informativo nel caso di età immatura o instabili condizioni psichiche del soggetto, ove questi sia «incapace di pienamente intendere e volere e dunque non sia in grado di autodeterminarsi con consapevolezza». Si osserva, inoltre, che il diritto di essere informati non esclude l'opposto diritto del paziente di «non sapere» in ordine allo stato patologico in cui riversa. Nei casi in cui il soggetto ne faccia esplicita richiesta, il medico ha l'obbligo di non informarlo in ordine al suo stato di salute e ai trattamenti da adottare. Esiste la possibilità di designare anticipatamente, attraverso l'istituto dell'amministrazione di sostegno, una o più persone di fiducia atte a ricevere le necessarie informazioni per poter intraprendere la decisione più vicina alla volontà del paziente. Per un approfondimento cfr. P. CENDON e R. ROSSI, *I diritti dei pazienti oncologici*, in *Dir. Fam.*, 2008, 922 ss. e *infra*.

²⁶ Cfr. Trib. Roma 6 marzo 2007, in *Riv. Pen.*, 2007, 548 e App. Milano 25 giugno - 9 luglio 2008, in *Guida al Dir.*, 2008, n. 30, 62 rispettivamente per i drammatici casi di Welby ed Eluana Englaro, cfr. *infra* per un approfondimento.

²⁷ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 42. Cfr. in tal senso G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 278 ss. e M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., 146 ss. Il consenso, secondo quanto previsto dai principi generali dell'ordinamento, deve formarsi liberamente ed essere immune da vizi e non deve essere contrario all'ordine pubblico o al buon costume. Sebbene la norma deontologica sancisca l'obbligatorietà della forma scritta, che è diffusamente applicata nella prassi, salvo casi specifici, non è prevista alcuna forma per il consenso al trattamento sanitario, il quale può essere espresso o può consistere in un comportamento concludente inequivocabile (Cass. 6 dicembre 1968, n. 3906, in *Mon. Trib.*, 1969, 230). In ogni caso la forma scritta non può comprovare l'effettività di un consenso libero e pienamente informato (Cfr. F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 31 ss.). Casi di consenso scritto previsti nel nostro ordinamento sono il rifiuto ai prelievi e trapianti di organi e di tessuti disciplinati dalla L. 1 aprile 1999, n. 9; l'art. 26 del D. Min. 15 Gennaio 1991 per la donazione di sangue ed emoderivati; L'art. 6 comma 3 della L. 19 febbraio 2004,



difficile, però, alla luce del sempre più frequente utilizzo di organizzazioni di équipe per la risoluzione di situazioni cliniche complesse o difficoltose, ridurre la fattispecie alla sola relazione medico-paziente. In questi casi, il trattamento consiste in una complessiva operazione composta da una serie di attività praticate da professionisti con diverse funzioni e competenze, tutte funzionali al raggiungimento di un determinato obiettivo terapeutico, che vengono ad essere coordinate da un capo équipe. Questi è il titolare dell'obbligo informativo sia della propria attività che di quella della stessa équipe²⁸ ed è altresì tenuto a curare la ricezione della volontà consensuale del paziente²⁹. In questi casi, oppure ove il medico primario ad esempio sia impossibilitato a prestare il trattamento e debba essere sostituito, si deve ritenere che il paziente «acconsente al trattamento ben sapendo che diverse possono essere le persone che lo eseguiranno, sicché il consenso prestato ad un sanitario per un certo trattamento vale implicitamente anche nei riguardi degli altri medici che fanno parte del reparto in cui il paziente si è fatto ricoverare». Questa possibilità di sostituzione, però, non può andare oltre l'aspettativa del malato³⁰. Vi possono essere dei casi, inoltre, nei quali la particolare situazione clinica, la delicatezza della prestazione o l'espressa volontà del paziente costituiscono un limite alla possibilità di sostituzione³¹.

n. 40 in materia di procreazione medicalmente assistita. L'art. 2 lettera l del D. Lgs. 24 giugno 2003, n. 211 in materia di esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico, definisce il consenso informato *la decisione di un soggetto candidato ad essere incluso in una sperimentazione, scritta, datata e firmata, presa spontaneamente, dopo esaustiva informazione circa la natura, il significato, le conseguenze ed i rischi della sperimentazione e dopo aver ricevuto la relativa documentazione appropriata*. Unica eccezione viene fatta per il soggetto che non è in grado di scrivere.

²⁸ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 112 aggiunge che il soggetto a capo della équipe è il titolare dell'obbligo informativo sia della propria attività che di quella della stessa équipe.

²⁹ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 50.

³⁰ Osserva G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 52 ss. che al malato deve essere sempre riconosciuto il diritto di scegliere il proprio medico, come prevede l'art. 19 comma 2 l. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale, ma tale riconoscimento non può implicare che il consenso ad un trattamento prestato ad un certo sanitario significhi che solo questi e nessun altro possa intervenire su paziente. Si richiama il Parere del Consiglio Superiore di Sanità del 17 Aprile 1997.

³¹ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit. 53 ss. Cfr. anche P. AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, Padova, 1981, 55. La richiesta del paziente di uno specifico intervento chirurgico può in via generale far presumere il consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse. Nei casi in cui sussistano particolari rischi legati a prestazioni connesse all'intervento principale, quale il trattamento anestesilogico, ritiene la Cassazione che, ove si possa usufruire



3 - Titolarità del consenso. Il ruolo del minore

Lo stato di incapacità del malato determina la necessità di individuare il soggetto titolare del diritto di decidere su un trattamento in sua vece. L'incapacità sorge per stato di incoscienza del soggetto, per infermità o per minore età e l'ordinamento offre in questi casi una serie di strumenti volti ad individuare il soggetto che è legittimato a prestare il consenso per l'incapace nella figura del tutore o del genitore prevista dalle disposizioni del codice civile.

Per quanto riguarda i soggetti minorenni, l'ordinamento con gli artt. 145, 147 e 316 c.c. attribuisce ai genitori l'esercizio della potestà genitoriale, che deve essere finalizzata al perseguimento dell'interesse del minore. Essi sono chiamati a curarne la crescita secondo i propri principi, valorizzandone la personalità e tenendo conto della progressiva maturazione³². Il potere dei genitori di consentire o rifiutare

di diverse tecniche di esecuzione dell'anestesia e «le stesse comportino rischi diversi, è dovere del sanitario, cui pure 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». Innanzi ad interventi complessi, caratterizzati da specifici e distinti rischi per ogni particolare fase degli stessi, allorché tali fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo a diverse scelte operative determinanti a loro volta diversi rischi, l'obbligo di informazione e di acquisizione del consenso dovrà estendersi anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi (Cass. 15 Gennaio 1997, n. 364, *Danno e Resp.*, 1997, 178 ss.). In dottrina F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 22 ss. ritiene che nelle prestazioni di *équipe* il consenso del paziente «assume rilevanza sotto un duplice profilo: uno, diacronico, relativo alla fase preliminare e diagnostica, prodromica all'intervento chirurgico e a quella *post-operatoria*; l'altro, analitico, concernente le singole attività accessorie, indispensabili all'intervento chirurgico in senso stretto, ma dotate di una propria autonomia gestionale, come il trattamento anestesiológico». Il consenso deve pertanto «coprire l'intervento nel suo complesso ed ogni singola fase dello stesso; nondimeno, all'interno di tali fasi il consenso deve essere consapevole e completo, se parametrato al *quid* di attività medica che vi si svolge». Cfr. anche Cass. 15 Gennaio 1997, n. 364, cit., 178. Cfr. per un approfondimento D. MAZZON, *La dichiarazione di avvenuta informazione e consenso all'anestesia*, in *Minerva Anesthesiol.*, 2000, 565 e A. DEDONI, *Il consenso in anestesia e rianimazione*, in S. BIASOLI, *Il consenso informato in medicina*, Roma, 2005, 104.

³² Per quanto riguarda l'istituto della potestà, se l'art. 316 conferma nel suo contenuto la soggezione del minore ai genitori «sino all'età maggiore o all'emancipazione», disponendone l'esercizio nel «comune accordo» di entrambi, esso permette un intervento del giudice «in caso di contrasto su questioni di particolare importanza», conferendo alla necessaria opinione del minore maggiore di quattordici anni una certa rilevanza. L'art. 147 c.c., inoltre, impone ad entrambi i genitori «l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità,



i trattamenti sanitari sul minore rientra nell'ambito dei diritti e doveri loro attribuiti dall'art. 30 Cost. e anch'esso, rientrando nei più generali obblighi genitoriali verso il figlio, deve essere esercitato nell'interesse di quest'ultimo. Ne consegue che l'eventuale rifiuto dettato da motivazioni personali, ideologiche o religiose, dei genitori di sottoporre il minore ad un determinato trattamento sanitario che sia necessario per tutelare la sua salute e la sua vita, può scontrarsi con il dovere che su di essi grava di provvedere alla cura e alla salvaguardia dei beni del minore protetti dall'ordinamento³³. I diritti e i doveri di educazione della prole che fanno capo ai genitori «non possono trascendere dallo stesso contesto costituzionale in cui l'individuo, destinatario delle norme, è inserito, per cui, in presenza di confliggenti situazioni giuridiche, deve darsi preponderante valore a quella che è portatrice di maggiore rilevanza costituzionale». La potestà genitoriale dovrà pertanto, cedere di fronte a quelle esigenze che nel contesto sociale hanno valore primario, quali il diritto alla vita del minore³⁴.

dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli», mentre l'art. 145 c.c. prevede che, in caso di disaccordo tra i coniugi circa l'indirizzo della vita familiare, ciascuno di essi possa chiedere l'intervento del giudice il quale, se lo ritiene opportuno, è legittimato a sentire le opinioni espresse dai minori «che abbiano compiuto il sedicesimo anno». La potestà dei genitori è configurata come un «*officium*, conferito ai genitori nell'interesse esclusivo dei figli», il quale si precisa come strumentale all'adempimento della loro funzione educativa, «nel contesto di una complessa realtà che vede, da un lato, questi ultimi come soggetti attivi del rapporto educativo e, dall'altro, lo sviluppo e la maturazione della loro personalità – nel senso di cui all'art. 2 Cost. – come finalità essenziale ed inderogabile del «dovere-diritto» di educare» (L. GUERZONI, *Poteri dei genitori, educazione religiosa e libertà religiosa del minore*, in *Città e Regione*, 1977, n. 7, 178).

³³ P. FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, in *Foro It.*, 1984, II, 369.

³⁴ Cass. Sez. 13 dicembre 1983, in *Foro It.*, 1984, II, 380 ss. Si trattava di un caso di conflitto di ordine ideologico tra il «categorico interesse del minore al trattamento emotrasfusionale, cui era subordinato il suo diritto alla vita» e la divergente opinione dei genitori, «ispirata a motivi di carattere religioso», il comportamento dei quali ha accelerato la morte, comunque inevitabile, del loro figlio. La Corte Suprema sostiene che «si è fuori dell'esercizio del diritto di libertà religiosa ogniqualvolta si propongono come sua espressione contegni che eludono l'osservanza di quei divieti e di quelle imposizioni contenute nelle leggi penali e d'ordine pubblico, [...] anche se tali contegni trovano diretta fonte in un precetto della fede religiosa qualificato come inderogabile postoché non si può pretendere di condizionare o di menomare l'obbligatorietà delle leggi deducendo la rilevanza di un precetto ad esse estraneo». Cfr. anche Trib. Min. Potenza 29 luglio 1993, in *Riv. It. Med. It.*, 1996, 299 ss., che ha individuato la necessità di nominare un curatore speciale perché si adoperino quelle pratiche chirurgiche e terapeutiche opportune per la tutela della salute del minore, nel caso in cui i genitori, pur consenzienti, siano rimasti inerti, continuando a rinviare ogni cura.



Il diritto dovere dei genitori di curare gli interessi della prole seguendo i propri convincimenti può essere contrapposto alla tutela del loro diritto alla salute e all'integrità fisica operando opportune distinzioni in relazione alla maturità del ragazzo. Sebbene egli sia titolare fin dalla nascita di un pieno ed assoluto diritto alla vita, il suo diritto di autodeterminazione nelle scelte di vita che lo riguardano direttamente « si forma e si arricchisce progressivamente, toccando la sua integrità soltanto quando il minore abbia raggiunto un'età che gli consente [tali] scelte». Nel caso si tratti ancora di un bambino, la potestà dei genitori «ha contenuto e forza limitati, tali da non costituire – in sede di bilanciamento di confliggenti interessi facenti capo al minore stesso – un sufficiente contrappeso al suo diritto alla vita ed integrità fisica»³⁵. La potestà deve mirare ad avviare il soggetto ad un cosciente esercizio della libertà, attraverso un necessario e progressivo riconoscimento di uno spazio di autodeterminazione³⁶. Con il crescere il minore è sempre più in grado di formulare una volontà precisa in ordine a determinate scelte di vita, le quali possono riguardare anche la sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario; esse possono interferire con la volontà dei genitori che, fino a quel momento, avevano provveduto a formularle al suo posto³⁷. Non appare possibile dare una risposta precisa riguardo il momento di effettivo raggiungimento della capacità di discernimento da parte del minore, ma può essere individuato «un criterio di equilibrio e di concretezza

³⁵ S. FERRARI, *Comportamenti "eterodossi" e libertà religiosa. I movimenti religiosi marginali nell'esperienza giuridica più recente*, in *Foro It.*, 1991, I, 276 ss.

³⁶ Cfr. in tal senso gli artt. 147 e 315 c.c., che, a seguito della riforma del diritto di famiglia, impongono di tener conto nell'educazione dei figli delle loro capacità, inclinazioni ed aspirazioni. Tali norme hanno decisamente ridimensionato il rapporto tra genitori e figli, prevedendo per questi ultimi non più l'obbligo di «onorare», ma soltanto quello di «rispettare» i propri genitori. Cfr. per un approfondimento A. TESTORI CICALA, *L'autodeterminazione dei minori nelle opzioni religiose e sociali*, in *Dir. Fam.*, 1988, 1871 ss. Cfr. anche G. GIACOBBE, *Libertà e educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Iustitia*, 1982, 103; F. GIARDINA, *I rapporti personali fra genitori alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, 1367 e L. FORLATI, *Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di A. DE CRISTOFARO e A. BELVEDERE, Milano, 1980, 14.

³⁷ Cfr. per un approfondimento del rapporto tra patria potestà e progressiva acquisizione del diritto di autodeterminazione A. e F. FINOCCHIARO, *Commento alla riforma del diritto di famiglia, Art. 147 c.c.*, Milano, 1984, I, p. 384; P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, cit., p. 265 e P. STANZIONE, *Potestà dei minori e diritti fondamentali dei minori*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 446.



che permette di stabilire quando il minore si possa ritenere in diritto di scegliere un indirizzo in contrasto con quello voluto dai genitori». Nella pratica «l'indagine dovrà essere condotta caso per caso sulla base di una valutazione obbiettiva del normale sviluppo fisico e morale dell'individuo e della sua maturità»³⁸. Sostanzialmente, quindi, «il grado di autonomia riconosciuto, anche giudizialmente, al minore varia in rapporto all'età e alla maturità del soggetto»³⁹ e deve essere valutato nella specifica situazione.

La problematica sorge nel momento in cui l'esercizio del diritto di non avvalersi di un certo trattamento sanitario si traduce in scelte estreme, ossia tali da «compromettere irrimediabilmente la salute e l'integrità fisica della persona che le compie». Nel caso in cui sussista un simile rifiuto da parte del minore maturo, sarà opportuno ascoltarne la volontà, approfondirne le motivazioni ed accertarne la determinatezza delle convinzioni. Secondo parte della dottrina, la crescente valorizzazione dell'autonomia del minore maturo nelle proprie scelte di vita investe anche il consenso al trattamento sanitario, determinando in capo al giudice la possibilità, nell'interesse del ragazzo, «di emanare i provvedimenti di cui all'art. 333 c.c., allorché i genitori, in presenza di difforme parere del figlio, diano il consenso per un'operazione grave»⁴⁰. Egli, però, oltre ad essere una persona titolare

³⁸ P. IANNI, *Potestà dei genitori e libertà dei figli*, in *Dir. Fam.*, 1977, 878. Cfr. anche G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 230 ss. e F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 43, che individua tre fasce di età per il minore, tra i 14, i 16 e i 18 anni.

³⁹ I. GRENDENE, *Autonomia del minore e potestà dei genitori: nuovi orientamenti*, in *Dir. Fam.*, 1982, 724. L'art. 34 comma 3 del Codice Deontologico del 2006 attribuisce al medico l'obbligo di dare informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente con l'età e con la capacità di comprensione, fermo restando il rispetto dei diritti del legale rappresentante. L'accertata capacità di discernimento del minore non comporta automaticamente la prevalenza della sua scelta nei confronti della contrapposta posizione dei genitori, dovendosi valutare caso per caso il concreto interesse del minore. Cfr. P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 468 ss. e A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 1996, 225 ss.

⁴⁰ P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, cit., 480 ss. V. nello stesso senso anche F. GIARDINA, *I rapporti tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, 1381; R. DE PIERO, *Il consenso ai trattamenti sanitari*, in *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1996, 302 ss. e A. SASSI, *L'atto eutanasi al vaglio della Cassazione civile: nessuna decisione nel merito*, in *Dir. Fam.*, 2007, 62 ss. L'Associazione europea dei Testimoni di Geova per la tutela della libertà religiosa, *Emotrasfusioni e consenso informato*, cit. ricorda come l'art. 14 comma 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo, ratificata con l. 27 maggio 1991 n. 176, sancisca l'onere di prendere debitamente in considerazione le opinioni del minore capace di discernimento, sottolineando come molti giuristi suggeriscano, in proposito, un'età



di diritti, «è anche un individuo in crescita dal punto di vista fisico ed intellettuale; perciò è anche oggetto di particolare protezione da parte dell'ordinamento». Per questi motivi «la valutazione dei suoi interessi e diritti deve essere proiettata verso il futuro», senza trascurare «che fra i diritti individuali fondamentali c'è anche quello di cambiare idea, il quale indubbiamente presenta e conserva una consistenza tutta peculiare se riferito al nostro soggetto, e a scelte comportamentali irreversibili, come quelle qui in riferimento». Appare pertanto «problematico adattare al minore-maturo quella capacità di gestione dei propri diritti che comunemente si riconosce ad un soggetto adulto»⁴¹. Quello che tende ad ammettersi è solo una «distinzione fra trattamenti necessari o essenziali [...] e cure soltanto genericamente utili, che vanno omesse in caso di opposizione da parte del minore sufficientemente maturo»⁴².

prefissata intorno ai quattordici o sedici anni (M. ANGELINI ROTA-GUALDI, *In tema di consenso del minore al trattamento medico-chirurgico*, in *Giust. Pen.*, 1980, I, 368) o una valutazione della maturità fatta caso per caso (P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, cit., 480 ss.), se non addirittura considerino il concorde dissenso da un trattamento indesiderato da parte del minore maturo e dei suoi genitori un limite inviolabile (U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., 422).

⁴¹ P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2000, 211 ss. Cfr. Anche A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 244, il quale distingue due opposte situazioni: a) quella degli interventi favorevoli al minore, che sono richiedibili direttamente da questo; b) quella degli interventi ai quali il minore non intende sottoporsi, ma pur utili alla salvaguardia della sua incolumità, per i quali c'è il diritto dovere del genitore di impedire che il figlio ponga in essere comportamenti autodistruttivi, restando, comunque la possibilità, per il figlio, di adire il Tribunale minorile al fine di valutare se la decisione dei genitori contrasti o non, con gli interessi del minore e ne pregiudichi lo sviluppo di personalità.

⁴² M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi*, Artt. 143-148, cit., 286 nota 110. Vi sono specifici casi in cui viene attribuito un valore al consenso del minore ad un trattamento sanitario. In materia di cura e riabilitazione degli stati di tossicodipendenza, l'art. 120 comma 2 del D.P.R. n. 309 del 1990, attribuisce al minore o a chi ne esercita la potestà la richiesta al servizio pubblico per le tossicodipendenze di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di definire un programma terapeutico e socio-riabilitativo. L'art. 2 della L. 22 maggio 1978 n. 194 disciplina l'accesso per il minore alla contraccezione presso strutture sanitarie e consultori, su prescrizione medica. Nel caso di interruzione volontaria della gravidanza, l'art. 12 della stessa legge richiede in caso di minore età, per i primi 90 giorni dal concepimento, l'assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela. Considerata la delicatezza della situazione cui il soggetto viene a trovarsi, la norma specifica che nel caso in cui vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, le strutture sanitarie preposte, o il medico fiducia, è tenuto ad espletare i necessari compiti e procedure, rimettendo al giudice tutelare la



Per il particolare caso di rifiuto per motivi religiosi da parte dei genitori a trattamenti sanitari emotrasfusionali nei confronti dei propri figli, si assiste ad un conflitto fra il diritto di libertà religiosa e i diritti propri del minore, rispetto al quale «non si può dire venga in gioco, con immediatezza, la libertà religiosa ma l'inviolabile diritto a vedersi garantito nella propria integrità fisica e psichica»⁴³. La giurisprudenza è costante nell'ammettere l'imposizione di trattamenti emotrasfusionali nei casi di dissenso manifestato dai genitori per motivi religiosi, facendo applicazione, quando occorre, degli strumenti previsti dall'art. 333 del codice civile⁴⁴. Nei provvedimenti adottati, si opera una compressione minima della potestà genitoriale, prevedendo un allontanamento del minore limitato al periodo necessario per effettuare le «terapie mediche ritenute indispensabili», oppure cercando di «farsi carico degli scrupoli religiosi dei genitori»⁴⁵.

Nel caso di rifiuto posto dai genitori di sottoporre il minore alle vaccinazioni obbligatorie, la disciplina in materia non prevede la

possibilità di concedere una autorizzazione a decidere di interrompere la gravidanza, *sentita la donna e tenuto conto della sua volontà e delle ragioni che adduce*. Oltre i 90 giorni, la ragazza è equiparata ad un maggiorenne, ai fini dell'accesso al trattamento abortivo.

⁴³ P. FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, cit., 370.

⁴⁴ Cass. 8 febbraio 1994 n. 1265, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 304; Trib. Min. Potenza 23 luglio 1993, in *Dir. Fam.*, 1993, 1194; Trib. Min. Verona 18 ottobre 1993, in *Dir. Fam.*, 1994, 17; Pret. Catanzaro 23 Gennaio 1981, in *Giust. Civ.*, 1981, I, 3098; Pret. Arezzo 24 Aprile 1963, in *Nuovo Dir.*, 1965, 616 e App. Ancona Sez. Minorenni 26 marzo 1999, in *Fam. Dir.*, 1999, 467.

⁴⁵ P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, cit., 2000, 199. Qui si richiamano i decreti Trib. Min. Roma 27 luglio 1994, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1995, 696 e Trib. Min. Trento 30 dicembre 1996, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1997, 908. Nell'imporre coattivamente le trasfusioni di sangue, i giudici non potranno prevedere delle disposizioni che costringano i genitori a compiere atti contrari alle loro credenze religiose nell'esecuzione delle ordinanze emesse (Cfr. *Emotrasfusioni e consenso informato. La questione dei minori*, a cura della Associazione europea dei Testimoni di Geova per la tutela della libertà religiosa, in *Dir. Fam.*, 1996, 380). Quando si tratti, dunque, di scegliere tra diversi metodi di cura alternativi, ma egualmente validi e consolidati, ovvero quando il trattamento non è indispensabile e presenta rischi pari o superiori alla malattia che si intende curare, «la scelta dei genitori non potrà essere facilmente scavalcata da quella del giudice» (D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 2482 ss.). I trattamenti sanitari possono essere imposti solo quando essi siano necessari, oltre che a curare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, anche a salvaguardare l'interesse pubblico (Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307, in *Foro It.*, 1990, I, 2694), in questo caso identificabile nella tutela del minore, non potendosi ritenere sufficiente a legittimare la misura imposta il fatto che essa sia comunque diretta a migliorare le condizioni di vita del singolo soggetto (B. LENA, *I trattamenti sanitari sui minori: potestà dei genitori e intervento del giudice*, in *Fam. Dir.*, 1999, 472).



possibilità di praticare coattivamente il trattamento sanitario, limitandosi a stabilire che la mancata ottemperanza all'obbligo comporta un illecito amministrativo punito con una sanzione pecuniaria⁴⁶. L'obbligo di effettuare le vaccinazioni viene soddisfatto indirettamente dalla Corte Costituzionale, la quale, chiamata a decidere sul sollevato contrasto tra il principio di non coercibilità delle vaccinazioni obbligatorie e il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., dichiarando infondata la questione, ha rilevato che ai sensi della L. 51 del 1966, l'avvenuta effettuazione della vaccinazione costituisce condizione per l'accesso del bambino alla scuola dell'obbligo. La tutela della salute del minore e del suo diritto all'istruzione, determinano la possibilità per il giudice minorile di adottare, su ricorso dell'altro genitore, dei parenti e del pubblico ministero, ovvero anche d'ufficio, ai sensi degli artt. 333 e 336 cod. civ., i provvedimenti idonei per sottoporre il bambino alla vaccinazione. L'applicazione degli artt. 333 e 336 cod. civ., continua la Corte, «non può ritenersi preclusa in ragione dell'espressa previsione di una sanzione amministrativa per il caso di violazione dell'obbligo in esame». La vaccinazione, o qualunque altro trattamento sanitario attuato nei confronti del bambino non ancora capace di intendere e di volere, «non è configurabile quale trattamento coattivo né quando sia attuata dai genitori o su loro richiesta, né quando sia disposta, in loro sostituzione ed anche contro la loro volontà, dal giudice dei minori»⁴⁷.

4 - Attualità del consenso e incoscienza del paziente: lo stato di necessità

Nel caso in cui il paziente non sia in grado di esprimere liberamente e compiutamente il proprio assenso/dissenso all'intervento del medico, a

⁴⁶ Cfr. L. 6 giugno 1939, n. 891; L. 5 marzo 1963, n. 292 e L. 4 febbraio 1966, n. 51 sulle vaccinazioni rispettivamente antidifterica, antitetanica e antipoliomielitica obbligatorie e Legge 27 maggio 1991, n. 165 sulla obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite virale B.

⁴⁷ Corte Cost. 16-27 marzo 1992, n. 132, in S. DOMIANELLO, *Giurisprudenza Costituzionale e Fattore Religioso. Le Pronunzie Della Corte Costituzionale In Materia Ecclesiastica (1987-1998)*, Milano, 1999, 549 ss. L'art. 9 del D.L. 7 Gennaio 1994 n. 8 escludeva espressamente l'esecuzione coattiva delle vaccinazioni obbligatorie sui minori. Tale provvedimento è successivamente decaduto per mancata approvazione della conversione in legge. Cfr. per un approfondimento E. CECCARELLI, A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato: tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996, 142 ss.



causa di un trauma improvviso o a seguito di un decadimento fisico successivo all'intensificarsi dello stato patologico, ci si trova di fronte alla necessità di individuare quali siano quelle situazioni in cui il medico è tenuto ad effettuare o meno un certo trattamento⁴⁸, nonché il soggetto a cui spetti la titolarità di scegliere al posto del malato. Il paziente, in quanto titolare del bene giuridico tutelato della salute, ossia di un diritto personalissimo, è l'unico soggetto legittimato a prestare il consenso, «salvo i casi di rappresentanza legale tassativamente stabiliti (minori ed interdetti)»⁴⁹. Questo principio determina l'impossibilità di ottenere un valido consenso nel caso in cui il titolare non sia capace di esprimerlo e pone delle difficoltà per il medico, che non ha la certezza che l'intervento da praticare possa essere considerato legittimo.

In dottrina e in giurisprudenza si individua per il medico l'obbligo di richiedere il consenso per il trattamento ai prossimi congiunti del paziente, quale espressione dell'esercizio di un dovere familiare⁵⁰. Precisa la Cassazione che la manifestazione di volontà di questi non costituisce l'esercizio di un proprio diritto, «quanto una facoltà che si esercita in nome e per conto dell'interessato»⁵¹. Si tratta di una richiesta che, fatti salvi i casi in cui sussista un rapporto di potestà genitoriale o di tutela, non trova riscontro esplicito nelle disposizioni di legge, ma è abitualmente posta dal personale sanitario che, innanzi a determinate situazioni patologiche del soggetto incosciente, non esita ad informare i congiunti più prossimi, richiedendo il consenso per un intervento⁵². Il rapporto di forte affezione e stretto contatto quotidiano

⁴⁸ In queste situazioni, il medico che interviene senza acquisire il consenso può essere chiamato a rispondere di trattamento arbitrario, laddove non vi siano delle ragioni che impongano un intervento repentino del medico, come lo stato di incapacità irreversibile o comunque persistente e sussista un pericolo concreto per la salute o la vita del paziente. Se invece è possibile rinviare la prestazione, il medico è tenuto ad aspettare che il paziente acquisti la capacità di intendere e volere (G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 137 ss.). Cfr. *infra*.

⁴⁹ Cfr. Corte Ass. Firenze 18 ottobre 1990, in *Giust. Pen.*, 1991, 184.

⁵⁰ F. FERRARA, *Trattato di Diritto Civile*, I, 1, Roma, 1921, 400, nota 2. Cfr. anche F. INTRONA, *La responsabilità professionale dell'esercizio delle arti sanitarie*, cit., 28; E. PASQUINELLI, *La responsabilità medica*, in P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, vol. V, Milano, 2004, 4890.

⁵¹ Cass. 8 novembre 1994, n. 9261, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, 1234. Cfr. anche App. Milano 16 ottobre 1964, in *Foro It.*, 1965, I, 1084; App. Milano 16 ottobre 1965, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1965, 195 e Trib. Messina 11 luglio 1995, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, 302 ss.

⁵² Nei casi in cui non si tratti di soggetto sottoposto a tutela, ritiene G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 67 ss., dopo aver sottolineato l'eventuale difficoltà nell'individuare una gerarchia tra parenti nel caso di contrasto tra loro, che se il trattamento si presenta necessario ed urgente, non potrà il consenso di un parente



dei congiunti con il malato, da cui è difficile prescindere, anche al fine di individuarne le eventuali patologie, i desideri o la personalità, appare un elemento significativo al fine di valorizzare la decisione espressa da questi soggetti⁵³.

Per il paziente che riversa in stato di incoscienza, che non può esprimere un consenso al trattamento sanitario, né ha dichiarato in precedenza alcuna volontà in ordine all'applicazione o meno di un determinato trattamento medico, interviene il principio della scriminante dello stato di necessità disciplinata dall'art. 54 c.p., per il quale potrà essere considerato lecito quell'intervento posto in essere da parte del sanitario che si riveli necessario per salvare il paziente «dal pericolo attuale di un danno grave alla persona», pericolo non volontariamente causato dal medico, «né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo»⁵⁴. Questa impostazione ha il vantaggio di delineare una «netta linea di confine tra il lecito e l'illecito» ed è in grado di definire con maggiore chiarezza i limiti in cui il professionista può intervenire⁵⁵, qualificando come legittimi quei soli interventi che non possono essere rimandati senza un grave rischio per

rendere lecito un intervento che rinviene la sua giustificazione nello stato di necessità. Cfr. anche G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 272 ss.; R. RIZ., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 92. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Padova, 2001, 104. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 14 maggio 1998, in *Resp. Civ. Prev.*, 1998, 1623; Trib. Milano 4 dicembre 1997, in *Danno e Resp.*, 1998, 1030 e App. Firenze 8 novembre 1990, in *Dir. Fam.*, 1991, 978.

⁵³ E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali. Dalla amministrazione di sostegno al testamento biologico. Rapporti patrimoniali fra coniugi e successioni nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, 64 ss. e G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 69 ss. Cfr. nello stesso senso M. POLVANI, *Il consenso informato all'atto medico: profili di rilevanza penale*, in *Giust. Pen.*, 1993, 736 e contra F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, cit., 388. Cfr. *infra* per un approfondimento della problematica legata alla possibilità di ricostruire attraverso testimonianze le volontà di un paziente.

⁵⁴ Anche l'art. 8 della convenzione di Oviedo stabilisce che, in caso di urgenza, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.

⁵⁵ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 93 aggiunge che la valutazione sull'esistenza di una urgenza tale da realizzare lo stato di necessità va fatta *ex ante*, «ossia con riferimento alla situazione quale si presentava al momento in cui si tratta di decidere se intervenire». Cfr. anche F. INTRONA, *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, cit., 35. Per un approfondimento delle varie teorie che legittimano l'intervento del medico in assenza di consenso e in presenza di uno stato di emergenza cfr. G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 90 ss.



il paziente ed escludendo quei trattamenti che difettano dell'attualità del pericolo e che, pertanto, possono essere evitati⁵⁶.

Il nostro ordinamento tutela e garantisce il diritto alla vita e alla salute direttamente attraverso l'art. 32 della Costituzione «non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo»⁵⁷. Non si limita a sancire l'esistenza di una serie di diritti fondamentali, ma si impegna a renderne effettivo l'esercizio garantendo le cure gratuite agli indigenti. Il trattamento sanitario è, dunque, tutelato come diritto fondamentale nel suo «nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»⁵⁸. L'ordinamento, pertanto, scoraggia sia l'abbandono delle cure, sia il suicidio, sanzionandone l'istigazione o l'aiuto alla sua commissione. Per questo motivo lo stato di necessità e di urgenza di un pericolo attuale e grave per la salute di una persona impegna sotto responsabilità penale il sanitario a salvare il soggetto che si trovi in stato di incoscienza e che riversi in pericolo di vita, obbligandolo ad intervenire attraverso gli strumenti di cui dispone, anche in caso di assenza di un consenso che questi non è più in grado di prestare.

Una parte minoritaria della dottrina ritiene che lo stato di necessità obbligherebbe il medico ad intervenire anche nell'eventualità in cui il malato abbia espresso un esplicito dissenso ad un trattamento sanitario cd. salvavita, ossia potenzialmente in grado di superare una situazione di pericolo o un pregiudizio particolarmente grave ed irreparabile per la propria vita o per l'integrità fisica⁵⁹. La

⁵⁶ I requisiti di attualità del pericolo ed inevitabilità del danno prediligono una applicazione restrittiva dell'art. 54 c.p., come riferito «a situazioni estreme in cui vi sia la necessità di un intervento tempestivo, che dovrà, comunque, essere ridotto a quanto indispensabile per evitare esiti infausti» (F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, Torino, 2003, 136). In giurisprudenza escludono la legittimità di un intervento in assenza di un pericolo attuale. Corte App. Firenze 27 ottobre 1970, in *Giur. Mer.*, 1972, 292; Corte Ass. Firenze 18 ottobre 1990, cit., 184 e Cass. 21 Aprile 1992, n. 699, in *Cass. Pen.*, 1993, 1, 63.

⁵⁷ Corte Cost. 18 luglio 1991, n. 356, in <http://www.giurcost.org>.

⁵⁸ Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 432, in <http://www.giurcost.org>.

⁵⁹ Cfr. A. FRANCHINI, *Medicina legale in materia penale*, VII Ed., Padova, 1977, 389; C. GUZZON, *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, cit., 674; G. DE VINCENZI, P. ZANGANI, *Metodologia generale dell'accertamento tecnico della responsabilità professionale nell'ambito delle discipline medico-chirurgiche*, in *Atti del XXI Congresso Nazionale della Società Italiana di Medicina Legale delle Assicurazioni*, Milano, 1968, 75 ss.; V.M. PALMIERI, P. ZANGANI, *Medicina Legale delle Assicurazioni*, Napoli, 1980, 94 ss. e G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 270, il quale richiama la



configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità – sostiene questa dottrina – «prescinde dall’atteggiamento della volontà del soggetto riguardato dalla condotta giustificata», essendo la volontà dissenziente di questi «a conferire la qualificazione di illiceità, per lo meno astratta, alla condotta stessa, la quale così abbisogna, per essere esente da «rimprovero penale», della scriminante». L’intervento medico dovrebbe ritenersi in sé e per sé lecito, non potendo un atto di volontà divenire un vero e proprio atto di disposizione della vita o della propria integrità fisica, costituendo altresì un vero e proprio obbligo per il medico di intervenire, fondato nello spirito solidaristico che anima l’ordinamento penale e costituzionale e nelle prerogative stesse della professione medica, nonché sancito dallo stesso art. 593 c.p. in materia di omissione di soccorso⁶⁰.

Si osserva, però, che una simile interpretazione della scriminante prevista dall’art. 54 c.p. introduce una forma di trattamento sanitario obbligatorio che appare contrastante con quanto disposto dall’art. 32 Cost., il quale, oltre a sancirne la legittimità solo in presenza di una specifica legge, ne vieta l’esecuzione in presenza di un dissenso esplicito. Lo scopo dell’attività medica si deve tradurre nella protezione dell’uomo dalle malattie e dalla sofferenza. Tali obiettivi devono essere perseguiti «senza distogliere mai l’attenzione dalla libertà e dalla dignità del paziente, il rispetto delle quali rappresenta il metodo operativo al quale il medico deve ispirarsi nell’adempimento del suo obbligo di curare»⁶¹.

diversa causa di giustificazione del consenso presunto del malato o quella della legittima difesa.

⁶⁰ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 111 ss. In materia di doverosità dell’intervento del medico cfr. anche A. FIORI, *Per un riequilibrio tra dovere globale di beneficiabilità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 1153; U. GIULIANI BALESTRINO, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970, 13 ss.; U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, cit., 522. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 436 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 31 ss. In giurisprudenza segue questo orientamento Pret. Modica, 13 agosto 1990, in *Giur. Mer.*, 1993, 1314. L. DI BONA, *Riflessioni in tema di rifiuto delle trasfusioni di sangue*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2008, 663 richiama anche l’art. 5 c.c., il quale fa espresso riferimento agli atti che cagionano una diminuzione permanente dell’integrità fisica, ricomprendendovi «quelli che pregiudicano la stessa sopravvivenza del soggetto, in qualunque modo si esplichino la condotta».

⁶¹ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 57.



Anche in giurisprudenza è stato affermato il diritto di ciascuno di disporre personalmente «della propria salute e della propria integrità personale, pur nei limiti previsti dall'ordinamento», riconoscendo «il diritto di rifiutare le cure mediche lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle sue estreme conseguenze: il che non può essere considerato suicidio, ma è invece la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere, o peggio dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita e che pertanto lui e solo lui può fare»⁶². Laddove non esistano esigenze di tutela della salute pubblica, pertanto, deve ritenersi che il medico «sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di un esplicito consenso, dovendosi ritenere invece insuperabile l'espresso, libero, consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte»⁶³. Se ne deve dedurre, pertanto, che «nel conflitto tra salute e libertà di scelta del paziente, la tutela del primo prevale solo quando sia impossibile realizzare entrambi i diritti del malato»⁶⁴.

Una simile problematica può riguardare anche il caso in cui il soggetto, pienamente capace di intendere e volere, abbia deciso di sottoporsi ad una determinata cura ed abbia prestato un adeguato consenso informato. Laddove si riscontri, nel corso dell'intervento chirurgico, un diverso stato clinico rispetto a quello diagnosticato, tale da rendere necessario un differente intervento, magari più invasivo di quello precedentemente individuato e il paziente, in stato di incoscienza, non sia in grado di prestare un suo consenso, il medico deve decidere se effettuare comunque l'operazione necessaria, oppure se interrompere la procedura, attendere la ripresa di coscienza del malato, ove ciò sia possibile, ed ottenere la prestazione del consenso. In giurisprudenza si ritiene che il trattamento diverso o ulteriore sia lecito solamente laddove questi debba essere considerato necessario (e non

⁶² Corte Ass. Firenze 18 ottobre 1990, cit., 1991, 184. Cfr. anche Cass. 3 ottobre 2001, n. 1571, in *Cass. Pen.*, 2002, 2041. Questa impostazione trova conferma nell'art. 32 Cost., nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo e nell'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti dell'uomo.

⁶³ Cass. 29 maggio 2002 – 11 luglio 2002, cit., 542.

⁶⁴ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 44.



meramente opportuno) ai sensi dell'art. 54 c.p., dovendosi in questi casi dare maggiore rilevanza alla tutela della salute e dell'integrità fisica del soggetto che non può esprimere un consenso⁶⁵. Il medico potrà pertanto intervenire solo nel caso in cui tale operazione si riveli assolutamente necessaria per salvare il paziente da un pericolo attuale di un danno grave per la sua vita o la sua salute.

In genere a fronte di queste situazioni, è diffusa la consuetudine di acquisire dal paziente una dichiarazione generica di consenso preventivo e di una rinuncia a priori all'informazione a qualsiasi intervento ulteriore di cui si accertasse la necessità o l'opportunità, nel corso dell'operazione espressamente acconsentita. Nel caso in cui si palesi una situazione patologica difforme da quella precedentemente individuata, non urgente, per la quale si rilevi opportuno un intervento difforme, sorge un conflitto fra la tutela della libertà di autodeterminazione del paziente e la tutela della sua salute che viene ad essere risolto dalla rinuncia a priori del malato ad essere informato. Si osserva, però, che la clausola è valida fin quando non si sostanzia in uno strumento attraverso il quale il medico aggira l'obbligo di informazione cui è tenuto⁶⁶ e che il paziente è facoltizzato dall'art. 33 del Codice Deontologico a delegare altro soggetto ad operare una scelta in sua vece.

Peculiare è il caso in cui il paziente, capace di intendere e volere e che non riversi in uno stato di pericolo per la propria salute, abbia espressamente manifestato un rifiuto ad un certo trattamento, come ad esempio una trasfusione di sangue, nell'ambito di un più complesso intervento chirurgico. Nell'eventualità in cui, durante l'esecuzione dell'intervento, lo stato degli eventi determini un pericolo attuale e grave per la vita del soggetto, la giurisprudenza sia di merito che di

⁶⁵ Cfr. in questo senso Cass. 9 marzo - 12 luglio 2001, n. 28132, in *Cass. Pen.*, 2002, 524 e Cass. 21 aprile - 13 maggio 1992, n. 5639, in *Cass. Pen.*, 1993, 63. Nel valutare l'urgenza, occorre tener conto anche della pericolosità che può assumere una nuova operazione ed una nuova anestesia in un breve lasso di tempo (G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 98 e D. RODRIGUEZ, *Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1991, 1147), attraverso il criterio guida della «proporzione tra i costi per l'integrità fisica del malato e i pericoli per la sua salute che il medico vuole scongiurare proprio con l'intervento che il paziente non è in grado di accettare» (G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 144).

⁶⁶ Una manifestazione di volontà espressa in tal senso non può però legittimare preventivamente condotte negligenti, imprudenti o imperite dell'operatore sanitario. Per un approfondimento cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 141 nota 76.



legittimità ha negato che il dissenso espresso possa ancora esercitare la sua efficacia. Il rifiuto, essendo stato espresso in un momento in cui le condizioni di salute del paziente «non facevano temere un imminente pericolo di vita», non può essere considerato attuale e pertanto valido ai fini del trattamento chirurgico in corso⁶⁷. Il tema in esame non è quello di statuire sulla legittimità del diritto di rifiutare le cure anche nel caso in cui da esso derivi la morte, «ma, più limitatamente di accertare la legittimità del comportamento dei sanitari che hanno praticato la trasfusione nel ragionevole convincimento che il primitivo rifiuto del paziente non fosse più valido ed operante»⁶⁸. In questo modo la Cassazione conferma l'orientamento della giurisprudenza riguardo il valore di una precedente manifestazione di volontà riguardo un trattamento sanitario nel caso di sostanziale mutamento della situazione clinica del paziente in stato di incoscienza⁶⁹.

5 - Revocabilità del consenso. La revoca del consenso per l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita

Il requisito della attualità del consenso esprime la necessità che esso sia manifestato esattamente nel momento in cui il trattamento deve essere praticato, a seguito di una adeguata informazione. L'attualità di un consenso è strettamente correlata al principio della sua revocabilità: il consenso è attuale fin tanto che il soggetto che lo deve prestare continua ad essere favorevole all'intervento. Tale attualità deve sussistere nel momento in cui la prestazione deve essere eseguita. Il consenso,

⁶⁷ Corte App. Trento 19 dicembre 2003, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, I, 145. Le argomentazioni della sentenza che rinviengono la volontà del paziente di essere curato ma non sottoposto a trasfusioni e non abbandonato al proprio destino infausto nel rilevato desiderio «di essere trasferito ad altro ospedale», possono essere considerate corrette fino a quando da esse si deduca la volontà di tentare ogni metodo di cura senza il compimento di trasfusioni di sangue; non appaiono, invece, convincenti laddove se ne voglia dedurre la volontà di essere in ogni caso sottoposti al trattamento emotrasfusionale se si riversa in pericolo di vita. Cfr. in tal senso A. SANTOSUOSSO e F. FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, II, 45 nota 11 e S. CARRO, *Brevi note sull'efficacia del consenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*, in *Dir. Giur.*, 2008, 146.

⁶⁸ Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Guida al Dir.*, n. 10, 30. Per questa fattispecie, G. FACCI, *Le Trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, 9, 1889 ss. non ravvisa «una discontinuità tra la manifestazione di volontà del paziente e l'evento al quale si riferiscono i trattamenti rifiutati».

⁶⁹ Cfr. Cass. 9 marzo - 12 luglio 2001, n. 28132, cit., 524 e Cass. 21 Aprile - 13 maggio 1992, n. 5639, cit., 63.



pertanto, è sempre revocabile e la sua revoca determina il venir meno della sua attualità.

Nel caso in cui la revoca venga dichiarata dal paziente durante la prestazione del trattamento sanitario, esso dovrà essere interrotto⁷⁰. Ove la particolarità dell'intervento impedisca materialmente una interruzione se non causando un grave pericolo per la salute o la vita del paziente, la revoca espressa successivamente all'inizio del trattamento non può avere effetto e l'attività del medico dovrà considerarsi lecita, per l'esistenza di uno stato di necessità che ne giustifica la condotta⁷¹, ai sensi dell'art. 54 c.p.

Il tema della revocabilità del consenso trova una eccezione nel particolare caso della procreazione medicalmente assistita disciplinata dalla legge 19 Febbraio 2004, n. 40. Si tratta di una eventualità assai difficilmente verificabile, consistente nel venir meno della volontà della donna di non vedersi più impiantato l'embrione fecondato, a seguito della lunga procedura prevista per l'accesso alla fecondazione assistita. L' art. 6 comma 3 ultimo capoverso della legge 19 febbraio 2004, n. 40 dispone che tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo⁷². Il

⁷⁰ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 171 sostiene che, così come la validità del consenso presuppone l'informazione del paziente, così la revoca, per essere valida e vincolante per il medico, deve essere consapevole e informata.

⁷¹ G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., 48.

⁷² Per quanto riguarda la forma della revoca, essa può essere prestata senza che ricorrano particolari condizioni, salvo il termine indicato, non prevedendo la legge alcuna forma particolare (F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, 117), anche se il richiamo alla forma scritta prevista per il consenso al trattamento può far presumere la necessità di una identica forma anche per la revoca dello stesso (Cfr. M. ATELLI, *L'informazione dei sanitari a tutela dei pazienti*, in *Guida al Dir.*, Dossier mensile, *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, 2004, 3, 35 e R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 159). Osserva A. MARTINI, *Il consenso informato nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Vita Not.*, 2005, II, 1771, in ordine alla questione sulla qualificazione di trattamento sanitario di tale istituto, che il legislatore non utilizza mai il termine paziente o ammalato, bensì quello di coppia o destinatari dell'intervento medico e configura la sterilità e l'infertilità come malattie che oggi possono essere curate. Rimane tuttavia aperta la questione, anche di rilievo etico, secondo cui, in realtà, le finalità terapeutiche non sono altro che «strumenti per realizzare il desiderio di maternità della donna e di paternità dell'uomo». Cfr. in questo senso G. MILAN,



momento di tale fecondazione segna il confine oltre il quale il consenso al trattamento sanitario non può più essere revocato, per questo una parte della dottrina ritiene che, in questo caso, l'impianto nel corpo della donna si traduca in un vero e proprio trattamento sanitario obbligatorio⁷³.

Su questo punto la giurisprudenza nega si possa parlare di un intervento medico coattivo, perché la normativa in materia pone sin dall'inizio l'aspirante madre nelle condizioni di scegliere liberamente e consapevolmente se sottoporsi o meno alle tecniche di procreazione assistita, stabilendo un preciso termine per esprimere un ripensamento. Si aggiunge, inoltre, che anche laddove l'obbligo previsto dalla norma venga considerato un trattamento sanitario obbligatorio, questi dovrebbe ritenersi lecito ai sensi dell'art. 32 comma 2 Cost., che ne prevede l'ammissibilità a determinate condizioni⁷⁴. Ci si muove dall'idea di fondo per cui, da un lato, la procreazione medicalmente assistita, a differenza di quella naturale, viene considerata sempre e certamente una procreazione consapevole, con la logica conseguenza che «chi vi ricorra se ne deve assumere tutte le responsabilità connesse»; dall'altro, «l'embrione, anche se malato, deve comunque essere impiantato», perché la legge, nel bilanciamento tra i vari interessi in conflitto, ha ritenuto prevalente quello dell'embrione a nascere⁷⁵. Se ne deduce che, il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulterà possibile solo nel caso in cui l'impianto dell'embrione possa costituire

Aspetti giuridici della procreazione assistita, Padova, 1997, 88 e contra M. BARNI, *Diritti - Doveri - Responsabilità del medico*, Milano, 1999, 262 ss.

⁷³ Secondo A. MARTINI, *Il consenso informato nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., 1786 ss., non costituiscono trattamento sanitario obbligatorio gli effetti della revoca tardiva nei confronti dell'uomo, non dovendo questi essere sottoposto ad un intervento medico. In ogni caso l'irrevocabilità del consenso prevista dalla norma comporta la «piena validità del consenso da lui già formalmente prestato» e quindi la legittimità del trasferimento dell'embrione anche a fronte del suo tardivo dissenso; la qualifica del figlio come legittimo o naturale, se la coppia non è unita in matrimonio; il sorgere a suo carico dei doveri genitoriali previsti dall'ordinamento (C. CASINI, M. CASINI e M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, Commentario, Torino, 2004, 126 ss.).

⁷⁴ Il Trib. Catania ord. 3 maggio 2004, 372 ss. con questa pronuncia esclude l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 comma 3 della legge n. 40 del 2004.

⁷⁵ Questo quanto stabilito dall'art. 14 comma 1 della legge n. 40 del 2004, che vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni. Cfr. A. MARTINI, *Il consenso informato nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., 1787 ss.



un rischio per la salute della donna, ai sensi dell'art. 14 comma 1 della legge citata, non prevedibile al momento della fecondazione⁷⁶.

In dottrina tale orientamento è stato oggetto di critiche. Seppur supportato da una visione attenta al dato normativo e allo spirito del legislatore, esso non esclude che «l'irrilevanza della revoca al trattamento dopo la nascita dell'embrione (l'ovulo fecondato) e il conseguente impianto in utero sia da configurarsi come trattamento obbligatorio e non più volontario». Si determina, infatti, una situazione che sembrerebbe porsi in contrasto con quanto previsto dall'art. 32 comma 2 prima parte Cost., «che richiede una specifica disposizione di legge espressa ed esplicita, e non desumibile in via interpretativa, per disporre l'obbligo ad un qualsiasi trattamento sanitario»⁷⁷. In realtà la norma in questione sembra disciplinare in modo esplicito un obbligo a sottoporsi ad un trattamento, laddove ne sancisce oltre un certo termine la irrevocabilità. Appare, però, altrettanto evidente che una legge che stabilisce un trattamento sanitario obbligatorio potrà trovare una sua giustificazione nell'esigenza di salvaguardare non solo la salute individuale del paziente, ossia della donna, ma soprattutto quella collettiva⁷⁸, nella quale non sembrerebbe rientrare l'impianto di embrioni⁷⁹. Vi sarebbe, in questo caso, una palese inversione del piano

⁷⁶ Cfr. in tal senso Trib. Cagliari 5 giugno 2004 e Trib. Cagliari 29 giugno 2004, in *Dir. Fam.*, 2004, 498 ss. Ritiene F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 140 ss. che un bilanciamento dei valori costituzionalmente tutelati possa essere compiuto ove sia previsto che «l'obbligatorietà dell'impianto discenda dalla responsabilità dell'impegno assunto previa dettagliata informazione e dalle conseguenze relative al sorgere della nuova vita a seguito della voluta fecondazione» e ove sussista «la possibilità di revocare eccezionalmente il consenso qualora sopravvengano gravissimi motivi giustificatori di tale revoca». Motivi che possono arrivare a giustificare anche l'abbandono o la distruzione degli embrioni portatori di accertate gravi patologie che siano *pregiudizievoli per la vita o la salute della donna* ai sensi dell'art. 6 della legge 40 del 2004.

⁷⁷ A. MARTINI, *Il consenso informato nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., 1788. Cfr. G. CATTANEO, *Il consenso al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1957, 971.

⁷⁸ Cfr. Corte Cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in *Danno e Resp.*, 1998, 429.

⁷⁹ A. MARTINI, *Il consenso informato nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., 1788 aggiunge che l'imposizione per legge, anche contro la volontà della donna, di una gravidanza artificiale è difficile da considerare conforme ai «limiti imposti dal rispetto della persona umana» come richiede l'art. 32 comma 2 seconda parte Cost. Lo stato di incertezza esistente in questa materia potrebbe determinare in capo al medico che, adempiendo all'obbligo previsto dalla legge n. 40 del 2004, proceda coattivamente all'impianto dell'embrione, il rischio di querela per delitto di violenza privata o di lesioni ai sensi degli artt. 590 e 610 c.p. R. VILLANI, *Dal Parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di*



di incidenza del trattamento sanitario, il quale «non mira più a salvare la donna, ma soltanto a salvare l’embrione»⁸⁰.

Per la procreazione medicalmente assistita, in dottrina si individuano differenti tipologie di consenso. Si opera una distinzione tra il consenso alla terapia vera e propria, ossia alla fecondazione e al successivo impianto dell’embrione nel corpo della donna ed il consenso alla procreazione, ossia la volontà di voler mettere al mondo un figlio⁸¹. Per questo il fondamento giuridico del consenso alla procreazione si rinviene nel riconoscimento del diritto alla salute e del diritto alla procreazione della coppia. Il ricorso alle tecniche procreative assistite secondo la legge «è ammesso solo nel quadro di una finalità terapeutica» ed è espressione del «fondamentale diritto alla salute tutelato dall’art. 32 Cost.»⁸².

Secondo questa impostazione, il consenso così prestato al trasferimento dell’embrione nell’utero della madre non consiste in un vero e proprio consenso ad un trattamento sanitario. Ai sensi dell’art. 6 comma 3 esso deve essere espresso da entrambi i soggetti congiuntamente al medico responsabile della struttura e l’eventuale revoca della volontà deve essere manifestata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma, ivi compreso il medico, fino al momento della fecondazione dell’ovulo. Tale legittimazione, pertanto, «presuppone un atto a cui partecipa la volontà di tre soggetti distinti: il

procreazione assistita al banco di prova del caso concreto, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, I, 437 ss., individua un ulteriore elemento di incompatibilità della norma che limita temporalmente la revoca del consenso all’accesso alla tecnica procreativa medicalmente assistita anche nella violazione del rispetto della persona e della sua dignità, ai sensi della Risoluzione 2128/2001 del Parlamento Europeo. Cfr. anche L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, 681 e F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 93 ss., i quali rilevano una disparità di trattamento tra la posizione della donna che intende interrompere la gravidanza, per la quale sussiste un cospicuo margine di tempo e la situazione della coppia che ricorre alle tecnologie procreative, che non può cambiare idea. Cfr. *contra* M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, 1038 ss., che individua una differenza di fondo tra i due istituti: «la decisione abortiva nel quadro della procreazione naturale si giustifica in considerazione di una non accettazione del rischio del concepimento. Ciò non può supporre rispetto alla procreazione artificiale».

⁸⁰ M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, cit., 1033 ss.

⁸¹ M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, cit., 1009 ss. individua anche una terza tipologia di consenso, ossia quello prestato per l’operazione economica e necessario alla formazione del contratto con la struttura tenuta ad operare la procedura.

⁸² M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, cit., 1045 ss.



medico responsabile della struttura, i singoli coniugi o conviventi, non come parte soggettivamente complessa, ma uti singuli». La volontà del medico diventa elemento costitutivo del consenso espresso dalla coppia. Tale peculiare configurazione della revoca sembrerebbe escludere si riferisca ad un trattamento sanitario, giacché essa «non è atto bilaterale, ma atto giuridico unilaterale»⁸³.

Occorre rilevare che, di fatto, l'impianto dell'embrione non può essere trasferito coattivamente nel corpo della donna se questa lo rifiutasse anche dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo. E ciò indipendentemente dalla natura di trattamento sanitario obbligatorio o meno della procedura, ai sensi di quanto prevedono gli art. 13 e 32 comma 2 della Costituzione e l'art. 33 legge n. 833 del 1978, il quale sancisce la generale volontarietà dei trattamenti sanitari, confermata anche dalle disposizioni che specificamente disciplinano quei trattamenti dal carattere obbligatorio⁸⁴. Appare di fatto improbabile configurare anche una ipotesi di revoca tardiva del consenso da parte dell'uomo, che sia in grado di impedire coattivamente l'impianto dell'ovulo fecondato nel caso in cui la donna sia ancora consenziente⁸⁵. L'allegato 3 alle linee-guida disciplinate dal Decr. Min. Salute del 21 Luglio 2004 sembra confermare questo orientamento ove obbliga il medico ad informare la coppia nel caso in cui dall'indagine reimpianto

⁸³ M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, cit., 1035 ss. A differenza di quanto viene disciplinato per la manifestazione del consenso alla procreazione assistita, che è prestata congiuntamente dalla coppia e per la quale è prevista la forma scritta, per la revoca è sufficiente la dichiarazione di volontà di uno solo. La donna, infatti, è il soggetto che subisce gli interventi più invasivi e che deve portare avanti la gravidanza. Anche l'uomo, però, è parte del vero e proprio atto generativo della fecondazione «ed è rispetto ad essa che la solidità del consenso deve essere verificata per ciascuno dei componenti la coppia» (C. CASINI, M. CASINI e M. L. DI PIETRO, *Legge n. 40/2004 e disciplina del consenso informato*, in *Med. Mor.*, 2004, 710).

⁸⁴ L'art. della l. 13 maggio 1978 n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, stabilisce che *gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari*. Cfr. C. CASINI, M. CASINI e M. L. DI PIETRO, *Legge n. 40/2004 e disciplina del consenso informato*, cit., 714. Il Trib. Catania 3 maggio 2004, in *Med. Mor.*, 2004, 3, 559 ss. osserva che «nel mondo del diritto l'incoercibilità di un obbligo nulla significa in ordine alla logicità, alla legittimità, alla costituzionalità delle norme che lo sanciscono». Ritiene M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, cit., 1037 ss. che la donna non sia tenuta all'impianto per legge, ma per il consenso prestato nei confronti del partner, con il quale ciascuno si è impegnato a realizzare il desiderio dell'altro di essere genitore. Le eventuali ripercussioni in caso di rifiuto da parte di un soggetto, pertanto, potrebbero essere individuate solo nel mancato rispetto di obblighi derivanti da accordi endo-familiari.

⁸⁵ A. MARTINI, *Il consenso informato nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., 1789.



osservazionale vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo dell'embrione. Qualora il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo dovrà essere mantenuta fino al suo estinguersi⁸⁶.

6 - Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche

Occorre ora esaminare il caso in cui il paziente, caduto in uno stato di incoscienza, abbia precedentemente posto un dissenso ad un determinato trattamento sanitario, sia laddove si tratti di dichiarazioni specificamente riferite ad un certo intervento, sia che si tratti, ai sensi dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo, di meno specifici 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. Per queste situazioni, sia il codice deontologico che la convenzione stabiliscono che dovrà sempre essere tenuta in considerazione la volontà che è stata preventivamente espressa dal soggetto.

La giurisprudenza negli ultimi tempi ha posto una attenzione maggiore al principio costituzionale per il quale nessuno può essere sottoposto ad un trattamento sanitario senza un suo previo consenso. Sia in dottrina che in giurisprudenza si esclude la possibilità di imporre coattivamente ad un soggetto capace di agire un determinato trattamento in tutti i casi in cui non sia possibile qualificare la fattispecie come trattamento sanitario obbligatorio, essendo questo diretto solo alla tutela della salute collettiva e non anche individuale⁸⁷. Innanzi ad un rifiuto espresso per un atto che non determina pericoli di salute pubblica, dovrà essere tutelato il rispetto della dignità della persona e il suo diritto di autodeterminazione nelle scelte

⁸⁶ Cfr. A. MARTINI, *Il consenso informato nella legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., 1790 ss. e G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 339 ss. Questo Autore, richiamando la sentenza TAR Lazio 7 Aprile – 23 maggio 2005 n. 4047, in *Guida al Dir.*, 2005, n. 26, 63, osserva che «tale disposizione non altera l'obbligatorietà dell'impianto perché si limita ad introdurre una precisazione della legge», non potendo una norma gerarchicamente inferiore modificare una legge ordinaria.

⁸⁷ Cfr. Corte Cost. 26 febbraio 1998, n. 27, cit., 429. e F. MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in L. STORTONI, *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, 63.



terapeutiche⁸⁸. Sulla base di queste argomentazioni è stata rispettata la scelta espressa da un paziente perfettamente capace di intendere e volere, affetto da sepsi della gamba destra con presente un quadro di gangrena secca, di non subire l'amputazione dell'arto, nonostante questo rifiuto lo abbia portato inevitabilmente alla morte⁸⁹.

Le questioni sorgono nel momento in cui il soggetto, che ha precedentemente manifestato un dissenso ad un determinato trattamento sanitario, non sia successivamente in grado di reiterare la sua manifestazione di volontà. La fattispecie di cui più frequentemente si è dovuta occupare la giurisprudenza riguarda il dissenso alla terapia trasfusionale opposto dal soggetto adulto Testimone di Geova pienamente capace di intendere e volere. Si tratta di un rifiuto ad un trattamento terapeutico che viene posto per motivazioni personali, in questo caso religiose⁹⁰, che investe anche l'eventualità in cui siffatto trattamento sia necessario per salvare il soggetto da un pericolo grave per la sua vita o la sua salute.

Dottrina e giurisprudenza hanno offerto soluzioni non sempre univoche. Un primo orientamento tende a considerare pienamente valido il dissenso precedentemente espresso dal paziente ancora cosciente, sulla base della tutela della libertà di autodeterminazione,

⁸⁸ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1982, 562 e F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1982, 316. Nel 1992 anche il Comitato Nazionale di Bioetica in *Informazione e consenso all'atto medico*, cit. ha affermato l'obbligo per il medico di astenersi dal praticare un trattamento sanitario incompatibile con il convincimento religioso del paziente. Cfr. in dottrina, tra gli altri, F. BUZZI, A. L. VERGINE, *Rifiuto di cure e limiti di applicazione dell'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1983, 185. Nel rispetto di quanto l'ordinamento prevede a tutela di quei soggetti che, caduti in stato di incoscienza, non possono esprimere un consenso, il D.M. 1 settembre 1995, *Costituzione e compiti dei comitati per il buon uso del sangue presso i presidi ospedalieri*, all'art. 4-1 al punto 3 ribadisce che, in caso di *imminente pericolo di vita*, il medico dovrà procedere alla trasfusione di sangue *anche senza il consenso del paziente*, indicando dettagliatamente le circostanze che hanno determinato lo stato di necessità. Se ne deve dedurre *a contrario* che, laddove il paziente abbia manifestato un espresso dissenso, esso debba ritenersi insuperabile, quando anche si tratti di rifiuto ad un trattamento che può salvarlo da uno stato patologico grave. Cfr. in tal senso G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 76 ss.

⁸⁹ Trib. Modena 27 dicembre 2007, in <http://www.personaedanno.it>.

⁹⁰ Tale rifiuto trova fondamento nell'interpretazione di un passo della Bibbia (*Levitico 17: 10-14*). Negli USA il dissenso è opposto anche da alcuni gruppi protestanti, i quali affrontano le proprie malattie con la fede e la preghiera, unico mezzo attraverso il quale sarebbe possibile ottenere la guarigione. Cfr. per un approfondimento M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 27.



laddove questa volontà possa essere desunta e ricostruita dalle testimonianze dei prossimi congiunti⁹¹, fino ad individuare l'obbligo di risarcire il danno morale ed esistenziale per una trasfusione posta *contra voluntatem*⁹². Altro orientamento tende a negare valore al dissenso espresso preventivamente e in forma generica ad un trattamento, sulla base della necessaria presenza dei requisiti della attualità e della personalità della scelta. Se può sicuramente «convenirsi circa la sussistenza di un diritto costituzionalmente garantito a non subire trattamenti sanitari indesiderati se non nei casi speciali predeterminati dalla legge», si ritiene che in assenza dei requisiti di attualità e personalità, la volontà del paziente non può essere manifestata attraverso una testimonianza dei prossimi congiunti⁹³ o attraverso un documento generico con il quale si intende manifestare il rifiuto ad un trattamento⁹⁴. Il consenso ad un trattamento sanitario deve essere prestato posteriormente all'avvenimento da cui deriva la necessità e deve essere preceduto «dall'informazione adeguata sullo

⁹¹ Trib. Messina 11 luglio 1995, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, 303. Ritiene P. RESCIGNO, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l'obiezione di coscienza dei Testimoni di Geova)*, in AA. VV., *Persona e Comunità*, Padova, 1988, 191, che debba essere ritenuta rilevante una manifestazione di volontà non espressa, purché ricavabile con certezza da fatti obiettivi, come in questo caso l'appartenenza alla comunità dei Testimoni di Geova.

⁹² Tale intervento coattivo viola l'art. 32 comma 2 Cost. anche nel caso in cui il dissenso sia stato espresso in un documento firmato molti mesi prima dell'evento (Pret. Roma 3 Aprile 1997, in *Dir. Eccl.*, 1997, 326 con nota critica di L. LACROCE, *Dulce et decorum est pro iure mori?*), viene ad incidere «sull'esistenza di una persona» e, per la trasfusione di sangue, offende la sua sensibilità religiosa (Trib. Pordenone 11 Gennaio 2002, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, 664, con commento di F. VIGLIONE, *Il rifiuto delle trasfusioni di sangue fondato su motivi religiosi*). Anche in questo caso la volontà del paziente, in stato di incoscienza, era stata individuata attraverso un preciso documento scritto del soggetto e dalla testimonianza dei suoi parenti ed amici. Si osserva che la sentenza, pur confermando la validità del consenso, non tocca l'argomento centrale della questione, ossia la violazione del diritto di autodeterminazione del paziente, che gli consente il rifiuto fino alle estreme conseguenze (M. IMMACOLATO, *Un commento medico-legale*, in *Bioetica*, 2002, 396).

⁹³ Corte App. Trieste 25 ottobre 2003, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, I, 147 ss. aggiunge che «non esiste nell'ordinamento il riconoscimento di un potere rappresentativo da parte dei congiunti in quanto tali».

⁹⁴ Corte App. Trieste 25 ottobre 2003, cit., 147 ss. fa esplicito riferimento al tesserino, rinnovato ogni anno, con scritto «niente sangue» abitualmente portato dai Testimoni di Geova (Cfr. *Emotrasfusioni e consenso informato. La questione dei minori*, cit., 377). Tale documento, specifica la Corte triestina, «non è espressione efficace di volontà del paziente contraria alle trasfusioni, e non è di per sé di ostacolo all'effettuazione di tale trattamento terapeutico», perché è espressione di una volontà «non concreta, ma astratta, non specifica, ma programmatica, non informata, ma ideologica e soprattutto passata, preventiva e non attuale».



stato di salute, sulla necessità di determinate cure, sui rischi da esse (o dalla loro omissione) eventualmente derivanti»⁹⁵.

La Cassazione, con un suo recente intervento, ha cercato di definire dei requisiti che possano conferire un certo valore vincolante al rifiuto preventivamente espresso dal soggetto ad un trattamento sanitario. Essa ammette la validità nel nostro ordinamento di una dichiarazione anticipata ma ne limita l'efficacia, nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, al solo caso in cui il dissenso sia stato posto in essere attraverso una manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata, ovvero «non astrattamente ipotetica, ma concretamente accertata». La vicenda riguardava proprio un rifiuto ad una emotrasfusione espresso dal paziente attraverso un tesserino con scritto «niente sangue». La Cassazione ha negato che il dissenso espresso attraverso tale semplice formula possa avere una vincolatività, poiché il medico sarebbe investito del compito «di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente secondo un giudizio prognostico ex ante, e di presumere induttivamente la reale «resistenza» delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue»⁹⁶. La Corte, pertanto, riconosce in linea generale la possibilità che una dichiarazione anticipata ad un trattamento abbia efficacia vincolante per il medico, ma esige che nel documento che la contiene

⁹⁵ Corte App. Trieste 25 ottobre 2003, cit., 148. Nello stesso senso Pret. Modica, 13 agosto 1990, cit., 1314, riguardo una paziente il cui dissenso non è stato ritenuto vincolante, sia perché non frutto di una scelta libera e consapevole, in quanto esito di una pressione psicologica dei parenti, sia per la superiore tutela del diritto alla salute. Specifica il Trib. Cagliari, decr. 8 Aprile 2001, in *Riv. Giur. Sarda*, 2005, 102 che in assenza di una previsione di legge che attribuisca stabilità agli effetti del rifiuto del paziente, non può «rilevare la volontà da questi precedentemente espressa, al fine di escludere la praticabilità dei trattamenti sanitari necessari alla tutela della sua salute», mentre si dovrà ritenere vincolante la scelta espressa dal paziente la cui capacità di intendere e volere non sia venuta meno (Cfr. nello stesso senso Trib. Roma 16 Gennaio 2006, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 116).

⁹⁶ Cass. 22 maggio – 15 settembre 2008, n. 23676, in *Guida al Dir.*, 2008, n. 39, 52 ss. La Suprema Corte, che si pronuncia su un ricorso avverso la citata sentenza Corte App. Trieste 25 ottobre 2003, cit., aggiunge che se l'affermazione «niente sangue» ha una sua logica e coerenza «con riferimento al possibile stato di incoscienza del ricoverato, essa non consente l'ulteriore inferenza che conduca a presumere una sorta di efficacia *tout court*, estesa, cioè, anche all'ipotesi del concreto pericolo di vita che il paziente stesso si troverebbe a correre in assenza di trasfusione, mentre è proprio con riferimento a questa specifica evenienza che – va ripetuto – il (non) consenso deve manifestarsi nella sua ampia, espressa, consapevole, inequivoca forma».



siano presenti elementi dettagliati da cui sia possibile determinare inequivocabilmente la volontà del paziente di impedire un trattamento sanitario anche in ipotesi di pericolo di vita; oppure richiede che essa provenga da «un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante ad acta il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere potestativo in parte qua, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari»⁹⁷.

L'esigenza di sottoporre a precisi requisiti l'efficacia delle dichiarazioni anticipate di cura evidenziata dalla Cassazione può desumersi dal disposto dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo, che non sancisce una vincolatività piena delle stesse, ma più prudentemente prevede di tenerne conto. Tale rigidità deriva dalla rilevata discrasia tra lo stato soggettivo in cui si trova l'interessato quando, in pieno benessere psico-fisico, formula delle dichiarazioni anticipate e quello sussistente nel momento in cui si rende necessaria la prestazione medica⁹⁸.

La generale validità delle dichiarazioni anticipate ad un trattamento sanitario nel nostro ordinamento è stata oggetto di critica da parte di quella dottrina che ne evidenzia il carattere di astrattezza e di non attualità rispetto alla situazione nella quale sono destinate ad operare⁹⁹. Si aggiunge che tale strumento decisionale ben difficilmente può essere accompagnato da una ponderata valutazione del caso concreto, né può tener conto del progresso scientifico che può aver determinato nuove tecniche terapeutiche e nuove probabilità di cura per quella determinata fattispecie patologica¹⁰⁰. Una eccessiva

⁹⁷ Cass. 22 maggio – 15 settembre 2008, n. 23676, cit., 52 ss

⁹⁸ R. CAMPIONE, *Dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*, in *Fam. Dir.*, 2006, 530.

⁹⁹ Il Comitato Nazionale di Bioetica nel parere del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, Pres. Del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Roma, 2003 ritiene che la difficoltà del soggetto ad individuare ed esprimere le specifiche situazioni cliniche in cui potrebbe imbattersi, può essere fonte di ambiguità e di incertezza nel momento in cui esse devono essere applicate, mentre appare impossibile informare adeguatamente il paziente sulla patologia in corso e sui vantaggi o meno del trattamento che si vorrebbe proporre. Cfr. S. AMATO, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, in AA.VV., *Il Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno*, Convegno di Studio, Roma 30 novembre-3 dicembre 2005, Roma, 2006, 444.

¹⁰⁰ Cfr. G. IADECOLA, *Note critiche in tema di testamento biologico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, 482; M. BARNI, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1994, 839 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, cit., 213 ss. e M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 33.



enfattizzazione del principio di attualità del consenso potrebbe, però, portare ad un sostanziale svuotamento del diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche da parte del paziente in stato di incoscienza¹⁰¹. L'attualità del consenso deve essere valutata avendo riguardo anche alle intenzioni che il paziente mantiene fino al momento in cui è cosciente delle sue azioni e capace di prestare un consenso, non in senso meramente cronologico, ma più propriamente in senso logico: attuale sarà «la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di siffatta situazione»¹⁰².

¹⁰¹ Ritiene G. FACCI, *I Testimoni di Geova e il "dissenso" all'atto medico*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 119 che, seguendo l'impostazione della Corte App. Trieste 25 ottobre 2003, cit., 147 ss, nonché del Trib. Roma 16 Gennaio 2006, cit., «il diritto di autodeterminazione e il diritto alle proprie convinzioni religiose dovrebbe portare ad attribuire validità del dissenso espresso [solamente] fino ai momenti prossimi alla perdita della coscienza, allorché il paziente abbia espressamente manifestato al medico la volontà di accettare anche le conseguenze estreme del suo rifiuto». Cfr. in tal senso anche A. SANTOSUOSSO e F. FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, cit., 48 e M. DI FORTUNATO, *Emotrasfusioni e rifiuto del paziente per motivi religiosi: è possibile andare oltre la volontà del paziente?*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2005, 114. Appare, inoltre «intollerabile che, una volta posto a base della bioetica il principio del consenso informato, continuino a sussistere delle condizioni per cui un soggetto sia all'improvviso non solo privo di diritti, ma addirittura ridotto a mero oggetto delle decisioni altrui» (S. AMATO, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 444).

¹⁰² F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 381 aggiunge che «non vi sono ragioni per non tenere conto di una volontà espressamente manifestata in condizioni di piena coscienza e peraltro coerente con il credo religioso praticato e profondamente vissuto», avendo anche il legislatore dimostrato di voler «dare rilevanza alla volontà espressa a futura memoria» con l'art. 4 della legge 1 Aprile 1999, n. 91 in materia di trapianti di organi. Cfr. in tal senso anche P. FRATI e M. ARCANGELI, *Facoltà di curare e autodeterminazione del paziente*, Torino, 2002, 40 e il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit. In senso contrario S. TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2003, 561. In ordine al valore da attribuire al tesserino recante la dicitura «niente sangue», sebbene debba ritenersi preferibile una dichiarazione maggiormente dettagliata sull'operatività del dissenso al trattamento (Cfr. *infra* Cass. 22 maggio – 15 settembre 2008, n. 23676, cit., 52 ss.), si ritiene in dottrina che, rifiutando ogni trasfusione, «il paziente accetti consapevolmente il rischio di morire, essendo notorio che può essere necessario ricorrere alla trasfusione per salvare la vita del malato» (G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., p. 84. Nello stesso senso il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit. e L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. Fam.*, 2008, 783 ss.). Il fatto di portarlo sempre con sé, inoltre, sembrerebbe reiterare quotidianamente la persistente volontà, di cui si deve tener conto ai sensi dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo e dell'art. 34 del Codice Deontologico, di non ricevere una trasfusione (E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*



In ordine al dissenso anticipato ad un trattamento sanitario, si è osservato che le diverse circostanze di vita, il fatto di trovarsi in una situazione di pericolo grave ed imminente per la propria salute, cui ognuno di noi può essere chiamato a rispondere, possono anche modificare gli orientamenti che tradizionalmente e continuativamente hanno caratterizzato il proprio modo di pensare quando si godeva di un buon stato di salute¹⁰³. Questa circostanza non può, però, creare una situazione di incertezza nel diritto in ordine alla validità o meno di un consenso prestato in modo preventivo e continuativo da parte di un soggetto, sia riguardo la tutela dell'autodeterminazione del paziente, sia riguardo le azioni che il medico è legittimato, se non addirittura obbligato a compiere¹⁰⁴. Gli operatori del diritto sono chiamati a compiere una valutazione seria e consapevole della effettività di una scelta preventiva, nonché dell'assenza di pressioni esterne sulle decisioni del malato; dall'altro lato però, si deve responsabilizzare il paziente nella definizione della sua volontà, dei cui rischi sarà inevitabilmente consapevole e spingere l'ordinamento ad una disciplina che sia in grado di richiamare ad una maggiore chiarezza e ponderazione in sede di enucleazione di dichiarazioni anticipate ad un determinato trattamento sanitario salvavita.

7 - Amministrazione di sostegno e testamento biologico

La Cassazione nella sua ultima pronuncia in merito alle dichiarazioni anticipate di trattamento, nel richiedere disposizioni più dettagliate rispetto alla mera scritta «niente sangue», sembra aver compiuto un

e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione, cit., 212).

¹⁰³ Cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 105 e F. D. BUSNELLI e E. PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. Giur., Agg.*, V, Milano, 2001, 155 nota 85.

¹⁰⁴ In ordine allo stato di incertezza cui si può trovare l'operatore sanitario, osserva G. FACCI, *I Testimoni di Geova e il "dissenso" all'atto medico*, cit., 125 che «appare alquanto discutibile che la soluzione sulla prevalenza o meno della volontà del paziente sullo stato di necessità debba essere rimessa al medico». Il problema appare ancora più acceso nel caso di necessaria trasfusione d'urgenza, perché i sanitari si vengono a trovare «fra l'incudine e il martello nel decidere come procedere, non soltanto sotto il profilo etico e di coscienza, ma anche nella prospettiva delle loro eventuali responsabilità, in campo civile e pure penale, sia che si scelga una via che l'altra» (E. SACCHETTINI, *Quando interviene uno stato di necessità la scelta della terapia passa al sanitario*, in *Guida al Dir.*, 2007, n. 10, 32).



riferimento implicito sia all'istituto dell'amministrazione di sostegno, sia alla figura del cd. testamento biologico. Si richiama, infatti, la figura di un rappresentante ad acta che garantisca la soddisfazione delle volontà del paziente e si insiste sui requisiti che devono caratterizzare una dichiarazione anticipata ai trattamenti sanitari¹⁰⁵. Per risolvere le questioni inerenti la validità del rifiuto delle trasfusioni di sangue e più in genere ai casi in cui il soggetto si trovi in stato di incoscienza e non possa formulare un consenso, nelle più recenti pronunce i giudici di merito utilizzano sempre più frequentemente lo strumento dell'amministrazione di sostegno¹⁰⁶.

Si tratta di un istituto introdotto dalla legge 9 Gennaio 2004 n. 6, attraverso il quale, su richiesta dell'interessato o dei congiunti più stretti¹⁰⁷, può essere nominato dal giudice tutelare un amministratore di sostegno in favore di quei soggetti maggiorenni che si trovano nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, per effetto di un'infermità o di una menomazione fisica o psichica¹⁰⁸. L'amministratore è tenuto ad assistere il beneficiario compiendo gli atti che questi non può porre in essere da solo e rende conto periodicamente al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario. Quest'ultimo conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno e può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana. Attraverso tale istituto il giudice, avendo esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario, può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio indicando gli atti che è autorizzato a compiere.

¹⁰⁵ R. ROSSI, *La ricerca della volontà effettiva resta il vero nodo da sciogliere*, in *Guida al Dir.*, 2008, n. 39, 56.

¹⁰⁶ Cfr. Trib. Roma 20 dicembre 2005, in *Fam. Dir.*, 2006, 525; Trib. Milano, 5 aprile 2007; Trib. Siena 18 giugno 2007; Trib. Ravenna 21 agosto 2007; Trib. Tivoli 10 ottobre 2007; Trib. Imola 4 giugno 2008, tutte in <http://www.personaedanno.it>; Trib. Modena 13 maggio 2008, in *Foro It.*, 2008, I, 2318 e Trib. Modena 5 novembre 2008, in <http://www.olir.it>.

¹⁰⁷ Dispone l'art. 417 c.c. che l'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse dal beneficiario, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero o, se minore, da chi esercita la potestà genitoriale.

¹⁰⁸ Per un approfondimento sulla disciplina dettata dalla legge n. 6 del 2004 cfr. G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004; M. DOSSETTI, M. MORETTI e C. MORETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004 e S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.



Questi può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, oppure viene scelto dal giudice tutelare con decreto motivato, ove tale nomina sia assente ovvero in presenza di gravi motivi¹⁰⁹.

Le nuove disposizioni prevedono che l'amministratore di sostegno, nello svolgimento dei suoi compiti, debba tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario¹¹⁰, ma non contengono alcuna esplicita previsione in materia di legittimazione a prestare un consenso informato al trattamento sanitario in vece del paziente, per questo sia in dottrina che in giurisprudenza si è discusso sulla sua applicabilità a tale fattispecie. Una parte della dottrina osserva che il beneficiario per la gestione del patrimonio «conserva autonomia decisionale negli altri ambiti e pertanto si trova nella stessa posizione di ogni altro soggetto per le decisioni che riguardano la fase finale della sua vita»¹¹¹. Non potrebbe pertanto essere conferito all'amministratore di sostegno l'esercizio dei diritti connessi al consenso al trattamento sanitario, di cui detiene la personale ed assoluta titolarità¹¹².

La migliore dottrina ritiene invece che il combinato disposto degli artt. 404 e 408 c.c., «facendo generico riferimento alla necessità di provvedere agli interessi del soggetto, consente di ricomprendervi anche quelli di indole non patrimoniale, tra i quali, in particolar modo, la cura della persona», tanto più che lo stesso art. 44 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie dispone che il giudice tutelare possa convocare in qualunque momento

¹⁰⁹ Questo istituto richiama la figura del *fiduciario per la salute*, presente in alcuni ordinamenti stranieri, anche se la nomina dell'amministratore è lasciata al giudice, il quale non può discostarsi se non per gravi motivi dalla scelta del beneficiario (Cfr. M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, Milano, 2006, 172).

¹¹⁰ In particolare l'art. 410 al secondo comma stabilisce che l'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso. In caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o i soggetti legittimati possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

¹¹¹ S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 13.

¹¹² Cfr. Trib. Torino, decr. 22 maggio 2004, in <http://www.personaedanno.it> e F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 47 ss., il quale osserva che, seguendo l'opposto orientamento, si riconoscerebbe «a terze persone la possibilità di incidere sullo stato di salute del paziente» incapace di esprimere una volontà.



l'amministratore di sostegno per dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del beneficiario¹¹³. Sebbene gli istituti di protezione del soggetto nascano con l'intento di salvaguardare la sfera patrimoniale dell'incapace, da tempo la dottrina e la giurisprudenza «precisano che la cura della persona non può non implicare, accanto alla cura degli interessi patrimoniali, anche le situazioni di natura personale»¹¹⁴.

Sulla base di queste considerazioni in dottrina si individua nell'amministrazione di sostegno un istituto attraverso il quale è possibile richiamare, almeno in parte, la figura del cd. testamento biologico¹¹⁵, ossia la redazione di un documento con cui un soggetto, in previsione di una sua probabile futura incapacità, nel caso in cui versi nella fase terminale di una grave malattia o sia affetto da una lesione celebrale invalidante e irreversibile, detta disposizioni in ordine alle cure mediche cui intende essere o meno sottoposto, designando un tutore o delegato chiamato ad assicurarne il rispetto¹¹⁶. Tale soluzione

¹¹³ M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 172. Cfr. anche S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, I, 32 e G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 170.

¹¹⁴ F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*, in *Fam. Dir.*, 2005, 90. Cfr. in tal senso anche P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'"infermo di mente". A proposito dell'andicappato psichico permanente*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1985, 54 ss. In giurisprudenza Trib. Roma 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, 249; Trib. Cosenza 24 ottobre 2004, in <http://www.altalex.it>; Trib. Roma 28 Gennaio 2005, in <http://www.personaedanno.it>.

¹¹⁵ In dottrina si è evidenziata la inesattezza del termine frequentemente utilizzato per indicare questa figura giuridica, la cui denominazione è stata direttamente tradotta dal termine *living will* in «testamento di vita» o «testamento biologico». Si tratta in realtà di un negozio giuridico *inter vivos* la cui efficacia è differita al momento in cui si verificherà un certo evento, ossia il prodursi dello stato di incapacità psichica (cfr. G. BONILINI, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 191; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, vol. I, Milano, 2002, 465 ss. e P. STANZIONE e G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 2007, 43 ss.).

¹¹⁶ Questa la definizione del Comitato Nazionale di Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit. Cfr. F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, cit., 53. Nel sistema giuridico nordamericano viene frequentemente redatto un documento contenente una vera e propria «pianificazione anticipata delle cure» (*advance care planning*) in cui il paziente, insieme ai medici e ai familiari, prende delle decisioni sulle cure future, affinché le sue volontà attuali siano rispettate nel momento in cui non potrà più esprimere una decisione. Tale documento è composto da due parti complementari: la Direttiva di Istruzione (*Living Will*) e la Direttiva di Delega (*Proxy Directive*). Cfr. R. CECCHI, *Il Testamento biologico: perché?*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 123 ss.).



parrebbe avvalorata dalla possibilità prevista dalla legge di accompagnare l'atto di designazione da alcune direttive dettate dall'interessato e concernenti le modalità di svolgimento dell'incarico¹¹⁷, per questo in dottrina si rinvia una «corrispondenza tra l'oggetto dell'amministrazione di sostegno e quello del testamento biologico»¹¹⁸.

Le direttive eventualmente indicate dal beneficiario possono assumere vincolatività nel solo caso in cui il giudice le inserisca nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno. Laddove queste non siano state riportate, ai sensi dell'art. 410 c.c., nello svolgimento delle sue attività, l'amministratore dovrà tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario¹¹⁹, mentre le direttive indicate dal soggetto potranno solamente fornire uno strumento per valutare le aspirazioni del soggetto¹²⁰. L'istituto conferisce, pertanto, piena efficacia al consenso prestato dall'amministratore di sostegno al posto del beneficiario, nel rispetto delle direttive contenute nel decreto di nomina e comunque tenendo conto dei bisogni e delle aspirazioni di questo¹²¹.

¹¹⁷ In tal senso E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 114 e G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 96.

¹¹⁸ M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 174. Osserva G. BONILINI, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 192 che le norme sull'amministrazione di sostegno determinano una valorizzazione «degli auspici espressi dall'uomo che, successivamente alla consapevole manifestazione dei medesimi, tema di non essere in grado di autodeterminarsi». Cfr. in tal senso anche E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., 114.

¹¹⁹ R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*, in *Dir. Fam.*, 2008, 688.

¹²⁰ M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 175 ss.

¹²¹ Cfr. R. CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*, cit., 532. Il Trib. Roma 19 marzo 2004, cit., 249, innanzi al netto rifiuto del malato di sottrarsi all'amputazione dell'arto, nonostante il sicuro e repentino esito irrecuperabile derivante da tale scelta, preferì nominare un amministratore di sostegno, il quale prestò il consenso per il paziente. Diverso il contenuto del decreto del Trib. Modena 27 dicembre 2007, cit. che, per uno stesso caso di dissenso all'amputazione di un arto, stabilisce «che la volontà della beneficiaria sia suscettibile del più rigoroso rispetto» e che non sia possibile nominare un amministratore di sostegno per il solo fine di permettere ad un terzo incaricato «di prestare consenso al posto dell'interessata». Cfr. in questo senso G. BONILINI, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 192 e E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., 114. Nella pronuncia del Trib. Modena decr. 15 settembre 2004, in *Fam. Dir.*, 2005, 85 l'incapacità naturale del paziente era stata desunta non dal rifiuto al trattamento prestato dalla donna, ma dalla valutazione del suo stato clinico. Cfr. in questo senso anche Trib. Modena 28 giugno 2004, in *Riv. It.*



Anche la recentissima giurisprudenza appare divisa in ordine alla applicabilità dell'amministrazione di sostegno quale strumento per esprimere delle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari. Il Tribunale di Cagliari, innanzi alla richiesta del beneficiario di vedere rispettato il suo rifiuto a certi trattamenti sanitari, pur nominando l'amministratore di sostegno, ha negato l'autorizzazione al dissenso nel caso di pericolo di vita del paziente. Nel decreto il giudice sottolinea l'assenza di un quadro normativo che preveda «la possibilità di disporre anticipatamente del proprio corpo con manifestazioni di volontà relative al rifiuto di terapie per un momento successivo a quello in cui la volontà viene manifestata, ed in cui il soggetto versò in una situazione di incapacità di intendere e di volere», che inevitabilmente determina l'impossibilità di attribuire «ultrattività» alla volontà del rifiuto delle cure cd. salvavita attraverso un rappresentante. In questo modo si rimetterebbe «formalmente, per via giurisprudenziale, ad una volontà estranea la decisione di un'omissione di cure certamente o probabilmente foriera del sacrificio di una vita potenzialmente sana; soluzione che appare insostenibile alla stregua dell'attuale ordinamento»¹²².

Con un decreto emesso il giorno successivo a quello di Cagliari, il Tribunale di Modena ha invece riconosciuto la possibilità di utilizzare l'istituto dell'amministrazione di sostegno per «esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi di incapacità

Med. Leg., 2005, p. 187; Trib. Venezia 3 maggio 2005, in www.personaedanno.it e Trib. Reggio Emilia 13 settembre 2006, in <http://www.dirittosanitario.net>.

¹²² Trib. Cagliari decr. 4 novembre 2008, in <http://www.olir.it>. La fattispecie riguardava il rifiuto ad una emotrasfusione. Il giudice precisa che, sebbene in giurisprudenza si rinvenivano pronunce tese ad una maggiore valorizzazione della volontà espressa da un soggetto in epoca antecedente al sopravvenire della propria incapacità, va tenuto presente che dette pronunce riguardavano ipotesi affatto diverse, in cui le istanze tendevano ad evitare il ricorso a terapie che, *al limite dell'accanimento terapeutico*, non avessero comunque alcuna possibilità di migliorare le condizioni fisiche del paziente, ma la sola finalità del suo mantenimento in vita. Il Tribunale ha voluto richiamare la giurisprudenza sul caso Englaro che, come si avrà modo di analizzare, esamina una fattispecie in cui non esiste una formale dichiarazione anticipata di volontà del soggetto, ma persiste uno stato vegetativo da lungo tempo, mentre sembra non tener conto della recente sentenza Cass. 22 maggio – 15 settembre 2008, n. 23676, cit., 52 ss. già analizzata che, invece, si occupa proprio di un rifiuto ad una emotrasfusione e che, per simili evenienze, ha confermato la validità di dichiarazioni anticipate in presenza di certi requisiti, auspicando anche la nomina di rappresentante *ad acta*.



che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico»¹²³. Il ricorrente aveva chiesto la nomina di un amministratore di sostegno nella persona della moglie o, se questa fosse impossibilitata, della figlia per il caso di sua sopravvenuta incapacità, con l'incarico di pretendere il rispetto delle disposizioni terapeutiche dettate con scrittura privata autenticata, sempre che nel frattempo non sia intervenuta manifestazione di contraria volontà. In essa il ricorrente dispone che «In caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale, irreversibile e invalidante, malattia che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione, chiedo e dispongo 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. Chiedo inoltre formalmente che, nel caso in cui fossi affetto da una delle situazioni sopraindicate, siano intrapresi tutti i provvedimenti atti ad alleviare le mie sofferenze, compreso, in particolare, l'uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero anticipare la fine della mia vita».

Il giudice tutelare, dopo aver ripercorso le linee interpretative della giurisprudenza più recente per questo tipo di casi, sulla base del «dovere dell'ordinamento al rispetto di una espressione autodeterminativa che null'altro chiede se non che il processo biologico si evolva secondo il suo iter naturale», accoglie il ricorso e nomina, per il momento in cui il beneficiario riverserà in stato di incapacità, il soggetto da questi indicato quale amministratore di sostegno conferendo, sin d'ora e in via subordinata, l'incarico alla figlia qualora la moglie si trovasse nell'impossibilità di ricoprirlo¹²⁴. Nel decreto si

¹²³ Il Trib. Modena 5 novembre 2008, in <http://www.olir.it> individua questa possibilità nell'art. 408 comma 2 c.c. per il quale *l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.*

¹²⁴ La non attualità e l'impossibilità di definire il momento di concreta operatività del mandato – ritiene il giudice – non sembra possa essere elevato «a circostanza preclusiva della misura protettiva se si riflette sulle peculiarità del diritto coinvolto, sui potenziali pregiudizi dello stesso nonché sul regime giuridico dell'istituto dell'amministrazione di sostegno». L'incidenza probabilistica di eventi non preannunciati né prevedibili, ma con conseguenze lesive immediate potrebbe, pertanto, rendere una scrittura privata autenticata inidonea a fornire effettiva tutela al diritto della persona, la quale «rischierebbe di trovarsi sottoposta, per impossibilità del mandatario di ottenere in tempo reale il decreto di nomina dell'amministratore, alle terapie non volute ma doverosamente praticate dai sanitari, in esecuzione dei



affida all'amministratore il potere di esercitare, per conto e in nome del beneficiario, le disposizioni prescritte nella scrittura privata autenticata, sempre che non vi sia stata, in qualsiasi forma, una manifestazione di volontà opposta a quella così formalizzata. Viene, però, esclusa la possibilità di praticare tutti i provvedimenti atti a lenire le sofferenze del beneficiario, ove questi dovessero anticiparne la fine della vita. E ciò in ragione del fatto che l'accoglimento di siffatta disposizione «demanderebbe implicitamente alla discrezionalità degli operatori l'illecito potere di forzare la naturale evoluzione del percorso biologico».

Il decreto analizzato mostra quanto nei recentissimi indirizzi giurisprudenziali i giudici tutelari non siano affatto univoci nell'attribuire all'amministrazione di sostegno la possibilità di delineare delle disposizioni anticipate ai trattamenti sanitari. Appare probabile, ad ogni modo, che il provvedimento riconosciuto dal Tribunale di Modena non sia sufficiente ad impedire, nel momento in cui dovesse esserne data pratica attuazione, il sorgere di controversie in ordine sia al concetto di irreversibilità di uno stato vegetativo o di coma di un paziente, nei confronti del quale, come si avrà modo di vedere, la dottrina medica non è concorde; sia al concetto, affatto oggettivo, di «normale vita di relazione» impedita dai trattamenti rifiutati; sia alla qualifica di trattamento sanitario di certi tipi di atti medici.

Allo stato attuale si registra una lacuna normativa in ordine alle disposizioni anticipate di cure mediche e l'istituto dell'amministrazione di sostegno (per quanto sia a volte utilizzato quale strumento risolutorio) appare limitato dal fatto che la loro vincolatività è comunque limitata al solo caso in cui siano state comprese nel decreto di nomina dell'amministratore. La richiesta di una normativa ad hoc sul testamento biologico sembra dettata dalla necessità di «rendere ancora possibile un rapporto personale tra il medico e il paziente, proprio in quelle situazioni estreme in cui non sembra poter sussistere alcun legame tra la solitudine di chi non può esprimersi e la solitudine di chi deve decidere»¹²⁵. Essa, pertanto, rappresenta «l'approdo logico del processo di progressiva valorizzazione del consenso informato», cui devono essere individuate forme e limiti di accesso, attraverso un contemperamento dei problemi generalmente legati all'astrattezza di tali disposizioni, alla loro lontananza nel tempo e alla eventuale sopravvenienza di nuove forme di trattamenti sanitari o comunque di

propri obblighi professionali e deontologici, in presenza di una situazione di pericolo per la vita».

¹²⁵ M. ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per una riflessione*, Milano, 2007, 24.



più fiduciose aspettative di vita che il progresso medico scientifico tende ad offrire¹²⁶.

8 - Il rifiuto delle cure nelle vicende di fine vita. Il caso Welby.

L'analisi del consenso informato e dei requisiti necessari per la sua validità, nonché l'approfondimento delle questioni legate all'impossibilità di esprimere una volontà riguardo un certo trattamento per stato di incoscienza del paziente e all'eventuale uso dello strumento delle dichiarazioni anticipate sulle cure mediche, non può non approfondire le problematiche sollevate da quei soggetti che, affetti da una patologia irreversibile o gravemente invalidante, scelgono di non voler più essere sottoposti ad un determinato trattamento medico, senza il quale non possono continuare a sopravvivere. In Italia i casi più importanti e dibattuti sono quelli di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro. Il primo riguarda un soggetto pienamente in grado di intendere e volere e correttamente informato, il quale, affetto da una grave forma di distrofia muscolare progressiva dal carattere incurabile, sollevava il diritto a rifiutare le terapie mediche invasive a cui era sottoposto; il secondo caso si riferisce ad una ragazza che si trovava in stato vegetativo permanente il cui padre, nelle vesti di tutore, chiedeva da tempo l'interruzione delle pratiche di nutrizione ed idratazione artificiale. Si tratta di vicende diverse tra loro, poiché Welby, a differenza della Englaro, poteva esprimere un consenso attuale ed informato ad un trattamento sanitario che quest'ultima non poteva più essere in grado di prestare. L'elemento che le accomuna, però, è il «confronto su problematiche, morali, sociali ed economiche sul consenso informato all'atto medico», avendo riguardo in particolare alla «dignità della persona con i suoi diritti fondamentali, [...] il valore della vita e della sua integrità, il valore della professionalità del medico, le scelte giuridiche fatte proprie dalle politiche pubbliche»¹²⁷.

Per la vicenda di Welby, in un primo momento il Tribunale di Roma, pur individuando l'esistenza del diritto del paziente alla consapevole ed informata autodeterminazione nella scelta delle terapie cui sottoporsi, compresa quella di interrompere il trattamento in corso anche se questo è in grado di mantenerlo in vita, riteneva in concreto tale diritto non tutelabile, a causa della mancata definizione in sede

¹²⁶ L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 95.

¹²⁷ L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., 759 ss.



normativa delle sue modalità attuative, che rimetterebbe la sua realizzazione all'arbitrio del medico, chiamato ad individuare quando sussista accanimento terapeutico. Si è negata, pertanto, la possibilità che l'impianto di ventilazione cui il soggetto era sottoposto potesse essere distaccato, nonostante il paziente riversasse in stato di piena capacità di intendere e volere al momento in cui esprimeva il suo dissenso al trattamento¹²⁸. In particolare il giudice nella sua valutazione sposta l'attenzione dall'attuazione della tutela del principio di autodeterminazione del malato al concetto di accanimento terapeutico e alla sua non applicabilità in concreto alla fattispecie, piuttosto che incentrarsi sulla legittimità di un dissenso informato ed attuale¹²⁹, che prescinde dalla qualifica di accanimento o meno di quel determinato trattamento sanitario¹³⁰.

Per accanimento terapeutico l'art. 16 del Codice Deontologico intende la «ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita». Può trattarsi di trattamenti ritenuti poco utili per risolvere un determinata patologia anche non grave del paziente, come della somministrazione nei confronti di malati terminali di terapie che comportano sofferenza o

¹²⁸ Trib. Roma ord. 16 dicembre 2006, in *Corr. Mer.*, 2007, 461 ss.

¹²⁹ Cfr. G. CRISCENTI, *Il diritto di morire*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, II, 135 e M. SALERNO, *Un rinvio della questione alla Consulta poteva essere la soluzione appropriata*, in *Guida al Dir.*, 2007, n. 1, 49. Esclude il carattere di accanimento terapeutico della terapia di ventilazione F. D'AGOSTINO, *Il caso umano e politico di Piergiorgio Welby. "pietà e chiarezza"*, in *Iustitia*, 2007, 75 ss.

¹³⁰ Ritiene G. CASABURI, *Il diritto all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie*, in *Corr. Mer.*, 2007, 467 che la pronuncia del giudice appare contraddittoria laddove, pur riconoscendo un diritto, ne dichiara la non tutelabilità in concreto; aggiunge, inoltre, che il riferimento all'accanimento terapeutico, dichiarato non sussistente per la fattispecie anche dal Consiglio Superiore della Sanità con Parere del 20 dicembre 2006, in *Guida al Dir.*, 2007, n. 1, 37, viene a subordinare il diritto del paziente a chiedere la cessazione delle terapie all'accertamento di tale accanimento, senza considerare in via principale l'attuale, informata, consapevole scelta del paziente, la cui validità prescinde da questo eventuale carattere della terapia cui Welby era sottoposto. Nello stesso senso S. RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, in A. BORASCHI e L. MANCONI (a cura di), *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, libertà di cura*, Torino, 2007, 33. Cfr. in dottrina M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007, 902; A. LAMORGESE, *Ancora sul "caso Welby" (ovvero i ritardi della giurisprudenza nel riconoscimento dei diritti della persona)*, cit., 329 e G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 96. Questi ultimi due Autori criticano la sentenza laddove riconosce l'esistenza e il rango costituzionale del diritto di autodeterminazione individuale ma allo stesso tempo desume da disposizioni normative ordinarie l'esistenza di un limite a tale diritto per i malati terminali.



isolamento, con lo scopo di prolungare la vita in modo forzato e macchinoso per un periodo presumibilmente breve di tempo¹³¹, nel caso in cui i mezzi terapeutici utilizzati siano sproporzionati rispetto al loro risultato terapeutico e servano soltanto ad allontanare il processo di morte già iniziato¹³². La gravosità della cura così definita comporta che il medico non sia più tenuto a sottoporre il paziente alle terapie, ma anzi debba interromperle, se ormai la fine è imminente ed inevitabile. Il costante sviluppo scientifico della medicina ha avviato un dibattito sul «diritto a morire con dignità»¹³³ che, in ordine all'accanimento terapeutico, ha determinato un netto rifiuto da parte della dottrina, tanto più che esso è espressamente vietato dal codice deontologico medico¹³⁴. L'intervento dei sanitari, pertanto, dovrebbe ritenersi proporzionato fin quando le probabilità di prolungamento e miglioramento della qualità della vita compensino gli oneri a carico del paziente¹³⁵, anche se non si nasconde che l'utilizzo di questo criterio rende nella pratica piuttosto difficoltoso individuare il livello nel quale la terapia diviene accanimento terapeutico¹³⁶, trattandosi di concetto diversamente valutabile a seconda della diversa interpretazione che ognuno ne può dare.

A differenti conclusioni è arrivato il Tribunale di Roma nel 2007, chiamato a decidere sull'imputazione del reato di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) per il medico che ha distaccato il respiratore artificiale cui Welby era sottoposto. La sentenza, dopo aver riconosciuto il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, quale diritto inviolabile della persona tutelato dall'ordinamento¹³⁷, ritiene non divisibile

¹³¹ M. ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per una riflessione*, cit., 59.

¹³² Per un approfondimento cfr. M. CALIPARI, *La categoria di adeguatezza etica nell'uso dei mezzi terapeutici e di sostegno vitale: principi morali e criteri decisionali*, Roma, 2004 e C. BRESCIANI, *Proporzionalità della cura e utilizzo ragionevole delle risorse*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Etica, risorse economiche e sanità*, Milano, 1998, 143 ss.

¹³³ Cfr. tra gli altri C. LEGA, *Il diritto a morire con dignità e l'eutanasia*, in *Giur. It.*, 1987, IV, 471.

¹³⁴ Cfr. L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., 779. Anche da parte della Chiesa Cattolica si registra un rifiuto non solo verso qualsiasi tipo di intervento eutanasi, ma anche verso questo tipo di accanimento nei confronti dell'ineluttabilità della morte (Cfr. PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA, *Il rispetto della dignità del morente: considerazioni etiche sull'eutanasia*, in *Med. Mor.*, 2001, 805).

¹³⁵ P. CATTORINI, *Bioetica*, Milano, 2006, 72 ss. Richiama il concetto di futilità dell'intervento medico anche Corte App. Milano decr. 31 dicembre 1999, in *Foro It.*, 2000, I, 2037.

¹³⁶ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 94.

¹³⁷ Trib. Roma 23 luglio 2007, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, I, 65 ricollega il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari agli artt. 2, 13 e 32 Cost. La stessa sentenza,



«identificare il contenuto del diritto all'autodeterminazione informata del malato come diritto a far cessare l'accanimento terapeutico». Ne consegue, pertanto, che il mantenimento della ventilazione assistita, nonostante il dissenso del malato, debba essere qualificato non come accanimento terapeutico, ma «come violazione di un diritto del paziente, costituzionalmente garantito, che aveva espresso la sua volontà consapevole ed informata di interruzione della terapia in atto»¹³⁸. Il riconoscimento del diritto di rifiutare le cure non determina «l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, bensì soltanto l'inesistenza di un obbligo a curarsi a carico del soggetto»¹³⁹. Tale rifiuto costituisce «un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto», che può essere esercitato solo riguardo un trattamento sanitario, nell'ambito, quindi, del campo medico e del rapporto tra medico e paziente¹⁴⁰. Il diritto così individuato determina in capo al medico il

richiamando la precedente pronuncia del 2006, sostiene che «quando si riconosce l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale quello all'«autodeterminazione individuale e consapevole» in materia di trattamento sanitario, non è, poi, consentito lasciarlo senza tutela, rilevandone, in assenza di una normativa secondaria di specifico riconoscimento, la sua concreta inattuabilità sulla scorta di dell'esistenza di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario». Il diritto di autodeterminazione è «immediatamente precettivo ed efficace nell'ambito del nostro ordinamento, non limitato dalla previsione dell'art. 5 c.c., e soprattutto, rientrando tra i valori supremi che l'ordinamento tutela a favore dell'individuo».

¹³⁸ Trib. Roma 23 luglio 2007, cit., I, 65. Nella pronuncia, inoltre, si qualifica la natura di terapia della ventilazione assistita e, pertanto, la possibilità per il paziente di chiederne l'interruzione.

¹³⁹ Ritiene M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 77 che il paziente «non voleva propriamente morire ma, nell'inevitabilità del proprio decesso che sentiva ormai prossimo, voleva gestire la propria morte in quanto parte della vita, affinché essa potesse sopravvenire nella maniera meno dolorosa possibile». Esclude la qualifica di eutanasia per il rifiuto alle terapie che conduce alla morte anche R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*, cit., 682 ss.

¹⁴⁰ Si registra un altro caso in giurisprudenza molto simile alla vicenda qui descritta ed è quello di Giovanni Nuvoli, un paziente perfettamente capace di intendere e volere ed affetto da sclerosi laterale amiotrofica che aveva chiesto l'interruzione dell'impianto di ventilazione artificiale. Per questa fattispecie, di poco successiva alla vicenda Welby, la Procura di Sassari intervenne bloccando il medico che stava per staccare l'apparecchiatura e prestare l'adeguata sedazione. Il Nuvoli morirà successivamente per sciopero della fame e della sete cui aveva deciso di sottoporsi, a seguito della dichiarazione di inammissibilità della sua richiesta da parte del Trib. Sassari 13 febbraio 2007, in *Guida al Dir.*, 2007, n. 16, 92 ss. La stessa Procura è successivamente intervenuta con la richiesta di archiviazione del procedimento penale a carico del medico che aveva tentato di staccare l'impianto di ventilazione, sul quale gravava l'imputazione *ex art. 579 c.p.* del reato di omicidio del consenziente, il 23



dovere giuridico di consentirne l'esercizio, dovere che esclude ai sensi dell'art. 51 c.p. l'esistenza di una fattispecie di reato¹⁴¹.

L'importanza del risultato cui si è giunti con il caso Welby si esprime nel pieno riconoscimento del diritto del soggetto di rifiutare un trattamento sanitario anche quando da questo dissenso derivi un grave pericolo per la salute o la morte. E tale diritto in primo luogo prescinde dall'eventuale carattere di accanimento terapeutico di una determinata terapia e si collega direttamente al principio costituzionale per il quale nessuno può essere sottoposto ad un trattamento sanitario contro la sua volontà. In secondo luogo, esso può estrinsecarsi anche nel compimento di un atto interruttivo, e non solo omissivo, di un trattamento sanitario attraverso il quale il soggetto, cosciente, viene artificialmente mantenuto in vita. Se è possibile per un paziente scegliere di non essere collegato ad uno strumento di supporto per la respirazione, non si capisce perché questo suo diritto non dovrebbe essere soddisfatto nel successivo momento in cui il soggetto, attaccato contro la sua volontà alla macchina, confermi di non volere il trattamento e ne chieda l'interruzione. L'obbligo del medico in questo caso è quello di prestare le cure necessarie per alleviare il dolore del paziente ed accompagnarlo alla fine della sua vita, nel rispetto delle scelte che questi ha il diritto di veder riconosciute e della sua autodeterminazione¹⁴².

gennaio 2008, consultabile in <http://www.personaedanno.it>. Nella richiesta, dopo aver accertato che la terapia sedativa e antidolorifica non ha svolto un ruolo causale nel processo che ha prodotto la morte, si esclude la fattispecie di omicidio del consenziente in forma omissiva, in quanto il rifiuto opposto deve ritenersi giuridicamente efficace, determinando il venir meno dell'obbligo per il medico di «non impedire un evento» ai sensi del secondo comma dell'art. 40 c.p. ed allo stesso tempo «il precipuo dovere di rispettare la volontà del paziente», il cui mancato rispetto può anzi produrre la fattispecie di violenza privata disciplinata dall'art. 610 c.p.

¹⁴¹ Per un approfondimento della problematica della natura omissiva o commissiva della disattivazione di un sostegno artificiale cfr. C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1824 ss.

¹⁴² Cfr. anche A. SANTOSUOSSO, *Eutanasia in nome della legge*, cit., 32 ss. Si è recentemente pronunciato in materia anche Benedetto XVI nella speciale Udienza in occasione del Congresso Nazionale della Società Italiana di Chirurgia ed ha individuato per la professione medica e chirurgica il perseguimento di tre obiettivi: guarire la persona malata o almeno cercare di incidere in maniera efficace sull'evoluzione della malattia; alleviare i sintomi dolorosi che la accompagnano, soprattutto quando è in fase avanzata; prendersi cura della persona malata in tutte le sue umane aspettative. Il Pontefice, valorizzando il ruolo fiduciario che si deve instaurare tra il medico ed il paziente, individua proprio sulla base di questo il criterio per definire il piano terapeutico di intervento, ponendo in evidenza il rispetto dell'autodeterminazione del paziente, «senza dimenticare però che l'esaltazione individualistica dell'autonomia finisce per portare ad una lettura non realistica, e



9 - segue: lo stato vegetativo cd. persistente e la vicenda Englaro. Un difficile bilanciamento di principi

Di più difficile risoluzione è il caso in cui il soggetto si trovi in uno stato di incoscienza che non gli permetta di poter esprimere un consenso ad un certo trattamento sanitario. Ne è esempio la drammatica vicenda di Eluana Englaro, che, a seguito di un incidente stradale, è vissuta in stato vegetativo persistente per circa 17 anni. Con tale termine si indica «un quadro clinico (derivante da compromissione neurologica grave) caratterizzato da un apparente stato di vigilanza senza coscienza, con occhi aperti, frequenti movimenti afinalistici di masticazione, attività motoria degli arti limitata a riflessi di retrazione agli stimoli nocicettivi senza movimenti finalistici»¹⁴³.

Lo stato vegetativo di questi pazienti è stato differenziato in persistente quando la sua durata è superiore ad un mese, ma esiste una possibilità di risveglio e, pertanto, una perdurante disabilità con incerto futuro, e permanente laddove sussista una condizione di irreversibilità ed in cui la sopravvivenza per questi pazienti dipenda dai presidi che i parenti e società sono disposti a fornire¹⁴⁴. Si tratta di una condizione clinica di non consapevolezza di sé, dell'ambiente circostante e di incapacità di interazione con gli altri, accompagnata da cicli sonno-veglia, con conservazione completa o parziale delle funzioni autonome dell'ipotalamo e del tronco-encefalo che perdura da più di 12 mesi¹⁴⁵. Si sostiene che «nei casi di stato vegetativo permanente conseguenti a patologie degenerative o metaboliche non vi è possibilità

certamente impoverita, della realtà umana» (*L'Osservatore Romano* – 20-21 ottobre 2008).

¹⁴³ Cfr. il documento del 30 settembre 2005 del Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, Pres. Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, 2005.

¹⁴⁴ Cfr. il documento ministeriale del *Gruppo di lavoro su nutrizione ed idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza*, nominato dal Ministero della Sanità il 20 ottobre del 2000 e presieduto da F. Oleari e pubblicato su *Bioetica*, 2001, 303.

¹⁴⁵ Questa la definizione della Position of the American Academy of Neurology on certain aspects of the care and management of the persistent vegetative state patient adopted by the Executive Board, American Academy of Neurology, 1989, 39:125-126, così come riportato da R. CECCHI, *Lo stato vegetativo permanente: una questione bioetica aperta*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, 975. Per un approfondimento cfr. A. FIORI, *Una proposta inattuabile e in contrasto con l'etica medica*, in *Bioetica*, 2001, 267 e F. D'AGOSTINO, *Eutanasia per i pazienti in stato vegetativo permanente?*, in *Bioetica*, 2001, 282.



di recupero in nessuna fase del decorso della malattia, in quanto la necrosi del tessuto cerebrale, determinata da fattori cronici intrinseci all'organismo, non è in alcun modo recuperabile»¹⁴⁶.

Appare in realtà assai difficile, allo stato attuale dell'arte medica, individuare criteri e parametri scientifici che possano diagnosticare con assoluta certezza la irreversibilità di uno stato vegetativo permanente¹⁴⁷ o la condizione fisica e psichica cui potrebbe riversare un soggetto che riesca ad uscirne. Con una postilla al documento del 2005 il Comitato Nazionale per la Bioetica ha ritenuto di dover specificare, nella qualità di medici dei firmatari della stessa postilla, «che quanto affermato in merito allo Stato vegetativo persistente si applica anche allo «Stato vegetativo permanente» circa il quale il giudizio di irreversibilità ha carattere prognostico probabilistico e non di assoluta certezza, essendo conosciute situazioni di reversibilità anche a notevole distanza di tempo dall'evento che ha danneggiato il cervello»¹⁴⁸.

In ordine al caso Englaro, adducendo degli orientamenti di pensiero che sarebbero stati più volte esternati dalla ragazza ancora cosciente in significative occasioni della sua vita¹⁴⁹, nella veste di tutore il padre, a seguito della dichiarata definitività della prognosi, inizia un lungo iter giudiziario per ottenere la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale della figlia¹⁵⁰. In particolare viene richiesto il rispetto dei desideri precedentemente espressi dalla ragazza, secondo quanto previsto dai principi dell'ordinamento in tema di autodeterminazione del paziente. La Corte di Appello di Milano, dopo aver accertato che lo stato di Eluana era immodificato dal 1992, ha

¹⁴⁶ R. CECCHI, *Lo stato vegetativo permanente: una questione bioetica aperta*, cit., 975.

¹⁴⁷ L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., 781 ss. Cfr. *infra*.

¹⁴⁸ Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, cit.

¹⁴⁹ Alcune testimonianze descrivono la ragazza come «traumatizzata dopo aver fatto visita in ospedale all'amico Alessandro, in coma a seguito di sinistro stradale, tanto da aver subito dopo sentito il bisogno di recarsi in chiesa ad accendere «una candela» per chiedere per lui la grazia di morire piuttosto che vivere così». La ragazza riteneva che «quella non era vita, sia riferita ad Alessandro, sia riferita ad altre persone che avevano avuto vicende analoghe» e che sarebbe stato preferibile morire, in quel caso. La particolare determinatezza nelle sue opinioni viene offerta in testimonianza da diverse persone (Cfr. App. Milano, decr. 15 novembre-16 dicembre 2006, in *Guida al Dir.*, 2007, n. 1, 43).

¹⁵⁰ Nelle prime pronunce tale richiesta viene negata dalla giurisprudenza, che più volte afferma la necessità di tutelare il diritto alla vita del paziente prescindendo dalle condizioni anche disperate in cui si esplica la sua esistenza. Cfr. Trib. Lecco 2 marzo 1999, in *Bioetica*, 2000, 83; App. Milano 31 dicembre 1999, cit., 2022; App. Milano 17 ottobre 2003, *Famiglia*, 2004, 1167 e Cass. Ord. 20 Aprile 2005, n. 8291, *Dir. Giust.*, 2005, n. 19, 11.



stabilito che le testimonianze raccolte sulle affermazioni della ragazza non possono essere utilizzate «al fine di evincere una volontà sicura della stessa contraria alla prosecuzione delle cure e dei trattamenti», trattandosi di «dichiarazioni generiche» rese a terzi, in giovane età e in un momento di forte emotività personale¹⁵¹. Nel decidere in ordine all'interruzione dell'alimentazione ed idratazione artificiale – continua la Corte – il bilanciamento tra il diritto di autodeterminazione del paziente, il diritto alla dignità della persona e il diritto alla vita, non può risolversi che a favore di quest'ultimo, «ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri» (artt. 13 e 32 Cost.) all'interno della Costituzione.

In sede di valutazione della sentenza descritta, la Cassazione nel 2007, nell'escludere «che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita», precisa che il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non determina una ipotesi di eutanasia, ossia un comportamento che intende abbreviare la vita, ma consiste nella volontà del malato «che la malattia segua il suo corso naturale»¹⁵². Il bilanciamento del quadro dei valori in gioco si presenta, però, «in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità». L'intervento del rappresentante legale, pertanto, deve essere sempre rivolto al perseguimento del migliore interesse del paziente incosciente, ricostruendone la presunta volontà, tenendo conto dei suoi desideri, della sua personalità, del suo stile di vita, delle sue inclinazioni e convinzioni¹⁵³. Il potere di rappresentanza del tutore, ovvero il padre, deve essere esercitato in questa fattispecie nel

¹⁵¹ App. Milano, decr. 15 novembre-16 dicembre 2006, cit., 43. Non vi sarebbe, per la Corte, «una coincidenza piena ed immediata tra le opinioni attribuite ad Eluana e la sussistenza della patologia e delle cure mediche da praticare». La Corte si pronuncia sul ricorso avverso la sentenza del Trib. Lecco 2 febbraio 2006, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, I, 476, con nota di A. SANTOSUOSSO E G. C. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*.

¹⁵² Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., 421 ss. specifica che «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, perché 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 allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico».

¹⁵³ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., 421 ss.



contraddittorio con il curatore speciale¹⁵⁴ e deve essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato. Esso rende ammissibile l'interruzione delle cure, cui corrisponde la futura morte del paziente, soltanto in casi estremi, ovvero quando la condizione di stato vegetativo sia rigorosamente accertata come irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico che lasci supporre un possibile recupero della coscienza; sempre che tale condizione «sia incompatibile con la rappresentazione di sé 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». In secondo luogo, la presunta volontà del paziente in stato di incoscienza dovrà essere ricostruita «alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova», desunti da precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, dal suo stile e di vita e dalle sue convinzioni¹⁵⁵.

La Suprema Corte si esprime anche in ordine alla natura della idratazione ed alimentazione artificiale con sondino naso gastrico ed esplicitamente afferma che essa costituisce un trattamento sanitario che, in quanto tale, è sottoposto alla disponibilità del paziente che (non) intende usufruirne. Esso, infatti, «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»¹⁵⁶. La natura di trattamento sanitario per l'idratazione ed alimentazione artificiale è assai dibattuta in dottrina. Da una parte si ritiene che la nutrizione non possa essere considerata trattamento sanitario perché, sebbene necessiti di un «piccolo intervento iniziale» e periodici controlli, non richiede la partecipazione di personale medico. Essa consisterebbe, inoltre, non in composti chimici, ma in preparati simili a quelli per i neonati¹⁵⁷. Ritiene

¹⁵⁴ Stabilisce la Cass. Ord. 20 Aprile 2005, n. 8291, cit., 11, che difetti in capo al tutore di un interdetto (in stato vegetativo permanente) un potere di rappresentanza generale dei suoi interessi riguardo ai cd. atti personalissimi, per il compimento dei quali è necessaria la nomina di un protutore o un curatore speciale. Dovrà altrimenti considerarsi inammissibile il ricorso per Cassazione proposto dal padre dell'interdetto e teso ad ottenere la sospensione definitiva dell'alimentazione artificiale del malato.

¹⁵⁵ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., 421 ss. La Cassazione precisa che la ricerca della volontà non può essere condizionata dal personale giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante o dalla particolare gravosità della situazione, dovendo essere 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».

¹⁵⁶ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., 421 ss.

¹⁵⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, cit. Cfr. nello stesso senso G. L. GIGLI, *Lo stato vegetativo*



invece altra parte della dottrina che si tratti di vero e proprio trattamento sanitario, in quanto esso si realizza attraverso una operazione chirurgica volta ad introdurre il sondino nel corpo del paziente, cui fa seguito la somministrazione di sostanze che solo i medici possono prescrivere e controllare nel proprio andamento e che, pertanto, necessita di adeguato consenso informato per la sua liceità¹⁵⁸. In ogni caso la scelta della Corte appare sostenuta dagli artt. 13 e 32 Cost. i quali, «se legittimano il rifiuto di trattamenti medici, non possono non valere anche per il trattamento di tipo assistenziale, perché in entrambi i casi il valore tutelato è quello della inviolabilità della sfera personale»¹⁵⁹. La sentenza, infine, esclude che un trattamento sanitario come quello in discussione, possa costituire oggettivamente una forma di accanimento terapeutico: si tratta di «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»¹⁶⁰.

La Cassazione, dunque, fissa una serie di requisiti piuttosto precisi per la fattispecie. Essa ritiene legittima la scelta di rifiutare un trattamento di idratazione ed alimentazione artificiale posta dal tutore, in contraddittorio con il curatore speciale, indipendentemente dal carattere di «accanimento terapeutico» della terapia, laddove tale scelta sia esercitata nell'interesse dell'incapace e nel rispetto degli orientamenti da questo precedentemente manifestati, ricostruiti processualmente ed accertati in modo certo e univoco, nel caso un cui il paziente riversi in uno stato vegetativo dal carattere definitivamente irreversibile.

«permanente»: oggettività clinica, problemi etici e risposte di cura, in *Med. Mor.*, 2002, 221 e F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio alla divisione dei poteri)*, in *Dir. Fam.*, 2008, 107.

¹⁵⁸ Cfr. in tal senso M. BARNI, *Stato vegetativo persistente: l'ineludibile protagonismo del medico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, 633 e G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, 1173.

¹⁵⁹ L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., 777.

¹⁶⁰ Si esprimono nello stesso senso la Commissione tecnico-scientifica istituita con D.M. 12 settembre 2005 nel documento *Stato vegetativo e stato di minima coscienza*, del 14 dicembre 2005, in <http://www.ministerosalute.it> e in dottrina F. D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 23; G. L. GIGLI, *Lo stato vegetativo «permanente»: oggettività clinica, problemi etici e risposte di cura*, cit., 219 e V. MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1985 ss.



La sentenza descritta è stata oggetto di critica da una parte della dottrina su alcuni suoi importanti aspetti argomentativi¹⁶¹. Un primo punto di critica concerne la riconosciuta possibilità di interrompere le cure sulla base di un dissenso che è privo dei requisiti fondamentali di validità ricavabili dai principi generali dell'ordinamento, mancando di adeguata informazione, attualità, ed inequivocità. Le perplessità si incentrano sulla difficoltà pratica di individuare una volontà pregressa del paziente ora incapace attraverso qualsiasi forma, compresa quella

¹⁶¹ Si è ritenuto che i giudici abbiano superato il ruolo del legislatore, sostanzialmente sostituendosi ad esso attraverso un'opera di ricostruzione della regola in giudizio in assenza di una specifica normativa in materia, con un'attività che assumerebbe sostanzialmente i connotati di vera e propria attività di produzione normativa. E ciò specialmente «in presenza di un divieto penale, dovendosi precisare modi, tempi, condizioni per l'esercizio del (preteso) diritto a morire con dignità e correlativo obbligo del medico di contribuire alla morte» (F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio alla divisione dei poteri)*, cit., 122). Altra parte della dottrina ritiene, invece, che i giudici della Cassazione abbiano semplicemente applicato le norme vigenti, «*in primis* quelle costituzionali ma con un occhio attento – finalmente – alla normativa internazionale vincolante per l'Italia, traendo conseguenze deducibili da quegli stessi dati normativi» (F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, 1040). La Corte Costituzionale, chiamata a decidere sui ricorsi di Camera e Senato, ha stabilito che «un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici», tanto più che «entrambe le parti ricorrenti, pur escludendo di voler sindacare *errores in iudicando*, in realtà avanzano molteplici critiche al modo in cui la Cassazione ha selezionato ed utilizzato il materiale normativo rilevante per la decisione o a come lo ha interpretato». D'altra parte, aggiunge la Corte, «il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti» (Corte Cost. ord. 8 ottobre 2008, n. 334, in *Guida al Dir.*, 2008, n. 44, 46). È molto difficile trovare un punto di equilibrio che salvaguardi l'autonomia individuale e il rispetto della persona umana verso scelte delicatissime che di fatto vengono decise da soggetti terzi ed è «altrettanto evidente che se il legislatore non decide, al suo posto e in ordine sparso agiscono i giudici» (G. M. SALERNO, *L'apertura al testamento biologico non cancella i problemi applicativi*, in *Guida al Dir.*, 2007, n. 43, 45. Cfr. anche L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., 777). In occasione dell'esecuzione del protocollo di interruzione dell'alimentazione artificiale della Englaro, si è aperto un conflitto istituzionale a seguito della presentazione di un decreto legge che avrebbe vietato questo tipo di alimentazione per chi riversa in stato vegetativo, cui ha fatto seguito il diniego della firma da parte del Presidente della Repubblica, non essendo «interventuto nessun fatto nuovo che possa configurarsi come caso straordinario di necessità ed urgenza ai sensi dell'art. 77 della Costituzione se non l'impulso pur comprensibilmente suscitato dalla pubblicità e drammaticità di un singolo caso» (cfr. *Napolitano: ecco perché non firmerò*, in *Corriere della Sera*, 6 febbraio 2009).



orale, dovendosi, invece, limitare la possibilità di ricollegare il consenso informato del paziente solo a quelle dichiarazioni anticipate di trattamento debitamente specificate nel contenuto, redatte in forma scritta e non sottoposte ad alcun genere di pressione familiare, sociale e ambientale¹⁶². Nella pronuncia, inoltre, la Cassazione non sembrerebbe prendere nella dovuta considerazione l'art. 9 della Convenzione di Oviedo, per il quale i desideri espressi dal paziente possono soltanto essere «presi in considerazione» da parte del medico e non possono avere carattere di vincolatività¹⁶³. Altra dottrina, invece, affermando la strutturale necessità che la decisione medica sia frutto dell'interazione tra medico e paziente, sostiene che con l'attribuzione del potere di esprimere gli interessi del paziente ad un soggetto ad hoc, «tutte le precedenti volontà ed espressioni della personalità del malato tornano di estrema utilità»¹⁶⁴, tanto più che tale conferimento di legittimità della scelta del rappresentante appare strettamente correlato alla presunta irreversibilità dello stato patologico del paziente¹⁶⁵.

Di ben più difficile soluzione, però, è proprio l'individuazione, allo stato attuale della scienza medica, del carattere di irreversibilità dello stato vegetativo permanente, posto dalla Corte come uno dei requisiti necessari per legittimare l'interruzione del trattamento. Come precedentemente rilevato, è assai controversa la possibilità di qualificare come (assolutamente) irreversibile uno stato vegetativo permanente¹⁶⁶. La necessità di siffatto requisito, sebbene non possa

¹⁶² L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., 781 ss. Nello stesso senso F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio alla divisione dei poteri)*, cit., 115 ss. e P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*, in *Dir. Fam.*, 2008, 620 ss.

¹⁶³ G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso «Englaro»: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, cit., 615.

¹⁶⁴ A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, II, 8.

¹⁶⁵ Anche su questo punto parte della dottrina ha sollevato delle critiche. In particolare C. SNEAD, in *Il caso Englaro? Un'altra Terri Schiavo*, *Il Sussidiario*, 26 novembre 2008, <http://www.ilsussidiario.it> si chiede se i giudici, nel valutare la fattispecie, possano aver fatto un ragionamento simile a questo: «la vita di questa persona è troppo menomata, quindi è senza significato, di conseguenza nessuna persona ragionevole potrebbe voler vivere in quelle condizioni, e quindi può essere lasciata morire». Indubbiamente l'irreversibilità della malattia gioca un ruolo fondamentale nelle argomentazioni contenute nella sentenza. La Cassazione, però, sembra tenere nella dovuta considerazione l'elemento volontaristico della fattispecie nei punti in cui valorizza l'esistenza di certe ed inequivocche prove della volontà del paziente.

¹⁶⁶ Osserva F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio alla divisione dei poteri)*, cit., 107 che «non esistono criteri precisi,



prescindere nella specifica fattispecie dal considerare la straordinaria durata dello stato vegetativo di Eluana quale fattore indicativo di una certa irrecuperabilità della patologia, può determinare una situazione di incertezza in ordine alla possibilità di interrompere un trattamento di alimentazione artificiale nel caso in cui soggetto in stato vegetativo non abbia rilasciato una manifestazione di volontà informata, esplicita e non astrattamente ipotetica. Si tratta di un requisito a cui la attuale scienza medica non è riuscita a dare una risposta certa e che, pertanto, determina in principio l'impossibilità di autorizzare il tutore ad ottenere l'interruzione dell'alimentazione artificiale, «mancando il requisito della certa irreversibilità della malattia del paziente»¹⁶⁷.

cioè parametri scientifici e quindi protocolli di riferimento, per accertare con sicurezza uno stato vegetativo irreversibile, così come, viceversa, esistono per la morte celebrale». In realtà anche su quest'ultimo punto la recente dottrina medica sembrerebbe sollevare dei dubbi in ordine al momento in cui una persona può essere definita giuridicamente morta. Secondo V. Carpino, presidente dell'Associazione anestesisti-rianimatori ospedalieri italiani, la morte cerebrale «resta al momento l'unico criterio valido, in mancanza di nuove evidenze scientifiche, per definire la morte di un individuo». A. Nanni Costa, presidente del Centro nazionale trapianti, afferma che i criteri fissati dal Rapporto di Harvard nel 1968, che individuano la definizione di morte basandosi non più sull'arresto cardiocircolatorio, ma sull'encefalogramma piatto, «non sono mai stati messi in discussione in 40 anni dalla comunità scientifica, e vengono applicati in tutti i Paesi scientificamente avanzati. I dubbi ci sono sempre stati, ma da parte di frange minoritarie che fanno critiche non scientifiche». Si interroga sulla assoluta capacità di individuare l'attività celebrale degli attuali strumenti tecnici G. Umani Ronchi, ordinario di medicina legale alla Sapienza di Roma e membro del Comitato nazionale di bioetica, il quale osserva che i criteri di accertamento della morte cerebrale risalenti a 40 anni fa «lasciano molto perplessi. Dalla morte cerebrale non ci si riprende, ma sui criteri di accertamento si discute da anni» (Cfr. Corriere della Sera, 3 settembre 2008, *Il Vaticano: «La morte cerebrale non è la fine della vita»*. È polemica).

¹⁶⁷ L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., 781 ss. Cfr. anche C. SARTEA e G. LA MONACA, *Lo stato vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti ed oggetti*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, 590; G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso «Englaro»: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, 616 e N. ZASLER, in *Stati vegetativi: «Diagnosi incerta ma rispettare volontà dei pazienti»*, Corriere della Sera, 3 dicembre 2008. A testimonianza dell'estrema variabilità della configurazione dello stato clinico di un paziente, in relazione al continuo progresso della scienza medica, si segnala un recentissimo caso di risveglio dopo un anno di stato vegetativo permanente, determinatosi a seguito di un delicato intervento chirurgico di stimolazione corticale extradurale bifocale. I medici sostengono si tratti della prima volta al mondo che con questa tecnica, si riesca a riportare alla coscienza un paziente in stato vegetativo permanente (Cfr. Corriere della Sera 18 dicembre 2008, *Era in stato vegetativo permanente «Ora si nutre e obbedisce agli ordini»*).



L'ultima pronuncia della Corte di Appello di Milano, cui la Suprema Corte aveva rinviato la causa, sulla base degli elementi a sua disposizione ha rilevato l'esistenza, per la fattispecie in esame, dei requisiti fissati dalla Cassazione per operare l'interruzione del trattamento alimentare artificiale e ne ha disposto l'esecuzione. I giudici milanesi osservano che la legittimità al rifiuto espresso dal tutore per il trattamento, conferita dalla Suprema Corte per il solo caso di irreversibilità dello stato vegetativo, determina un «diverso modo di operare della volontà a seconda che il malato sia o meno capace di esprimerla validamente e direttamente al fine dell'interruzione delle cure mediche», ma «non sembra tradursi in un'ipotesi di discriminazione ingiustificata» con chi è capace di intendere e volere. Se il tutore potesse esprimere una volontà orientata al rifiuto anche in caso di patologia reversibile, infatti, «finirebbe per privare il malato, nella prospettiva di un recupero delle sue facoltà psichiche, [...] della potestà di esprimersi un domani lui stesso, direttamente e personalmente, in merito a tale scelta»¹⁶⁸.

Il riferimento alla irreversibilità dello stato patologico, inoltre, appare legato soprattutto al fatto che, nella fattispecie in esame, manca una dichiarazione anticipata del paziente in cui il dissenso sia stato posto attraverso una manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata, ovvero non astrattamente ipotetica, ma concretamente accertata¹⁶⁹. Alla luce di queste considerazioni, l'irreversibilità sembra rappresentare un requisito fondamentale della fattispecie, senza il quale una volontà ricostruita processualmente non potrebbe determinare la legittimità di una interruzione del trattamento di alimentazione artificiale. E questo sulla base della tutela del diritto alla vita posto dall'art. 2 Cost. che, in assenza di una volontà esplicita, inequivoca, attuale ed informata del paziente incosciente, non può essere superato dalla previsione dell'art. 32 comma 2 della Costituzione. L'impossibilità per la scienza medica attuale di fornire una risposta certa in merito all'irreversibilità di uno stato vegetativo persistente sembra offrire un

¹⁶⁸ App. Milano decr. 25 giugno-9 luglio 2008, in *Guida al Dir.*, 2008, n. 30, 65 ss.

¹⁶⁹ La necessità di una manifestazione informata, esplicita, non astrattamente ipotetica, ma concretamente accertata è sancita da Cass. 22 maggio – 15 settembre 2008, n. 23676, cit., 52 ss., di poco successiva alla sentenza sul caso Englaro, per una differente fattispecie di un Testimone di Geova che aveva espresso un rifiuto ad una trasfusione di sangue. In questo caso la necessità di un maggiore rigore della dichiarazione anticipata appare correlata ad un corretto bilanciamento tra la tutela alla vita dell'individuo e il rispetto della sua autodeterminazione e, pertanto, al fatto che il soggetto non riversava in uno stato vegetativo dal carattere irreversibile ma, anzi, il trattamento emotrasfusionale era volto a dargli maggiori chance di sopravvivenza. Cfr. *supra*.



parametro di estrema ambiguità proprio su un requisito cruciale offerto dalla Cassazione per risolvere le fattispecie in cui il soggetto, caduto in stato vegetativo, non ha disposto precise indicazioni in ordine alle cure cui presumibilmente non avrebbe voluto essere sottoposto.

I giudici milanesi si spingono poi oltre i principi fissati dalla Cassazione e, nonostante sia stata rilevata nel decreto l'esistenza di chiari ed univoci elementi di prova della volontà di Eluana, si soffermano sulla possibilità, alla luce delle dichiarazioni della Suprema Corte, di considerare legittima una richiesta di interruzione del trattamento da parte del tutore anche nei casi in cui sia di fatto impossibile ricostruire una volontà presunta dell'incapace orientata al rifiuto del trattamento. In particolare, la Corte milanese, pur sostenendo che il convincimento della Cassazione, ossia la necessità di ricostruire una volontà di dissenso al trattamento, sembra «essersi riflesso in senso restrittivo nell'enunciazione del principio di diritto»¹⁷⁰, ritiene «lecito inferirne che la forma espressiva utilizzata dalla Suprema Corte per formulare il detto principio vada al di là delle sue stesse intenzioni, e che nulla comunque impedisca di ritenere che il tutore possa adire l'Autorità Giudiziaria quando, pur non essendo in grado di ricostruire il pregresso quadro personologico del rappresentato incapace», comunque ritenga e riesca a dimostrare che «il (diverso) trattamento medico in concreto erogato sia oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo [...] o che sia aliunde non proporzionato, e come tale una forma di non consentito accanimento terapeutico, e quindi un trattamento in ogni caso contrario al best interest del rappresentato». La tutela del migliore interesse del malato per questi casi, pertanto, non può a giudizio della Corte rimanere confinata «in senso meramente soggettivistico solo nell'area di un'indagine riguardante la volontà/personalità», con il rischio di ravvisare un «vuoto di tutela ingiustificato» del paziente incapace nei casi in cui sia impossibile ricostruire una sua volontà di rifiuto al trattamento.

L'intervento della Corte di Appello sottintende un chiaro riferimento all'accanimento terapeutico. Sebbene i giudici milanesi riconoscano che la Suprema Corte abbia escluso tale qualifica all'alimentazione artificiale, da essa definita come «presidio

¹⁷⁰ Il convincimento della Cassazione, per la quale non può ravvisarsi una forma di accanimento terapeutico nel trattamento alimentare artificiale per i giudici milanesi sembra «prospettato e riguardare solo [...] la specifica terapia costituita dall'alimentazione con sondino naso-gastrico [...] e non qualunque altro genere di trattamento medico di sostegno vitale che risultasse pure in concreto praticato con carattere intollerabilmente invasivo e secondo le mutevoli prassi operative della scienza medica».



proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale», essi fondano la possibilità di interrompere il trattamento a prescindere dalla volontà presunta del soggetto, proprio sulla accertata irreversibilità della patologia la quale, rendendo inutile qualsiasi tipo di intervento sanitario, conseguenzialmente determinerebbe un trattamento non proporzionato, ossia in grado da solo di legittimare l'interruzione dello stesso trattamento. Anche prescindendo dal dibattito in dottrina in ordine alla possibilità di definire irreversibile uno stato vegetativo permanente allo stato attuale della scienza medica, tale asserzione sembrerebbe porsi in contrasto con quanto stabilito dalla stessa Cassazione ove venga interpretata per qualificare come forma di accanimento terapeutico un trattamento di idratazione ed alimentazione artificiale, o comunque una mera tecnica di sostegno vitale, posta in essere su un soggetto in stato vegetativo permanente dal carattere irreversibile. Si osserva, inoltre, che la stessa Cassazione, quando richiede l'irreversibilità dello stato vegetativo, pone quale requisito della legittimazione del rifiuto del rappresentante, il fatto che «tale condizione [vegetativa] – 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 sé 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». La Suprema Corte dimostra così di tenere nel dovuto conto sia la presunta precedente volontà del soggetto incapace, ai sensi dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo, sia la sua personale concezione di dignità per poter legittimare una interruzione del trattamento di nutrizione artificiale. Appare difficilmente individuabile un criterio che, sostituendosi alla personale volontà del soggetto interessato, rinvenga un caso in cui un certo trattamento medico in concreto erogato possa essere qualificato «oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo», trattandosi di una concezione, quella della dignità della vita, che non può prescindere dalla personale considerazione che ognuno di noi ritiene di poterne fare.

Si osserva, in ultimo, che l'utilizzo del criterio dell'accanimento terapeutico, per quanto legittimamente e univocamente condiviso al fine di escludere la terapia che è divenuta sproporzionata rispetto alla situazione clinica del soggetto, è inevitabilmente legato alla personale qualificazione di accanimento che ognuno può avere di un determinato trattamento sanitario. In secondo luogo, tale criterio prescinde dalla manifestazione di volontà del paziente il quale, se è legittimato a chiedere l'interruzione di una cura indipendentemente dalla qualificazione di «accanimento» di essa, potrebbe, come non di rado



capita di vedere, allo stesso modo decidere di voler comunque essere sottoposto a quella disperata cura. Appare difficoltoso qualificare «accanimento terapeutico» e, pertanto, illegittimo il caso di un paziente che, in condizioni di malattia irreversibile, terminale e di sofferenza, «ritenga tuttavia che la sua vita valga la pena di essere vissuta e, pertanto, richieda quegli interventi medici che dai più potrebbero essere ritenuti accanimento terapeutico». La stretta correlazione tra legittima interruzione dei trattamenti e accanimento terapeutico «emargina sia la volontà del paziente che quella del medico, dato che il problema verrebbe rimesso [...] ad un insieme di dati di natura fattuale e scientifica che, una volta riconosciuti dall'ordinamento giuridico, determinerebbero sia per l'uno che per l'altro diritti ed obblighi non contestabili»¹⁷¹.

Le contrapposizioni non si sono spente neanche a seguito della esecuzione del protocollo di interruzione dell'alimentazione ed idratazione artificiale, che ha portato Eluana a spegnersi in breve tempo¹⁷². I casi giudiziari analizzati, nella loro drammaticità, hanno

¹⁷¹ L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, cit., p. 779. Cfr. anche R. DI CANIO, *La fallacia oggettivistica nel caso Welby*, in *Bioetica*, 2007, 65 ss.

¹⁷² Avverso il decreto della Corte di Appello di Milano seguito è stato sollevato ricorso dalla Procura Generale di Milano per erronea esclusione nel procedimento della Corte di Appello della «reiterazione della indagine sulla effettiva irreversibilità dello stato vegetativo della interessata», ravvisando, inoltre, l'assenza di una adeguata motivazione in ordine alla confermata condizione di irreversibilità dello stato vegetativo di Eluana. La Cassazione a Sezioni Unite ha pronunciato una declaratoria di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione del P.M. (Cass. 13 novembre 2008, n. 27145, in <http://www.olir.it>). Anche la Corte Europea dei Diritti umani, chiamata a decidere per asserita violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con provvedimento emesso il 22 dicembre 2008, per il caso *Ada Rossi et Autres c. Italie* per i ricorsi nn. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 and 58424/08, in <http://www.echr.coe.int>, ha respinto il ricorso presentato da alcune associazioni sulla base dell'assenza di un «legame diretto» con Eluana. Nello stesso periodo il Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali ha emesso un Atto di indirizzo del 16 dicembre 2008 ai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, in <http://www.ministerosalute.it>, nel quale si sostiene che la negazione della nutrizione e dell'alimentazione si può configurare come «una discriminazione fondata su valutazioni circa la qualità della vita di una persona con grave disabilità e in situazione di totale dipendenza», vietata anche dall'art. 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007 e in corso di ratifica a seguito dell'approvazione del relativo disegno di legge da parte del Consiglio dei Ministri in data 28 novembre 2008. Si invitano, infine, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano «ad adottare le misure necessarie affinché le strutture sanitarie pubbliche e private si uniformino ai principi sopra esposti». Le prime reazioni a tale documento hanno riprodotto i noti



messo in luce questioni precedentemente discusse in dottrina, ma che non hanno mai trovato una definizione dal punto di vista legislativo. L'apertura posta alla tutela dell'autodeterminazione del paziente anche oltre il caso del cd. testamento biologico ha scosso l'opinione pubblica ed acceso il dibattito determinando una maggiore spinta per l'attuazione di una normativa che definisca specifici principi e procedure di esercizio dei diritti di scelta nel caso di futura incapacità del paziente, che vada oltre la stesura di numerosi progetti di legge cui fino ad oggi si è assistito¹⁷³.

contrastati legati alla vicenda Englaro. Da una parte si è escluso che l'atto in questione costituisca «una direttiva che va «contro» la sentenza della Cassazione, perché si pronuncia su una situazione che riguarda molte persone ed è rivolta alle strutture sanitarie», nel pieno esercizio di una competenza del ministro della salute per garantire una uniformità di comportamento sul territorio nazionale (cfr. le dichiarazioni di C. MIRABELLI, in *Mirabelli: il documento Sacconi è legittimo. La sentenza Englaro? "Creativa"*, Il Sussidiario, 18 dicembre 2008, <http://www.ilsussidiario.it>). Altre opinioni hanno precisato che «il provvedimento del ministro non può interferire sulla esecutività della sentenza, mentre dipende dalle decisioni delle strutture cliniche dare ospitalità, o meno, alla famiglia Englaro» la quale, in caso di diniego da parte di tutte le strutture sanitarie, «potrebbe anche chiedere l'esecuzione forzata della sentenza» Cfr. in tal senso M. MATERA, in *Eluana, dietrofront della clinica: ci fermiamo*, in *Il Giornale*, 19 dicembre 2008. Cfr. anche F. LAMANNA, in *Il giudice: «Il decreto è già definitivo»*, in *Corriere della Sera*, 17 dicembre 2008, per il quale «Il decreto non ha bisogno di alcuna ulteriore certificazione di esecutività perché la legge dice che tutte le volte che un provvedimento giudiziario non è più soggetto a impugnazione diventa definitivamente esecutivo». In ultimo, si segnala il provvedimento del direttore generale della direzione generale sanità della Regione Lombardia del 3 settembre 2008, con il quale si è negato che «il personale del Servizio Pubblico Sanitario Regionale possa procedere, all'interno di una delle sue strutture, hospice compresi, alla sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale) di cui goda l'ammalato in stato vegetativo permanente il quale, tramite manifestazione di volontà del Tutore ed autorizzazione del Giudice Tutelare, intenda rifiutare tale trattamento». Il TAR Lombardia, dopo aver ricordato che il diritto di rifiutare le cure «è un diritto di libertà assoluto, il cui dovere di rispetto si impone *erga omnes*», comprese le strutture sanitarie pubbliche, ha accolto il ricorso del tutore, osservando che «rifiutare il ricovero ospedaliero, dovuto in linea di principio da parte del SSN a chiunque sia affetto da patologie mediche, solo per il fatto che il malato abbia preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto alla interruzione del trattamento, significa di fatto limitare indebitamente tale diritto» (Cfr. TAR Lombardia 22-26 Gennaio 2009 n. 214, in *Guida al Dir.*, 2009, 7, 82 ss.). E' recentissima la notizia dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato dei soggetti che hanno partecipato alla esecuzione del protocollo di interruzione dell'alimentazione artificiale per reato di omicidio volontario aggravato (Cfr. *Morte Eluana, Beppe Englaro indagato per «omicidio volontario»*, in *Corriere della Sera*, 27 febbraio 2009).

¹⁷³ Cfr. M. IOSSA, *Legge sulla fine della vita. L'appello di Napolitano*, in *Corriere della Sera*, 26 novembre 2008, 22. La vivacità del dibattito è evidenziata anche dal fatto che, nella sola XVI legislatura, sono stati presentati numerosi progetti di legge. In



L'uso dello strumento legislativo è sicuramente auspicabile e permette la fissazione di norme e principi che determinano una maggiore certezza del diritto, anche se difficilmente porrà fine ad eventuali controversie che possono verificarsi in situazioni così emotivamente coinvolgenti. Si pensi ai casi in cui sorgono conflitti interparentali, assenti nel caso Englaro, ma evidenti nella vicenda americana di Terry Schiavo¹⁷⁴, nonché alla probabile scarsa fruizione dello strumento del testamento biologico¹⁷⁵. Il ruolo del legislatore appare allora quello di riuscire a trovare un difficile bilanciamento tra i valori in gioco. Da una parte la garanzia del rispetto della dignità dell'individuo e, in particolar modo, della sua autodeterminazione nell'ambito delle scelte terapeutiche o del rifiuto di trattamenti comunque invasivi della sua persona, anche in previsione di una futura incapacità. Dall'altra la tutela di quei soggetti che ritengono la vita comunque degna di essere vissuta, i cui diritti devono essere garantiti dall'ordinamento, attraverso un supporto legislativo e finanziario che rafforzi il ricorso alle cure e ai farmaci contro il dolore ed attraverso una disponibilità di strutture sanitarie che impedisca logiche di abbandono terapeutico¹⁷⁶ e che permetta a quei malati di distrofia muscolare, sclerosi multipla o sclerosi laterale amiotrofica desiderosi di continuare a vivere la propria vita di fruire di quei mezzi di assistenza e di comunicazione – spesso costosi – che ne rendano dignitosa l'esistenza.

particolare al Senato i DDL n. 10, 51, 136, 281, 285, 483, 800, 972, 994, 1095 e 1238 e alla Camera i DDL n. 625, 784, 1188, 1280, 1597, 1606, 1625, 1840, 1876, 1968, 1968bis, 1984, 2038, 2124 e 2175. Oggetto di recente discussione è lo Schema di testo unificato proposto dal relatore Calabrò per i DDL nn. 10, 51, 136, 281, 285, 483, 800, 972, 994, 1095, 1188, 1323, 1363 e 1368, allegato al resoconto sommario della Commissione Sanità del 19 febbraio 2009, in <http://www.senato.it>. Sembrerebbe persino in discussione nel consiglio comunale di Bologna la proposta di costituzione di un registro pubblico per depositare il proprio testamento biologico. Ha sollevato perplessità in proposito P. CAVANA, non rinvenendone l'utilità, essendo privi di rilevanza giuridica e potenzialmente in contrasto con la tutela della privacy. Tali dichiarazioni «contengono infatti «dati sensibili» di carattere sanitario e ideologico, atti cioè a rivelare le condizioni di salute del soggetto e soprattutto le sue convinzioni filosofiche e anche religiose, che in base alla legge italiana possono essere raccolti e conservati solo da soggetti istituzionali previamente autorizzati e con divieto della loro diffusione» (cfr. S. ANDRINI, «Testamento», fuga in avanti di Bologna Proposto un registro per il Comune, in *Avvenire*, 20 novembre 2008, 7).

¹⁷⁴ Cfr. per un approfondimento C. BOLOGNA, *Il caso di Terri Schiavo*, in *Quad. Cost.*, 2005, 404.

¹⁷⁵ Cfr. R. MANNHEIMER, *Testamento biologico? Uno su due non sa cos'è*, in *Corriere della Sera*, 17 novembre 2008.

¹⁷⁶ C. CARDIA, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, Cinisello Balsamo, 2007, 145.