

Alma Mater Studiorum Università di Bologna

CIRSFID

DOTTORATO DI RICERCA IN BIOETICA

SIGLA SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE : IUS/20

CICLO XIX

TESI DI

SERGIO FUCCI

**Situazioni critiche nella relazione medico-paziente :
il rifiuto delle cure e le direttive anticipate**

Coordinatore :

Chiar.ma Prof.ssa Carla Faralli

Tutor :

Chiar.mo Prof. Stefano Canestrari

Anno 2005 - 2006

INDICE

1. Introduzione	pag. 3
2. La crisi del paternalismo nella relazione di cura e la giurisprudenza della Corte Costituzionale	pag. 4
3. La questione dell'indisponibilità del bene vita dal punto di vista bioetico	pag. 8
4. La questione dell'indisponibilità del bene vita dal punto di vista giuridico	pag. 11
5. Gli interessi e i doveri in gioco e in potenziale conflitto tra di loro nel rapporto medico-paziente	pag. 17
6. La giurisprudenza sul consenso informato e sul rifiuto delle cure	pag. 19
6.1 Il caso A.L. - G.I.P. Messina - sent. n. 186/95.....	pag. 19
6.2 Il caso U.D.L - Pretura Penale Roma - sent. 3/4/97.....	pag. 21
6.3 Il caso R.L. - G.I.P. Milano - provvedimento 17/6/98.....	pag. 25
6.4 Il caso M. – G.I.P. Treviso – provvedimento 29/4/99.....	pag. 27
6.5 Gli interventi della Cassazione Penale sulla questione del rifiuto delle cure.....	pag. 29
6.6 La giurisprudenza civile sul rifiuto delle cure.....	pag. 35
6.7 Il caso Welby.....	pag. 42
7. Il trattamento sanitario nei confronti del paziente incosciente e le direttive anticipate	pag. 48
8. L'evoluzione tecnologica delle cure e il quadro etico e normativo in cui si inserisce la problematica delle direttive anticipate	pag. 57
9. I pareri del C.N.B. sulle dichiarazioni anticipate di trattamento e sull'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente	pag. 62
10. Il caso Eluana	pag. 70
11. Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento	pag. 88
12. Il progetto unitario di DDL sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento licenziato nella XIV legislatura dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato	pag. 94
13. I nuovi progetti di legge sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate presentati al Senato nella XV legislatura	pag. 97
14. Il disegno di legge n. 1222, d'iniziativa dei sen. Villone e altri diretto a disciplinare il rifiuto del trattamento sanitario in attuazione dell'art. 32 della Costituzione	pag. 107
Bibliografia	pag. 110

Introduzione

In questa legislatura sono stati presentati al Senato numerosi progetti di legge per regolare la materia del consenso-dissenso informato e delle direttive anticipate nella relazione di cura.

Questi progetti (altri DDL sono stati presentati alla Camera) testimoniano l'attenzione del Parlamento al tema del rapporto tra paziente e professionista della sanità in un momento storico in cui recenti vicende della vita hanno sottolineato l'esigenza di una riflessione aggiornata sulla natura di questo rapporto e sui presupposti sui quali si fonda.

Ci riferiamo, ad esempio, al caso del sig. R.L., Testimone di Geova, che ricoverato in una struttura ospedaliera perché malato di cancro, è stato forzosamente sottoposto, contro la sua espressa e consapevole volontà, ad una trasfusione di sangue ed è deceduto durante l'esecuzione di questa terapia, rifiutata per motivi religiosi (vedi, infra, cap. 6.3); al caso della sig.ra Maria che ha liberamente e consapevolmente rifiutato l'amputazione della sua gamba, intervento proposto dai medici che l'avevano in cura al fine di evitare ovvero di ritardare l'exitus della paziente, evento poi verificatosi in seguito al rifiuto della terapia rispettato dai curanti e dai magistrati, pur sollecitati ad intervenire da alcuni articoli e interviste, anche di esponenti delle istituzioni, comparsi sui quotidiani e altri mass media; al caso di Eluana, giovane donna in stato vegetativo permanente, per la quale il padre, in qualità di tutore, ha chiesto ripetutamente e invano, fino a questo momento, all'A.G. che venga sospesa la terapia di alimentazione e idratazione artificiale sostenendo che questa era la volontà manifestata verbalmente dall'interessata quando era ancora in grado di decidere per sé (vedi, infra, cap. 10); al caso del sig. Welby che ha chiesto invano alla magistratura di essere distaccato dalla macchina che lo teneva in vita, non sopportando più le sue condizioni di vita (vedi, infra, cap. 6.7).

Sulle delicate questioni sollevate da questi casi, che coinvolgono fondamentali principi etico-giuridici relativi al diritto del paziente di rifiutare anche le cure salvavita che gli vengono proposte, alla disponibilità-indisponibilità del bene vita, al diritto di decidere validamente in anticipo sulle cure eventualmente necessarie in futuro, è chiamata ora a discutere la Commissione Igiene e Sanità del Senato che ha iniziato l'esame dei disegni di legge in questione.

Questi progetti normativi, nella loro diversità di contenuti, testimoniano le diverse concezioni esistenti nella società riguardo ai principi etici e giuridici da tutelare in queste vicende e alle modalità con le quali regolare la relazione di cura che si instaura tra il paziente e il medico.

Lo scopo di questa ricerca è quello di verificare criticamente le varie opzioni etico-giuridiche in discussione alla luce dello stato attuale della normativa, del dibattito della dottrina e degli interventi della giurisprudenza nella materia.

2. La crisi del paternalismo nella relazione di cura e la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

I diritti di libertà sanciti dalla Carta Costituzionale, con particolare riferimento alla tutela dell'indipendenza dei soggetti da ingiustificate costrizioni, sono rimasti per lungo tempo latenti nel diritto vivente per quando riguarda specificamente le relazioni all'interno della famiglia, del mondo del lavoro e del rapporto di cura in senso lato.

Solo con la trasformazione socio-culturale avvenuta nel nostro Paese, divenuto prevalentemente industriale da agricolo, si è compiuto nel tempo un processo di secolarizzazione che ha avuto una spinta importante anche dai movimenti studenteschi del sessantotto e dal movimento femminista.

Questo processo di secolarizzazione, con la conseguente domanda di nuovi diritti civili consentita da una lettura diversa delle potenzialità espresse dalla Costituzione in tema di libertà e autonomia degli individui, ha certamente avuto una ricaduta anche sulle relazioni interpersonali sopra menzionate.

È stato, quindi, messo in crisi anche il modello *“paternalistico”* che aveva caratterizzato per lungo tempo la relazione tra medico e paziente, modello caratterizzato dal fatto che era esclusivamente il sanitario che si assumeva la responsabilità di decidere quali terapie era opportuno attuare per procurare un beneficio al paziente che, invece, non partecipava attivamente, nella sostanza, alla decisione.

D'altra parte, come opportunamente evidenziato dal Gemma¹⁾ *“non v'è traccia nelle disposizioni costituzionali, e nella interpretazione corrente delle stesse, di una concezione paternalistica, cioè non si è mai configurata una limitazione dell'autonomia dei soggetti, salvo i casi di incapacità, in funzione della realizzazione degli interessi dei soggetti medesimi”*.

Viganò²⁾, a sua volta ricorda giustamente che *“la dottrina pubblicistica da tempo ha dedotto dall'art. 32, co. 2, Cost. una posizione di diritto fondamentale del cittadino a non essere sottoposto a trattamento sanitario se non nel caso in cui la legge lo preveda, nel rispetto del limite del rispetto della persona e del duplice limite sostanziale della funzionalizzazione del trattamento alla tutela sia della salute individuale sia di quella collettiva”*.

Si può, quindi, affermare che le istanze di libertà e di autonomia degli individui rispetto alla gestione della loro salute trovano un supporto, non solo nel fondamentale principio di autonomia della bioetica laica, ma anche nelle disposizioni costituzionali e, in particolare, in quelle di cui agli artt. 13 e 32 della carta fondamentale, come interpretate dalla Corte Costituzionale.

L'art. 32 della Costituzione, laddove afferma che *“nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”* è stato più volte interpretato anche dalla Corte Costituzionale nel senso che un trattamento sanitario obbligatorio non può essere legittimamente previsto dalla legge al solo fine di tutelare la salute di un singolo soggetto, ma occorre la contemporanea finalità della salvaguardia della salute dei terzi ovvero della collettività.

Alcuni esempi possono confermare questa affermazione.

La Corte Costituzionale, interpellata in ordine alla legittimità della normativa sulla vaccinazione antipolio, con sentenza n. 307/90, ha stabilito che *“la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”* (grassetto nostro).

La Corte, a conferma dell'eccezionalità della limitazione dell'autonomia dell'individuo a causa di un trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.) , nella decisione in esame ha affermato che un trattamento sanitario obbligatorio *“può essere imposto solo nella previsione che esso non incida*

¹⁾ G. Gemma, Vita (diritto alla), Digesto delle discipline pubblicistiche, Utet, 1999, pag. 681.

²⁾ F. Viganò, Stato di necessità e conflitti di doveri, Giuffrè Ed., 2000, 452, nota 224.

negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili” e che “il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri” (grassetto nostro).

La Corte Costituzionale, inoltre, chiamata a decidere sulla legittimità di una norma (art. 5 legge n. 135/90) che non prevedeva accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi, come quelle relative all'assistenza e alla cura della persona, con sentenza n. 218/94, ha stabilito che *“i trattamenti sanitari”, incluse le analisi sulla sieropositività HIV, “possono essere legittimamente richiesti solo in necessitata correlazione con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi o della collettività in generale”* (grassetto nostro).

la tutela della salute *“implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere nè porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari; situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo”* (grassetto nostro).

Il prelievo obbligatorio e la conseguente analisi sulla sieropositività HIV possono, quindi, divenire obbligatori per legge, con tutte le necessarie garanzie a tutela della dignità e della privacy della persona interessata, qualora *“diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse”*.

L'importanza del consenso informato, che tutela l'autonomia del paziente nella relazione di cura, è stata, inoltre, sottolineata più volte dalla Corte Costituzionale.

La Corte, infatti, con sentenza n. 338/03, dopo avere evidenziato che la scelta delle terapie da praticare, in linea di principio, ricade nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare con il **“consenso informato del paziente”** e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione, ha affermato che l'art. 4 della legge Regione Piemonte n. 14/02, che regola la terapia elettroconvulsante ed altri interventi di psicoturgia, non è coerente con **“i principi fondamentali in tema di consenso informato”** laddove condiziona ad autorizzazioni del *“coniuge”* e dei *“familiari diretti”* del paziente l'adozione di queste terapie (grassetto nostro).

La Corte Costituzionale, d'altra parte, con la precedente sentenza n. 282/02, con la quale era stata dichiarata l'incostituzionalità della legge della Regione Marche n. 26/2001 sulla sospensione della terapia elettroconvulsante, aveva osservato che *“la pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica”* e che *“poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente,*

opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione” (grassetto nostro).

La Corte Costituzionale, infine, con sentenza n. 18 del 1986, nel dichiarare incostituzionale l’art. 696, primo comma, cpc *“nella parte in cui non consente di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona del richiedente”*, ha osservato che la valutazione operata sulla norma in oggetto *“è adeguata al valore costituzionale dell’inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all’art. 13, primo comma, della Costituzione, come libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”* e che *“la previsione di atti coercitivi di ispezione personale di cui all’art. 13, secondo comma, della Costituzione, eseguibili solo per provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, non esclude a fortiori atti di accertamento preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo nell’ambito di un procedimento civile”*, così operando un collegamento tra l’art. 13 e l’art. 32 della Costituzione nella materia degli accertamenti medici sul corpo di una persona (grassetto nostro).

Anche nella sentenza n. 338 del 1996, è forte il richiamo della Corte Costituzionale al valore supremo della libertà personale, intesa anche come libertà di difesa del proprio corpo da invasioni da parte di terzi soggetti non previste specificamente dalla legge.

Con questa decisione è stata dichiarata l’incostituzionalità del secondo comma dell’art. 224 c.p.p. laddove consente che il giudice, nell’ambito delle operazioni peritali, disponga misure che incidano sulla libertà personale dell’indagato o dell’imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste, nei *“casi”* e nei *“modi”*, dalla *“legge”*.

L’intervento della Corte è stato sollecitato dal G.I.P. cui era stato richiesto dal P.M. di ordinare un *“prelievo ematico”* sulla persona di un soggetto indagato nel procedimento penale relativo al caso della famosa statua di Civitavecchia, raffigurante la Madonna, che sembrava lacrimare sangue.

Il G.I.P. infatti, vista l’opposizione dell’interessato all’esecuzione del prelievo, ha dubitato, con riferimento all’art. 13 della Cost. della costituzionalità della norma sopra citata del c.p.p., stante la genericità del suo contenuto circa i casi e i modi nei quali eseguire coattivamente la perizia, ed aveva investito del problema la Corte.

La Corte Cost. ha osservato che l’art. 13 della Cost. *“appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indeffettibile nucleo essenziale dell’individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all’integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”*; che *“il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l’esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all’esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo”*; che *“tale restrizione è tanto più allarmante”* in quanto *“non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppure in minima misura, invade la sfera corporale della persona, pur senza comprometterne, di per sé, l’integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione, e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla”*; che, quindi, deve operare nella fattispecie *“la garanzia della riserva – assoluta - di legge, che implica l’esigenza di tipizzazione dei “casi e dei modi” in cui la libertà personale può essere legittimamente compressa e ristretta”*, senza lasciare alla *“piena discrezionalità del giudice”* la restrizione della libertà personale dell’interessato (grassetto nostro).

Questa decisione è relativa ad una questione giuridica formalmente estranea all’attività del medico nel rapporto di cura con il paziente, ma, ciò nonostante, è utile ai fini della nostra ricerca perché evidenzia i caratteri che deve avere una *“legge”* ordinaria per rispondere ai requisiti posti a tutela della libertà personale dall’art. 13 Cost. e perché ribadisce che anche un’attività sanitaria *“minore”*, qual è il prelievo ematico, finisce con l’incidere sul corpo del soggetto su cui si agisce e, pertanto,

qualora effettuata senza il consenso dell'interessato, limita la sua libertà di gestione del proprio corpo.

Nel caso esaminato dalla Corte la finalità perseguita era quella di acquisizione della prova da parte del giudice nell'ambito di un procedimento penale, ma la stessa problematica di tutela della libertà si pone qualora si verta nell'ipotesi di un trattamento sanitario che il medico intende effettuare ovvero continuare nonostante il dissenso espresso dal paziente, dato che non solo nel nostro ordinamento non è prevista una norma che attribuisce al sanitario un tale potere di intervento, ma, alla luce del combinato disposto degli artt. 13 e 32 della Cost., si deve ritenere vietato un trattamento sanitario obbligatorio eseguito coattivamente in mancanza di una specifica "*legge*" ordinaria che lo consenta.

In definitiva, come si evince da questa breve rassegna di sentenze emesse dalla Corte Costituzionale, nella costituzione vivente la questione dell'autonomia dell'individuo rispetto alle cure sanitarie trova puntuali riscontri nel combinato disposto degli artt. 13 e 32 della carta fondamentale che non opera alcuna differenza tra le situazioni in cui sia in gioco la vita umana e le altre.

I laici, quindi, possono trovare nel testo della Costituzione, come interpretato dalla Corte Costituzionale, un fondamentale punto di riferimento nella ricerca dei valori a sostegno della tesi della libertà del soggetto nel decidere se accettare o meno una cura proposta dai sanitari nell'esclusivo interesse di un singolo individuo ovvero nello stabilire di sospendere un trattamento, eventualmente già instaurato in via d'urgenza.

D'altra parte, come giustamente ricordato dal Pugliese³⁾ nella sua pregevole ricerca su come il principio di laicità sia stato sviluppato nella giurisprudenza della Corte costituzionale, è superfluo ricordare l'importanza, nel nostro ordinamento, della giurisprudenza della Corte Costituzionale nel sindacato di costituzionalità della legislazione ordinaria.

È sufficiente sottolineare, al riguardo, che i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale costituiscono un faro che deve illuminare i giuristi nella difficile opera di interpretazione delle norme ordinarie, soprattutto quando si tratta di norme, come quelle penali del codice Rocco, che risalgono ad un periodo di tempo antecedente all'approvazione della carta fondamentale.

³⁾ V. Pugliese, Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale, Rivista penale, 2006, 1017 e segg.

3. La questione dell'indisponibilità del bene vita dal punto di vista bioetico.

La bioetica cattolica⁴⁾ difende con forza il concetto di “*sacralità della vita*” e sottolinea l'indisponibilità di questo bene così contrapponendosi alla bioetica laica che difende il concetto di “*qualità della vita*” e evidenzia il carattere di disponibilità di questo bene.

Secondo l'opinione di Fornero⁵⁾, peraltro, “*nel policromo quadro della bioetica contemporanea esistono sia bioetiche di ispirazione religiosa vicine al paradigma laico della “qualità della vita”, sia bioetiche di matrice laica rispettose dei principi della “sacralità della vita”, con la conseguenza che non sembra corretto discorrere “di una indeterminata antitesi tra bioetica religiosa e bioetica laica”, mentre appare più opportuno evidenziare una “specifica contrapposizione fra la bioetica cattolica (ufficiale) della sacralità della vita (umana) e la bioetica laica della qualità della vita”* (grassetto nostro).

Borsellino⁶⁾, a sua volta, pur ricordando che “*considerazioni in termini di “qualità della vita” non possono essere più considerate estranee nemmeno alla cultura cattolica*”, con particolare riferimento all'attenzione posta verso il problema del “*controllo della sofferenza*” e alle critiche espresse rispetto al cd. “*accanimento terapeutico*”, sottolinea che questa cultura continua, peraltro, a ravvisare nella vita umana un “*valore assoluto*”, da proteggere incondizionatamente.

La questione della disponibilità ovvero indisponibilità del bene vita segna, quindi, una linea forte di demarcazione tra l'etica religiosa cattolica tradizionale e l'etica laica.

Come evidenziato anche da Lecaldano⁷⁾ “*la contrapposizione più radicale è, dunque, quella che coinvolge la tesi etica della disponibilità o non disponibilità della vita umana nel suo complesso dalla nascita alla morte*” (grassetto nostro).

“*Si tratta, in sostanza, di stabilire*”, come affermato da Scarpelli⁸⁾ “*se gli esseri umani siano stati creati per appartenere, sino all'ultima stilla di vita, a qualcosa o qualcuno che li trascende e vuole disporne, o se, al contrario, siano padroni della propria vita*”.

Secondo gli Autori che rappresentano le posizioni della bioetica laica, al principio morale di “*autonomia*” si collega, la possibilità di “*poter disporre di sé liberamente*”, scegliendo il proprio destino e i propri valori, senza, peraltro, misconoscere il concetto di “*responsabilità*”.⁹⁾

Sostiene, in particolare, Scarpelli¹⁰⁾ che il principio di autonomia, che deve essere continuamente ridefinito nel suo contenuto, non esclude, ma implica, il concetto di responsabilità (verso sé e gli altri) nell'usufruire degli spazi di libertà che esso comporta.

Lecaldano¹¹⁾, a sua volta, respinge il concetto di libertà intesa in senso assoluto e senza assunzione di responsabilità nel decidere ed afferma che “*disporre della vita è un prerequisito per individuare i modi responsabili ed eticamente accettabili per dare ad essa una continuità e un senso*”.

Neri¹²⁾, inoltre, afferma che “*la responsabilità è intimamente connessa al principio di autonomia e, anzi, è una delle ragioni fondamentali per le quali il principio di autonomia si fa apprezzare sul piano morale*”.

⁴⁾ Vedi E. Sgreccia, *Manuale di Bioetica, Fondamenti ed etica biomedica*, Ed. Vita e Pensiero, 1996, pagg. 159 e segg.; D. Tettamanzi, *Nuova Bioetica Cristiana*, Piemme, 2000, pag. 127; e, di recente, Michele Aramini, *Introduzione alla bioetica*, Giuffrè Ed. 2003, pag. 50.

⁵⁾ G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Paravia Bruno Mondadori Ed., 2005, pag. 165-166.

⁶⁾ P. Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig Ed., 1999, pag. 58.

⁷⁾ E. Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, 2005, pag. 54.

⁸⁾ U. Scarpelli, *Bioetica laica*, Baldini e Castoldi, 1998, pag. 126.

⁹⁾ U. Scarpelli, op. cit., pag. 151; sul contenuto del principio di autonomia, vedi, anche, E. Lecaldano, *Un'etica senza Dio*, Laterza, 2006, pagg. 33-34, che afferma che “*l'autonomia individuale – requisito della responsabilità morale – non è altro che la consapevolezza della propria libertà*” e che “*divenire autonomi e responsabili è solo un punto di partenza, muovendo dal quale occorre cercare regole e criteri etici che possiamo riconoscere come nostri e – cosa più importante – che possiamo legittimare nel confronto con gli altri*”.

¹⁰⁾ U. Scarpelli, op. cit., pag. 7.

¹¹⁾ E. Lecaldano, *Disponibilità della vita*, in *Dizionario di Bioetica*, Laterza, 2002, pagg. 97-98.

Secondo l'etica laica la vita appartiene, quindi, al soggetto interessato che, pertanto, può disporre anche attraverso il suicidio.¹³⁾

Nel replicare ai sostenitori della teoria del “*pendio scivoloso*” ovvero “*the slippery slop argument*” – teoria utilizzata, come ricorda Neri¹⁴⁾, per contrastare qualsiasi cedimento al riconoscimento di un diritto morale a morire - Lecaldano¹⁵⁾ afferma che “*non ci si ripropone di universalizzare il suicidio assistito o l'eutanasia, ma piuttosto una condotta ispirata ad un equilibrio tra autonomia, responsabilità e scrupolosità morale*”, richiamando ancora il principio di responsabilità accanto a quello di autonomia (grassetto nostro).

In quest'ottica Borsellino¹⁶⁾ afferma che si può contestare che la vita rappresenti “*un assoluto e incontrovertibile valore in sé*” e si può affermare che la valutazione circa il “*valore*” da attribuire a questo bene non può non competere al soggetto interessato in quanto il giudizio sulla “*qualità*” acquisita dalla vita è, per sua natura, un giudizio personale e soggettivo.

Quest'Autore, inoltre, afferma che appare “*difficilmente contestabile*” il diritto del malato inguaribile e terminale “*di porre fine alla propria vita, qualora ne consideri insopportabile la continuazione*” ed esclude che “*la medicina palliativa sia l'alternativa al suicidio e all'eutanasia*”, come, invece, sostenuto da coloro che ritengono che l'implementazione delle terapie di controllo del dolore possa comportare la mancanza di giustificazione del diritto di morire eventualmente esercitato dal paziente, pur adeguatamente assistito.¹⁷⁾

Ne consegue che il paziente ha certamente, quantomeno, il diritto di rifiutare le cure che giudica non conformi a quello che ritiene essere il suo bene ovvero il suo migliore interesse.

Diversa è, come sopra accennata, l'opinione degli autori che si rifanno ai principi dell'etica cattolica.

Secondo l'etica cattolica, infatti, la vita è un bene indisponibile perché non appartiene all'individuo, ma è un dono del Creatore e, quindi, non è ammissibile sul piano morale, non solo l'eutanasia intesa in senso stretto, ma anche il diritto di rifiutare le cure salvavita ovvero di chiedere la sospensione del funzionamento delle macchine di sostegno vitale.

In quest'ottica, gli operatori sanitari non sarebbero tenuti a rispettare la volontà sul punto del soggetto interessato, essendo contrario alla morale cattolica contribuire a realizzare questo proposito del malato, ad esempio attraverso il distacco del macchinario che lo tiene in vita, previa sedazione dello stesso per impedire che il processo di verifica del decesso diventi estremamente doloroso, com'è avvenuto nel caso Welby (vedi, infra, cap. 6.7).

La questione di cui si discute ha, quindi, notevoli riflessi di ordine pratico e normativo.

Basti considerare che nella passata XIV legislatura fu approvato, dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato, un testo unificato del disegno di legge recante disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento (vedi, infra cap. 12) che consentiva il rifiuto, da parte dell'interessato di tutti i trattamenti medici e che questo disegno, in base al principio dell'indisponibilità della vita umana, fu fortemente criticato dagli esponenti della bioetica cattolica.

Nella relazione che accompagna il disegno di legge n. 773 presentato nella XV legislatura dalle senatrici Binetti e Baio Bossi, si legge, in particolare, che il testo unificato di quel disegno poteva creare l'equivoco di consentire, a richiesta dell'interessato, “*interventi di eutanasia*” e che “*proprio questo equivoco*” ha “*impedito*” l'approvazione del testo in questione.

¹²⁾ D. Neri, Può la Bioetica non essere laica ?, in E. D'Orazio, M. Mori, a cura di, Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia ? Dibattito sul Manifesto di bioetica laica, Notizie di Politeia, XII, 1996, nn. 41-42, pag. 38; vedi, inoltre, in relazione al contenuto del principio di autonomia, D. Neri, Filosofia morale. Manuale introduttivo, Guerrini; 2003, 184.

¹³⁾ Lecaldano, Questioni etiche sui confini della vita, in A. D Meo, C. Mancina, Bioetica, 1989, pag. 26.

¹⁴⁾ D. Neri, L'eutanasia in Olanda : una difesa con qualche riserva, in Viafora, a cura di, 1996, pagg. 143-172.

¹⁵⁾ E. Lecaldano, Bioetica, op. cit. (nota 7), pagg. 70 e segg..

¹⁶⁾ P. Borsellino, Bioetica e filosofia, in M. Barni, A. Santosuosso, a cura di, Medicina e Diritto, Giuffrè Ed., 1995, pagg. 17-18.

¹⁷⁾ P. Borsellino, Bioetica tra autonomia e diritto, op. cit. (nota 6), pag. 186 e 187.

Nella relazione in oggetto si sottolinea, inoltre, che ogni ipotesi di “*eutanasia passiva*”, riferita all’astensione del medico dal praticare il trattamento rifiutato in modo chiaro e inequivocabile dal paziente, deve essere “*scongiurata*”, .

Abbiamo finora evidenziato che la disponibilità del bene vita, secondo la bioetica laica, si fonda sul **principio di autonomia** di ciascun individuo.

Vi sono, però situazioni nelle quali, non è possibile riferirsi correttamente al principio di autonomia dell’interessato per affrontare il tema della disponibilità del bene vita perché, in ipotesi, si è in presenza di soggetti, come i neonati anencefalici o con gravissime malformazioni, tali da far ritenere imminente la loro morte, che non hanno potuto ancora sviluppare la propria autonomia morale, ovvero come i pazienti maggiorenni - precipitati, a causa di un incidente o di una malattia, in uno stato di incoscienza prima ancora di potere predisporre una direttiva anticipata e, quindi, impossibilitati a far conoscere la loro volontà al riguardo - che sono in uno stato di premorienza non curabile.

In queste situazioni, come ricorda Lecaldano¹⁸⁾, per evitare inutili forme di accanimento terapeutico, si può percorrere la strada di attribuire ai genitori ovvero ai congiunti il potere di decidere per gli incapaci, con tutti i rischi di insorgenza di contrasti tra i potenziali decisori sostitutivi, ovvero “*sarà inevitabile ricorrere a qualche ragione morale che rinvia alla qualità oggettiva della vita futura prevedibile per l’essere di cui si tratta*”.

Non ritenendo, comunque, corretto, in questi casi, rimettere “*la decisione semplicemente ad un loro parente*”, Lecaldano¹⁹⁾ suggerisce “*una discussione pubblica delle diverse alternative da parte di un comitato bioetico*” per confrontare e analizzare le diverse valutazioni della prevedibile “*qualità di vita*” che si prospetta per l’interessato, valutazioni da formulare con riferimento non a criteri di ordine biologico, bensì alla “*capacità di avere desideri e interessi*” che rappresenta “*una qualità minima*” sufficiente a garantire “*il valore della vita*”, sempre che “*non sia continuamente aggravata da sofferenze insopportabili e insostenibili pesi*”.

Su queste questioni rimane forte il solco che si è creato tra l’assolutezza del principio del diritto alla vita propugnato dalla bioetica cattolica e le altre prospettive etiche che ritengono di potere mettere in discussione il carattere “*assoluto*” di questo principio, come dimostrato anche dalla polemica insorta nel mese di novembre del 2006 tra la chiesa cattolica e quella anglicana in seguito ad una cauta apertura di quest’ultima sul problema della sospensione delle cure per i neonati con gravissimi e irrimediabili handicap.

Un vescovo anglicano, infatti, il reverendo Tom Butler, ha affermato che in circostanze “*eccezionali*” può essere giusto “*togliere un cura, sapendo che è possibile, probabile o anche certo che ciò provocherà la morte*” mentre il cardinale Javier Lozano Barragan, Presidente del Pontificio Consiglio per la Pastorale della Salute, ha prontamente replicato che “*non si può togliere la vita, con qualsiasi mezzo diretto o indiretto, a un essere innocente*” e che “*in nessuna condizione è ammessa l’eutanasia*”, precisando che “*questo vale per i malati terminali e anche per i bambini, anche che nascono con gravi handicap*” in quanto “*la vita non appartiene all’uomo, ma al Signore*”.²⁰⁾

¹⁸⁾ E. Lecaldano, Bioetica, op.cit. (nota 7) pagg. 120 e segg..

¹⁹⁾ E. Lecaldano, Bioetica, op.cit. (nota 7) pagg. 120 e segg..

²⁰⁾ Le dichiarazioni del vescovo anglicano e la polemica insorta sono state riportate nel sito Aduc – www.aduc.it - sotto la voce eutanasia, il 14/11/06.

4. La questione dell'indisponibilità del bene vita dal punto di vista giuridico.

Come giustamente ricordato da Gemma²¹⁾ *“la Costituzione non menziona espressamente il diritto alla vita ma, pur in assenza di una letterale proclamazione, è opinione unanime che tale diritto trovi pieno riconoscimento nella Costituzione”*.

Iadecola²²⁾, a sua volta, afferma che *“il diritto alla vita con la sua connotazione di intangibilità assoluta si colloca primariamente tra i diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost.”*

La questione che ci interessa esaminare, peraltro, è se, fermo restando l'implicito riconoscimento del diritto alla vita nella carta fondamentale, esiste un contrapposto diritto a morire, eventualmente anche attraverso il rifiuto delle cure salvavita, ovvero se il diritto alla vita è disponibile ovvero rinunciabile.

La posizione della dottrina giuridica sul punto è diversa a seconda delle situazioni che vengono prese in esame.

La rinuncia alla vita può avvenire in seguito al suicidio dell'interessato - che è atto di per sé non punibile, anche nella forma del tentato suicidio, mentre è punita l'agevolazione ovvero l'istigazione al suicidio in base al disposto dell'art. 580 c.p – ovvero con altre modalità operative.

Una dottrina piuttosto radicale ritiene che *“tra i diritti inviolabili”* esiste *“anche un diritto alla morte, alla propria morte”*, costituzionalmente fondato²³⁾ ovvero che sussiste un *“diritto al suicidio”* che rientra nell'intangibile libertà della persona.²⁴⁾

4.1 Secondo Seminarà²⁵⁾ nel nostro ordinamento vige l'incoercibilità del vivere e, quindi, la rinuncia alla vita, anche tramite il suicidio, sarebbe una facoltà costituzionalmente riconosciuta, riconducibile al potere di autodeterminazione del soggetto interessato.

In adesione alla dottrina dominante, afferma, in particolare, quest'Autore che, nei confronti dei soggetti capaci di autodeterminarsi *“l'obbligo di assistenza e di cura da parte del medico trova la propria fonte di legittimazione e il suo limite nell'espressa volontà del paziente che, adeguatamente informato, può acconsentire alla cura, così come può pretenderne l'interruzione”*, con il conseguente diritto del malato di *“rifiutare qualsiasi terapia e di lasciarsi morire”*.²⁶⁾

Il paziente, ex artt. 13 e 32 Cost., 1 l. n. 180/78 e 33 l. n. 833/78, ha, quindi, il diritto di proteggere il suo corpo dagli interventi del medico, non essendo consentito a quest'ultimo di effettuare trattamenti sanitari senza il consenso dell'interessato, salva l'ipotesi eccezionale dei TSO.

Secondo Seminarà, in particolare, intervenuta una richiesta consapevole ed informata da parte del malato, *“il medico ha il dovere di non iniziare o sospendere la cura”*, poiché il suo intervento troverebbe un ostacolo insuperabile nell'opposta volontà dell'interessato e potrebbe costituire *“fonte di responsabilità penale”*.²⁷⁾

Rileva, ancora, Seminarà che queste conclusioni dovrebbero essere confermate anche nel caso di richiesta del malato, consapevole e determinata, di sospensione del funzionamento dell'apparecchio che ne consente la respirazione artificiale, dato che il distacco di questo strumento *“dà vita ad un'omissione di terapia imposta dal rifiuto dell'interessato”*.²⁸⁾

²¹⁾ G. Gemma, Vita (diritto alla), op. cit. (nota 1), pag. 681.

²²⁾ G. Iadecola, Note critiche in tema di “testamento biologico”, in Riv. It. Med. Leg. XXV, 2003, 477.

²³⁾ Corradini, Democrazia, suicidio, eutanasia, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 1992, pag. 177.

²⁴⁾ Marra, Suicidio e diritto. Un'alternativa a costruzioni etiologiche e programmi terapeutici, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 1990, 231.

²⁵⁾ S. Seminarà, Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1995, 670-727.

²⁶⁾ G. Seminarà, Riflessioni op. cit.(nota 25), pag. 692; sulla liceità del rifiuto delle cure e sulle caratteristiche di quest'atto di volontà del paziente vedi, anche, F. Mantovani, Eutanasia, Digesto delle discipline penali, Utet, 1990, spec. pagg. 427-428

²⁷⁾ G. Seminarà, Riflessioni op. cit.(nota 25), pag. 693.

²⁸⁾ G. Seminarà, Riflessioni op. cit.(nota 25), pag. 695.

In questo caso, peraltro, dovrebbe essere rispettata la **libertà di coscienza del medico** e, quindi, il diritto di lasciarsi morire sarebbe concretamente azionabile nei confronti dello Stato cui “*compete il dovere di approntare i mezzi artificiali affinché esso trovi attuazione*”.²⁹⁾

Quest’Autore, infine, rileva la contraddittorietà di quella dottrina che dopo avere affermato che sussiste il diritto di rifiutare le cure, sostiene che “*dinanzi ad ogni malato incosciente il medico deve ritenere che il precedente rifiuto delle cure ha perduto validità*”, con conseguente suo obbligo di intervenire in base al principio “*in dubio pro vita*”.³⁰⁾

4.2 Stortoni³¹⁾, a sua volta, evidenzia che nel diritto penale il problema della “*disponibilità*” della salute e della vita “*si pone di fronte alle aggressioni esterne*” di questi beni, cioè ad opera di un terzo, e non certamente rispetto all’autoaggressione, tant’è che non è punibile l’automutilazione e condivide la dottrina che sostiene che “*ognuno abbia diritto alla propria vita e abbia, quindi, diritto a far cessare la propria vita*”.

Sostiene, inoltre, Stortoni “*non soltanto la liceità penale del suicidio*”, pacifica nel nostro ordinamento, ma anche dell’aiuto al suicidio, sanzionato invece dall’art. 580 c.p., inteso come comportamento che agevola il compimento dell’atto da parte di chi “*ha già assunto autonomamente la decisione di togliersi la vita*” e ribadisce la liceità “*della cosiddetta eutanasia passiva consensuale*”, cioè del rifiuto delle cure che comporta anche “*il diritto dell’individuo al cd. distacco della macchina*” che lo tiene in vita.³²⁾

Anche Giunta³³⁾ sostiene, alla luce dell’art. 32 della Costituzione, l’esistenza di un “*diritto di lasciarsi morire*”, come conseguenza “*dell’incoercibilità del vivere*”.

In quest’ambito, secondo quest’Autore, rientra “*l’eutanasia passiva, ovvero i casi di consensuale cessazione della terapia, la cui liceità oggi è comunemente ammessa*”, “*la scelta dei testimoni di Geova di rifiutare le trasfusioni di sangue anche quando un siffatto trattamento medico costituisce l’unica alternativa a una morte certa*”, “*lo sciopero della fame dei detenuti, anche quando la protesta si trasforma in un gioco mortale*”, e la “*disattivazione del cd. sostegno artificiale in vita da parte del medico*”, a richiesta consapevole del paziente.³⁴⁾

In quest’ultimo caso, sussiste, secondo Giunta, una sostanziale equivalenza della “*condotta attiva*” di distacco dello strumento di sostegno vitale, rispetto a quella “*puramente omissiva*” del medico che sospende la terapia farmacologica, lasciando che la malattia prosegua i suoi effetti negativi sino alla morte del paziente.

Aggiunge Giunta che “*un esame non preconcelto delle norme contenute nel diritto penale*”, con particolare riferimento agli artt. 579 e 580 c.p, consente di “*affermare quantomeno quell’embrione del diritto di morire che è costituito dalla liceità del suicidio*”.³⁵⁾

4.3 Iadecola³⁶⁾ osserva, invece, che le norme della carta fondamentale “*non hanno mai inteso porre in discussione il principio dell’indisponibilità della vita*” e che anche l’art. 32, comma secondo

²⁹⁾ G. Seminara, Riflessioni op. cit.(nota 25), pag. 696.

³⁰⁾ G. Seminara, Riflessioni op. cit.(nota 25), pag. 696-697 e nota 52.

³¹⁾ L. Stortoni, Profili penali dell’eutanasia, in *Famiglia*, 2003, pag. 321-329.

³²⁾ L. Stortoni, Profili penali (nota 31), pag. 326.

³³⁾ F. Giunta, Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo, in *Dir. Pen e Proc.*, 1999, 4, pagg. 403-408.

³⁴⁾ F. Giunta, Eutanasia op. cit. (nota 33), pag. 405.

³⁵⁾ F. Giunta, Eutanasia op. cit. (nota 33), pag. 407; vedi, sul punto della liceità del suicidio, anche le precedenti riflessioni di quest’Autore, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1997, spec. pagg. 83-89, dove, attraverso un’analisi puntuale dei riferimenti normativi, si evidenzia “*che il vincolo alla indisponibilità della vita e dell’integrità opera solo nei confronti delle aggressioni manu alios, non anche nelle ipotesi di autoaggressione, che si pongono in uno spazio non regolato dal diritto e dunque consentito*”.

³⁶⁾ G. Iadecola, Note critiche, op. cit. (nota 22), 477-478.

della Costituzione “*non fornisce in realtà, contrariamente a quanto pure si sostiene, indicazioni che interferiscano in qualche modo con il diritto alla vita “e con il principio della sua indisponibilità”*”. Secondo questo Autore “*non si configura nell’ordinamento il c.d. diritto di morire, inteso come situazione giuridica soggettiva tutelata in modo assoluto , in forza del quale il paziente possa rifiutare anche le cure “salvavita” ed opporre una sorta di veto assolutamente infrangibile, a fronte del quale il sanitario debba arretrare ed astenersi dall’intervenire” e, quindi, “attesa l’inadeguatezza della volontà del paziente a porsi, nelle situazioni di grave rischio ipotizzate, quale vincolante per le scelte del medico, risulta intrinsecamente lecito l’intervento di questi, pur in presenza di una contraria manifestazione di volontà del malato”*”.³⁷⁾

Ribadito che “*il bene della vita*” è un “*bene indisponibile*”, questo Autore afferma che in questi contesti “*la condotta interventista del medico sarebbe scriminata dall’evidente ricorrenza di una situazione di stato di necessità, rilevante ex art. 54 c.p.*”.³⁸⁾

4.4 Diversa è l’opinione di Canestrari³⁹⁾ che, in adesione alla “*letteratura dominante*” afferma che dal disposto di cui all’art. 32, secondo comma, della Costituzione “*deriva il divieto di praticare atti medici senza il consenso del paziente, anche se si tratta di terapie necessarie per la sua sopravvivenza*” e che, quindi, in caso di rifiuto dell’interessato, “*cessa l’obbligo giuridico di curare, afferente alla posizione di garanzia che contrassegna la professione medica*” e “*sorge in capo al sanitario il dovere di rispettare la volontà del paziente*”, con la conseguenza che “*laddove si verifici un’illegittima protrazione delle cure si può configurare il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.)*”.

Secondo quest’Autore, inoltre, “*una volta accertato che il rifiuto delle cure da parte del malato è consapevole ed informato, l’utilizzo dell’espressione eutanasia passiva appare improprio*”.³⁹⁾

La questione, secondo l’opinione di Canestrari “*appare più complessa quando il rifiuto delle terapie comporta l’interruzione tecnica di un sostegno artificiale attivato per garantire il salvataggio del paziente*” come può avvenire quando “*il malato chiede che il sanitario operi la disconnessione del respiratore artificiale o il distacco di un macchinario per il battito cardiaco*”, come nel famoso caso Welby (vedi infra cap. 6.7). In questa ipotesi, infatti, “*si deve confermare la liceità della condotta del medico che rispetta la libertà di autodeterminazione del paziente*”, ma la disconnessione non sarebbe un atto doveroso “*in quanto deve essere garantita anche la libertà del medico di seguire i propri convincimenti etici e deontologici*”.⁴⁰⁾

Questa condivisibile opinione pone giustamente in evidenza la questione della libertà morale del personale sanitario che un legislatore attento a questo problema ha già tutelato, per esempio, rispetto al trattamento relativo all’interruzione di gravidanza, laddove, all’art. 9 l. n. 194/78, ha previsto l’obiezione di coscienza precisandone le condizioni e modalità di esercizio.

Non bisogna, peraltro, dimenticare che nella nostra legislazione l’obiezione di coscienza risulta prevista e codificata in norme specifiche (ad esempio, nella normativa sulla sperimentazione

³⁷⁾ G. Iadecola, Note critiche, op. cit. (nota 22), 479.

³⁸⁾ G. Iadecola, Note critiche, op. cit. (nota 22); contra F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), 466 e segg., vedi infra cap.7 , e O. De Pietro, Il consenso dell’avente diritto e il consenso del paziente, 1988. pagg. 641 e segg..

³⁹⁾ S. Canestrari, Le diverse tipologie di eutanasia : una legislazione possibile, in Riv. It. Med. Leg. XXV, 2003, pag. 763.

³⁹⁾ S. Canestrari, Le diverse tipologie di eutanasia, op. cit. (nota 39), pag. 764, in nota 34.

⁴⁰⁾ S. Canestrari, Le diverse tipologie di eutanasia, op. cit. (nota 39), pag. 764-765; sul fondamento costituzionale del diritto alla libertà di coscienza con conseguente pretesa nei confronti dei poteri dello Stato di non essere costretto ad agire contro i propri convincimenti vedi le riflessioni di G. Dalla Torre, Obiezione di coscienza e valori costituzionali, in L’obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico, a cura di R. Botta, Milano, 1991, pagg. 24 e e segg. e, con particolare riferimento alle problematiche poste dai progressi della scienza e della medicina, in Bioetica e diritto. Saggi, Torino, 1993, pagg. 107 e segg. e 120-122; vedi, da ultimo, sul fondamento dell’obiezione di coscienza, C. Mirabelli, ex Presidente della Consulta, Corriere della Sera, 17/3/07, a commento dell’appello ,16/3/07, dell’Accademia Pontificia sulla vita all’obiezione di coscienza a salvaguardia della vita.

scientifico con utilizzo degli animali (l. n. 413/93) e, in passato, in quella sul servizio militare obbligatorio.

Salvo ritenere che dai principi fondamentali della nostra costituzione sia desumibile, in via generale, un diritto di libertà di coscienza che garantisca ciascuno dalla possibile imposizione di comportamenti che contrastano con i propri convincimenti etici, occorre, quindi, un intervento del legislatore che, nel regolamentare la relazione professionista della sanità-paziente, garantisca specificamente l'esercizio dell'obiezione di coscienza da parte dei sanitari, precisando le condizioni e le modalità di esercizio.

Un intervento del legislatore eviterebbe anche possibili incriminazioni ex art. 328 c.p. a carico degli operatori del servizio sanitario nazionale che indebitamente rifiutassero di compiere un'attività medica di loro competenza appellandosi all'obiezione di coscienza.

È evidente, infatti, che lo Stato deve garantire anche l'attuazione concreta del diritto del paziente di rifiutare tutte le cure non desiderate, anche quelle di sostegno vitale attuate tramite strumenti meccanici.

4.5 È interessante notare che anche Lecaldano, laddove sostiene che esiste *“un diritto morale a morire”*, nega che si tratti di un diritto dal punto di vista giuridico, cui corrisponde automaticamente un dovere di riconoscerlo da parte degli altri⁴¹⁾ tant'è che, entrando nella prospettiva della *“teoria etica dei diritti”* sostiene che deve essere comunque *“salvaguardata la possibilità di obiezione da parte del personale sanitario le cui prese di posizione fossero ispirate al principio di non disponibilità della vita”*.⁴²⁾

Anche Barbera, pur negando l'esistenza nel nostro ordinamento costituzionale di *“un diritto a morire”*, afferma che *“la persona cosciente può rifiutare un determinato trattamento sanitario purché questo non provochi un danno alla collettività”* e, quindi, ritiene non tutelato il rifiuto di *“una vaccinazione obbligatoria”* o di curare *“una malattia epidemica”*, mentre ritiene *“contrario alla dignità della persona imporre un trattamento obbligatorio nei confronti di chi, in modo cosciente, in grado cioè di esercitare la propria libertà, rifiuta l'assunzione del cibo e dei liquidi per sciopero della fame della sete”* ovvero *“imporre il prolungamento di un determinato trattamento terapeutico contro la volontà del paziente”*.⁴³⁾

Quest'Autore giustamente sottolinea, peraltro, che il genitore esercente la potestà sul figlio minore non ha il diritto di rifiutare per quest'ultimo la trasfusione di sangue salvavita, come da giurisprudenza ormai consolidata sul punto.

4.6 Appare preferibile, secondo la nostra opinione, la tesi dottrina che valorizza il disposto dell'art. 32 della Cost. in tema di rifiuto delle cure, in combinazione con l'art. 13 della Cost. che garantisce la libertà di ciascuno anche nella gestione del proprio corpo rispetto all'attività degli operatori sanitari.⁴⁴⁾

Invero, come sottolineato anche dal Gemma⁴⁵⁾ la medicina, anche se utilizzata a scopo benefico, non può divenire uno strumento di violenza nei confronti di chi rifiuta l'intervento, con la consapevolezza delle conseguenze del suo gesto; altrimenti il medico finirebbe con il sostituirsi in modo arbitrario al legislatore nello stabilire quali terapie dovrebbero essere eseguite

⁴¹⁾ E. Lecaldano, Bioetica, op. cit. (nota 7) pag. 79.

⁴²⁾ E. Lecaldano, Bioetica, op. cit. (nota 7) pag. 126.

⁴³⁾ A. Barbera, Eutanasia : Riflessioni etiche, storiche e comparatistiche, in, Eutanasia e diritto, Confronto tra discipline, S. Canestrari, G. Cimbalo e G. Pappalardo (a cura di), 2003, pag. 2 e segg.

⁴⁴⁾ Ci si è consentito sul punto, anche un rimando al saggio di S. Fucci, Rilevanza giuridica del rifiuto delle cure da parte del paziente, in Bioetica Riv. Int., 2000, pagg. 123-132.

⁴⁵⁾ G. Gemma, Vita (diritto alla), op. cit. (nota 1), pag. 686.

obbligatoriamente al solo scopo, peraltro, di perseguire l'esclusivo interesse del malato, in palese contrasto con l'art. 32 Cost..

Inoltre, rispetto ai Testimoni di Geova che rifiutano le trasfusioni di sangue per motivi religiosi, verrebbe anche messo in discussione il principio costituzionale della libertà di religione di cui all'art. 19 Cost. qualora, nonostante il dissenso dell'interessato, il medico procedesse comunque al trattamento in oggetto allo scopo di salvargli la vita.⁴⁶⁾

4.7 Il richiamo, inoltre, all'art. 54 c.p. per scriminare l'operato del medico che interviene nonostante l'esplicito dissenso dell'interessato non appare pertinente anche perché una norma ordinaria non può, evidentemente, avere la forza di superare un precetto costituzionale come quello di cui all'art. 32, 2 comma, Cost. che non pone la vita del paziente al di sopra della sua stessa libertà.⁴⁷⁾

L'art. 54 c.p., in ogni caso non può validamente integrare il presupposto - una "legge" - in base al quale un trattamento sanitario può essere imposto come obbligatorio ex art. 32 Cost. sopra citato, stante il suo carattere estremamente generico e assolutamente non specifico, che è in insanabile contrasto con la stessa "riserva di legge" prevista nella materia che ci occupa dalla carta fondamentale.

Secondo De Pietro, medico-legale, "tra attività medico-chirurgica, tradizionale o d'avanguardia, e la scriminante dell'art. 54 esiste un'inconciliabilità assoluta", perché "la necessità medica è una cosa diversa" dallo stato di necessità previsto da questa norma penale. In ogni caso "se il paziente può manifestare validamente la sua volontà e dissente, nonostante l'urgente necessità terapeutica, il medico deve desistere, perché il soggetto, pur se non ha il diritto di suicidarsi, ha però il diritto di trascurarsi, di non curarsi, di essere ammalato, di lasciarsi morire".⁴⁸⁾

Quest'Autore, quindi, si contrappone alla tesi dello Iadecola che sostiene che le condotte autolesionistiche del paziente sarebbero in contrasto anche con lo "spirito solidaristico che anima la carta costituzionale (artt. 2 e 4, comma 2; Cost.)" perché pregiudicherebbero "l'adempimento di quei doveri inderogabili di solidarietà che il costituente pone accanto alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e in stretta relazione con questi".⁴⁹⁾

Secondo Iadecola, in sostanza, da una corretta interpretazione della Carta fondamentale emergerebbe un **dovere di curarsi** e **non un diritto di curarsi** oppure **di rifiutare le cure** (grassetto nostro).

4.8 Rodotà, invece, nel suo ultimo saggio, evidenzia che nel nostro ordinamento esiste un "diritto alla cura", ma anche un "diritto alla malattia" inteso "non solo come diritto ad essere curato, ma anche come diritto a non essere discriminato", perché affetto da una determinata malattia e, infine, anche "un diritto a non essere curato".⁵⁰⁾ Si è, infatti, rafforzato nel tempo, il potere decisionale degli interessati con l'affermazione del principio del "consenso informato" che ha comportato "un

⁴⁶⁾ Vedi, sul punto, anche F. Modugno, Trattamenti sanitari "non obbligatori" e costituzione, in D.S., 1982, 314; sulla particolare rilevanza, nel caso dei testimoni di Geova, delle convinzioni religiose, vedi, anche, E. Quadri, Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto, Resp. Civ. 2002, 925-948, spec. 947; vedi, per un esame della complessa problematica medico-legale posta dei testimoni di Geova, con riflessioni, in parte, di contenuto diverso da quelle da noi sostenute, F. Dubolino, G. L. Marella e M. A. Apostol, Trasfusioni di sangue e suoi derivati. Implicazioni medico-legali, Riv. It. Med. Leg. 2002, pagg. 727-757; vedi, infine, sul punto, le riflessioni di O. Muramoto, Bioethical aspects of recent changes in the policy of refusal of blood by Jehovah's Witness, B.M.J., 2001, 322, 37-39, che sottolinea, tra l'altro, la necessità di verificare le opinioni e le preferenze del singolo paziente rispetto alle trasfusioni.

⁴⁷⁾ Vedi, sul punto, anche F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pagg. 452-453.

⁴⁸⁾ De Pietro, Il consenso, op. cit. (nota 38), pagg. 642-644.

⁴⁹⁾ G. Iadecola, op. cit. (nota 22), pag. 478.

⁵⁰⁾ S. Rodotà, La vita e le regole, tra diritto e non diritto, Feltrinelli, 2006, pag. 237.; vedi, tra i civilisti, in senso analogo, anche E. Quadri, Il codice deontologico medico, op. cit. (nota 46), spec. pagg. 945-946, che nega che la cd. "posizione di garanzia del medico" possa legittimare un'imposizione della cura non voluta.

passaggio del potere decisionale dal medico al paziente” che è colui “che ha l’esclusivo potere di accettare o rifiutare la cura”, “di sceglierne le modalità”, evidentemente “nell’ambito di ciò che è legittimamente disponibile”, “di determinarne i limiti”.⁵¹⁾

In questo contesto diventa concreto il “diritto di morire con dignità”, rifiutando “il cosiddetto accanimento terapeutico e richiedendo anche terapie del dolore che possono determinare un abbreviarsi della vita” e perde valore la “nozione di cura” fondata esclusivamente sul principio di beneficalità, solo apparentemente oggettivo.⁵²⁾

Dal collegamento, sempre più stretto, tra “cura e volontà della persona interessata” emerge, secondo Rodotà, anche il diritto di rifiutare le cure per motivi soggettivi, tra cui rientrano le ragioni religiose, “anche in situazioni in cui la guarigione sarebbe sicura e piena”.⁵³⁾

Ritiene, a sua volta, Del Corso che la posizione di garanzia del medico viene meno davanti al dissenso del paziente rispetto al trattamento propostogli e che “non si può certo negare ad uomo il diritto di scegliere di “rischiare” la morte per cercare di attribuire un senso alla propria vita oppure il diritto di morire con dignità”.⁵⁴⁾

Sostiene quest’Autore che se il medico, per vincere il rifiuto del paziente ad essere sottoposto ad un trattamento terapeutico, tiene un condotta violenta o minacciosa per costringerlo a subire l’intervento è ipotizzabile a suo carico il delitto di cui all’art. 610 c.p., salva la configurabilità del sequestro di persona ex art. 605 c.p. qualora “la terapia realizzata presuppone un’apprezzabile menomazione della libertà del paziente” dissenziente.⁵⁵⁾

Anche quest’Autore è critico sull’utilizzo dello strumento dello stato di necessità per superare il dissenso del paziente, anche perchè “l’art. 54 c.p., lungi dal rappresentare una disposizione espressamente rivolta a disciplinare il trattamento obbligatorio medico-chirurgico, disciplina, invece, una causa di giustificazione di carattere generale”.⁵⁶⁾

⁵¹⁾ S. Rodotà, La vita, op. cit. (nota 50), pag. 238.

⁵²⁾ S. Rodotà, La vita, op. cit. (nota 50), pag. 238.

⁵³⁾ S. Rodotà, La vita, op. cit. (nota 50), pag. 238; vedi, sul punto, anche le precedenti riflessioni di quest’Autore, Repertorio di fine secolo, Laterza, 1992, spec. pag. 227-228

⁵⁴⁾ S. Del Corso, Il consenso del paziente nell’attività medico-chirurgica, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1987, pagg. 536-574, spec. 571.

⁵⁵⁾ S. Del Corso, Il consenso, op. cit. (nota 54), pag. 572.

⁵⁶⁾ S. Del Corso, Il consenso, op. cit. (nota 54), pagg. 569-570.

5. Gli interessi e i doveri in gioco e in potenziale conflitto tra di loro nel rapporto medico-paziente.

Viganò, affrontando specificamente la questione degli “*interessi*” o “*valori*” in conflitto nella relazione medico-paziente (“*tutela della vita*” da un lato e “*tutela della libertà e integrità fisica dello stesso paziente*” dall’altro lato), evidenzia che si tratta di beni che fanno capo allo stesso soggetto, che, quindi, può legittimamente scegliere quale tutelare in concreto; esclude, inoltre, che sia possibile utilizzare correttamente la scriminante dell’art. 54 c.p. per superare il rifiuto delle cure perché è “*uno strumento inidoneo a fornire una risposta sufficientemente precisa*” alla domanda fondamentale “*può il medico intervenire sul paziente dissenziente per salvargli la vita o deve il medico astenersi dall’intervento e assistere, impotente, alla sua morte ?*”.⁵⁷⁾

Infatti l’art. 54 c.p. non contiene una indicazione precisa sul comportamento da tenere nelle singole fattispecie e, quindi, offre ai consociati una soluzione normativa incerta perché, in sostanza, lasciata alla volontà del soggetto che si trovi, in un determinato contesto, a valutare se intervenire o meno.

Quest’Autore evidenzia anche “*la pericolosità dello strumento dello stato di necessità “giustificante” in ordine a conflitti tra interessi di altissimo rango costituzionale*”, qualora si volesse utilizzare l’art. 54 c.p. “*come norma autorizzativa di interventi sanitari coattivi*”, con violazione anche della “*riserva di legge*” contenuta nell’art. 32, co. 2, della Cost. che non può “*essere soddisfatta da una norma dai contorni assolutamente generici come l’art. 54 c.p.*”.⁵⁸⁾

Né, a suo giudizio, sarebbe applicabile all’attività medica l’art. 54 c.p. “*in senso scusante*” perché non si può ipotizzare in capo al sanitario “*alcun turbamento motivazionale di fronte ad accadimenti che rientrano nella sua quotidiana esperienza professionale, in costante contatto con la vita e la morte*”.⁵⁹⁾

Quest’Autore, dopo avere criticato fortemente “*l’attuale situazione normativa in tema di trattamento medico*” per la mancanza di “*regole chiare per tutta una serie di ipotesi ampiamente prevedibili e ipotizzabili*”, ritiene che la classica situazione del “*medico che si veda opporre da un paziente gravemente anemico un netto rifiuto dell’emotrasfusione che sola potrebbe salvargli la vita*”, debba essere affrontata attraverso “*la problematica del conflitto dei doveri*”.

In questa situazione, infatti, esiste il conflitto tra il divieto “*di commettere violenza privata o altri fatti di reato nei confronti del paziente e l’obbligo di impedirne la morte (o comunque di prestargli soccorso ex artt. 328 e/o 593 c.p., allorché non sia ravvisabile una posizione di garanzia nei confronti del paziente)*”.⁶⁰⁾

Viganò, quindi, partendo dal presupposto che “*ogni trattamento dal quale scaturisca un’alterazione anatomica e/o funzionale dell’organismo*” integra “*un fatto di lesioni personali*”, e che il “*presupposto normale della liceità del trattamento*” è costituito dal “*consenso del paziente*”, dopo avere contestato l’opinione di chi ritiene che il consenso del paziente non possa operare come causa di giustificazione in forza dell’art. 50 c.p. in quelle ipotesi in cui la tutela della salute viene perseguita attraverso l’asportazione di un organo ovvero di un arto, in apparente violazione dell’art. 5 del c.c., afferma che il conflitto di doveri sopra menzionato deve essere risolto, in caso di valido rifiuto del trattamento da parte del paziente, attraverso la prevalenza del “*dovere di astensione*” del medico, rispetto al concorrente dovere di intervento.⁶¹⁾

Secondo quest’Autore, infatti, il rifiuto delle cure da parte del paziente “*capace di autodeterminarsi*” comporta la delimitazione del contenuto dell’obbligo di garanzia del sanitario

⁵⁷⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pagg. 451 e segg. e 466 e segg..

⁵⁸⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pagg. 468-469.

⁵⁹⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pagg. 470-471.

⁶⁰⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pagg. 472-473.

⁶¹⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op.cit. (nota 2), pagg. 520-527; vedi, sulla ratio dell’art. 5 del c.c.. e sui rapporti con l’art. 50 c.p., anche F. Giunta, Diritto di morire, op. cit. (nota 35) pagg. 86-88.

che dovrà continuare ad assistere l'interessato nei limiti in cui lo stesso lo consente anche perché ogni "posizione di protezione" dalla quale scaturisce un obbligo ex art. 40, co. 2, c.p. , "presuppone una situazione di incapacità, totale o parziale, del titolare del bene "protetto" a tutelarsi da sé contro i pericoli che minacciano il bene".

In sostanza "affidandosi ad un medico, un paziente autoresponsabile lo costituirà sì garante della propria salute, ma non certo signore assoluto di essa", in quanto la responsabilità ultima di scegliere se sottoporsi ad un determinato intervento continuerà a gravare sull'interessato.⁶²⁾

Il diritto alla salute non può correttamente essere trasformato "in un dovere di mantenersi in vita e in buona salute, del quale non v'è traccia nella Costituzione" e, d'altra parte, "per l'ordinamento risulta in definitiva più importante il rispetto del divieto di ledere una posizione di "diritto fondamentale" del cittadino" – quale quella discendente dall'art. 32, secondo comma, Cost. – che l'inadempimento "dell'obbligo di soccorrere" chi non desidera essere soccorso avendo già effettuato una scelta consapevole di rifiuto del trattamento propostogli.⁶³⁾

Anche quest'Autore, quindi, prende posizione in favore del diritto del paziente, capace di autodeterminarsi nell'attualità, di scegliere se e come curarsi ovvero di rifiutare un trattamento che non ritiene opportuno che si svolga sul suo corpo, con conseguente dovere del sanitario di rispettare la volontà dell'interessato per non incorrere nella violazione dei precetti penali posti a tutela della libertà morale (artt. 610 e 613 c.p.) di ciascuno ovvero della stessa libertà fisica delle persone da contenzioni fisiche ingiustificate (605 c.p.).

⁶²⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pagg. 524-525.

⁶³⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pag. 527; vedi, sull'ambito di operatività dell'art. 593 del c.p. nei confronti del suicida. F. Giunta, Diritto di morire, op. cit. (nota 35) pag.. 88, che afferma che il dovere di soccorrere "opererà solo in capo a chi, ad azione compiuta, trovi il suicida in stato di incoscienza".

6. La giurisprudenza sul consenso informato e sul rifiuto delle cure.

La giurisprudenza sul consenso informato è, ormai, molto numerosa e sotto molti punti di vista, consolidata alla luce dei principi fondamentali stabiliti dalla Suprema Corte circa la rilevanza del dovere del medico di informare adeguatamente chi chiede la sua consulenza o il suo intervento e della volontà dell'interessato rispetto alle scelte sulle cure che intende effettuare nel caso concreto.

In questa sede ci soffermeremo, pertanto, solo su alcune decisioni della giurisprudenza, sia in sede penale che in sede civile, che abbiamo ritenuto significative ai fini della nostra ricerca perché hanno affrontato le questioni attinenti al rifiuto delle cure che mette a rischio la vita dell'interessato.

Una prima casistica riguarda i Testimoni di Geova che, se effettivamente credenti, notoriamente rifiutano le trasfusioni di sangue loro proposte dai medici per ragioni di carattere religioso e solo per questa ragione.

Questo rifiuto ha comportato, soprattutto in passato, di norma, un conflitto con i medici curanti che spesso hanno rivendicato il loro potere di intervenire a salvaguardia del bene salute e del bene vita del malato da loro assistito.

In alcune situazioni il conflitto ha trovato una soluzione all'interno della relazione medico-paziente, mentre in altre è sfociato in giudizi penali e, recentemente, anche civili.

È opportuno sottolineare, peraltro, che in alcuni casi i medici che hanno rispettato il rifiuto alla trasfusione opposto dal Testimone di Geova sono stati sottoposti a procedimento penale per omicidio colposo per non essere intervenuti per impedire l'evento morte, poi verificatosi a causa dell'omissione del trattamento in oggetto.

Un'altra casistica concerne invece il rifiuto delle cure da parte di soggetti che non motivano questo comportamento con ragioni di carattere religioso, ma rivendicano, in sostanza, il loro diritto di non essere sottoposti ai trattamenti loro proposti dai medici e, talvolta, superato l'episodio critico, chiedono di essere dimessi dall'ospedale dove sono stati ricoverati, anche in via d'urgenza.

La risposta della giurisprudenza a queste istanze, tutte in vario modo collegate con un principio di libertà, non è sempre stata univoca e, quindi, può essere utile analizzare le ragioni poste a fondamento delle relative decisioni, cominciando da quelle che riguardano i Testimoni di Geova.

6.1 Il caso A.L. – G.I.P. Messina sent. n. 186/95.

Questo caso riguarda un paziente, testimone di Geova, che viene accompagnato “*in stato di shock*” presso il pronto soccorso di un nosocomio di Taormina perché affetto da “*ipotensione e fibrillazione*” e poi inviato in autoambulanza presso altro ospedale in seguito al peggiorare delle sue situazioni cliniche. Durante il tragitto insorgeva un improvviso arresto respiratorio e, pertanto, il paziente veniva trasportato presso il vicino Policlinico universitario di Messina e ricoverato nel reparto di rianimazione con diagnosi di “*gravissimo stato di shock da emipertoneo, coma ed insufficienza respiratoria in paziente emofiliaco*”.

Prospettata la necessità di un intervento chirurgico d'urgenza, la moglie del paziente informava i medici dell'appartenenza del marito alla Congregazione dei Testimoni di Geova e si opponeva all'intervento per il quale erano indicate trasfusioni di sangue che contrastavano con il credo religioso dell'interessato. I medici, dopo avere tentato invano di convincere i familiari presenti della necessità dell'intervento e delle trasfusioni, facevano loro sottoscrivere una dichiarazione con la quale si assumevano “*ogni responsabilità per il rifiuto del trattamento chirurgico e della terapia trasfusionale*”. In seguito al decesso del paziente, il P.M. ipotizza un concorso nel reato di “*omicidio doloso*”, in danno del predetto, di sua moglie e dei due sanitari che non avevano proceduto all'intervento chirurgico, ritenuto unica terapia idonea a salvare la vita dell'interessato.

Il G.I.P., all'esito dell'udienza preliminare, dichiara non doversi procedere a carico dei tre imputati “*perché il fatto non sussiste*”.

In motivazione il G.I.P., per quel che interessa in questa sede, osserva che in base alla perizia disposta, l'intervento prospettato era in realtà inutile perché, date le condizioni del paziente, l'esito mortale sarebbe stato praticamente certo e che *“appare in ogni caso difficilmente condivisibile l'assunto circa l'esistenza di un obbligo dei sanitari di attivarsi per impedire l'evento, pur in presenza di un dissenso espresso del paziente o delle persone che lo rappresentano”*.

Aggiunge, tra l'altro, il G.I.P. che *“per costante orientamento giurisprudenziale, solo il consenso del paziente può escludere l'antigiuridicità delle lesioni procurate attraverso il trattamento chirurgico”*, che *“nel nostro ordinamento giuridico la salute viene in rilievo come diritto individuale che, pur interferente con l'interesse sociale, non legittima trattamenti sanitari obbligatori fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge”* e che la tesi dell'organo dell'accusa, *“discutibile in ipotesi di intervento chirurgico con buone probabilità di esito favorevole”*, è certamente infondata *“in presenza di un intervento ad alto rischio”* quale quello ipotizzato dai medici, dato che, in quest'ultima situazione integrante *“accanimento terapeutico sulla persona del malato”*, ogni scelta deve essere rimessa al paziente e ai suoi familiari, adeguatamente informati e consigliati dai sanitari.

Questo provvedimento⁶⁴⁾, è stato oggetto di annotazioni critiche da parte di Iadecola e Fiori⁶⁵⁾ laddove ha dato rilevanza alla volontà dei familiari del paziente in relazione alle cure da non effettuare, in quanto il loro dissenso doveva essere ritenuto irrilevante difettando ogni potere di rappresentanza dell'interessato.

È stato, altresì, osservato da questi Autori che nessuna rilevanza potevano avere nel caso di specie la mera qualità di appartenente alla congregazione dei Testimoni di Geova del paziente e anche eventuali pregresse manifestazioni di volontà dell'interessato contrarie alle trasfusioni, **difettando il necessario requisito dell'attualità.**⁶⁶⁾

Secondo Iadecola e Fiori i sanitari, in base al disposto di cui all'art. 54 c.p., avrebbero potuto procedere all'intervento medico utile e improcrastinabile a tutela della vita del paziente incosciente, anzi avrebbero dovuto intervenire in attuazione dei doveri nascenti dalle loro posizioni di garanzia.⁶⁷⁾

Aggiungono, questi Autori che l'esercizio, da parte del paziente, del suo diritto di autodeterminazione incontra, in linea generale, *“un limite preciso allorché ad esso consegua il sacrificio del bene della vita”*, trattandosi di **bene indisponibile** e che queste conclusioni non sono contraddette dal dettato costituzionale dato che l'art. 32 Cost., come si evince dagli atti dell'Assemblea Costituente, fu approvato *“con l'intendimento specifico di vietare esperimenti scientifici sul corpo umano che non fossero volontariamente accettati dal paziente”* e *“di proteggere la salute del singolo da illecite interferenze da parte dei pubblici poteri”*.⁶⁸⁾

Di diverso contenuto il commento di Santosuosso⁶⁹⁾ che, richiamando la normativa costituzionale di cui agli artt. 13 e 32 Cost., e anche il parere del Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) del 20/6/92, su *“Informazione e consenso all'atto medico”*, afferma che il paziente cosciente ha diritto di rifiutare consapevolmente tutti i trattamenti proposti dai curanti.

Secondo quest'Autore, inoltre, *“se la volontà del paziente, in quanto espressione di diritti di rango costituzionale (artt. 13 e 32 Cost.), è il cardine della regolamentazione giuridica del rapporto medico-paziente, si dovrà allora ricorrere, quando il paziente non è capace, a criteri che comportino il minor scostamento possibile da quel cardine”* in quanto la perdita della capacità non

⁶⁴⁾ Risulta pubblicato su Riv. It. Med. Leg., 1996, 1, pagg. 302-318 e Dir. Pen. e Proc., 1996, 2, 202-204.

⁶⁵⁾ G. Iadecola e A. Fiori, Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto *“diritto di morire”*, criteri per l'accertamento del nesso di causalità, Riv. It. Med. Leg., 1996, 1, pagg. 302-318, spec. pagg. 307-308.

⁶⁶⁾ G. Iadecola e A. Fiori, Stato di necessità medica, op. cit. (nota 65), pag. 309.

⁶⁷⁾ G. Iadecola e A. Fiori, Stato di necessità medica, op. cit. (nota 65), pagg. 309-311.

⁶⁸⁾ G. Iadecola e A. Fiori, Stato di necessità medica, op. cit. (nota 65), pagg. 313 e 315.

⁶⁹⁾ A. Santosuosso, Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari, Dir. Pen. e Proc., 1996, 2, pagg. 204-208, spec. pagg. 205-206.

rende di per sé irrilevante la volontà della persona, ma comporta solo la necessità di distinguere tra le varie possibili situazioni.⁷⁰⁾

Santosuosso, in particolare, ritiene vincolante per i medici la volontà espressa dal paziente, informato delle sue condizioni di salute e sui trattamenti possibili, diretta a regolare i trattamenti “*che stiano per essere eseguiti o che siano prevedibili nella sviluppo di una patologia che è già in atto*”, mentre considera non “*immediatamente vincolante*” una dichiarazione di volontà manifestata da un soggetto non in stato di malattia e, quindi ipotetica e non informata.⁷¹⁾

Osserva, ancora, quest’Autore che i familiari possono assumere il ruolo di testimoni qualificati della volontà espressa in precedenza dal diretto interessato e, in quest’ultimo caso, ogni questione si incentra sull’attendibilità della testimonianza e sul valore da attribuire al contenuto dei fatti riportati dal teste che possono essere riferiti “*ad una effettiva volontà sui trattamenti sanitari conosciuti e di imminente esecuzione*” ovvero ad “*una volontà meramente ipotetica*”.

Tra le due opinioni sopra sintetizzate appare complessivamente preferibile quella espressa da Santosuosso perché più aderente al dettato costituzionale.

Non appare, in particolare, condivisibile l’opinione espressa da Iadecola e da Fiori in relazione al significato da attribuire all’art. 32, secondo comma, della Costituzione, dato che l’intenzione dei costituenti non è idonea a vincolare l’interprete e, comunque, il testo di questa norma risulta formulato in modo tale da perdere ogni riferimento alle questioni relative alla sperimentazione che non viene ivi menzionata.

Il tenore, poi, di questa norma appare particolarmente significativo laddove introduce la riserva di legge per l’imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio e specifica che “*la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”, così vincolando anche il legislatore ordinario al rispetto della dignità della persona interessata (grassetto nostro).

Non appare, peraltro, del tutto condivisibile l’orientamento espresso da Santosuosso in relazione alle dichiarazioni anticipate relative a volontà astratte e ipotetiche, perché espresse fuori del contesto della patologia e senza adeguata informazione.

A nostro parere, ad esempio, le direttive anticipate (D.A.) espresse in stato di benessere dai Testimoni di Geova che rifiutano le emotrasfusioni, hanno un forte valore morale e giuridico in quanto manifestate per motivi religiosi e, quindi, non possono essere facilmente disattese dai curanti, perché l’aderenza ad una congregazione rappresenta, di norma e salvo prova contraria, una scelta di vita che va rispettata.

D’altra parte lo stesso Santosuosso afferma che potrebbe avere valore vincolante la volontà astratta, espressa in stato di benessere, se poi il soggetto, a causa, ad esempio, di un incidente stradale, perde, in modo irreversibile la coscienza e, contemporaneamente, perviene in uno stato di malattia nel quale rileva quella volontà anticipata che rimane l’ultima riferibile all’interessato che non ha avuto la possibilità di confermarla dopo il sinistro.⁷²⁾

6.2 Il caso U. D.L. – Pretura Penale Roma – sentenza 3/4/97.

Questo caso riguarda un paziente, Testimone di Geova che, in seguito ad un incidente stradale con conseguenti gravi traumi, viene ricoverato in un nosocomio e sottoposto ad interventi chirurgici, correttamente eseguiti dai medici.

Durante la degenza si prospetta la necessità di procedere a trasfusioni di sangue, ma il paziente aveva manifestato in precedenza, sin dall’anamnesi, il suo rifiuto di questa terapia per motivi

⁷⁰⁾ A. Santosuosso, Rifiuto di terapie, op. cit. (nota 69), pag. 207.

⁷¹⁾ A. Santosuosso, Rifiuto di terapie, op. cit. (nota 69), pag. 207.

⁷²⁾ A. Santosuosso, Rifiuto di terapie, op. cit. (nota 69), pag. 207 e nota 14, nonché le riflessioni di quest’Autore, La decisione sulle cure quando il paziente è incapace, in *Medicina e Diritto*, M. Barni. A. Santosuosso (a cura di), Giuffrè Ed., 1995, specificamente pag. 165.

religiosi, rifiuto confermato anche da documentazione sottoscritta dall'interessato e allegata alla cartella clinica.

I medici, decidono di continuare ad assistere il paziente nel rispetto della sua volontà, senza, peraltro, riuscire ad evitare il decesso e, quindi, vengono tratti a giudizio per omicidio colposo per non avere eseguito la terapia trasfusionale la cui omissione ha determinato l'evento fatale.

Il Pretore assolve i sanitari dal reato loro contestato osservando, tra l'altro, che *“la responsabilità penale dei sanitari che hanno omissso la terapia emotrasfusionale, indispensabile per assicurare la sopravvivenza del paziente, potrebbe essere affermata solo laddove si potesse sostenere che i medici che avevano in cura il paziente avessero l'obbligo giuridico di intervenire coattivamente, sovrapponendo la loro iniziativa terapeutica alla convinzione religiosa dell'assistito...”*; che *“detta costruzione della responsabilità penale per una condotta omissiva è chiaramente imposta dal principio di diritto espresso dall'art. 40, comma secondo, c.p. atteso che solo il non impedire un evento che si ha “l'obbligo giuridico di impedire” equivale a cagionarlo per cui deve trattarsi non di un dovere ricavabile dai principi etici o d'altro genere, bensì di un obbligo imposto da una esplicita norma scritta vigente nell'ordinamento”*; che *“sotto questo aspetto, l'unico che può essere considerato in sede di accertamento della responsabilità penale, deve anzitutto ricordarsi che il principio informatore in materia di trattamenti sanitari obbligatori si rinviene nell'art. 32, secondo comma, Costituzione dove è stabilita una espressa e insuperabile riserva di legge, per cui ogni trattamento sanitario deve essere di norma preceduto dal consenso del paziente e un eventuale dissenso è superabile solo laddove un'esplicita norma lo consenta, prevedendo in quel caso la possibilità, rectius il dovere, di intervenire coattivamente...”*; che *“nel caso di specie non si rinviene alcuna norma che avesse potuto imporre il trattamento emotrasfusionale coattivamente, tant'è che il Procuratore della Repubblica, pur interpellato, non ha potuto adottare alcun provvedimento autorizzatorio od impositivo del trattamento sanitario proprio perché non gli era consentito da alcuna norma di legge”*.

Il Pretore, in questa condivisibile sentenza,⁷³⁾ ha escluso che, in presenza di un consapevole dissenso manifestato dall'interessato, sussisteva nella fattispecie il dovere giuridico, per i sanitari, di intervenire per salvare la vita al paziente, stante la libertà di curarsi o non curarsi sancita, in via generale, dall'art. 32 della Carta fondamentale e mancando nel nostro ordinamento una specifica *“legge”* che impone in maniera esplicita l'obbligatorietà del trattamento sanitario di cui si discute.

Né è possibile, per sostenere l'esistenza di un obbligo di procedere alla trasfusione, fare ricorso al D.M. Sanità 1/9/95, entrato peraltro in vigore dopo i fatti di cui si discute nella sentenza, che, all'art. 4, comma terzo, stabilisce che *“quando vi sia un pericolo imminente di vita, il medico può procedere a trasfusione di sangue anche senza il consenso del paziente”* e che *“devono essere indicate nella cartella clinica, in modo particolareggiato, le condizioni che determinano tale stato di necessità”*, trattandosi di un *“decreto ministeriale”* e non di una *“legge”* in senso formale.

Il D.M. in oggetto sembra, peraltro, fare riferimento alla situazione in cui vi è *“mancanza”* di consenso e non, invece, un *“esplicito dissenso”* del paziente come nel caso in esame.

D'altra parte la trasfusione di sangue non potrebbe essere imposta per legge come trattamento sanitario obbligatorio in quanto un T.S.O. non può validamente essere diretto solo a curare la salute dell'interessato, ma, alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale riportate nel primo capitolo di questo lavoro, deve rispondere anche ad una esigenza di tutela della salute di terzi soggetti ovvero dell'interesse della collettività rispetto alla salute della comunità.

È opportuno, peraltro, evidenziare che le valutazioni sulla sentenza in questione espresse nelle richiamate note da parte della dottrina penale e medico-legale sono state diverse, anche fortemente critiche.

Zangani, in particolare, nel suo commento dal punto di vista medico-legale, ha osservato che si tratta di una decisione *“assai opinabile”* accettabile solo *“in astratto”*, sulla base del principio che

⁷³⁾ Risulta pubblicata e commentata in varie riviste tra cui, La Giustizia Penale, 1998, II, 659-665, con note di P. Zangani e P. Avecone, Cassazione Penale, 1998, 950-958, con nota di G. Iadecola e Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1998, 1422-1436, con nota di A. Vallini.

impone al medico di desistere dalla sua attività di cura “*in caso di esplicito rifiuto del paziente capace di intendere e volere*”, ma “*criticabile qualora inquadrata nel caso concreto*” perché non ha chiarito se il paziente fosse effettivamente in grado di manifestare validamente le sue volontà rispetto alla trasfusione.⁷⁴⁾

Secondo quest’Autore, trattandosi di soggetto gravemente traumatizzato, che aveva riportato lesioni interne con emorragia, si può ragionevolmente dubitare della sua capacità di rifiutare il trattamento con la consapevolezza dei rischi vitali cui il paziente poi è andato incontro.

Sottolinea, inoltre, Zangani che le preventive dichiarazioni sottoscritte dall’interessato, quando si trovava in uno “*stato di benessere*” non possono avere lo stesso “*valore giuridico vincolante*” per il medico “*in quanto prive del necessario requisito dell’attualità*” .

In realtà, nel caso di specie, vi è stato un dissenso del paziente espresso, non solo attraverso la documentazione (cartellino “*niente sangue*”) di solito utilizzata da questi malati per far conoscere le proprie volontà rispetto alle trasfusioni a causa del loro credo religioso, ma anche direttamente ai sanitari del nosocomio ove è stato ricoverato, durante l’anamnesi.

In ogni caso il requisito dell’attualità, che la dottrina ha evidenziato come necessario per un valido dissenso informato, non può essere inteso come “*contestualità*” tra manifestazione di volontà dell’interessato e intervento del medico che, invece, viene eseguito di norma successivamente rispetto alla fase temporale in cui il paziente effettua le sue scelte.

Nel caso di specie, inoltre, la perdurante validità di un’espressione di volontà di rifiuto della trasfusione manifestata, in ipotesi, solo in epoca precedente, quando il paziente non si trovava in uno stato di malattia, potrebbe essere difficilmente contestata in mancanza di una revoca esplicita o per facta concludentia operata dall’interessato.

Avecone, a sua volta, critica la decisione in oggetto sostenendo, tra l’altro, che “*è assolutamente pacifico che la vita è un bene indisponibile, per cui neppure il titolare può legittimamente rinunciarvi*”, che “*omettere di praticare una trasfusione che, come nel caso di specie, certamente avrebbe salvato la vita del paziente, realizza in pieno l’omicidio del consenziente*”, che non esiste “*alcuna disposizione, anche solo regolamentare, che autorizzi i medici a non curare*”, e che, comunque, le norme deontologiche non costituiscono principi di carattere “*giuridico*” (grassetto nostro).⁷⁵⁾

Non diverse sono state le critiche avanzate da parte di Iadecola il quale, peraltro, ammette che sulla controversia circa l’esistenza in capo al medico di una “*potestà*” di intervento per realizzare “*anche in forma coattiva*” una prestazione “*salvavita*”, tale da consentire di superare la volontà contraria del malato, incide l’assenza di “*linee di regolamentazione normativa della materia*” idonee a rimuovere l’esistenza di quella che viene definita una situazione di “*incertezza del diritto*”.⁷⁶⁾

Quest’Autore, inoltre, ribadisce che la riconosciuta “*posizione di garanzia*” del medico in relazione alla salute del paziente comporta “*l’obbligo*” per il sanitario “*di attivarsi e di fare tutto il possibile per salvaguardare l’interesse tutelato*”, con tutte le condotte idonee a perseguire questo scopo, perché il paziente “*non potrebbe esercitare il c.d. “diritto di morire” (ove sussistente) proprio al cospetto del sanitario costituito garante della sua salute*”.

Solo, quindi, “*l’impossibilità obiettiva di agire per adempiere all’obbligo*” di effettuare l’intervento “*salvavita*”, è idonea ad escludere una responsabilità del medico per omissione del suo intervento.

Quest’Autore, infine, afferma che “*sarebbe vano trarre segni o indizi di una qualsiasi volontà di derelizione del principio di indisponibilità del diritto alla vita*” dalla Costituzione.

Queste critiche non appaiono condivisibili perché sono formulate senza tenere in debito conto del chiaro significato degli artt. 13 e 32 Cost. da cui emerge, da un lato, il diritto del paziente di non

⁷⁴⁾ P. Zangani, Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale da decesso. Aspetti medico-legali, La Giustizia Penale, 1998, II, 659-662.

⁷⁵⁾ P. Avecone, Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale da decesso. Aspetti giuridici, La Giustizia Penale, 1998, II, 662-665.

⁷⁶⁾ G. Iadecola, La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue “salvavita” rifiutata dal malato), Cass. Pen., 1998, 953-958.

subire sul suo corpo trattamenti sanitari indesiderati e, d'altra lato, la necessità di una specifica norma di legge per imporre coattivamente un T.S.O. .

Appare, inoltre, condivisibile quella tesi che ritiene che il paziente ha, in linea generale, solo il diritto e non il dovere di curarsi e che l'indisponibilità della vita riguarda le aggressioni per mano altrui di questo bene, ma non certamente il caso in cui il malato termina la propria esistenza avendo rifiutato consapevolmente un trattamento indesiderato.

Va evidenziato, ancora, che il rifiuto delle trasfusioni è motivato, da parte dei Testimoni di Geova, da motivi religiosi che vanno rispettati costituendo questo comportamento una legittima estrinsecazione del proprio credo.

La tesi, infine, secondo la quale non si potrebbe esercitare il "*diritto di morire*" davanti ad un sanitario, qualora accolta, finisce con il negare all'interessato il diritto di godere, comunque, dell'assistenza medica compatibile con le sue legittime scelte sulle cure desiderate e, se portata alle estreme conseguenze, con il rendere il medico dominus incontrollato della situazione di assistenza senza possibilità per l'interessato di far sentire efficacemente la sua volontà, anche se diretta a lasciare una testimonianza di fede e di altro genere.

In definitiva, per un bene, quello della vita, ritenuto "*oggettivamente*" superiore a qualsiasi altro, si nega l'esistenza della dignità di "*persona*" a chi, invece, è ancora "*persona*" e, quindi, anche centro di interessi e di preferenze che meritano rispetto perché appartengono ad una sua scelta di vita.

Ritiene condivisibile la motivazione della sentenza anche Vallini che, nella sua nota sopra citata, ipotizzando che il paziente giunga in ospedale in stato di incoscienza, affronta anche il tema della validità del dissenso anticipato rispetto alla trasfusione.⁷⁷⁾

Secondo quest'Autore non appare condivisibile la tesi di chi ritiene che il dissenso non attuale, anche se eventualmente manifestato poco tempo prima del ricovero, non incide sulla posizione di garanzia del medico che, quindi, è tenuto ad intervenire.

Sostiene Vallini che, in realtà, l'interesse del paziente a non subire l'intervento rifiutato in precedenza non viene meno per il fatto che, stante l'incoscienza, il paziente ha perduto la capacità di formulare e manifestare nell'attualità la propria volontà.

Quello che rileva in base al secondo comma dell'art. 32 Cost., secondo il Vallini, è la circostanza che l'interessato ha reso noto, anche in via anticipata, che, secondo una sua personale "*scala di valori*", un determinato trattamento sanitario non deve essere attuato sul suo corpo, manifestando così quello che è il suo personale "*interesse*" al riguardo.

Queste osservazioni, nuove e diverse dalle opzioni interpretative più ricorrenti all'epoca, sono condivisibili perché costituiscono un evidente apertura al tema delle direttive anticipate che sarà approfondita nei successivi capitoli di questo lavoro.

Vallini, inoltre, si preoccupa anche di confutare uno degli argomenti che saranno ripresi da coloro che mettono in dubbio la validità delle dichiarazioni anticipate di trattamento perché una volontà non attuale non è una fonte attendibile del reale interesse del paziente rispetto alla situazione di cura in cui si trova nell'attualità.

Sostiene in modo condivisibile quest'Autore che, in mancanza di una diversa manifestazione di volontà, non può essere agevolmente superata quella espressa in anticipo dall'interessato altrimenti, sulla base della semplice ipotesi che il paziente potrebbe avere cambiato idea al riguardo, si finirebbe con l'individuare un "*interesse*" da tutelare diverso da quello espresso dal paziente, unico autentico interprete delle proprie scelte di vita.

Aggiunge Vallini che anche una ricostruzione deduttiva del reale interesse del paziente rispetto alla situazione vissuta nell'attualità, deve necessariamente fondarsi su "*indizi ben più persuasivi ed univoci di quanto non sia un generico richiamo all'istinto di autoconservazione*".

Possono, infatti, avere rilevanza al riguardo solo precisi comportamenti, tenuti in epoca successiva alla manifestazione del dissenso anticipato sulle cure in oggetto, dai quali emerga in modo non equivoco una revoca per facta concludentia della precedente volontà di rifiuto del trattamento.

⁷⁷⁾ A. Vallini, Il significato giuridico-penale del dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1998, 1426-1436.

Deve, infine, essere evidenziato che quest'Autore esclude che possa essere correttamente ipotizzato il reato di violenza privata, di cui all'art. 610 c.p., a carico del medico che decida di intervenire sul paziente incosciente nonostante il suo previo dissenso al riguardo e, quindi, per evitare un vuoto normativo di tutela del diritto al rifiuto delle cure, "*di rilevanza costituzionale*" ritiene opportuno l'introduzione nel nostro ordinamento "*di un'autonoma fattispecie criminosa specificamente posta a garanzia dell'autodeterminazione del paziente*".⁷⁸⁾

6.3 Il caso R. L. – G.I.P. Milano – provvedimento 17/6/98.

Questo caso riguarda un paziente, Ministro di Culto dei Testimoni di Geova che, ricoverato nel maggio del 1996 presso la divisione chirurgica di uno ospedale milanese in quanto affetto "*da grave ematemesi e melema da neoplasia gastrica sanguinante*", rifiuta reiteratamente la terapia emotrasfusionale proposta dai curanti, sia verbalmente che producendo una sua dichiarazione sottoscritta pochi giorni prima del ricovero davanti a due testimoni, e chiede di essere curato in armonia con le proprie convinzioni religiose.

Dopo avere richiesto e ottenuto per ben due volte l'autorizzazione del P.M. di turno a procedere all'esecuzione dell'emotrasfusione ovvero ad eseguire i trattamenti necessari "*secondo scienza e coscienza*" e effettuata una visita psichiatrica che descrive il paziente "*orientato e collaborante*", ma fermo nel suo rifiuto della trasfusione, viene disposta, due giorni dopo il ricovero, la terapia in oggetto attraverso un trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.).

L'interessato, "*apparentemente lucido e presente a se stesso*" si opponeva con forza alla trasfusione "*cercando di alzarsi dal letto*" e "*invocando Geova*", ma, nonostante questo fermo comportamento dell'interessato, veniva eseguito il trattamento "*contenendo il paziente*" che, purtroppo, decedeva durante la terapia.

I sanitari implicati nel trattamento, per quel che interessa in questa sede, vengono indagati per omicidio colposo e il P.M., nella sua richiesta di archiviazione, dopo avere rilevato che erroneamente si era ricorso al T.S.O. che "*può essere proposto solo laddove siano riscontrate alterazioni psichiche che richiedano urgenti interventi terapeutici rifiutati dall'infermo*", ha affrontato la questione della legittimità o meno, dal punto di vista sostanziale, dell'intervento trasfusionale eseguito nella fattispecie.

Il P.M., valutate le conclusioni del suo consulente tecnico medico-legale, ha affermato che "*da un punto di vista prettamente teorico*" l'intervento trasfusionale "*sarebbe stato sicuramente il più adatto e consigliabile, se fosse intervenuto su paziente consenziente*", mentre "*su un paziente fortemente dissenziente, come nella specie, invece, tale intervento, pur restando il più indicato sotto il profilo teorico, poteva dar luogo a reazioni fortemente emotive, tali da elevare il rischio di compromissione cardiaca*".

L'organo dell'accusa, dopo avere rilevato che i sanitari avevano cercato di assecondare la richiesta, formulata dal paziente, di un'assistenza conforme al suo credo, ha ritenuto che il precipitare della situazione clinica, ha posto i medici davanti al dilemma "*tra il dovere di esperire ogni rimedio indicato dalla buona arte medica, e l'altrettanto presente dovere di dare una compiuta informazione sulla natura degli interventi effettuati e sulle conseguenze degli stessi e, successivamente, di rispettare la volontà del paziente correttamente informato e capace di intendere e di volere*", fermo restando, peraltro, che il dovere di astensione davanti al rifiuto consapevolmente espresso dal paziente trova "*un argine naturale nel principio di indisponibilità di cui all'art. 5 codice civile*" (grassetto nostro).

In definitiva, secondo il P.M., "*la valutazione tecnico-giuridica*" della condotta tenuta dai sanitari "*non può che portare ad un giudizio di assenza di responsabilità penale, se non altro sotto il profilo soggettivo*", da un lato, ex art. 54 c.p. essendo consentito "*di fronte al rischio attuale e grave di*

⁷⁸⁾ A. Vallini, Il significato giuridico-penale del dissenso, op. cit. (nota 77), spec. 1436.

morte, porre in pregiudizio il rispetto della volontà del paziente, quale bene minore” e, dall’altro lato, mancando profili di colpa, generica e specifica, nella graduazione del comportamento tenuto dai medici.

Questa in sintesi la motivazione della richiesta di archiviazione formulata dal P.M., accolta dal G.I.P. che ha ritenuto che, sebbene il consulente tecnico dell’accusa avesse evidenziato che “*lo stress psicofisico indotto dalla forzata emotrasfusione*” aveva “*svolto un ruolo concausale nel determinismo del decesso,*”, non risultava censurabile dal punto di vista penale il comportamento dei sanitari nell’occasione “*in considerazione delle circostanze concrete e del conflitto degli interessi etico-giuridici in gioco*”.

Questo caso è stato commentato criticamente da Santosuosso⁷⁹⁾ e da Barni.⁸⁰⁾

Santosuosso ha, in particolare, criticato il riferimento all’art. 5 del codice civile contenuto nella richiesta di archiviazione formulata dal P.M. osservando che le situazioni che rientrano nella previsione di questa norma sono diverse da quelle oggetto del provvedimento e, comunque, che nel caso in questione avrebbe dovuto avere rilevanza l’art. 13 della Costituzione che, nell’interpretazione della Corte Costituzionale, “*postula la generale “libertà” per ognuno di disporre del proprio corpo*”, con il conseguente riconoscimento “*che la libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo ha un diretto fondamento costituzionale*”.

Quest’Autore ha, inoltre, rilevato che i giudici di Milano “*hanno ratificato la violenza etica di una parte e hanno considerato bene giuridico non tutelato la libertà etica di chi ha avuto l’avventura di trovarsi tra le mani di quei medici*” e che i predetti magistrati, nel ribadire la prevalenza dello “*stato di necessità*”, hanno utilizzato impropriamente “*un antico grimaldello capace di scardinare ogni diritto della persona*”.

Secondo quest’Autore, infatti, se si qualifica la volontà rispetto alle cure della persona interessata nei rapporti con i medici come un’espressione di un suo diritto fondamentale, non è possibile far ricorso ad una causa di giustificazione, qual’è lo stato di necessità, per consentire ai sanitari di intervenire per superare il dissenso espresso dal paziente.⁸¹⁾

In sostanza “*la volontà del paziente ha rotto l’automatismo dello stato di necessità che invece è rimasto attivo per le situazioni in cui il paziente non è cosciente*”.

Barni, a sua volta, ha osservato che quanto accaduto a Milano supera “*di gran lunga ogni immaginazione e recupera arroganti atteggiamenti interventistici che mai si erano spinti, peraltro, alla legittimazione della trasfusione coattiva in soggetti adulti, eticamente motivati e ancora in grado di esprimere con dignità e decisione la propria volontà negativa, pur nella consapevolezza di un pericolo (nella specie attuale, ma non incombente) per la vita, in vista di un intervento (neppure urgentissimo)*”.

Da parte nostra non possiamo non evidenziare l’assoluta anomalia di un intervento terapeutico effettuato contenendo con la forza il dissenso manifestato dal paziente, maggiorenne e capace di autodeterminarsi, rispetto alla proposta del medico, la violazione dei principi costituzionali, ex artt. 13 e 32 Cost., in tema di libertà dei soggetti dai trattamenti sanitari la cui mancata attuazione non comporta rischi per la collettività e, soprattutto, nel caso specifico, la violazione dell’art. 19 Cost. che sancisce il diritto di professare la propria fede religiosa in qualsiasi forma e, quindi, anche rifiutando una terapia (l’emotrasfusione) la cui attuazione è in contrasto con il proprio credo.

Questo caso dimostra, inoltre, fin dove un sanitario si può sentire legittimato ad agire nel preteso interesse oggettivo del paziente e nel supposto adempimento di un dovere di protezione del bene della vita, considerato evidentemente come “*indisponibile*” anche da parte del titolare dello stesso, nonostante, tra l’altro, la chiara previsione del codice di deontologia medica del 1998 laddove, all’art. 32, stabilisce che “*il medico non deve intraprendere attività diagnostica e terapeutica senza l’acquisizione del consenso informato del paziente*” e che “*in ogni caso, in presenza di documentato*

⁷⁹⁾ A. Santosuosso, Di una triste trasfusione ematica a Milano/1, in *Bioetica Riv. Int.*, 2000, 454-460.

⁸⁰⁾ M. Barni, Di una triste trasfusione ematica a Milano/2, in *Bioetica*, cit., 2000, 461-462.

⁸¹⁾ A. Santosuosso, Aperture importanti e remore inspiegabili della Corte d’Appello di Milano sul caso “E.E.”, in *Bioetica* cit., 2000, pagg. 70-71 in particolare.

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”.

Analoghe disposizioni sono riportate nell’art. 35 del nuovo codice deontologico approvato nel dicembre 2006.

A carico dei medici, nella situazione sopra descritta, si sarebbe potuto ipotizzare anche il reato di violenza privata ovvero altro reato contro la libertà personale per le modalità con le quali è stata coattivamente eseguita la trasfusione, e cioè “contenendo il paziente” che la rifiutava con forza.

Va rilevato, infine, che anche da questo caso emerge la tendenza dei medici a coinvolgere la Procura della Repubblica nella decisione sul comportamento da tenere in presenza di un dissenso dell’interessato rispetto alle cure proposte.

Molte possono essere le ragioni di questo comportamento (tra cui il cercare una consulenza “qualificata” o un conforto per superare i dubbi giuridici ed etici insorti sul come comportarsi), ma sembra prevalente un atteggiamento di “*medicina difensiva*”, quasi che il P.M. di turno, con il suo parere possa assolvere, in via anticipata e senza alcun contraddittorio, il medico dalle sue eventuali responsabilità per il comportamento che poi, in concreto, sarà tenuto.

In realtà nessun P.M. potrà mai legittimamente assicurare al medico che lo interpella sul comportamento da tenere, che seguendo il suo consiglio non incorrerà in alcuna responsabilità, dato che ogni decisione sul punto spetterà comunque all’organo giudicante che sarà investito della questione.

6.4 Il caso M. deciso dal G.I.P. Treviso con provvedimento del 29/4/99.

Il sig. M. è un paziente maggiorenne che giunge in ospedale in stato di incoscienza a causa di overdose da oppiacei e viene immediatamente trattato con gli opportuni interventi farmacologici, tanto da riprendersi e riuscire a parlare con i curanti che gli consigliano il ricovero essendo a rischio la sua salute e la sua stessa vita nell’ipotesi di dimissioni.

Il paziente, peraltro, pur reso edotto dei conseguenti rischi, rifiuta il ricovero e, dimesso a sua richiesta, decede nelle successive ventiquattro ore; i parenti, quindi, denunciano i medici per omicidio colposo ipotizzando l’incapacità del malato di rifiutare il trattamento e il dovere dei medici di assisterlo.

Il G.I.P. respinge l’opposizione avanzata avverso il suo decreto di archiviazione della denuncia osservando, tra l’altro, che il paziente, avendo avuto adeguata informazione sui rischi cui andava incontro, era capace di decidere con consapevolezza in ordine al ricovero consigliato come necessario dai medici, non sussistendo alcuna condizione di incapacità di fatto; che in questa situazione la sua volontà, non sostituibile con quella dei familiari, peraltro non presenti, doveva essere rispettata dai medici che non potevano intervenire in presenza del dissenso espresso dal diretto interessato; che, infatti, “*nel nostro ordinamento vige il principio generale di volontarietà del trattamento sanitario*”, salva l’ipotesi dei T.S.O. per legge; che “*in linea di massima, il soggetto ha diritto di avvalersi o rifiutare le cure che il medico gli prospetta*”, con conseguente “*diritto di non curarsi anche se tale condotta espone il soggetto al rischio stesso della vita*”; che “*il diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. ha finito con l’acquisire anche i connotati del diritto di autodeterminazione in ordine ai trattamenti sul proprio corpo (la cui integrità è garantita dal raccordo con l’art. 13 Cost)*”; che “*non esiste un dovere dell’individuo alla salute e, al contrario, dal diritto alla salute e dalla volontarietà dei trattamenti sanitari, deriva un vero e proprio diritto a rifiutare trattamenti sanitari*”; che “*in altri termini “il rifiuto cosciente e responsabile” costituisce il limite invalicabile per l’attività medica*”.

Questi i tratti essenziali del provvedimento del G.I.P.⁸²⁾ che, nella sostanza, è condivisibile in quanto si inserisce nell’orientamento giurisprudenziale, in via di consolidamento, che esclude il

⁸²⁾ Risulta pubblicato sul Foro Italiano, 1999, II, 667-675.

dovere del medico di salvaguardare la salute del paziente in presenza di un rifiuto delle cure consapevolmente espresso dall'interessato, in grado di autodeterminarsi al riguardo.

Molta parte della motivazione è stata opportunamente dedicata alla verifica della natura dell'informazione fornita al paziente e della sua capacità di comprenderne il significato in modo da potere operare con la necessaria consapevolezza la scelta, poi effettuata in concreto, di rifiutare il ricovero e di chiedere le dimissioni, contro il parere dei curanti.

Risulta, inoltre, giustamente esclusa il carattere doveroso dell'intervento medico in presenza del rifiuto del trattamento ribadito dal paziente, capace di comprendere le informazioni fornite dal medico e le conseguenze del suo rifiuto, anche se dall'omissione dell'attività medica può conseguire, come nella fattispecie, la morte del malato.

Il bene vita, nell'ottica del giudicante, non è, quindi, un bene indisponibile, anche perché non sussiste un dovere di curarsi, ma solo un diritto di ciascuno di tutelare la propria salute, diritto rinunciabile attraverso il rifiuto del ricovero e delle cure proposte.

In relazione agli *"obiter dictum"* interessante appare il passaggio del provvedimento laddove il giudicante, in relazione al problema della capacità di comprendere e decidere, afferma che *"in questo settore rileva la capacità di intendere e di volere più che la capacità legale"* e rileva che, secondo alcuni autori, rispetto alla volontà del legale rappresentante *"prevale la volontà dell'incapace legale se questo si trovi ad essere capace di intendere e volere al momento del trattamento"*.

In relazione alla tematica del trattamento sanitario nei confronti degli incapaci, il G.I.P. ricorda che in alcuni provvedimenti giurisprudenziali *"il riferimento generale alla capacità legale trova una prima eccezione nella possibilità di riconoscere una capacità del minore di prestare un valido consenso in tutti i casi in cui abbia acquisito una sufficiente maturità di giudizio"*; che, l'art. 6 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1996, stabilisce che *"il parere del minore è considerato elemento determinante in funzione dell'età e del suo livello di maturità"* e, con riferimento agli incapaci maggiorenni, che *"la persona interessata deve, nei limiti del possibile, partecipare al procedimento di autorizzazione"*.

Il G.I.P., inoltre, pur escludendo correttamente che *"dalla condizione di tossicodipendente possa discendere automaticamente una presunzione di incapacità"*, ha poi giustamente evidenziato, in linea generale, che esistono situazioni nelle quali un soggetto, pur capace di agire dal punto di vista legale perché maggiorenne, non ha, di fatto, anche in via transitoria, la capacità di comprendere e di decidere e, quindi, di prestare un valido consenso-dissenso alle cure, perché in condizioni di decadimento psico-fisico.

Tutte queste questioni presentano certamente aspetti problematici in fatto e in diritto, ma è importante non sottovalutarle perché, da un lato, non è giusto considerare ancora capaci di decidere in via autonoma persone che, di fatto, hanno perduto del tutto la loro capacità senza che sia ancora intervenuto un provvedimento giudiziale di accertamento di questa nuova situazione e, nel contempo, appare arduo continuare a considerare incapaci di decidere sulle cure che li riguardano soggetti che, in ipotesi, hanno compiuto sedici/diciassette anni ed appaiono, di fatto, in grado di effettuare scelte ponderate e consapevoli.

Nel nostro ordinamento, d'altra parte, sono ancora specifiche e limitate ad alcuni trattamenti le disposizioni di legge (vedi, ad esempio, l'art. 12 della legge n. 194/78 e l'art. 20 del T.U. sugli stupefacenti) che consentono ai minorenni di effettuare delle scelte in relazione ad alcune questioni di salute che li riguardano.

È auspicabile, quindi, un intervento del legislatore che riconosca, in via generale, ai minorenni maturi e responsabili il potere di effettuare, in via autonoma, le loro scelte sui problemi di salute che li riguardano.

Su questa strada si era avviato il progetto di legge unitario licenziato nella precedente legislatura dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato, poi decaduto, e questa strada è percorsa da uno dei

disegni di legge attualmente pendenti in Parlamento sul consenso informato e sulle direttive anticipate.⁸³⁾

6.5 Gli interventi della Cassazione penale sulla questione del rifiuto delle cure.

Sul tema del rifiuto delle cure la Cassazione penale è intervenuta con alcune sentenze che, però, hanno affrontato, in via principale, altre questioni, tra cui, essenzialmente, quella della responsabilità del medico che agisce senza acquisire il necessario consenso informato del paziente rispetto al trattamento poi concretamente eseguito.

Questa questione, pur essendo connessa strettamente con la problematica in senso lato della rilevanza “consenso informato” nel rapporto medico-paziente, ha aspetti specifici in parte diversi rispetto al controverso tema, che ci interessa approfondire in questa ricerca, del valore del dissenso espresso dall’interessato rispetto al trattamento proposto dai sanitari.

Il percorso logico seguito dalla Suprema Corte nel verificare il valore del dissenso/consenso al trattamento sanitario non è stato, finora, sempre lineare ed è stato criticato dalla dottrina per le sue incongruenze, talvolta, peraltro, solo apparenti.

6.5.1 Nel ricostruire il percorso della Cassazione sul tema in oggetto, conviene partire da una breve analisi della **sentenza n. 5639/92**, meglio conosciuta come **sentenza Massimo** dal nome del chirurgo imputato in quella sede.⁸⁴⁾

Il caso Massimo riguarda un chirurgo condannato in primo grado dalla Corte di Assise di Firenze, con sentenza 18-10-8/11/90, confermata poi in Appello in data 26-6/10/8/91 e poi in Cassazione con la citata decisione n. 5639/92, alla pena di sei anni e otto mesi di reclusione, oltre al risarcimento del danno in favore della parte lesa, per omicidio preterintenzionale per avere dolosamente eseguito su di una anziana paziente un intervento operatorio di asportazione totale addominoperineale, diverso da quello prospettato e consentito di asportazione transanale di un adenoma villosa, in assenza di necessità e urgenza.

La questione del dissenso del paziente è stata affrontata specificamente dalla Corte di Assise in primo grado laddove è stata affermata l’esistenza del “*diritto di non subire trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi specificamente previsti dalla legge*” e del “*diritto di rifiutare le cure mediche, lasciando che la malattia segua il suo corso fino alle estreme conseguenze*”, con la precisazione che questo diritto “*non può essere considerato il riconoscimento di un diritto positivo al suicidio, ma è, invece, la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato*” da altre persone, in quanto solo al malato competono le scelte che riguardano “*la qualità della vita*”.

La Suprema Corte, per quel che interessa in questa sede, nel confermare la decisione della Corte d’Assise d’Appello, ha ribadito che “*ogni regola in tema di trattamento terapeutico deve soggiacere*” al principio “*del libero consenso*” del paziente e che non si può ignorare “*il diritto di ciascuno di privilegiare il proprio stato attuale di salute*” in base al disposto del secondo comma dell’art. 32 della Cost., così affermando, in sostanza, il diritto di rifiutare le cure non desiderate, tema, peraltro, collaterale rispetto a quello principale dell’atto medico arbitrario oggetto della sentenza in questione.

⁸³⁾ Vedi, sul punto, l’art. 7 del DDL n. 3 del sen. Tomassini (consultabile sul sito del Senato) che propone di attribuire al minore che ha compiuto 14 anni il potere di prestare personalmente il consenso al trattamento medico, con conferma da parte dei legali rappresentanti qualora si tratti intervento sanitario che comporti seri rischi o gravi conseguenze.

⁸⁴⁾) Risulta pubblicata e commentata in varie riviste, tra cui, Cassazione Penale 1993, pag. 36 e segg., con nota di G. Melillo, Condotta medica arbitraria e responsabilità penale; Rivista Penale, 1993, pag. 42 e segg., con nota di E. Pastorino, Ancora sul consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico; Il diritto di famiglia e delle persone, 1993, pag. 441 e segg., con nota di A. Scalisi, Il consenso del paziente al trattamento medico; Rivista Penale, 1995, pag. 1461 e segg., con nota di A. Galanti, Liceità dell’attività medico-chirurgica : alla ricerca di un fondamento normativo.

In questa sentenza, inoltre, si esclude correttamente che la finalità terapeutica perseguita dal chirurgo possa validamente configurare una causa di giustificazione non codificata idonea ad elidere l'antigiuridicità del comportamento tenuto nella fattispecie e si esclude anche l'esistenza, in concreto, del preteso "*stato di necessità e di urgenza dell'intervento radicale*" insorto, secondo la tesi dell'imputato, nel corso dell'esecuzione dell'intervento consentito.

Questo passaggio relativo alla possibilità di configurare cause di giustificazione che possano sopperire alla mancanza del consenso dell'interessato ex art. 50 c.p. affronta un tema delicato sul piano della bioetica perché, portato alle estreme conseguenze, riporta in un certo senso in auge il principio dello "*stato di necessità*" in nome del quale, secondo alcuni Autori, si potrebbe, anzi si dovrebbe, sempre intervenire per salvare la vita al paziente divenuto incapace, anche se lo stesso, in precedenza, ha formulato un espresso rifiuto proprio di quella terapia salvavita poi attuata ex art. 54 c.p..

Ponendo il tema del consenso all'atto medico sul piano solo delle cause di giustificazione vi è il rischio di consentire all'interprete di surrogare con altre scriminanti (ex artt. 51 e 54 c.p.) la volontà negativa espressa in via anticipata (ovvero prima dell'intervento) dall'interessato che, divenuto incosciente, rimarrebbe totalmente in balia delle decisioni terapeutiche prese dai curanti, anche quanto le ha già valutate e le ha ritenute inadatte a tutelare il proprio interesse. In ogni caso non si deve dimenticare che il diritto di autodeterminazione rispetto alle cure e, quindi, anche il dissenso informato, trova nella Costituzione (artt. 13 e 32) e nella Convenzione di Oviedo (artt. 5 e segg.) un preciso supporto normativo che lo pone in una posizione di preminenza.

L'affermazione più rilevante, sul piano bioetico della relazione medico-paziente, contenuta in questa decisione della S.C., rimane, a giudizio di chi scrive, quella relativa alla possibilità di contestare, nel caso dell'atto medico arbitrario che cagioni lesioni al paziente, le norme a tutela della sua integrità fisica (582 e segg. c.p.).

6.5.2 Nella **sentenza n. 1589/01, Barese**, la Suprema Corte ridimensiona la rilevanza del consenso informato, riconducendo la sua efficacia "*a quella delle scriminanti che, secondo l'opinione maggiormente condivisa, escludono l'antigiuridicità della condotta*".⁸⁵⁾

In questa decisione, inoltre, si afferma che vi è stata un'eccessiva enfattizzazione del consenso del paziente "*le cui finalità sono in realtà diverse rispetto a quelle di legittimare interventi lesivi dell'integrità del paziente e la cui rilevanza non ha un ambito di applicazione generalizzato*", ove si tenga conto dei limiti posti dalla legge (art. 5 c.c.) "*agli atti di disposizione del proprio corpo*", "*delle ipotesi, pure previste dalla legge, di trattamenti sanitari obbligatori*", nonché "*dei casi di trattamenti nei confronti di persone non consenzienti (per es. colui che ha tentato il suicidio o che effettua lo "sciopero della fame" o "della sete") o non in grado di esprimere il consenso*".

Aggiunge, inoltre, la Corte che "*in presenza di ragioni di urgenza terapeutica,*" il consenso non è necessario e che "*a fronte di una manifestazione di volontà esplicitamente contraria all'intervento terapeutico, il pericolo grave e attuale per la vita o per la salute del paziente, configura lo stato di necessità*" che vale "*ad escludere il dolo diretto di lesioni*" e rende lecita l'attività terapeutica del medico diretta a tutelare la salute dell'interessato.

In questa sentenza risulta ridimensionato anche il valore del dissenso esplicitamente manifestato dal paziente che impedisce al medico di agire solo qualora non ricorrano "*queste situazioni di pericolo*".

Secondo la Corte, pertanto, il diritto del paziente di rifiutare le cure che, secondo il giudizio dei sanitari, sono da praticarsi a tutela della sua salute, viene meno nelle situazioni di pericolo che, di norma, sono quelle dalle quali possono derivare anche esiti molto negativi per la qualità di vita del soggetto interessato.

Questa affermazione della S.C. non ci sembra condivisibile perché è ingiustificata alla luce del disposto di cui all'art. 32, secondo comma, della Costituzione che consente solo alla legge di

⁸⁵⁾ La sentenza risulta pubblicata sulla Riv. It. Med. Leg., 2002, 868-880.

stabilire i casi specifici nei quali un trattamento sanitario può essere eseguito anche contro la volontà dell'interessato.

Di parere opposto è la nota di commento a questa sentenza di Fiori, La Monaca e Albertazzi che affermano che è “*condivisibile*” l'affermazione della Corte sul valore scriminante dello stato di necessità (o anche dell'adempimento di un dovere) per l'intervento del medico diretto a tutelare non solo la vita, ma anche l'integrità fisica del paziente.⁸⁶⁾

6.5.3 Nella successiva **sentenza n. 36519/01**, ricorrente **Ciccarelli**,⁸⁷⁾ - relativa ad un caso di responsabilità per malpratica ipotizzata a carico di un anestesista che, secondo la tesi dell'accusa, aveva praticato un'anestesia periferica invece di quella generale, ritenuta più idonea, ma rifiutata, peraltro, dal paziente - la Cassazione ritorna sul punto della rilevanza del consenso al trattamento medico, osservando, anche attraverso il richiamo alla precedente **decisione n. 1589/01, Barese**, che nel caso Massimo sopra richiamato vi era stato “*un eccesso di enfattizzazione*” in relazione “*alla portata del consenso del malato*”, dato che la liceità dell'attività sanitaria non può essere fondata solo sul consenso dell'interessato “*dovendosi tenere conto, invece, della finalità terapeutica della condotta del medico (che non vuole causare una malattia del corpo o della mente, ma vincerla)*”.

In questa sentenza, peraltro, si è ritenuto, nel contempo, di valorizzare l'importanza del “*dissenso*” manifestato dal paziente rispetto ad un determinato trattamento affermando che “*è indubbio che l'agire del chirurgo sulla persona del paziente contro la volontà di costui, salvo l'imminente pericolo di morte o di danno sicuramente irreparabile ad esso vicino, non altrimenti superabile, esita in una condotta illecita capace di configurare più fattispecie di reato, quali violenza privata (art. 610 c.p.), lesione personale dolosa (articolo 582 c.p.) e, nel caso di morte, omicidio preterintenzionale (articolo 584 c.p.)*” (grassetto nostro).

In questa situazione, come spiegato dalla S.C., “*viene in evidenza, pare ovvio, non già la portata e l'estensione del consenso alla manomissione del proprio corpo in presenza di finalità terapeutica di per sé scriminante (tipizzata o meno, ora non interessa acclarare), quanto la violazione del divieto di manomissione del corpo dell'uomo e, quindi, la violazione consapevole del diritto della persona a preservare la sua integrità fisica nell'attualità – com'è ora, a nulla valendo, in simile situazione, il rilievo che questa possa essere, eventualmente, migliorata – e il rispetto della sua determinazione a riguardo del suo essere, in conformità al principio generale estraibile dalla combinazione delle regole espresse dagli artt. 2 e 32, comma 2, della Carta, entrambi – a loro volta, espressivi del più ampio principio personalistico adottato dalla Costituzione, in virtù del quale la persona è posta come centro di interessi e di valori intorno al quale si coagula il sistema delle garanzie personali*”.

Conclude, sul punto, la S.C. affermando che da quanto precede segue la regola “*che oltre che di diritto è di civiltà giuridica*” secondo la quale “*il medico chirurgo non può manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita o di altro danno irreparabile, altrimenti non ovviabile, quando questi abbia espresso dissenso*” (grassetto nostro).

Anche da questa decisione sembra, emergere che il dissenso del paziente costituisce un ostacolo all'attività terapeutica del medico non superabile salva, peraltro, l'ipotesi del pericolo di vita o di altro danno irreparabile.

Questa affermazione, a parere di chi scrive, contiene una forte contraddizione sia in sé sia rispetto all'altra concernente il diritto del soggetto al rispetto della sua determinazione rispetto al “*suo essere*”.

Non si comprende bene, infatti, perché il dissenso del paziente perde valore davanti al rischio di perdere la “*sua vita*”, salvo ritenere che questo bene sia indisponibile anche per l'interessato che, quindi, è costretto a subire ogni intervento sanitario correttamente diretto a preservarlo,

⁸⁶⁾ A. Fiori, G. La Monaca e G. Albertacci, In tema di trattamenti medico-chirurgici effettuati per autonoma decisione del medico senza previo consenso del paziente : un passo avanti nella giurisprudenza della Cassazione penale ?, Riv. It. Med. Leg., 2002, 880-896.

⁸⁷⁾ Risulta pubblicata su Diritto e Giustizia, 2001, n. 40, pagg. 23-27, con nota di A. Miller, pagg. 28-29.

indipendentemente dalle condizioni fisiche e psichiche conseguenti a tale intervento e, quindi, dalla “qualità di vita” che residua.

Solo in questo contesto culturale, che indubbiamente crea incertezza tra i sanitari, può essere compresa, ma non condivisa, l’opinione espressa da uno dei medici che avevano in cura il sig. Welby - soggetto maggiorenne e capace che, sofferente da anni di distrofia muscolare, gli aveva chiesto che fosse staccato il ventilatore polmonare che consentiva la respirazione - secondo la quale *“su richiesta del paziente lucido, rispettandone la volontà, dovrei staccare e sedare per evitargli sofferenze; nel momento in cui è sedato e, quindi, non più in grado di decidere, risultando in pericolo di vita dovrei immediatamente ristabilire la respirazione; per legge sono obbligato a rispettare la sua volontà, ma allo stesso tempo sono obbligato a rispettare la legge al momento in cui perde conoscenza e non è più in grado di decidere”*.⁸⁸⁾

Nella sentenza, inoltre, non viene spesa alcuna motivazione circa l’irrelevanza del disposto di cui all’art 32, secondo comma, Cost. quando l’intervento non consentito appartiene alla speciale categoria di quelli salvavita, come se la questione fosse pacifica.

Questo passaggio della decisione risulta oggetto di indirette critiche da parte di De Matteis che osserva che l’indirizzo che invoca la funzione essenziale della vita e sostiene la necessità di tutelare questo bene anche contro la volontà del suo titolare, è contrastato dalla dottrina “prevalente” *“per la quale la declinazione dei diritti alla vita e alla salute, nella loro essenza posizioni giuridiche favorevoli per il loro titolare, come “doveri inderogabili” ex art. 2 Cost., comporterebbe la loro arbitraria trasfigurazione in altrettanti “doveri” a carico del singolo di mantenersi in vita e in buona salute, con una conseguente funzionalizzazione di tali primari ed essenziali diritti della persona rispetto agli interessi collettivi, del tutto incompatibile con l’ispirazione personalistica del testo costituzionale”*.⁸⁹⁾

Aggiunge quest’Autore che può essere ipotizzato un vero e proprio **“diritto ad essere ammalato”**, e che tale diritto, alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, è legittimamente comprimibile *“solo laddove il rifiuto delle cure da parte di un soggetto esponga a pericolo la salute altrui”* (grassetto nostro).

6.5.4 Con successiva **sentenza n. 26446/02, Volterrani**,⁹⁰⁾ la S.C. ritorna sul tema della rilevanza del consenso informato, affermando che la volontà del paziente **“svolge un ruolo decisivo soltanto quando sia eventualmente espressa in forma negativa”**(grassetto nostro).

Questa decisione, che contiene affermazioni non sempre lineari e condivisibili, esprime una forte critica all’eccessivo valore attribuito al consenso informato come causa di giustificazione dell’intervento medico. Osserva al riguardo la Corte che il consenso espresso preventivamente dall’interessato potrà assumere maggiore importanza ai fini penalistici solo qualora interverranno modifiche legislative in attuazione della Convenzione di Oviedo 4/4/97 sui diritti dell’uomo e la biomedicina, *“ratificata in Italia con la recente legge n. 145 del 28/3/2001”*, che conferisce al consenso dell’infermo *“una valenza più pregnante nell’ottica di una rivalutazione dell’individuo rispetto alla società e di un ragionevole affrancamento del medesimo dagli obblighi che questa impone”*.

Nell’attuale quadro normativo, secondo la S.C., **“il medico è legittimato a sottoporre il paziente, affidato alle sue cure, al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, anche in assenza di un esplicito consenso”** in quanto, in difetto di un esplicito dissenso, è ipotizzabile *“l’esistenza di uno stato di necessità generale, e per così dire, “istituzionalizzato”, intrinseco cioè ontologicamente, all’attività terapeutica”* (grassetto nostro).

⁸⁸⁾ L’opinione è riportata sul quotidiano La Repubblica del 30/11/06, pag. 28; sul caso Welby vedi infra il punto 6.7.

⁸⁹⁾ F. De Matteis, Responsabilità professionale medica : finalità terapeutica e consenso del paziente, Riv. It. Med. Leg., XXIV, 2002, 574-581.

⁹⁰⁾ Risulta pubblicata, tra l’altro, sulla Riv. It. Med. Leg. XXV, 395- 408, con note critiche di M. Barni, Equilibrismi dialettici tra consenso limitato e dissenso esplicito, e di S. Fucci, Potere di curare del medico e diritto alla salute del paziente.

Queste affermazioni vengono in un certo senso riequilibrare dalla rilevanza data alla volontà del paziente “*quando si manifesti in forma inequivocabilmente negativa*”.

La Corte, infatti, ribadisce che “*il medico non può “manomettere” l’integrità fisica del paziente, quale si presenta attualmente, quando questi abbia espresso il suo dissenso perché ciò sarebbe, oltre tutto, in contrasto anche con il principio personalistico espressamente accolto dall’art. 2 della Carta Costituzionale, ma chiaramente emergente da una serie di altre disposizioni della legge fondamentale*” (grassetto nostro).

Il valore attribuito dall’ordinamento giuridico al **dissenso libero e informato**, espressione cioè di “*una scelta consapevole ed esente da condizionamenti, interni o esterni, di qualsivoglia natura che possano inficiare il naturale processo di formazione della volontà*”, comporta, secondo la S.C., che il medico “*in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorché l’omissione dell’intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell’infermo e, persino la sua morte*”. (grassetto nostro).

Con questa sentenza, finalmente, si sancisce il diritto del paziente di rifiutare consapevolmente qualsiasi trattamento, anche quello “*salvavita*” e il dovere del medico di astenersi dall’intervenire in presenza del preventivo dissenso espresso dall’interessato.

È un passaggio molto importante nella giurisprudenza della S.C. perché nelle sentenze precedenti, come sopra osservato, l’autonomia del paziente rispetto alle cure trovava un limite, implicito o esplicito, nell’indisponibilità della vita umana.

Questa “*forte*” affermazione del diritto al dissenso, viene temperata dalla S.C. con l’osservazione che “*si tratta evidentemente di ipotesi estreme che nella pratica raramente è dato di registrare, se non altro perché chi versa in pericolo di vita o di danno grave alla persona, a causa dell’inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia, difficilmente è in grado di manifestare il suo intendimento*”.

Affermazione, quest’ultima, non condivisibile nella sua assolutezza, sia perché la “*malattia*” non implica di per sé un’incapacità decisionale, ma anche perché non sempre il pericolo di vita sorge all’improvviso e, pertanto, la volontà del paziente può essere correttamente manifestata in una fase di cura precedente a quella finale, stante il prevedibile esito di alcuni morbi.

D’altra parte la capacità di decidere, per le persone maggiorenni, è presunta dalla legge e, quindi, non può essere messa in discussione se non in presenza di concreti e validi motivi di natura obiettiva.

Altrimenti c’è il rischio di considerare incapace di decidere il paziente che non concorda con la terapia salvavita proposta dal medico.

6.5.5 Appare interessante confrontare questa parte della sentenza della S.C. sul caso Volterrani, ove si pongono dei dubbi sulla capacità decisionale del paziente che versa in pericolo di vita, con le considerazioni espresse dall’Alta Corte di Giustizia d’Inghilterra, Divisione della Famiglia, nel **provvedimento 29/3/02 relativo al noto caso di “Miss B”**.⁹¹⁾

In questo caso, relativo ad un rifiuto di proseguire un trattamento di sostegno vitale avanzato da “*Miss B*” - una donna tenuta in vita da un ventilatore meccanico di cui aveva richiesto ai medici il distacco - la Corte inglese, nell’accogliere l’istanza dell’interessata, ha affrontato specificamente la questione della capacità del soggetto interessato di esprimere le sue volontà rispetto alle cure praticate, messa in dubbio dai curanti.

Ha osservato la Corte inglese, nelle sue conclusioni sul punto, che occorre “*evitare di generalizzare sul fatto che le capacità dei pazienti nella posizione di Miss. B possano essere influenzate da una serie di fattori temporanei*”, nonché “*accettare che per persone colpite da grave disagio fisico, come la signora B, la vita in tali condizioni sia peggiore della morte*”. Infatti “*a meno che la gravità della malattia abbia influito sulla capacità del paziente, una persona gravemente malata ha gli stessi diritti di una sana per ciò che riguarda il rispetto della sua autonomia personale*”,

⁹¹⁾ Il provvedimento è pubblicato anche su Bioetica, Rivista Interdisciplinare, 2004, 342-369 ed è commentato sulla stessa rivista da P. Borsellino, Decisioni di fine vita a confronto : i casi di “*Miss B*” e di Diane Pretty, 2004, 200-210.

altrimenti si corre il rischio “*di cadere in un paternalismo che non riconosce l’autonomia personale di una persona colpita da grave handicap fisico*” (grassetto nostro).

In sostanza la “*capacità mentale*” di Miss B “*di prendere decisioni così serie*”, come quella di interrompere la ventilazione artificiale, “*è compatibile con la gravità della situazione*”.

La Corte inglese, infine, nelle sue linee guida finali, ribadisce, tra l’altro, che, salvo prova contraria, “*si presume che il paziente abbia la capacità mentale di decidere se accettare o rifiutare i trattamenti medici o chirurgici che gli vengono offerti*”; che, in presenza di un rifiuto, è irrilevante “*la considerazione che la cosa migliore per il paziente sarebbe acconsentire alla cura*”; che “*il punto di vista del paziente potrebbe riflettere una differente valutazione dei benefici*” e, infine, che “*i medici non dovrebbero permettere alla loro reazione emotiva o al loro disaccordo con la decisione del paziente di offuscare il loro giudizio in merito alla principale valutazione della capacità o meno del paziente di prendere decisioni consapevoli*”.

Da questi brevi cenni alla motivazione della Corte inglese sul punto, sembra emergere, in linea generale, una maggiore fiducia sulle capacità dei soggetti, pur affetti da grave malattia, di prendere consapevolmente decisioni sulle cure che li riguardano, rispetto alle considerazioni al riguardo contenute nella sentenza della S.C. italiana.

Come giustamente rilevato da Borsellino, si tratta di una decisione “*molto coraggiosa e significativa*” sia perché esclude una presunzione di incapacità per i soggetti affetti da malattie gravemente invalidanti ed afferma che è l’incapacità a dovere essere, volta per volta, provata da chi ne afferma l’esistenza, sia perché “*ha accolto la richiesta della paziente di sospendere un trattamento già avviato*” superando “*la diffusa convinzione che vi sia una qualche differenza etica rilevante tra il non avviare un trattamento e il sospendere il trattamento già attuato*”.⁹²⁾

Ritornando alla sentenza Volterrani, la Cassazione, infine, ipotizza a carico del medico che non si astiene doverosamente dall’intervenire in presenza del dissenso del paziente la possibilità di configurare il reato di cui all’art. 610 c.p. (violenza privata), mentre sembra escludere ogni ipotesi di delitto a tutela della vita ovvero dell’integrità fisica nel caso in cui l’intervento sia stato eseguito, con finalità terapeutiche, in conformità con le leggi dell’arte.

Appare evidente la diversità di opinioni espressa sul punto nella sentenza in commento, rispetto alla precedente del 1992 sopra commentata, nota come caso Massimo.

6.5.6 La Corte di Cassazione, infine, nella **sentenza n. 38852/05**, rel. Visconti, affronta nuovamente il tema della posizione di garanzia del medico davanti al rifiuto delle cure espresso dal paziente.⁹³⁾

Nel caso di specie un medico di base era stato imputato di omicidio colposo e assolto dal G.U.P. del Tribunale perché, nonostante il dissenso espresso dal paziente al ricovero in ospedale, consigliato in quanto presentava i sintomi di un infarto, non si era comunque attivato al riguardo chiamando un autoambulanza.

La S.C. osserva al riguardo che, avendo il medico ripetutamente insistito con il paziente affinché si ricoverasse immediatamente in ospedale stante la gravità della situazione, ottenendone reiterati rifiuti come desumibile dall’istruttoria testimoniale espletata, era insussistente l’ipotizzato profilo di colpa perché la sua attività non può legittimamente “*sfociare in una azione impositiva contro la volontà della persona ammalata*”.

Nella sua nota adesiva Barni osserva che la S.C. con questa sentenza evidenzia “*il dovere assoluto del medico di esasperare per quanto possibile la rivelazione del pericolo, di rendere possibile e accettabile ogni rimedio necessario, ma di non ricorrere mai ad atti esplicitamente o subdolamente coattivi, rispettando così il libero dissenso e, in definitiva, le scelte di vita di una persona edotta e consapevole*”.

⁹²⁾ P. Borsellino, Decisioni di fine vita a confronto, op. cit. (nota 91), spec. pag. 203.

⁹³⁾ La sentenza risulta pubblicata, tra l’altro, sulla Riv. It. Med. Leg., 2006, 395-399, con nota di M. Barni, Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente : crisi di due capisaldi della medicina difensiva, ivi, 399-402.

Secondo quest'Autore *“il medico non deve sentirsi, in effetti, un garante in servizio permanente effettivo della salute e della vita della persona umana al punto di sacrificarne la dignità e la libertà e nemmeno un inerte esecutore delle” scelte” del paziente (o di chi per lui), ma un interlocutore attivo e sensibile”*.⁹⁴⁾

Considerazioni, queste ultime, condivisibili, perché contemperano il diritto del paziente a far valere le sue scelte consapevoli sulle cure e il dovere del medico di evidenziare i rischi connessi al rifiuto dei trattamenti validamente proposti in conformità allo stato dell'arte.

6.6 La giurisprudenza civile sul rifiuto delle cure.

Sono state esaminate, finora, provvedimenti e sentenze emesse dai giudici penali; di recente, peraltro, il tema del rifiuto delle cure è stato posto all'attenzione dei giudici civili da parte dei Testimoni di Geova che, trasfusi contro la loro volontà, hanno percorso la strada della richiesta del risarcimento del danno ingiusto subito in seguito a quest'attività di cura da loro non accettata.

Anche nella giurisprudenza civile diverse sono state le posizioni prese dai giudici; sono emblematiche al riguardo le decisioni di due Corti d'Appello che ora andiamo ad esaminare.

6.6.1 La Corte d'Appello di Trieste, con sentenza 25/10/03, ha affrontato il caso di un Testimone di Geova, **M. G.**, che ha agito per ottenere il risarcimento dei *“danni morali e biologici”* subiti per trasfusioni di sangue praticategli nel 1990 presso l'Ospedale di Pordenone in cui era stato ricoverato *“in stato di perdita di conoscenza e in pericolo di vita”*, malgrado fosse nota la sua appartenenza ad una fede religiosa contraria alle trasfusioni, come risultava anche dal cartellino che portava con sé.

Il paziente, oltre alla lesione del suo diritto di autodeterminazione rispetto alle cure, ha posto, in realtà, anche la questione del danno patito per avere riportato l'infezione dell'epatite B in seguito alla somministrazione di sangue infetto e contagioso; questo secondo profilo di danno non viene esaminato in questa sede perché non strettamente collegato con la tematica del rifiuto delle cure che ci interessa approfondire.

In primo grado il Tribunale di Pordenone, con sentenza n. 34/02, accoglieva la domanda di risarcimento dei danni avanzata dal paziente anche in relazione alla lesione del suo diritto di autodeterminazione e condannava l'Usl al relativo risarcimento.

Su impugnazione dell'Usl la sentenza di primo grado è stata interamente riformata dalla **Corte d'Appello di Trieste** con rigetto delle domande avanzate dal paziente.

La sentenza della Corte⁹⁵⁾ è composta in sostanza di due parti.

La prima parte, condivisibile nella sostanza, è dedicata ad un esame, in linea generale, della questione relativa al diritto di rifiutare nell'attualità le cure, anche salvavita; la seconda, più problematica, riguarda il diverso tema del valore da attribuire alla volontà espressa in anticipo - in questo caso attraverso il famoso *“cartellino”* con la dicitura *“senza sangue”* che i Testimoni di Geova portano con sé, per comunicare, appunto, ai medici il loro rifiuto per motivi religiosi delle trasfusioni - dall'interessato non in grado, però, di confermare la sua volontà perché in stato di incoscienza.

Nella prima parte della sua decisione la Corte afferma, per quel che interessa in questa sede, che *“non pare potersi dubitare ormai che dagli articoli 32, secondo comma, Cost. si debba derivare l'esistenza di un diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari non voluti”*; che non appare corretto invocare, per contrastare tale diritto, *“l'art. 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica”* dato che questa norma *“sembra riferirsi agli atti di positiva disposizione”* e *“non anche agli atti negativi, ossia il rifiuto di*

⁹⁴⁾ M. Barni, Posizione di garanzia del medico, op. cit. (nota 93), spec. 400-401.

⁹⁵⁾ La sentenza è pubblicata edita sulla rivista NGCC, 2005, parte I, 145 e segg., insieme alla decisione della Corte d'Appello di Trento del 19/12/03, di cui infra punto 6.6.2.

interventi sul proprio corpo"; che, quindi, " *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 e con le garanzie all'uopo apprestate (si tratta dei trattamenti sanitari obbligatori, come le vaccinazioni nei casi di obbligatorietà legale, il ricovero obbligatorio per malati di mente nei casi previsti, ecc.)* "; che, infine, "**può anche convenirsi sulla liceità insuperabile del dissenso per motivi religiosi alle trasfusioni di sangue**".

Aggiunge la Corte che " *è certamente da respingere una certa teoria che vorrebbe vedere nell'art. 2 della Costituzione*" un " *diritto alla salute funzionale al diritto allo sviluppo della personalità, inteso quasi come un dovere di curarsi*" in quanto " *tale concezione rischierebbe di far passare per comportamenti illeciti o devianti quei comportamenti derivanti da concezioni ideologiche o religiose che appaiono "strane" solo perché minoritarie*"; che, in sostanza, occorre evitare " *il pericolo di immaginare uno stato "etico"* ".

Con queste affermazioni la Corte sembra discostarsi da quell'orientamento dottrinario e giurisprudenziale che ritiene la vita un bene indisponibile e, quindi, sostiene che non è valido il rifiuto degli interventi salvavita.

Nella seconda parte la Corte d'Appello di Trieste affronta, invece, il caso concreto posto alla sua attenzione e, cioè, quello del paziente che, " *essendo stato politraumatizzato da un grave incidente stradale, non era in grado di essere informato del suo stato, di comprendere la necessità dell'intervento sanitario, e di esprimere in via concreta il suo consenso o il suo dissenso in relazione al trattamento che veniva deciso dai medici ospedalieri*".

Osserva, al riguardo, la Corte che si deve ammettere " *la sussistenza, nelle fattispecie di tal genere, di un potere-dovere dei sanitari si apprestare tutte le cure idonee ad evitare ogni pregiudizio grave ed immediato alla salute del paziente*".

La Corte arriva a questa conclusione, rilevando che in presenza " *di pericolo grave e immediato di vita per il paziente, il dissenso di costui al trattamento deve essere manifestato in maniera attuale, chiara e informata*" e precisando che il " *cartellino*", sul quale era scritto " *niente sangue*", che il paziente aveva addosso, " *non è espressione efficace di volontà contraria alle trasfusioni e non è, di per sé, ostacolo all'effettuazione di tale trattamento terapeutico*" dato che " *il cartellino esprimeva, infatti, la volontà non concreta, ma astratta, non specifica ma programmatica, non informata, ma ideologica, e soprattutto passata, preventiva e non attuale*" di rifiutare tale terapia (grassetto nostro).

La Corte, per dare ulteriore forza alle sue conclusioni, rileva inoltre che " *il consenso o il dissenso, deve innanzitutto seguire all'avvenimento da cui deriva la necessità, secondo i sanitari, di un certo trattamento*"; che " *non vi può essere un valido consenso preventivo, prima cioè dell'effettiva emergenza, e non vi può essere un valido dissenso preventivo espresso prima, e a prescindere dall'emergenza*", sempre che " *non vi sia una legge che preveda un tale scelta preventiva, disciplinandone l'efficacia*", legge inesistente nella fattispecie; che, ancora, " *il consenso o il dissenso per essere validamente espressi ed efficaci, devono essere preceduti dall'informazione adeguata sullo stato di salute, sulla necessità di determinate cure, sui rischi da esse (o alla loro omissione) eventualmente derivanti*" che, infine, nella fattispecie " *il dissenso era preventivo, programmatico, astratto ed espresso prima, ed a prescindere, sia dall'emergenza (ossia dall'incidente che lo condusse in ospedale in gravi condizioni ed in semicoma) che dalle necessarie informazioni da parte dei sanitari*" (grassetto nostro).

Secondo l'opinione espressa dalla Corte nella sentenza in oggetto, allo stato attuale della legislazione non è possibile, in sostanza, ritenere valido un dissenso inattuale, espresso in via astratta e senza la necessaria informazione dei sanitari sulle conseguenze derivanti dall'omissione del trattamento rifiutato.

Appare opportuno soffermarsi sulla questione posta dai Testimoni di Geova con il loro " *preventivo*" e, secondo la Corte, " *astratto*" rifiuto delle trasfusioni, testimoniato dal " *cartellino*" sopra menzionato che, peraltro, dovrebbe avere la funzione di una direttiva anticipata nell'ipotesi in cui il paziente non è in grado di ribadire, nell'attualità, il suo dissenso informato rispetto a tale terapia.

Santosuosso e Fieconi hanno commentato la decisione in esame osservando, tra l'altro, che *“non può non rilevarsi che la volontà espressa in una condizione di benessere e riferita a una condizione assolutamente ipotetica, ha un contenuto e una consistenza diversa rispetto a quella in cui il paziente già vive la situazione alla quale si riferiscono le cure”*; che *“se è la sostanziale continuità della condizione personale che depona a favore del rispetto della volontà espressa nell'imminenza della perdita di coscienza per anestesia, alla stessa stregua non si potrà non farsi carico della discontinuità che vi è nel caso delle dichiarazioni ipotetiche che diventano attuali per effetto di un evento traumatico improvviso”*; che *“rimane, in ogni caso il fatto che quella volontà, per quanto ipotetica, costituisce in ogni caso l'unica disponibile che possa essere riferita al diretto interessato”*; che questo fatto *“è particolarmente rilevante nel caso di perdita irreversibile della capacità”*.⁹⁶⁾

Aggiungono questi Autori che *“l'approccio del giurista al dissenso del Testimone di Geova rispetto alla terapia trasfusionale, allo stato attuale, non può essere diverso da quello intrapreso nelle occasioni in cui si è ravvisata la necessità di un consenso informato, posto che non vi può essere spazio per un dissenso valido, laddove non vi sia stata una preventiva occasione, per il medico, di esporre al paziente un'esauritiva informazione sui rischi determinati dalla mancata trasfusione e sulla carenza della struttura ad attivare terapie alternative”*; che, infatti, *“laddove tale occasione sia mancata per circostanze non imputabili a una condotta omissiva o reticente del medico, il dissenso al trattamento non potrebbe legittimare una condotta astensionistica del medico, atteso che occorre appurare se il dissenso, per essere valido, sia ricollegato agli specifici rischi per la salute cui si espone consapevolmente il paziente”*.

Sembra, quindi, che per questi Autori la *“discontinuità”* “prodotta dal cambiamento repentino delle condizioni di salute dell'interessato possa costituire un elemento sufficiente ad autorizzare il medico ad intervenire a tutela della sua salute messa in pericolo dalla mancata attuazione della trasfusione, nonostante il dissenso preventivamente manifestato dal soggetto, peraltro in una condizione di *“benessere”* e senza essere stato edotto degli *“specifici rischi”* connessi a tale nuova situazione di salute.

In realtà è sostenibile, sia sul piano giuridico che su quello etico, anche una diversa tesi che tenda a valorizzare l'autonomia del soggetto anche se esercitata in un momento di *“benessere”* e, quindi, senza una specifica informazione resa ai medici curanti.

Una prima osservazione critica rispetto alla tesi che chiamiamo per brevità della *“discontinuità”* è che questa tesi compara tra di loro due situazioni che sono oggettivamente diverse e cioè quella in cui il paziente è presente con la sua coscienza nella relazione di cura e quella in cui il paziente giunge in stato di incoscienza in ospedale.

È evidente che solo nella prima situazione è possibile, per il medico, adempiere al suo dovere di informazione, e, per il paziente, consentire o dissentire nell'attualità, con consapevolezza.

Nella seconda situazione lo stato di incoscienza del paziente impedisce al medico di informare il paziente e, quindi, il problema della necessaria adeguatezza dell'informazione viene meno in radice, né è possibile imputare ad un comportamento, doloso o colposo, del medico l'omissione informativa.

Questa circostanza, peraltro, non appare sufficiente ad escludere la validità di un dissenso espresso in anticipo e in linea generale da parte dei Testimoni di Geova che, appartenendo ad una religione che fonda il suo credo su una particolare interpretazione delle sacre scritture, hanno effettuato una scelta rispetto alle trasfusioni che è una scelta di vita e che non può essere messa in discussione solo perché non oggetto di conferma nel momento del pericolo o poco prima.

Né è pensabile che i Testimoni di Geova non siano consapevoli dei rischi connessi, in determinate circostanze, al rifiuto delle emotrasfusioni, dato che il rifiuto di questo trattamento questione è parte integrante della loro religione e che questo tema è stato lungamente discusso anche sui mass media.

⁹⁶⁾ A. Santosuosso, F. Fieconi, Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità, NGCC, 2005, parte II, 38-48.

La loro consapevolezza al riguardo è dimostrata anche dal fatto che il rifiuto delle trasfusioni viene ribadito per iscritto, avanti ad altri “*testimoni*” con determinate scadenze temporali proprio per sottolineare l’importanza di quest’aspetto nella loro religione e la continua attualità di questa decisione.

D’altra parte la circostanza della presenza del “*cartellino*” addosso al Testimone di Geova in questione avrebbe dovuto, in mancanza di contrari elementi, essere valorizzata come un’ulteriore dimostrazione dell’attualità del rifiuto delle trasfusioni.

Non può, inoltre, non essere evidenziato che seguendo la tesi sopra menzionata della “*discontinuità*” non vi sarebbe spazio alcuno per le direttive anticipate nel nostro attuale ordinamento, con il conseguente rischio di perdere ogni possibilità di definire in anticipo le cure alle quali non si desidera essere sottoposti per i più svariati motivi.

Rimandando ai paragrafi successivi una trattazione più completa del tema delle direttive anticipate, è opportuno evidenziare, infine, che la tesi della “*discontinuità*” sembra enfatizzare il problema della responsabilità del medico che rispetti il dissenso del paziente Testimone di Geova, ma non risponde adeguatamente al desiderio di quest’ultimo di vivere rispettando i precetti del suo credo religioso.

6.6.2 La Corte d’Appello di Trento, con sentenza 19/12/03,⁹⁷⁾ a sua volta, ha affrontato il tema del rifiuto espresso da un Testimone di Geova, S.T., che, ricoverato dopo un incidente stradale presso un ospedale, aveva dovuto subire una trasfusione di sangue contro la sua volontà espressa con lucidità prima dell’intervento chirurgico cui era poi stato sottoposto, nel corso del quale era emersa, a giudizio dei medici, la necessità di trasfondere il paziente.

Dopo l’esito negativo del giudizio di primo grado svoltosi davanti al Tribunale di Trento, S.T. ha chiesto nuovamente alla Corte il risarcimento dei danni morali subiti, secondo la sua tesi, per la trasfusione rifiutata prima di entrare in sala operatoria.

Anche la Corte d’Appello ha respinto la domanda del sig. S.T. osservando che, in base alla Ctu medico-legale eseguita, la trasfusione era necessaria per affrontare adeguatamente il quadro clinico del paziente aggravatosi nel corso dell’intervento e che, in particolare, i sanitari, nella fase precedente all’intervento avevano sottoposto il paziente, “*per quanto possibile*” ad una “*terapia alternativa alla trasfusione*” e che quest’ultimo trattamento fu realizzato solo quando “*si trovarono ad affrontare, in sala operatoria, una situazione diversa e più grave di quella prevista – e non altrimenti evitabile*”.

La Corte ha così escluso che “*il pericolo per la vita*”, con conseguente necessità della trasfusione del paziente, fosse stato causato da un comportamento imputabile ai sanitari, come, invece, dedotto dalla difesa del paziente.

Superata questa questione, la Corte ha affrontato la “*fondamentale*” problematica relativa al valore da attribuire al rifiuto del trattamento trasfusionale manifestato dal paziente rispetto alla nuova situazione manifestatasi nel corso dell’intervento chirurgico.

Ha osservato, al riguardo, la Corte in queste situazioni di **emergenza intraoperatoria** non può essere trascurata la rilevanza del lasso di tempo intercorso tra il rifiuto espresso dal paziente e l’insorgenza della necessità della trasfusione in quanto la decisione del malato era stata presa “*in un momento in cui le sue condizioni di salute non apparivano così gravi da far temere un imminente pericolo di vita*”; che, dato che il dissenso rispetto alla trasfusione era stato manifestato quando la situazione clinica era meno grave di “*quella reale riscontrata solo in secondo momento*”, alla volontà del paziente non poteva attribuirsi un effettivo valore perché, in sostanza, espressa senza una conoscenza del suo reale stato di salute e dei rischi conseguenti all’omissione del trattamento; che, ancora, il paziente, in realtà, non aveva chiesto di non essere curato, ma solo di essere trasferito in un altro centro clinico, “*attrezzato per eseguire l’autotrasfusione*”, qualora fosse insorta la

⁹⁷⁾ La sentenza è pubblicata edita sulla rivista NGCC, 2005, parte I, 145 e segg., insieme alla decisione della Corte d’Appello di Trieste del 25/10/03, di cui al precedente punto 6.6.1.

necessità delle trasfusioni; che le cure praticate erano quelle necessarie nel contesto clinico accertato nel corso dell'intervento.

Ha osservato, ancora, la Corte che *“allo stato attuale, non essendo intervenuta nessuna modifica legislativa (non sono ancora stati emanati i decreti legislativi in attuazione della Convenzione di Oviedo ratificata con l. 14/2001), nulla è mutato sotto il profilo penalistico ed i sanitari che lascino morire un paziente (anche in caso di dissenso dello stesso a determinati trattamenti) vengono ancora imputati del reato di omicidio e sovente condannati, tranne sporadici casi – e con riferimento, comunque, alla diversa fattispecie di sottoposizione del paziente ad una operazione diversa e più invasiva di quella inizialmente prevista e consentita – che non trovano alcun sicuro ed unanime conforto giurisprudenziale (dunque fortemente incerte perché isolate)”*; che, in tale situazione, *“di fronte al dubbio circa la validità del dissenso, non può negarsi che l'operato dei sanitari – che pur in astratto potrebbe configurare, contrariamente a quanto affermato dal primo Giudice, gli estremi del reato di violenza privata - debba ritenersi scriminato ai sensi dell'art. 54 c.p., essendosi trovati di fronte alla necessità di salvare il S. dall'imminente ed incombente pericolo di morte”*; che, comunque, tale scriminante sarebbe applicabile anche *“nella non creduta ipotesi che il dissenso potesse ritenersi perdurante nel tempo”* in quanto *“la situazione di urgenza terapeutica”* concretizza *“lo stato di necessità qualora sia in gioco la vita del paziente che, nella nostra cultura giuridica, è considerato diritto “personalissimo ed indisponibile”*; che, inoltre, nel caso di specie, sussistono tutti i presupposti dello stato di necessità ex art. 54 c.p. con conseguente esclusione di ogni illiceità nell'operato dei sanitari; che, infine, sussiste anche la necessaria proporzionalità tra i valori in conflitto, tutti *“costituzionalmente garantiti”* e cioè, tra *“il diritto alle proprie convinzioni religiose e spirituali”* (art. 19 Cost.), bene sacrificato, e il *“diritto alla salute”* (art. 32 Cost.) e alla *“vita”* (art. 2 Cost.), bene salvato (grassetto nostro).

Il ragionamento della Corte d'Appello di Trento non appare condivisibile sotto diversi profili.

Non è certamente condivisibile laddove richiama a sostegno della liceità del comportamento dei medici l'art. 54 del codice penale, come affermato anche da Santosuosso e Fieconi nella loro nota di commento sopra menzionata.⁹⁸⁾

Per questi Autori, infatti, invocare la norma in questione significa lasciare spazio *“a situazioni di inaudita violenza”*, con espresso richiamo a quanto accaduto nel caso, descritto nel paragrafo 6.3 di questo capitolo, della trasfusione eseguita coattivamente nei confronti del paziente, Testimone di Geova, che vi si opponeva con la sua residua forza.

Aggiungono, inoltre, questi Autori che, seguendo il ragionamento della Corte, *“l'art. 54 cod. pen. (stato di necessità) si trasforma da norma che, in presenza di determinati presupposti, scrimina comportamenti altrimenti punibili, in norma che contiene un precetto e impone al medico di intervenire sul paziente affidato alle sue cure, anche contro la sua volontà”*; che, se, invece, *“si considera lo stato di necessità applicabile ex post, si lascia in tal modo aperta la strada a discutibili interventismi etici dei medici”*; che, ancora, la prospettiva seguita dalla Corte *“è precostituzionale o a-costituzionale, nel senso che poteva avere un sua consistenza prima della Costituzione italiana del 48 o può averla anche oggi, a patto di ignorare il contenuto di alcune sue disposizioni e il modo in cui sono state negli ultimi decenni interpretate”*; che, infatti, nella prospettiva costituzionale, in base all'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale degli artt. 13 e 32 della Cost., *“la regola fondamentale è quella della intangibilità della sfera personale”* e la volontà attuale della persona cosciente e capace *“deve essere rispettata anche nel caso in cui dalla mancata esecuzione dei trattamenti derivi un danno alla salute del paziente e financo la morte”*; che, pertanto, *“il giudice che, trovandosi a decidere un caso in cui il paziente ha rifiutato trattamenti salvavita, ritenesse di trovare un ostacolo insormontabile al rispetto della volontà della persona nell'art. 5 cod. civ. o nell'art. 54 cod. pen. non avrebbe altra scelta che sollevare la questione di costituzionalità di tali norme ordinarie nella parte in cui impongono una soluzione in contrasto con gli artt. 13 e 32 Cost.”*; che, in realtà, *“tale via non è obbligata, dal momento che è*

⁹⁸⁾ A. Santosuosso, F. Fieconi, Il rifiuto di trasfusioni, op. cit. (nota 96), 38-48.

ben possibile, per via interpretativa, giungere a una armonizzazione delle norme, che veda il contenuto di libertà delle norme costituzionali prevalere sui “limiti” che le norme ordinarie sembrerebbero porre”.

La nostra opinione, sul punto, è che il richiamo, nella materia che ci occupa, agli artt. 5 del codice civile e 54 codice penale non è pertinente.

La prima norma citata, infatti, riguarda situazioni e fattispecie diverse da quelle relative al consenso-rifiuto delle cure manifestato dal paziente all'interno di una relazione con il medico, altrimenti dovrebbe ritenersi che nessun intervento distruttivo, anche necessario secondo la scienza medica, potrebbe essere legittimamente attuato se, in ipotesi, comporti, come può avvenire, una “*permanente*” diminuzione dell'integrità fisica del soggetto interessato (basti pensare all'amputazione di una gamba ovvero all'asportazione di un organo malato, con metastasi).

La seconda norma, cioè l'art. 54 c.p. è una disposizione di carattere generale che consente, ma non obbliga a determinati interventi e, quindi, non appare applicabile laddove sussiste una precisa volontà contraria del soggetto che sarebbe “*beneficiario*” dal soccorso necessitato.

Non appare corretto, d'altra parte, ritenere priva di valore la scelta, tra i beni in potenziale conflitto, effettuata dal soggetto titolare del bene da salvare, salvo affermare che viviamo in un Stato etico che ha già previamente stabilito quale valore morale è in assoluto preminente.

Il richiamo all'art. 54 c.p. da parte dei medici non appare corretto, inoltre, perché, qualora si volesse ipotizzare l'esistenza di una “*posizione di garanzia*” del medico rispetto alla salute del paziente, anche in presenza di un rifiuto consapevole manifestato dal paziente rispetto all'assistenza proposta dal sanitario, dovrebbe ritenersi che l'attività di cura sarebbe prestata in adempimento di un dovere e non in via meramente facoltativa.

In realtà, peraltro, appare arduo configurare una posizione di garanzia così assoluta da essere prevalente anche di fronte ad una diversa scelta consapevolmente effettuata dal titolare del bene salute da salvaguardare.

A queste considerazioni possono essere aggiunte quelle che trovano fondamento nel carattere personalistico della nostra carta fondamentale che, salvo specifiche eccezioni previste dalla legge, non impone, né espressamente, né implicitamente, il dovere di curarsi, ma rappresenta la salute come un “*diritto*” dell'individuo e un “*interesse*” della collettività; che non impone mai come obbligatorie le cure sanitarie nel solo ed esclusivo interesse di un determinato soggetto; che, infine, tutela anche la libertà di gestione del proprio corpo rispetto alle invasioni non consentite da parte di terzi.

Sarebbe, infine, esercizio vano quello diretto ad ipotizzare che l'art. 54 c.p. - che risale al 1930 e, quindi, ad epoca antecedente alla nostra Repubblica - costituisca una disposizione integrativa del precetto costituzionale di cui al combinato disposto dagli artt. 13 e 32 della Cost. sia per l'estrema genericità di questa norma ordinaria rispetto alla natura dei trattamenti sanitari consentiti ai medici - che, quindi, rimarrebbero arbitri di decidere cosa fare dal punto di vista tecnico per salvaguardare la salute e la vita del paziente anche in una situazione nella quale il progresso tecnico consente trattamenti di sostegno vitale sempre più incisivi e invadenti- sia per la mancanza degli altri presupposti idonei a qualificare, in conformità al predetto dettato costituzionale, questa norma come una seria garanzia di “*legge*” della libertà delle persone anche rispetto alle cure proposte correttamente.

In relazione al passaggio della motivazione della sentenza in cui si evidenzia che la situazione nella quale il paziente, all'atto del ricovero, aveva espresso il suo dissenso alla trasfusione, era diversa da quella poi verificatasi nel corso dell'intervento chirurgico, si può obiettare che, in realtà, è difficile escludere ex ante la possibile necessità di dovere trasfondere nel corso di un intervento chirurgico già programmato e che, quindi, appare arduo negare la rilevanza del rifiuto della terapia in oggetto solo per questo motivo. D'altra parte, proprio la richiesta del paziente di essere trasferito altrove nel caso in cui fosse insorta la necessità di una trasfusione, dimostra che il paziente aveva avuto presente anche questo rischio, decidendo in questo caso di essere curato, come evidenziato nella sentenza, ma nel rispetto del suo credo e, quindi, non ad ogni costo.

È noto, infatti, che i Testimoni di Geova desiderano che non venga utilizzato sangue “*esterno*”, ma accettano procedure che non comportano contaminazioni del proprio sangue, come quella che attua “*l'autotrasfusione*” con modalità ritenute accettabili dalla religione in questione.

6.6.3 La Corte di Cassazione, terza sezione civile, con la recentissima **sentenza n. 4211/07** ha respinto il ricorso avanzato da S.T. avverso la decisione della Corte d'Appello di Trento oggetto del commento di cui al paragrafo che precede.⁹⁹⁾

La sentenza della S.C. ritiene, in sostanza, non censurabile la decisione impugnata perché adeguatamente motivata ed esente dagli errori di diritto denunciati.

La Cassazione, in particolare, evidenzia che motivatamente la Corte di merito ha ritenuto che la situazione presentatasi nel corso dell'intervento fosse molto più grave di quella presente nel momento in cui il paziente aveva espresso il suo dissenso rispetto all'emotrasfusione e che i rischi derivanti da tale “nuova” situazione clinica, non causata da errori diagnostici, non fossero evitabili altrimenti che attraverso l'esecuzione del trattamento non accettato in precedenza dal malato.

Ha aggiunto la S.C. che i giudici di merito, con motivazione non censurabile, hanno correttamente affermato che i medici avevano giustamente ritenuto, in base ad una valutazione altamente probabilistica, che l'originario dissenso del malato non dovesse considerarsi più operante “*in un momento successivo, davanti ad un quadro clinico fortemente mutato e con imminente pericolo di vita e senza la possibilità di un ulteriore interpellato del paziente ormai anestetizzato*”.

In sostanza il comportamento dei sanitari in questione può essere considerato legittimo, secondo la S.C., perché la trasfusione di sangue è stata praticata “*nel ragionevole convincimento che il primitivo rifiuto del paziente non fosse più valido ed operante*”, atteso il mutamento del quadro clinico e la precedente richiesta del paziente di essere curato, seppure in modo conforme al suo credo religioso.

La Cassazione, inoltre, ha ritenuto che la decisione impugnata fosse anche “*rispettosa della legge 28 marzo 2001 n. 145*” - inerente la ratifica ed esecuzione della Convenzione di Oviedo che all'art. 9 impone di tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi dal paziente rispetto alle cure da praticarsi quando non è più in grado di esprimere la sua volontà – perché i medici durante l'intervento avevano interpellato “*il Procuratore della Repubblica ricevendone implicitamente un invito ad agire*”.

La S.C., infine, ha affermato che gli argomenti “*congrui e logici*” utilizzati dalla Corte di merito, seppure non conformi alle credenze della Comunità religiose cui appartiene il paziente, sono certamente conformi ad un “*diffuso sentire*”, tenuto anche conto del fatto che nei vari disegni di legge sul testamento biologico “*spesso è previsto che tali prescrizioni non siano vincolanti per il medico che può decidere di non rispettarle motivando le sue ragioni nella cartella clinica*”.

Le motivazioni di questa sentenza della Cassazione non appaiono convincenti laddove sembrano legittimare i medici a disattendere la volontà del paziente, pur se consapevolmente espressa, poco prima di perdere la coscienza, per motivi personali inerenti l'appartenenza ad una comunità religiosa.

Se, infatti, il paziente, come risulta dagli atti, sulla base delle informazioni ricevute dai medici circa la necessità di intervenire chirurgicamente, aveva rifiutato motivatamente la trasfusione perché Testimone di Geova, la sua volontà non poteva essere superata da una diversa convinzione dei sanitari fondata sul fatto che la situazione del malato era apparsa più critica in sala operatoria.

⁹⁹⁾ La sentenza è pubblicata su Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore, 2007, 10, pagg. 27-30, con nota di E. Sacchetti, Quando interviene uno stato di necessità la scelta della terapia passa al sanitario, pagg. 31-33; la Corte di Cassazione, con la precedente sentenza n. 5444/06, pubblicata su NGCC, 2007, 240-250, con nota L.G. Francini, ha, comunque, riaffermato la rilevanza dell'informazione e del consenso nel rapporto medico-paziente ritenendo sussistente, in base agli artt. 13 e 32 della Cost., la responsabilità civile extracontrattuale del medico e della struttura sanitaria per i danni alla salute conseguenti all'omessa corretta informazione del paziente circa i rischi collaterali connessi al trattamento eseguito; la S.C. ha ribadito che, ai fini della sussistenza di questo illecito per violazione del consenso informato, “è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno”.

L'insorgere della necessità di una eventuale trasfusione, infatti, non può essere ragionevolmente esclusa a priori perché ogni intervento presenta comunque degli aspetti problematici.

A maggior ragione questa eventualità non poteva essere ragionevolmente esclusa nel caso di specie, trattandosi di un intervento effettuato su un paziente già ricoverato presso il pronto soccorso e poi trasferito “*nel reparto rianimazione perché affetto da rotture multiple e rottura dell'arteria principale con emorragia in atto*”, come si legge nella sentenza della S.C.

Altrimenti c'è il rischio di legittimare l'esecuzione della terapia rifiutata, in sostanza, nell'attualità, solo perché la situazione reale è più grave di quella preventivata prima di iniziare l'intervento.

La circostanza relativa al fatto che il paziente aveva manifestato il desiderio di essere trasportato in un altro nosocomio attrezzato per l'autotrasfusione, non può, inoltre, essere considerato un valido elemento a sostegno del fatto che l'interessato avrebbe comunque accettato anche l'emotrasfusione, se avesse compreso di essere in pericolo di vita.

È noto, infatti, che i Testimoni di Geova vogliono essere curati, ma alle loro condizioni e in conformità con il loro credo religioso, non a tutti i costi.

Non ci sembra, inoltre, che sia possibile ritenere che i sanitari hanno ragionevolmente agito in base ad una causa di giustificazione putativa (art. 50 c.p. ovvero art. 54 c.p.) perché proprio il fatto che si sono rivolti al P.M. dimostra che non erano convinti della legittimità dell'intervento trasfusionale poi eseguito.

In relazione, poi, all'astratta applicabilità del disposto di cui all'art. 54 c.p., rimangono ferme le obiezioni sopra riportate in relazione alla possibilità di ritenere questa norma applicabile nel rapporto di cura in presenza di un valido rifiuto espresso dall'interessato e tutelato dai principi desumibili dagli artt. 13 e 32 della Costituzione che rappresenta la nostra carta fondamentale.

Ci sembra, infine, interessante sottolineare che, da un lato, la Cassazione ritiene pienamente operante nel nostro sistema giuridico la Convenzione di Oviedo e, dall'altro lato, afferma che i medici in questione hanno tenuto in considerazione il rifiuto delle cure espresso dall'interessato, eseguendo proprio la terapia trasfusionale contestata dal malato, dopo avere ricevuto “implicitamente” dal P.M. “un invito ad agire”.

L'interpretazione dell'art. 9 della citata Convenzione operata dalla S.C. non è condivisibile perché disattendere il desiderio espresso dal paziente non è proprio il comportamento che ci si aspetta da chi ha il dovere di tenere in considerazione le sue volontà, né appare rilevante al riguardo l'opinione eventualmente espressa dal P.M..

Il richiamo, infine, ai DDL sul “*testamento biologico*” non ci sembra pertinente in presenza di norme vigenti applicabili alla fattispecie, quali quelle desumibili dalla Costituzione e dalla citata Convenzione.

In ogni caso, se è vero che vi sono disegni di legge che consentono al medico di discostarsi motivatamente dal contenuto delle dichiarazioni di volontà espresse in precedenza dal paziente, nel caso di specie siamo in presenza di un rifiuto che deve ritenersi espresso nell'attualità della malattia, poco prima di entrare in sala operatoria.

Non tutti, peraltro, i DDL attualmente all'esame del Senato, ritengono non vincolanti per i sanitari le D.A. espresse dall'interessato (vedi, sul punto, infra cap. 13) e, quindi, anche questa citazione è un indice di una precisa scelta di campo operata dalla Cassazione, seppure non senza difficoltà, dato che la motivazione della decisione non è stata redatta, com'è d'uso, dal consigliere relatore.

6.7 Il caso Welby.

Il caso “Welby” è relativo ad un uomo che, affetto da anni da un gravissimo stato morboso degenerativo, diagnosticato come “*distrofia fascioscapolomeroale*”, che ha chiesto al Tribunale Civile di Roma, con ricorso ex art. 700 cpc, in via d'urgenza, che fosse ordinato al suo medico e all'Associazione Antea, soggetti che lo avevano in cura, di procedere all'immediato distacco del

ventilatore artificiale che dal 1997 ne assicurava la respirazione assistita, con contestuale somministrazione di terapie sedative atte ad evitare ogni stato di sofferenza.

Ha esposto nel suo ricorso questo paziente di avere già formulato ai predetti soggetti questa consapevole richiesta, ma di averne ottenuto un rifiuto; che, in particolare, il medico curante, pur non negando di essere “*obbligato per legge a rispettare la volontà*” del sig. Welby e, quindi, di essere tenuto al distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione, aveva sostenuto che, una volta che il paziente fosse divenuto incosciente, sarebbe scattato l’obbligo di riattivare la macchina per affrontare il “*pericolo di vita*” creatosi.

Nel relativo giudizio si sono costituiti i predetti soggetti che hanno chiesto, in via preliminare, che fosse accertato il loro difetto di legittimazione passiva rispetto alle istanze del ricorrente e, nel merito, il rigetto del ricorso.

Nel giudizio è intervenuto il P.M. che ha sostenuto che il ricorso del paziente era fondato sotto il profilo dell’esistenza del suo diritto ad ottenere la sospensione, con le modalità richieste, del trattamento sanitario non voluto, mentre era inammissibile laddove diretto ad ordinare al medico di non ripristinare la terapia di sostegno, perché trattasi in questo caso di scelta “*discrezionale*” del medico “*dovendo egli valutare se sussista in concreto la necessità di salvare il paziente dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e perciò agire anche in assenza o anche contro il consenso di questo*”, evitando, comunque, ogni forma di “*accanimento terapeutico*”.

Il P.M., nel suddetto atto d’intervento dell’11/12/06, ha, inoltre, precisato che la scelta che il sanitario deve operare è sì discrezionale, ma anche “*tecnicamente vincolata*” in merito “*all’utilità e alla necessità di ripristinare, in un momento successivo, la terapia*” di ventilazione già sospesa, sulla base di quanto indicato nell’art. 37 del codice deontologico del 1998 il quale prevede che “*nel caso di malattia a prognosi sicuramente infausta o pervenuta alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all’assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze, fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita*”.

Il giudicante, respinta l’eccezione di difetto di legittimazione passiva dei resistenti, medico e associazione che avevano in cura il paziente, ha affermato, tra l’altro, che il “***principio dell’autodeterminazione individuale e consapevole in ordine ai trattamenti sanitari***” pur dovendosi considerare “*positivamente acquisito*” nell’ordinamento giuridico, “***presenta aspetti problematici in termini di concretezza ed effettività rispetto al profilo della libera ed autonoma determinazione individuale sul rifiuto o l’interruzione delle terapie salvavita nella fase terminale della vita umana***”; che, in particolare, appare indiscutibile che l’ordinamento giuridico “*non preveda nessuna disciplina specifica sull’orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell’attuazione pratica del principio di autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l’interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente*”; che, “***anzi, il principio di fondo ispiratore è quello dell’indisponibilità del bene vita***” che si evince dall’art. 5 del codice civile, “*che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da determinare un danno permanente*”, e, soprattutto, dagli artt. 575, 576, 577, primo comma, n. 3, 579 e 580 del codice penale “*che puniscono, in particolare, l’omicidio del consenziente e l’aiuto al suicidio*”; che, ancora, esiste “***un preciso obbligo di garanzia del medico di curare e mantenere in vita il paziente***”, anche in base agli artt. 35 e 37 del codice deontologico medico del 1998; che, inoltre, anche il principio del divieto dell’*accanimento terapeutico* appare privo di puntuale disciplina normativa; che, in definitiva, deve ritenersi che il diritto del paziente “*di richiedere l’interruzione della respirazione assistita, previa somministrazione della sedazione terminale*”, pur esistente, non è “*concretamente tutelato dall’ordinamento*”, in quanto “*sempre rimesso*”, nella sua attuazione, “*alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta*” (grassetto nostro).

In base a queste considerazioni, con provvedimento depositato il 16/12/06, è stata dichiarata “*la inammissibilità*” dell’azione cautelare intrapresa con il ricorso in oggetto.

Questa decisione¹⁰⁰⁾ è stata impugnata dal P.M., che ne ha evidenziato l'intrinseca contraddittorietà laddove riconosce l'esistenza del diritto alla sospensione delle cure, ma ne esclude la tutela effettiva, ma non dal paziente interessato che, assistito da altro medico anestesista (dr. Riccio) subentrato nell'ultima fase delle cure, è deceduto dopo che nella serata del 20/12/06, è stato disconnesso il ventilatore, previa sedazione del malato.

È opportuno evidenziare che il P.M., nel predetto atto di impugnazione, dopo avere sottolineato che, dal disposto degli artt. 32 e 13 Cost. si evince l'esistenza di un vero e proprio "**diritto a non curarsi**", ossia di una assoluta libertà del paziente di rifiutare le cure mediche, lasciando che la malattia faccia il suo corso, e che il medico ha la potestà o la facoltà di curare e "*non il diritto di curare*", ha concluso chiedendo al Tribunale il riconoscimento dell'esistenza del diritto del ricorrente ad interrompere il trattamento terapeutico non voluto, con le modalità richieste dal paziente (grassetto nostro).

Nello stesso atto il P.M. ha precisato che "*la facoltà di scelta riconosciuta al paziente - ossia, se curarsi o meno - è solo apparentemente in contrasto con la funzione del medico che ha come sua unica finalità la tutela della vita e dell'integrità fisica del suo assistito, poiché di fronte a situazioni, come quella in esame, dell'inutilità delle cure per la prospettiva dell'inevitabilità della morte*", non si tratta di agevolare un "*diritto a morire*", questione qui assolutamente non pertinente e del tutto fuori luogo, bensì "*di una scelta cosciente tesa ad evitare ulteriori ed inutili sofferenze al paziente irrimediabilmente malato*".

6.7.1 Allo stato (fine febbraio 2006), nonostante le forti critiche di alcune parti politiche rispetto al comportamento del sanitario, accompagnate finanche dalla richiesta di un suo arresto immediato, non risulta iniziata l'azione penale nei confronti di questo medico che non sembra nemmeno indagato, mentre è stata disposta l'autopsia del cadavere del sig. Welby per verificare le cause della sua morte.

Le agenzie di stampa del 1/2/07 hanno dato notizia, invece, del provvedimento della Commissione Disciplinare dell'Ordine dei Medici di Cremona, emesso dopo avere acquisito la documentazione clinica inerente alle cure prestate al paziente e dopo avere ascoltato il dr. Riccio, con il quale è stato deciso di non iniziare nei suoi confronti l'azione disciplinare non sussistendo nel suo comportamento ipotesi rilevanti sul piano deontologico.

In questo provvedimento, datato 1/2/07, pronunciato "*con parere unanime*", viene, in particolare, evidenziato che dall'istruttoria espletata è emerso che il dr. Riccio "*non ha somministrato farmaci o altre sostanze atte a determinare la morte*" del paziente; che "*la sedazione terminale praticata dal dr. Riccio risulta, per posologia di farmaci, modalità e tempi di somministrazione, in linea con i normali protocolli*"; che "*il sig. Welby era perfettamente in grado di intendere e di volere*" e che aveva "*espresso in modo chiaro, deciso e inequivocabile la volontà di interrompere la pratica assistenziale di respirazione artificiale che era iniziata nel 1997*" con la piena consapevolezza del sopraggiungere della morte, come conseguenza della sua libera scelta; che le norme deontologiche di cui agli artt. 20, sul "*rispetto dei diritti della persona*" e 35, intitolato "*acquisizione del consenso*", del nuovo codice del 16/12/06 costituiscono attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 13 e 32; che, infine, "*ai fini del rispetto della volontà della persona umana, il consenso deve essere ritenuto identicamente necessario sia per intraprendere il trattamento terapeutico che per mantenere lo stesso, in caso di trattamento terapeutico di durata*".

Questo decreto di archiviazione costituisce certamente un provvedimento in linea con le norme deontologiche e costituzionali applicabili alla fattispecie esaminata.

È importante che sia stato preso all'unanimità dei componenti della Commissione Disciplinare perché emerge un accordo tra tutti i membri in relazione ad una fattispecie che, invece, avrebbe potuto creare divisioni qualora fosse stata riproposta con forza la questione etica della non sospensibilità del trattamento di sostegno vitale.

¹⁰⁰⁾ La decisione è pubblicata integralmente su Guida al Diritto, Il Sole – 24 Ore, 2007, 1, 32-36.

È interessante, a nostro giudizio, il passaggio nel quale si è escluso che il medico interessato ha svolto un'attività finalizzata a determinare la morte del paziente attraverso la somministrazione di farmaci o altre sostanze e si è ritenuto conforme ai protocolli vigenti la sedazione praticata al paziente, evidentemente solo al fine di non farlo soffrire.

È fondamentale, infine, il passaggio nel quale si sottolinea che il paziente ha diritto, non solo di non iniziare, ma anche di sospendere un trattamento di sostegno vitale già in atto da tempo in quanto il sopravvenuto dissenso ne impedisce la continuazione.

In sostanza il rifiuto consapevole del paziente non consente sia l'instaurazione, sia la prosecuzione del trattamento indesiderato.

Sul punto, molto discusso nell'ambito medico e non solo, questo decreto di archiviazione dell'Ordine professionale sembra finalmente fare chiarezza.¹⁰¹⁾

Il legislatore dovrebbe ora intervenire per regolamentare la possibilità dell'obiezione di coscienza da parte dei medici che intendono manifestare obiezioni morali rispetto ad una pratica sanitaria come quella attuata nel caso Welby in modo da evitare che vi sia un insanabile contrasto tra le norme giuridiche, che allo stato nulla prevedono specificamente al riguardo, e quelle disciplinari.

Non va dimenticato, infatti, che anche il nuovo codice deontologico del 2006, all'art. 22 ammette che il medico possa *“rifiutare la propria opera”* qualora la prestazione richiesta sia in contrasto *“con la sua coscienza”*.

Altrimenti sussiste il rischio di un sanzione, anche di natura penale, per il medico curante che, seguendo la sua coscienza, prosegua nel mantenere in essere la pratica assistenziale di sostegno vitale validamente rifiutata dal paziente.

6.7.2 Un primo intervento di forte critica rispetto alla decisione del Tribunale è stato pubblicato il 18/12/06 sul quotidiano *“La Repubblica”* a firma di Stefano Rodotà che ha definito *“sconcertante”* il provvedimento in commento, *“ai limiti della denegata giustizia”*.

Rodotà ha affermato, inoltre, che *“il caso di Piergiorgio Welby, quale che sia il punto di vista dal quale lo si consideri, doveva essere risolto accogliendo la sua richiesta, perché così vogliono principi e regole ormai solidamente fondati nel nostro sistema giuridico”*; che la mancata specificazione di cosa debba intendersi per accanimento terapeutico è irrilevante nella fattispecie in cui si discute della legittimità del rifiuto delle cure; che, rispetto al rifiuto delle cure, *“il medico non deve compiere alcuna valutazione discrezionale, ma limitarsi ad accertare quale sia la volontà della persona”*; che, ancora, non si può correttamente affermare che *“il bene della vita è indisponibile, mentre proprio il diritto al rifiuto di cure, ormai largamente e ripetutamente affermato, dimostra che così non è”*; che ***“poiché nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario, l'argomentazione dell'ordinanza deve essere rovesciata : la mancanza di una legge rende illegittimo il trattamento, non la richiesta di interromperlo*** (grassetto nostro).

Sul caso Welby è intervenuto anche Viganò¹⁰²⁾ che ha rilevato che il dibattito politico e mediatico si è incentrato sui concetti di accanimento terapeutico e di eutanasia, lasciando, invece, nell'ombra, la questione *“cruciale”* del diritto fondamentale di ciascuno a non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà, sancito dagli artt. 13 e 32 della Costituzione, dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo, nonché dall'art. 3 della Convenzione Europea sui diritti umani.

¹⁰¹⁾ Nell'ambito medico questo provvedimento dell'Ordine non è stato sempre condiviso, come si evince anche dalle critiche avanzate dal dr. M. Melazzini, oncologo e Presidente dell'Associazione Sclerosi Laterale Amiotrofica, riportate sul quotidiano *La Provincia di Cremona* del 5/2/07, nel corso di un incontro pubblico sul tema *“Malattie inguaribili, curare sempre”*, organizzato dal Movimento per la vita.

¹⁰²⁾ F. Viganò, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?* Considerazioni in margine al caso Welby, *Diritto Penale e Processo*, 2007, 1, pagg. 5-10; vedi, ancora, sul caso Welby, il commento critico rispetto alla decisione del Tribunale di Roma, di G. Zagrebelsky, *Il giudice, la legge e i diritti di Welby*, *La Repubblica*, 19/3/07 e il parere del Comitato per l'Etica di fine vita, con sede in Milano, a firma del presidente P. Borsellino, consultabile sul sito www.istitutobioetica.org/ che argomenta in favore della fondatezza sul piano etico, deontologico e giuridico della richiesta del paziente di ottenere la sospensione del trattamento di ventilazione assistita all'epoca in atto.

Ha aggiunto quest'Autore che i medici avrebbero dovuto rispettare la volontà di Welby e, quindi, interrompere il trattamento di sostegno respiratorio in atti e attuare la sedazione palliativa, con un comportamento non rilevante sul piano penale perché imposto dall'esigenza di rispettare il diritto del malato a rifiutare le cure.

Criticando il provvedimento del Tribunale di Roma, Viganò ha, infine, osservato che, una volta riconosciuta l'esistenza, a livello costituzionale, di un diritto fondamentale a rifiutare il trattamento non desiderato, *“non si vede perché tale diritto dovrebbe risultare condizionato ad una legge ordinaria che ne assicuri la concreta attuazione”*, in quanto *“è compito della magistratura assicurare la tutela dei diritti fondamentali, anche in assenza di una legge che si faccia carico di una tale tutela”*, che, in un ordinamento costituzionale, non può essere lasciata alle *“determinazioni della maggioranza”*.

Trattasi di critiche condivisibili, pur nel rispetto che si deve ad una decisione giudiziaria, peraltro estremamente contraddittoria, come rilevato anche dal P.M. nel suo atto di impugnazione.

A mio giudizio, sull'esito della procedura d'urgenza ha influito certamente il principio, che ritorna sempre in questi casi, dell'**indisponibilità del bene vita**, nonostante questo concetto sembra ormai inadeguato a rappresentare la società attuale e il diritto vivente quando si è in presenza di una consapevole manifestazione di rifiuto del trattamento salvavita, come è documentato dalla storia delle vicende giudiziarie dei Testimoni di Geova maggiorenni e anche dai sempre più numerosi casi nei quali il malato non sopporta trattamenti ritenuti, sul piano soggettivo, lesivi della propria dignità di persona ovvero integranti vere e proprie torture ripetute nel tempo.

Non sono, infatti, rari ormai i casi di rifiuto della dialisi ovvero della chemioterapia che, in dosi massicce, presenta notevoli controindicazioni non sempre accettate dal paziente, soprattutto quando l'esito delle cure è notevolmente incerto.

Non è, comunque, condivisibile che nell'ordinanza si richiamino a sostegno dell'esistenza del principio giuridico dell'indisponibilità del bene vita anche nel caso di rifiuto delle cure norme che riguardano fattispecie del tutto diverse quali l'art. 5 del codice civile e gli articoli del codice Rocco sull'omicidio del consenziente e sull'aiuto al suicidio.

Nel caso del rifiuto delle cure, invero, il malato vuole essenzialmente che sul suo corpo non si intervenga con la terapia o il trattamento curativo non consentito e, quindi, richiede che si intervenga altrimenti (vedi la posizione dei Testimoni di Geova rispetto alle emotrasfusioni ovvero la richiesta dei malati inguaribili di avere solo adeguate cure palliative, lenitive del dolore insopportabile fino alla sedazione terminale) oppure, come nel caso Welby, che si lasci che la malattia faccia il suo corso, non essendo più umanamente sostenibile la condizione di paziente che respira attraverso apparecchiature di sostegno, ormai vissute come vere e proprie continue torture (vedi, sul punto, le numerose dichiarazioni di Welby circa l'insostenibilità della sua situazione di malato costretto a vivere attaccato ad una macchina di cui si sente prigioniero).

L'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio sono situazioni, di fatto e di diritto, diverse da quelle ora descritte di rifiuto dei trattamenti sanitari non desiderati; solo queste ultime, comunque, trovano sostegno nei principi fondamentali della nostra costituzione (artt. 13 e 32), in base ai quali, peraltro, ogni norma ordinaria e, quindi, di forza precettiva inferiore, deve essere interpretata.

La testimonianza pubblica del proprio estremo disagio e del proprio rifiuto nella prosecuzione di un trattamento salvavita, resa dal sig. Welby, ha avuto l'effetto positivo di costringere l'opinione pubblica e la politica a confrontarsi sul tema della fine della vita, anche se non sempre il dibattito è stato puntuale rispetto al tema posto da questo cittadino malato, come osservato anche da Spinsanti¹⁰³⁾ che ha sottolineato non solo la *“babele delle lingue”*, in quanto *“gli stessi termini, in bocca a persone diverse, assumono significati assolutamente non confrontabili”*, ma anche l'analogia del comportamento di Welby con quello tenuto da Giovanni Paolo II quando,

¹⁰³⁾ S. Spinsanti, Bioetica da ridere, bioetica da piangere, Jaunus, 2006, 24, pagg. 11-13.

rinunciando agli interventi che avrebbero potuto prolungare la sua esistenza terrena, ha chiesto, da credente, di essere lasciato andare *“alla casa del Padre”*.

La negativa risposta delle istituzioni alle domande del ricorrente Welby è, d'altra parte, una ulteriore dimostrazione di quanto sia difficile nel nostro attuale contesto - ancora fortemente condizionato dalla dottrina cattolica ovvero da *“convinzioni metagiuridiche”* tendenzialmente contrarie agli atti di disposizione della vita *“per ragioni etiche o religiose”*¹⁰⁴⁾ - accettare, anche sul piano culturale, la prevalenza di un diritto di libertà rispetto ad un (presunto) dovere di vivere ovvero di curarsi che non trova alcun riconoscimento nella nostra carta fondamentale.

Quanto, ancora, sia forte questa cultura è testimoniato da quelle critiche al comportamento tenuto dal dr. Riccio nei confronti del sig. Welby, fondate essenzialmente sul fatto che questo medico si sia dichiarato disposto ad accettare il suo rifiuto della terapia, attuata attraverso il respiratore artificiale, sulla base di una breve relazione con il malato, dovuta alla circostanza che, in precedenza, il paziente era stato assistito da altri.¹⁰⁵⁾

Si afferma, in sostanza, che una breve relazione medico-paziente non consente al sanitario di essere certo della reale volontà del malato, ma si dimentica che l'intervento del dr. Riccio è stata reso necessario dal fatto che chi si occupava in precedenza dell'assistenza al paziente si era rifiutato di accettare i suoi desideri circa l'interruzione delle cure praticate, pur se manifestati più volte anche pubblicamente.

Dietro le critiche legittimamente avanzate in merito al comportamento tenuto dal dr. Riccio si ripresenta, in realtà, una concezione della pratica medica che sia sempre capace di inquadrare e proiettare le scelte del paziente *“in un contesto di valori positivi e intangibili per la persona, come la ricerca della salute e la difesa della vita”*.¹⁰⁶⁾

In questo *“contesto”* poco spazio rimane, quindi, per il rispetto di una volontà del paziente diretta a realizzare altri *“valori”* garantiti dalla Costituzione, diversi da quelle prospettati in questo breve articolo come *“positivi e intangibili”* in modo, quasi, assoluto.

¹⁰⁴⁾ Vedi, sul punto, F. Giunta, Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo, Dir. Pen. e Proc., 1999, 4, pagg. 403-408.

¹⁰⁵⁾ Vedi, sul punto, F. Sala, Riflessioni personali a margine della vicenda Welby, in Bollettino Ordine Provinciale dei Medici di Modena, 2, 2007, pagg. 11-12.

¹⁰⁶⁾ F. Sala, op. cit. (nota 105), pag. 12.

7. Il trattamento sanitario nei confronti del paziente incosciente e le direttive anticipate.

Quando il paziente è in stato di incoscienza, come si deve comportare il medico secondo la dottrina penalistica?

Seminara, rilevata la sostanziale inutilità della nozione di accanimento terapeutico che *“non risulta suscettibile di una precisa definizione e finisce con il rappresentare nulla più che un nucleo di disvalore dai contorni assai sfumati”*, afferma che, nel caso di assistenza ai malati incapaci di esprimere una consapevole volontà, sussiste l’obbligo del medico di *“apprestare tutte le cure necessarie ed opportune, astenendosi da qualsiasi valutazione sulla dignità di quella vita e sulla sua meritevolezza di essere vissuta”* e ribadisce che *“il dovere giuridico del medico di iniziare o continuare il trattamento non si arresta dinanzi all’incurabilità della malattia o all’imminenza della morte, salvo i casi in cui esso non valga a prolungare la vita neppure in modo apprezzabile o costituisca fonte di sofferenza e di malessere”*.¹⁰⁷⁾

Secondo Viganò¹⁰⁸⁾, nell’assistenza ai malati temporaneamente incapaci di prestare il consenso al trattamento, occorre verificare se sussista o meno un dovere di intervento del medico che possa giustificare la sua attività, altrimenti il sanitario potrebbe essere chiamato a rispondere *“a titolo di lesioni personali”* in danno del paziente.

Quest’Autore, esclude, in questo caso, ogni rilevanza dei *“divieti di condotte lesive della libertà personale, non essendo ipotizzabile un “costringimento”, né una” limitazione della libertà personale” di un paziente incosciente”* e ritiene fuorviante il richiamo alla scriminante dello stato di necessità perché il medico, in base alla sua posizione di garanzia, non ha solo la *“facoltà”*, ma il dovere di eseguire un intervento che non può essere *“utilmente ritardato allo scopo di acquisire il consenso del paziente”*, altrimenti verrebbe chiamato in sede penale a rispondere della sua omissione colposa (grassetto nostro).

Il conflitto di doveri tra l’obbligo di astensione da condotte lesive dell’integrità fisica del paziente e l’obbligo di impedirne la morte o l’aggravamento della malattia, in questa prospettiva si deve risolvere, secondo Viganò, in favore del dovere di intervento secondo la *lex artis*, sempre che l’intervento sia urgente e, quindi, non rinviabile.

Queste opinioni, a nostro parere, sono condivisibili, in linea generale, se riferite al paziente che non ha validamente manifestato in precedenza la sua volontà rispetto alle cure desiderate nell’ipotesi in cui si dovesse trovare in uno stato di incapacità.¹⁰⁹⁾

Aggiunge, invece, Viganò che questa conclusione dovrebbe *“probabilmente”* valere anche *“nel caso in cui il paziente avesse in precedenza espresso, con un testamento biologico o con una “cartolina firmata”, come quella abitualmente portata con sé dai testimoni di Geova, il proprio dissenso ad un determinato trattamento salvavita”*.¹¹⁰⁾

A questa conclusione Viganò perviene osservando che *“tale dissenso sarebbe comunque stato espresso in una situazione affatto diversa da quella nella quale deve essere presa la concreta decisione di vita o di morte, di fronte alla quale nessuno può dire se il soggetto avrebbe tenuto fermo il proprio rifiuto o avrebbe, all’opposto, fatto prevalere il proprio istinto di autoconservazione”* In sostanza, *“nel dubbio, la soluzione non potrà che essere – pur con tutti i costi umani di essa, in termini di possibile sacrificio della libertà di coscienza del malato – quella della prevalenza dell’obbligo di salvare la vita”* (grassetto nostro).¹¹¹⁾

¹⁰⁷⁾ S. Seminara, Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia, op. cit. (nota 25), pagg 688-689.

¹⁰⁸⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), 529 e segg.

¹⁰⁹⁾ Vedi, sulla rilevanza del *“living will”*, anche le riflessioni di F. Giunta, Diritto di morire, op. cit. (nota 35), spec. pagg. 106-109.

¹¹⁰⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pagg. 530-531.

¹¹¹⁾ F. Viganò, Stato di necessità, op. cit. (nota 2), pag. 531; vedi, anche, sul punto, C. Todini, Riflessioni in tema di diritto di morire con dignità e di aiuto a morire, Giust. Pen. 2000, 2, pagg. 193-211, spec. 201-202

A questa conclusione, fondata essenzialmente sulla **carenza di attualità della volontà espressa in via anticipata**, si potrebbe validamente obiettare che non rispettare la volontà del malato, seppure manifestata in via anticipata, significa non consentire all'interessato di potere in qualche modo proiettare in avanti le sue scelte personali di vita in modo da controllare anche le vicende delle cure eventualmente necessarie in futuro, quando non sarà in grado di esprimersi al riguardo.

Nell'affrontare questo tema, sul quale torneremo, occorre anche considerare che il **concetto di attualità** non può essere inteso in senso meramente cronologico in quanto la scelta del malato sulle cure precede sempre di un certo lasso di tempo l'esecuzione dell'intervento e, quindi, una perfetta "attualità" della volontà del paziente, di norma, manca e che, comunque, la volontà espressa in anticipo rimane pur sempre l'ultima volontà conosciuta riferibile all'interessato.¹¹²⁾

7.1 Seminara¹¹³⁾ esaminando la "Carta di autodeterminazione"¹¹⁴⁾ attraverso la quale può essere espressa in via anticipata la volontà del dichiarante rispetto alle cure future per le situazioni ivi indicate, afferma che *"gli aspetti maggiormente problematici derivano dalla genericità dei presupposti cui è legata l'operatività della dichiarazione e dalla necessità di una valutazione discrezionale in ordine alla loro sussistenza"* e si interroga sul valore attribuibile a una scelta compiuta in stato di benessere, ma destinata ad operare quando è cambiata la situazione e, quindi, potrebbe essere ritornato prevalente l'istinto di conservazione.

In contrasto con l'opinione all'epoca dominante, Seminara non esprime una valutazione completamente negativa rispetto a queste dichiarazioni anticipate (D.A.) e non condivide la soluzione che tende a giustificare, in tutte le situazioni di incapacità, l'intervento del medico, osservando che il vero problema è quello di verificare il loro contenuto, le modalità del loro rilascio e, soprattutto, il loro periodico rinnovo a testimonianza della loro permanente validità.

Quest'Autore, come situazione nella quale può entrare in crisi l'assunto circa l'irrilevanza delle DA, cita quella dei Testimoni di Geova, per i quali, autorevole dottrina¹¹⁵⁾ riconosce una permanente validità al documento con il quale queste persone, per ragioni religiose e, quindi, per una scelta di appartenenza ad una determinata comunità, esprimono in via anticipata il rifiuto delle trasfusioni di sangue che dovessero essere necessarie in futuro, salvo l'ipotesi della revoca espressa ovvero per *facta concludentia* della volontà manifestata in precedenza.

In sostanza, quindi, secondo Seminara l'irrilevanza delle D.A. *"non deriva da inderogabili principi giuridici"*, ma può discendere da altre pertinenti considerazioni idonee a mettere in discussione la permanente validità nel tempo di queste dichiarazioni ovvero la loro applicabilità nel caso di specie.¹¹⁶⁾

7.2 Canestrari¹¹⁷⁾ a sua volta, intervenendo sul tema delle direttive anticipate, osserva che *"le riserve manifestate in ordine al valore da riconoscere alle direttive anticipate sono serie"* e riguardano la questione *"del contenuto delle advance directives"*, che non deve essere generico e ambiguo, compatibile con diverse scelte terapeutiche, *"della loro autenticità o spontaneità, e del loro periodico rinnovo"*, *"delle modalità di revoca"*, *"della rappresentanza dei soggetti in stato di incapacità"*; che, pur non apparendo agevole rispondere in via definitiva a queste problematiche,

¹¹²⁾ Vedi, sul punto, anche il parere 18/12/03 del CNB sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, di cui infra cap.9 e F. Giunta, Diritto di morire, op. cit. (nota 35), spec. pag. 108.

¹¹³⁾ S. Seminara, Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia, op. cit. (nota 25), pagg. 697 e segg..

¹¹⁴⁾ La Carta è stata approvata il 28/2/92 dalla Consulta di Bioetica Italiana; il testo della Carta è pubblicato sulla Riv. Ital. Med. Leg., 1992., 171 e segg.

¹¹⁵⁾ D. Vincenti Amato, Tutela della salute e libertà individuale, in Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità, 1984, pagg. 39 e segg. e P. Rescigno, ivi, pag. 187 e segg.

¹¹⁶⁾ S. Seminara, Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia, op. cit. (nota 25), pag. 701.; vedi, sul punto, anche F. Giunta, Diritto di morire, op. cit. (nota 35), spec. pg. 109.

¹¹⁷⁾ S. Canestrari, Le diverse tipologie di eutanasia, op. cit. (nota 39), pagg. 768-769.

non si deve pervenire alla conclusione circa “*l’irrelevanza delle direttive anticipate*” che sono uno “*strumento compatibile con il nostro ordinamento costituzionale*” in quanto “*valorizza il rispetto dei convincimenti personali applicando il criterio del minor scostamento possibile dalla volontà del soggetto interessato*”; che, peraltro, “*occorre evitare il rischio di una applicazione indiscriminata delle advance directives, che potrebbe aumentare se si aderisse all’opzione del valore vincolante di questi documenti*” (grassetto nostro).

Quest’Autore, ritenendo condivisibile la posizione assunta sul punto dalla Convenzione di Oviedo - che all’art. 9 recita “*i desiderata espressi anteriormente in ordine ad un trattamento sanitario da un paziente che, al momento del trattamento, non è in grado di manifestare la sua volontà, saranno presi in considerazione*” - afferma che la direttiva, in quest’ottica, “*costituisce un atto informativo rivolto agli operatori sanitari*” che ne dovranno tenere conto nella loro attività professionale, e “*una dichiarazione di intento, che di per sé non potrà vincolare i medici, ma influirà sulla loro scelta discrezionale*”.

A nostro giudizio non appare condivisibile il richiamo alla pura e semplice **discrezionalità del medico nell’applicazione delle D.A.** perché c’è il concreto rischio di svalutazione di questo strumento in ambito sanitario anche quando, in ipotesi, la direttiva anticipata sia precisa, sia stata consapevolmente manifestata dall’interessato quando la malattia è già stata puntualmente diagnosticata e sia stata rinnovata nel tempo successivo per confermarne la persistente attualità.

D’altra parte l’art. 35, ultimo comma, del nuovo codice deontologico del 2006, innovando rispetto alla disposizione del vecchio codice, stabilisce che “*Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, **tenendo conto delle precedenti volontà del paziente***”, mentre il successivo articolo 38, ultimo comma, afferma che “*il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, **deve tenere conto** nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*”, così conferendo, sul piano deontologico, un ruolo “*forte*” alle direttive anticipate formulate dal paziente (grassetto nostro).

Canestrari¹¹⁸⁾, come motivo che potrebbe giustificare il discostarsi del medico dai desideri precedentemente espressi dal paziente, richiama, a titolo di esempio, “*l’evoluzione delle conoscenze scientifiche*”, ma esclude correttamente la rilevanza al riguardo della diversità dei convincimenti personali del medico rispetto a quelli del paziente.

Il richiamo, per giustificare una decisione del medico diversa da quella espressa dal paziente in via anticipata, all’evoluzione delle conoscenze scientifiche appare, peraltro, una formula troppo generica perché l’avanzamento della scienza può comportare degli esiti di cura che non corrispondono a quelli desiderati dal paziente nell’ottica di una qualità minimale di vita da lui desiderata ed accettata.

Il richiamo al progresso della scienza non potrebbe, comunque, essere risolutivo nell’affrontare la questione sollevata dai Testimoni di Geova, che notoriamente rifiutano le emotrasfusioni solo in base al loro credo religioso, rinnovando periodicamente avanti a testimoni la loro volontà al riguardo. In quest’ipotesi ci si potrebbe discostare dalla loro richiesta - che non appare collegata ad un esito delle cure e, quindi, non lascia ai medici alcuno spazio di discrezionalità in quest’ottica - solo nel caso in cui venisse dimostrato positivamente che l’interessato si è allontanato negli ultimi tempi da quella religione, dimenticandosi di eliminare la “*cartolina firmata*” sopra menzionata. Si tratterebbe, nella sostanza, di una revoca implicita, per facta concludentia, del precedente rifiuto dell’emotrasfusione.

7.3 A questo punto del lavoro di ricerca si può, comunque, affermare che il dovere di intervento urgente del medico a salvaguardia della vita e dell’integrità fisica del paziente incosciente, di cui parla Viganò, può certamente trovare una limitazione nell’ipotesi in cui sia stata formulata in

¹¹⁸⁾ S. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia*, op. cit. (nota 39), pag. 769, nota 52.

precedenza una direttiva anticipata contenente un fermo e specifico rifiuto di tutti quegli interventi salvavita in concreto effettuabili nella fattispecie.

Infatti, come rilevato anche da Vallini¹¹⁹⁾, la posizione di garanzia del medico rispetto al paziente incosciente, rimane della sua naturale ampiezza solo se il paziente non ha effettuato in precedenza delle scelte di rifiuto rispetto al trattamento necessario nell'attualità ovvero quando, "*expressis verbis o per facta concludentia*" ha revocato la precedente volontà di non subire il trattamento in questione.

Non appare fondato, inoltre, il richiamo all'art. 593 c.p. ovvero all'art. 54 c.p. per ipotizzare, in presenza di un dissenso anche anticipato del paziente, il carattere doveroso dell'intervento urgente necessario a salvaguardare il suo bene vita, dato che il dovere di astensione per il medico discende da una norma costituzionale la cui operatività non può essere messa in discussione da una norma di rango ordinario.

D'altra parte, come giustamente osservato anche da Vallini "*una prevalenza coattivamente imposta a certi beni contro la determinazione del loro titolare non potrebbe mai trovare giustificazione nel c.d. "soccorso di necessità", venendo meno la proporzionalità tra bene leso e bene difeso, dovendosi tale requisito accertare in primis proprio alla stregua della valutazione normativa dei rapporti reciproci tra certi interessi*"¹²⁰⁾.

Di parere opposto rimane sul punto l'opinione di Iadecola¹²¹⁾, che, oltre alla questione dell'indisponibilità del bene vita e dell'esistenza comunque della posizione di garanzia del medico, evidenzia che "*una volontà sprovvista del requisito dell'attualità*" non potrebbe in ogni caso vincolare il sanitario stante la mancanza di certezza circa la corrispondenza di quella volontà a quella che il paziente, qualora fosse cosciente, potrebbe manifestare nell'attualità.

Anche Barbera¹²²⁾ esprime delle perplessità sull'introduzione nel nostro ordinamento del "*testamento biologico*", inteso come strumento che comporta il "*diritto di morire*", affermando, in sostanza, che non si può validamente disporre di ciò che è indisponibile, cioè del "*proprio diritto alla vita*". Quest'Autore, inoltre, si chiede, con preoccupazione, "*se la Convenzione di Oviedo, ormai ratificata, non abbia finito per introdurre surrettiziamente nel nostro ordinamento il testamento biologico*".

Non va dimenticato, al riguardo, che anche il codice deontologico dei medici del 1998, riprendendo all'art. 34 l'analoga norma contenuta nell'art. 9 della Convenzione di Oviedo, conferisce un valore alle direttive anticipate, intese come strumento con il quale un soggetto può, in via anticipata, dichiarare quali cure è disposto ad accettare in determinate situazioni che potrebbero, eventualmente, verificarsi in futuro, quando non è più in grado di decidere.

In realtà, come giustamente evidenziato anche da Gemma¹²³⁾, la tematica del rifiuto delle cure ha evidenziato l'erosione del concetto di indisponibilità del proprio diritto alla vita, laddove dalla prevalente dottrina e giurisprudenza viene ritenuto legittima la consapevole volontà, espressa dall'interessato, di rifiutare anche le cure salvavita, con il conseguente dovere del sanitario di astenersi dal metterle in pratica.

Non sembra giusto, inoltre, collegare automaticamente e necessariamente il cosiddetto "*testamento biologico*" – espressione certamente criticabile che sembra essere la traduzione letterale del "*living will*" utilizzato prevalentemente nei paesi nordamericani – al "*diritto di morire*" e, quindi, all'eutanasia attiva praticata dal medico.

Come ben evidenziato da Vezzoni¹²⁴⁾, in Olanda, infatti, vi sono due diverse forme di direttive anticipate, una diretta a disciplinare in via anticipata le cure che il soggetto desidera o non desidera

¹¹⁹⁾ A. Vallini, Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure, op. cit. (nota 77), pagg. 1426-1436.

¹²⁰⁾ A. Vallini, Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure, op. cit. (nota 77), spec. pag. 1435.

¹²¹⁾ G. Iadecola, Note critiche in tema di "testamento biologico", op. cit. (nota 22) pagg. 482-483.

¹²²⁾ A. Barbera, Eutanasia, op. cit. (nota 43), pag. 3.

¹²³⁾ G. Gemma, Vita (diritto alla), op. cit. (nota 1) pag. 694 e segg..

¹²⁴⁾ C. Vezzoni, The legal status and social practice of treatment directives in the Netherlands, 2005, Rijksuniversiteit Gronigen; vedi, sulla situazione normativa olandese, G. Cimbalo, Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio, in Eutanasia e diritto, Confronto tra discipline, S.

gli vengano praticate quando sarà in stato di incoscienza, e un'altra diretta ad ottenere l'eutanasia che, com'è noto, in quel Paese, non è vietata in modo assoluto, ma è una pratica disciplinata nei suoi presupposti e sottoposta ad una determinata procedura di controllo.

Nel ns. Paese le direttive anticipate – essendo vietata dal diritto vigente l'eutanasia, intesa come pratica medica che, a richiesta del paziente, pone fine alla vita dell'interessato, attraverso una iniezione letale o con analoghe modalità di comportamento – sono, allo stato, solo uno strumento diretto a consentire a ciascuno di non perdere il controllo di quelle situazioni di cura che diventano attuali quando l'interessato non è in grado di manifestare la sua volontà rispetto ai trattamenti sanitari praticabili sul suo corpo. Si tratta, quindi, di uno strumento che allarga i confini dell'autonomia personale rispetto al “consenso informato” che, invece, regola il rapporto tra il medico e il paziente cosciente e in grado di decidere rispetto alle cure che gli vengono proposte dal sanitario.

7.4 Borsellino¹²⁵⁾, a sua volta, afferma che l'espressione “*direttive anticipate*”, in una “*accezione ampia e informale*”, viene riferita “*a qualunque manifestazione di volontà mediante la quale un soggetto capace di scelte e di decisioni consapevoli, esprime anticipatamente il proprio consenso o il proprio dissenso, in relazione a trattamenti e interventi sanitari la cui messa in atto potrebbe prospettarsi in situazioni in cui il soggetto stesso non fosse più cosciente o, in generale, dotato di capacità decisionale*” oppure, in senso più ristretto e formale, al “*documento scritto*”, denominato “*testamento di vita*” o “*testamento biologico*” o “*carta di autodeterminazione*” nel quale sono indicate le volontà di un soggetto “*riguardanti la tutela della sua futura salute*” e aggiunge che “*la definizione allargata orienta ad attribuire la rilevanza a tutte le possibili modalità a disposizione di un soggetto per far conoscere i suoi desideri intorno a trattamenti futuri*”, mentre la definizione ristretta “*porta, invece, l'attenzione sullo strumento che sembra meglio documentare le volontà di un soggetto circa i trattamenti futuri, garantirne il rispetto nel momento in cui egli dovesse perdere, temporaneamente o definitivamente, la coscienza e la capacità di prendere decisioni e comunicarle, nonché prevenire incertezze e conflitti decisionali tra i familiari e tra i familiari e i curanti*”. Quest'Autore giustamente evidenzia, quindi, che le direttive anticipate “*rappresentano una modalità di attuazione di quel principio di autonomia – cardine della considerazione degli individui adulti e consapevoli come soggetti ai quali compete il diritto di dar forma alla propria esistenza – nella quale trovano fondamento teorico e la giustificazione pratica il consenso informato e il modello di relazione terapeutica che vi ha ravvisato il requisito imprescindibile della prassi, non meno della ricerca clinica*”.

Rodotà¹²⁶⁾, in relazione alla tematica delle “*direttive anticipate*”, dei “*desideri precedentemente espressi*”, ovvero dei “*testamenti biologici o di vita*”, ricorda che, a prescindere dalle parole usate per definirle, si tratta, comunque, “*di decisioni che regolano situazioni nelle quali la persona potrebbe trovarsi e che, nell'eventualità di non essere capace di intendere e di volere e, quindi, di non potere esprimere un valido consenso, vuole comunque definire in maniera conforme alle proprie convinzioni, alle credenze, ai desideri*” (grassetto nostro).

Aggiunge Rodotà che “*si tende ormai a stabilire che si tratti di documenti in qualche modo formalizzati*”, contenenti disposizioni “*sempre revocabili*”, “*ma non si esclude la possibilità di desumere la volontà anche da dichiarazioni o comportamenti tenuti in passato*”.

Sottolinea, infine, Rodotà che “*non sembra opportuno attribuire al medico la facoltà di non seguire le indicazioni date dalla persona interessata*”.

Canestrari, G. Cimbalo e G. Pappalardo (a cura di), 2003, pag. 133-172. e, anche, P. Conci e A. Janssen, La nuova disciplina dell'aiuto a morire e del suicidio clinicamente assistito nei Paesi Bassi, Dir. Famiglia. e Persone., 2001, pagg. 1787-1797.

¹²⁵⁾ P. Borsellino Le direttive anticipate, in Bioetica chirurgica e medica, L. Battaglia e G. Macellari, a cura di, 2002, pag. 157-169, spec. pagg- 157-158.

¹²⁶⁾ S. Rodotà, La vita e le regole op. cit. (nota 50), pag. 252 e segg..

L'opinione di Rodotà, diverge, quindi, da quella espressa dagli Autori, tra cui Canestrari¹²⁷⁾ che, invece, ritengono che la volontà espressa dall'interessato non vincola il medico.

Secondo Rodotà la discrezionalità attribuita al medico sul punto, sarebbe, da un lato, *“in contrasto con quanto stabilito dalla Convenzione sulla biomedicina”* (Convenzione di Oviedo) e *“dallo stesso codice di deontologia medica”* e, dall'altro lato *“il rifiuto del medico aprirebbe la strada a contestazioni e così trasferirebbe al giudice la decisione sulla vita”*, con tutti i conseguenti rischi di *“di tornare ad attribuire a soggetti esterni il potere di impadronirsi del corpo e del suo destino”*, comprimendo così l'autonomia della persona.

L'opinione di Canestrari sulla non vincolatività delle direttive anticipate è, peraltro, condivisa dalla dottrina maggioritaria che, pur ritenendo opportuna l'introduzione nel nostro ordinamento di questo strumento, ne evidenzia gli aspetti problematici che impongono una diversa valutazione della volontà anticipata espressa nel testamento biologico rispetto a quella manifestata nell'attualità attraverso la procedura del consenso informato.

7.5 Secondo Balestra¹²⁸⁾, è, peraltro, *“fuorviante sostenere che nel dibattito sul testamento biologico la vera posta in gioco sia la legalizzazione dell'eutanasia”*, come, invece, sostengono alcuni Autori.¹²⁹⁾

Richiamando anche l'art. 9 della Convenzione di Oviedo del 1997 sui *“diritti dell'uomo e la biomedicina”* e l'art. 34 del codice deontologico dei medici del 1998, Balestra afferma che, in linea generale, si può affermare che *“la posizione di garanzia riconosciuta al medico in ordine alla salute del malato, pur comportando la doverosità dell'intervento, non può porsi in conflitto con l'autodeterminazione del paziente il quale, nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento a salvaguardia dei valori indisponibili, abbia manifestato una determinata volontà, ancorché in epoca precedente al momento in cui si impone la scelta di un determinato trattamento”* (grassetto nostro).

Aggiunge quest'Autore che è fondamentale, peraltro, verificare quale ruolo deve avere il medico *“al cospetto”* delle dichiarazioni anticipate di trattamento, **doendosi conciliare l'autodeterminazione del paziente con l'autonomia professionale del medico** che sarebbe compromessa qualora fosse attribuita alle D.A. un carattere vincolante, nonostante la mancanza di attualità e la non aderenza alla situazione di assistenza che si deve affrontare nei *“suoi molteplici risvolti”*; che questa è la ragione per la quale le normative sopra menzionate hanno adottato *“formule per certi versi elastiche”* introducendo *“una sorta di vincolatività attenuata”* ovvero *“di discrezionalità limitata”*; che *“con lo stabilire semplicemente che occorre tener conto dei desideri del paziente, si indica al medico soltanto uno dei possibili e molteplici elementi da valutare, come tale privo di specifica efficacia condizionante”*.

Ritiene, inoltre, Balestra che difficilmente i contenuti delle scelte anticipate, per quanto astrattamente minuziosi, saranno sempre pertinenti rispetto alla peculiarità della situazione di cura da affrontare e, quindi, può essere utile, laddove non sussiste un'incapacità assoluta del paziente, la ricerca, da parte del medico, di un dialogo, per quanto possibile, con l'interessato, al fine cercare di rendere attuali le volontà in precedenza manifestate.

Si discosta, in parte, dall'opinione dominante, Vincenti Amato¹³⁰⁾ che, dopo avere sottolineato che, in realtà, i dubbi sulla validità del testamento di vita assumono particolare rilievo solo di fronte a quello che in modo onnicomprensivo viene definito *“rifiuto di trattamento”* e che deve ritenersi sussistente un *“diritto”* negativo *“a non curarsi”* tutelato dalla carta fondamentale, afferma che il

¹²⁷⁾ S. Canestrari, Le diverse tipologie di eutanasia, op. cit. (nota 39), pag. 768-769.

¹²⁸⁾ L. Balestra, Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico, in Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi, 2006, Fondazione Veronesi, pagg. 89-105.

¹²⁹⁾ Vedi, sul punto, ad esempio, le riflessioni di F. D'Agostino, Il testamento biologico, sul sito www.abuondiritto.it.

¹³⁰⁾ D. Vincenti Amato, Il silenzio della legge e il testamento di vita, in Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi, 2006, Fondazione Veronesi, pagg. 177-187.

“*silenzio legislativo*” sul testamento biologico non trova un reale giustificazione, stante la normale “*revocabilità*” di queste volontà anticipate e la loro naturale funzione di divenire applicabili nel momento in cui l’interessato ha perduto la capacità di decidere.

Aggiunge Vincenti Amato che “*non riconoscerne la forza vincolante, attribuendo questa forza solo al rifiuto espresso, al momento in cui il trattamento andrebbe applicato, dal paziente capace, equivarrebbe a ritenere che, perduta quella capacità, la persona non sia più tale e, quindi, cadono nel nulla le manifestazioni già espresse della sua volontà*”; che “*questa rottura della continuità della vita*” è “*contraria al rispetto della persona*”; che l’art. 32, secondo comma, della carta fondamentale è già “*sufficiente*” a “*impedire che si intervenga quando sia chiaramente provata una volontà contraria precedentemente espressa*”, non necessariamente in forma scritta.

Quest’Autore prende anche posizione in favore della possibilità, per l’interessato, di nominare, in previsione della propria incapacità, una **persona di fiducia** cui affidare le scelte relative alla propria salute, in quanto non sempre e non necessariamente i parenti sono le persone più adatte a svolgere questo delicato compito, e sottolinea, inoltre, l’importanza di una corretta informazione sullo stato di salute dell’assistito da parte dei medici che lo hanno in cura, al fine di consentire al fiduciario di decidere in modo appropriato in sostituzione e nell’interesse del malato.

In relazione al problema della **forma del testamento biologico**, osserva Vincenzi Amato che richiedere l’atto notarile rappresenta una “*formalizzazione*” eccessiva, che rischia di allontanare molte persone “*semplici*” da questo strumento, per la cui validità può essere rilevante anche un scrittura privata, senza tralasciare di ricercare, in assenza di un documento scritto, la reale volontà del malato, desumibile dai suoi comportamenti passati e dalle altrui testimonianze, soprattutto quando “*ci si debba confrontare con scelte che comportano future gravi menomazioni fisiche e psichiche*”.

In mancanza del testamento biologico, l’intervento medico nei confronti dell’incapace trova, per questo Autore, la sua legittimità nello scopo di tutelare la sua salute con mezzi idonei, utilizzati correttamente in conformità con lo stato dell’arte, e non certo nel consenso dei parenti che, evidentemente, non libera il sanitario dalle sue responsabilità professionali.

In conclusione, ritiene Vincenzi Amato che “*un intervento legislativo che esplicitamente riconosca la natura vincolante del testamento di vita*” può servire a creare “*un rapporto più equilibrato*” tra medico-paziente, fondato sull’ascolto delle esigenze di cura e di qualità della vita rappresentate dal malato e non esclusivamente sulla rigidità dei “*protocolli medici*”.

A sua volta Patti¹³¹⁾ in relazione alla problematica inerente il valore da attribuire al *living will*, afferma che è preferibile considerare il testamento biologico “*come un documento non vincolante, ma orientativo*” che “*consente di conoscere quali fossero i sentimenti e i desideri del paziente prima della perdita di coscienza*”.

A sostegno di questa tesi, quest’Autore sottolinea il carattere di “*astrattezza*” che in molti casi, caratterizza questi documenti e l’ambiguità del linguaggio spesso utilizzato dall’interessato che non è in grado “*di definire in modo corretto le situazioni cliniche in riferimento alle quali intende fornire direttive*” e afferma che, nella sostanza, “*ogni direttiva anticipata perde di significato quanto più è lontana nel tempo e quanto meno è espressa in modo specifico e informato*”.

Riguardo al contenuto delle D.A. , questo Autore, in evidente disaccordo con Vincenzi Amato, esprime forti perplessità rispetto alla possibile rilevanza del rifiuto delle cure contenuto in questo documento, in quanto il rifiuto del paziente ha sicura rilevanza “*soltanto quando egli sia cosciente e possieda la capacità di intendere e di volere*”.

Come già avvenuto in relazione alla problematica relativa al consenso informato, ci si interroga in dottrina se nel predisporre una direttiva anticipata è sufficiente la capacità naturale, cioè la capacità di fatto di intendere e di volere, o è necessaria la capacità di agire, con tutte le relative conseguenze rispetto ai soggetti di età inferiore agli anni diciotto, ma già in possesso di un sufficiente grado di

¹³¹⁾ S. Patti, L’autonomia decisionale della persona alla fine della vita, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, 2006, Fondazione Veronesi, pagg. 1-13.

maturità, ovvero alle persone maggiorenni astrattamente e presuntivamente capaci, ma in concreto incapaci di decidere con consapevolezza.

7.6 Secondo Rescigno¹³²⁾, “*un disegno ragionevole deve prevedere che sia sufficiente, per esprimere direttive anticipate vincolanti per i destinatari, la **capacità naturale** che non ricorre, generalmente, nel soggetto legalmente incapace di agire e che potrebbe tuttavia, in linea di principio, conseguirsi anche anticipatamente rispetto alla maggiore età*”; la capacità naturale, peraltro, può venire a mancare, in concreto, nei soggetti maggiorenni, in un certo momento della loro vita, per l’età avanzata ovvero per malattia (grassetto nostro).

Appare condivisibile l’assunto di Rescigno in base al quale l’incapacità naturale sopravvenuta rispetto al momento in cui sono state espresse le D.A. non incide sulla validità di queste volontà, che, d’altra parte, sono destinate a entrare in vigore proprio quando il soggetto non è più in grado di interloquire validamente sulle cure da praticare sul suo corpo.

Sostiene, inoltre, Rescigno che la figura del fiduciario “*non è incoerente col sistema*”, in quanto è conforme al principio di autodeterminazione la possibilità di delegare la decisione sulle cure ad un altro soggetto, con riferimento al momento in cui il delegante non sarà più in grado di decidere personalmente.

La delega può investire della responsabilità decisionale anche una persona di fiducia estranea all’ambito familiare in quanto, come affermato dal Rescigno, “*la famiglia non è un unitario soggetto collettivo*” e, d’altra parte, esistono oggi nella società situazioni, tipo la convivenza (ma non solo), nelle quali non è possibile fare riferimento al tradizionale concetto di famiglia legale.

In merito al possibile contenuto del “*living will*”, osserva Rescigno che il testamento biologico deve rispettare i limiti stabiliti dalla legge per gli atti di disposizione del corpo e dell’integrità personale, con conseguente divieto, nel nostro Paese, delle disposizioni che comportano una diminuzione permanente dell’integrità e dell’eutanasia, mentre può ricevere tutela l’aspettativa individuale a “*morire con dignità*”, e, quindi, anche la richiesta di sospensione di misure “*eroiche*” di sostegno. In relazione ai requisiti del “*living will*”, Rescigno sottolinea l’esigenza del rispetto di una determinata forma, la naturale revocabilità dell’atto, l’opportunità di una rinnovazione nel tempo in modo da assicurarne la persistente attualità, oltre che la necessaria capacità e la libertà in capo al disponente.

A sua volta Sesta¹³³⁾, dopo avere rilevato che, alla luce della Convenzione di Oviedo sopra richiamata, delle disposizioni contenute nel codice di deontologia medica del 1998 e del parere del C.N.B del 18/12/03 (vedi infra cap. 9), esiste una tendenza a conferire rilievo ai desideri precedentemente espressi dall’interessato, sottolinea “*le molteplici difficoltà che si incontrano ad ammettere la piena vincolatività ed efficacia*” delle direttive anticipate perché prive di alcuni requisiti che, invece, caratterizzano il consenso informato, con particolare riferimento all’attualità, alla specificità e alla revocabilità di queste volontà.

Trattasi, infatti, di volontà manifestate, in genere, al di fuori del contesto in cui dovrebbero trovare applicazione, con il conseguente rischio di conferire valore vincolante ad un testamento biologico contenente scelte non ponderate, espresse, senza potere tenere conto dei progressi eventualmente realizzati dalla scienza medica, in condizioni mentali e personali diverse da quelle attuali. Il consenso ovvero il dissenso espresso in via anticipata è, di norma, privo di specificità rispetto ai numerosi atti medici eventualmente rilevanti al momento della loro eventuale applicazione.

Osserva, peraltro, in modo condivisibile, questo Autore che questi rilievi critici diventano certamente meno incisivi laddove si è in presenza di una D.A. formulata, poco prima di perdere la sua

¹³²⁾ P. Rescigno, La scelta del testamento biologico, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, 2006, Fondazione Veronesi, pagg. 15-23.

¹³³⁾ M. Sesta, Quali strumenti per attuare le direttive anticipate, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, 2006, Fondazione Veronesi, pagg. 163-176; in senso analogo, vedi, anche, E. Quadri, *Il codice deontologico medico*, op. cit. (nota 46), spec. pagg. 946-947 che esclude il carattere vincolante delle manifestazioni di volontà non espresse nel momento della necessità di cura.

capacità, da un soggetto cui è già stata diagnosticata “una malattia degenerativa” ed è, quindi, in grado di programmare le cure future che rientrano nell’ambito del prevedibile trattamento di questa patologia. In questo caso, infatti, il grado di astrattezza e genericità delle D.A. è senz’altro minore e maggiore, invece, è la consapevolezza delle scelte effettuate in costanza di malattia.

Osserva, inoltre, Sesta che la possibilità di nomina di un fiduciario, “*tenuto ad attuare la volontà del disponente e a operare, in mancanza di istruzioni nel migliore interesse dello stesso*”, consentirebbe di superare le perplessità manifestate rispetto a questo strumento perché sarebbe pur sempre possibile un dialogo tra i curanti e il fiduciario per “*valutare in modo più sicuro la volontà del paziente*” rispetto alla situazione di malattia presente nell’attualità.

In relazione alla questione della **revocabilità**, rileva questo Autore che manca la prova certa che le D.A. sarebbero state confermate nell’attualità se il paziente non avesse perduto la sua capacità e che, probabilmente per questa ragione, la dottrina maggioritaria ritiene che le direttive hanno un carattere “*non assolutamente vincolante*”, ma nemmeno “*meramente orientativo*”.

7.7 In questo rapido esame delle principali posizioni etico-giuridiche della dottrina in relazione alle D.A. deve essere segnalata anche l’opinione di coloro che ritengono, in sostanza, **inutile** lo strumento delle direttive anticipate.

Rispondendo alla domanda : il testamento di vita serve davvero a qualcosa ? Palmaro¹³⁴ osserva che l’infinita varietà dei casi clinici può essere ricondotta “a tre categorie di casi emblematici”, nei quali le richieste dei pazienti sono dirette ad ottenere l’eutanasia, l’accanimento terapeutico ovvero un trattamento sanitario conforme allo stato dell’arte.

Nel primo caso, la richiesta di eutanasia, intesa come “*una condotta attiva o passiva che contiene in sé l’intenzione di provocare la morte*”, deve essere ignorata dal medico perché contraria al diritto e alla morale; nel secondo caso il medico giustamente non accoglie le richieste di trattamenti che, superando “*ogni ragionevole limite*” integrano accanimento terapeutico; nel terzo caso, infine, al medico viene richiesto di fare quello che ogni sanitario deve compiere “*in ossequio alla sua arte e alla sua retta coscienza*”; ecco la ragione della “*sostanziale inutilità*” delle direttive anticipate.

Questa opinione non appare condivisibile perché troppo semplicistica e incentrata sul ruolo del medico, con completa esclusione delle esigenze che ogni singolo paziente può validamente manifestare rispetto alle cure future, anche sotto il profilo della loro non accettazione che apre una problematica del tutto differente da quella dell’eutanasia.

Questa opinione, inoltre, sembra non tenere conto del fatto che ormai sono i medici a chiedere di non essere lasciati soli ad affrontare i dilemmi etici connessi a trattamenti resi possibili dalla medicina moderna, ma non privi di controindicazioni rispetto alla qualità di vita del paziente che, evidentemente, è un valore che può essere giudicato solo dal diretto interessato.

¹³⁴ M. Palmaro, Il testamento di vita : uno strumento inutile, Portale di Bioetica, file\002023.htm.

8. L'evoluzione tecnologica delle cure e il quadro etico e normativo in cui si inserisce la problematica delle direttive anticipate.

L'evoluzione tecnologica delle cure sanitarie è sotto gli occhi di tutti, anche perché i mass-media enfatizzano le nuove potenzialità di cura offerte dalla medicina moderna.

Esiste, peraltro, l'altro lato della medaglia costituito dal fatto che la tecnologia, tenendo in vita più persone con procedure sempre più invasive e continuative, non sempre offre la qualità di vita che gli interessati ritengono o hanno giudicato nel passato coerente con le loro aspettative.

Il rifiuto di continuare le cure, in alcuni casi, trova fondamento proprio nella mancata accettazione da parte degli interessati della situazione di malattia in cui si trovano, che ritengono contraria alla loro "dignità" di persone.

D'altra parte il tema delle modalità del processo che accompagna alla morte è un tema attuale, tanto che si parla sempre più spesso di un "*diritto di morire con dignità*".

Rodotà¹³⁵⁾ afferma che vi sono situazioni nelle quali "*la sopravvivenza non ha "più nulla a vedere con la vita"*", con conseguente senso di perdita della dignità e cita al riguardo le immagini del maresciallo Tito e del generalissimo Franco "*che li rappresentavano neppure come morenti, ma come semplici appendici di macchine*" (grassetto nostro).

La fase finale della vita, cioè quella che precede la morte è, dunque, sempre più un processo "*artificiale*" e sempre meno "*naturale*".

Durante la vita accade sempre più spesso che funzioni essenziali del corpo siano supportate dalla tecnica e dalle macchine da questa create, "*con una intensità*", afferma Rodotà, che le recenti rivoluzioni tecnologiche e scientifiche ha dilatato, ponendo "*il problema dell'accettabilità etica, sociale e giuridica della tecnica*".

Se, quindi, "*si discute di fine della vita*" e "*ci si interroga intorno alla possibilità di intervenire sui tempi e i modi di essa*", ciò non accade, dice Rodotà "*perché una deriva culturale ha impoverito il significato dell'esistenza, ma perché la realtà ci impone di considerare e regolare situazioni che, ancora ieri, sarebbero state risolte dalla natura e dalle sue leggi*".

Il semplice fatto della sopravvivenza non deve, quindi, impedire una valutazione di queste concrete situazioni per verificarne la corrispondenza ai desideri della persona interessata che ha il diritto di esigere il rispetto della propria dignità del vivere e del morire e non l'obbligo di subire passivamente condizioni create artificialmente, talvolta per interventi eseguiti in via d'urgenza sul suo corpo incosciente.

Ecco perché anche il tema delle direttive anticipate sulle cure desiderate sta diventando una questione sociale sempre più attuale.

Determinate situazioni di cura e di vita, che non integrano un "*accanimento terapeutico*" dal punto di vista della scienza e della tecnica medica, possono, invece, essere rifiutate sul piano soggettivo dall'interessato.

D'altra parte il divieto dell'accanimento terapeutico, sancito anche dall'art. 14 del codice di deontologia medica del 1998, non sembra avere raggiunto i risultati sperati, anche perché non è semplice trovare l'accordo tra gli esperti su quale strumento integri – dal punto di vista scientifico - l'accanimento nelle singole, diverse situazioni di cura e, quindi, nell'incertezza il medico finisce con l'agire, invece che con il fermare la sua attività diretta a debellare la malattia e dedicarsi, invece, quando necessario, alle cure palliative per assistere diversamente chi non ha serie speranze di continuare a vivere con la qualità di vita che desidera.

¹³⁵⁾ S. Rodotà, *La vita e le regole* op. cit. (nota 50), pagg. 249 e segg..

8.1 Veronesi¹³⁶⁾, il noto chirurgo dei tumori, definisce un paradosso l'espressione "*accanimento terapeutico*", e afferma che sebbene tutti, "*laici, cattolici, giuristi, eticisti*", sono contrari all'accanimento nelle cure, "*nessuno sa definire in modo preciso che cosa esso sia*".

Pur affermando che il vero rischio è l'abbandono del paziente, Veronesi afferma con chiarezza che il medico non deve spingersi a prolungare vite che "*stanno venendo meno*" e, quindi, esclude che ci sia "*il dovere*" di tentare di rianimare un paziente ormai moribondo o prossimo alla morte per un cancro in stato avanzato.

Pur ammettendo l'opinabilità della soluzione offerta, Veronesi dichiara, inoltre, che non si dovrebbero somministrare antibiotici al paziente arrivato allo stadio terminale che viene colpito da una polmonite.

L'opinione espressa da questo chirurgo conferma la sostanziale inutilità del concetto di "*accanimento terapeutico*" per definire in senso "*oggettivo*" situazioni nelle quali il sanitario dovrebbe, peraltro con sua esclusiva decisione, sospendere o non intraprendere una determinata, rilevante cura, stante la mancanza di un vero e proprio accordo sul punto in sede scientifica se non nelle situazioni veramente estreme.

Questa è, probabilmente, una delle ragioni per le quali non risulta che lo strumento disciplinare sia stato utilizzato per sanzionare la violazione dell'art. 14 del codice di deontologia medica del 1998 che recita "*il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti da cui non si possa attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità di vita*".

In questa situazione l'utilizzazione del concetto scientifico di "*accanimento terapeutico*" per giustificare una sospensione delle cure rischierebbe, d'altra parte, di rimettere imprudentemente al singolo medico la decisione in questione, senza alcun serio controllo esterno, anche da parte del malato diretto interessato.

Sarebbe senz'altro più opportuno che le decisioni di sospendere o non intraprendere una specifica terapia che può incidere in modo rilevante sulla durata della vita siano prese con il consenso del paziente, qualora in grado di esprimerlo ovvero se già manifestato in precedenza attraverso una D.A., e, comunque, attraverso un procedura che ne consenta il controllo da parte di terzi soggetti.

Questa, probabilmente, è una delle ragioni che hanno portato alla recente modifica della disposizione sull'accanimento diagnostico-terapeutico da parte del nuovo codice deontologico approvato nel dicembre del 2006.

L'art. 16 stabilisce, infatti, al riguardo che "*il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita*".

In questo testo la novità è costituita dalla rilevanza data alla volontà del paziente, se espressa, nella decisione relativa alla sospensione dei trattamenti integranti accanimento terapeutico.

8.2 Anche Lecaldano¹³⁷⁾ ha sottolineato che le "*nuove condizioni del morire*", create "*da un ampio ricorso a strumenti e macchine*" utilizzate "*per ritardare la morte*" e per svolgere funzioni "*non più garantite dal corpo del morente*", hanno fatto sorgere, per coloro che sono direttamente coinvolti e per gli altri, questioni etiche nuove "*che spingono ad un riesame dei nostri diritti e doveri di fronte alla morte*", divenuto un processo sempre più controllato dalla medicina e alla scienza.

Fino a che punto, si chiede Lecaldano, accettare per sé o i propri cari "*questo prolungamento della vita ?*"

"Quando e come, eventualmente, interrompere questo prolungamento artificiale della vita ?"

Ci sono diritti che le persone, in uno stato vegetativo permanente ovvero che vivono perché le loro funzioni vitali sono supportate da una macchina, possono fare valere ?

¹³⁶⁾ U. Veronesi, *Il diritto di morire*, 2005, pagg. 46 e segg.

¹³⁷⁾ E. Lecaldano, *Bioetica*, op. cit. (nota 7), pagg. 45 e segg.

A quali principi morali ispirare la nostra condotta di pazienti, medici e decisori sostitutivi ?
Queste domande ripropongono la questione fondamentale della disponibilità o indisponibilità della vita umana, perché, come ben evidenziato dal Lecaldano, *“la possibilità di riconoscere una qualche legittimità morale all’appello, da parte di una persona, al suo “diritto di morire” presuppone che si ammetta che gli esseri umani possano disporre in qualche modo della fine della loro vita”* ovvero che non sia un loro dovere assoluto *“affidarsi completamente alle decisioni di una qualche divinità o autorità o alla natura”*.

Le nuove condizioni del morire, peraltro, **indeboliscono fortemente la razionalità delle posizioni di coloro che considerano indisponibile il processo del morire** perché, come giustamente osservato dal Lecaldano, *“nei reparti di terapia intensiva vi è spesso un prolungamento del tutto artificiale del naturale processo del morire”* e, quindi, è praticata una medicina che si fonda *“sull’idea della disponibilità”* da parte degli esseri umani *“del momento della morte”*.

Tant’è che molte etiche fondate sul principio di indisponibilità della vita giudicano negativamente come accanimento terapeutico l’inutile uso di mezzi *“straordinari”* ovvero *“sproporzionati”* per ritardare la morte ormai imminente.

Lecaldano¹³⁸⁾ **contesta l’utilità di queste distinzioni tra mezzi ordinari e straordinari o tra mezzi proporzionati e sproporzionati** perché si tratta di definizioni non sempre chiare e con una ineliminabile componente valutativa implicita che attribuisce al medico il potere finale di decidere. Rimane, comunque, come osservato dal Lecaldano, *“la questione eticamente rilevante”* di verificare se ad una persona è dato il potere di rifiutare o di chiedere la sospensione per sé dei mezzi ordinari o proporzionati e quindi, di esercitare così il proprio *“diritto a morire”*.

Sul punto la classe medica è certamente divisa e, accanto ad una tradizionale opinione secondo la quale il sanitario non può compiere alcun atto, positivo o negativo, che finisca con l’anticipare il processo del morire, anche se già in atto, vi sono tutta una serie di esperienze nella quali si mette in discussione questa posizione che si fonda sulla non credibile asserzione secondo la quale il medico, anche quello che si occupa delle cure palliative dirette ai malati terminali, non interferisce in alcun modo su questo naturale processo.¹³⁹⁾

L’opinione tradizionale finisce con il contrastare anche il testo del codice di deontologia medica che già nell’edizione del 1998 imponeva al sanitario di arrestare la propria opera davanti al fermo rifiuto del paziente.

Il nuovo codice del novembre 2006 ha, peraltro, ribadito questa prescrizione deontologica (vedi, sul punto, l’art. 35 che afferma che *“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”*) ed ha, inoltre, riconfermato l’apertura alle dichiarazioni anticipate di trattamento formulate dal paziente (vedi, sul punto l’art. 38, richiamato nel precedente capitolo n. 7).

8.3 Tra le esperienze nelle quali già da tempo si cerca di utilizzare, nel contesto di una relazione attuale medico-paziente fondata sulla lealtà e sulla sincerità, lo strumento della **programmazione**

¹³⁸⁾ E. Lecaldano, *Bioetica*, op. cit. (nota 7), pagg. 59 e segg..

¹³⁹⁾ Vedi, sul punto, P. Borsellino, *Bioetica*, op. cit. (nota 6), spec. pagg. 177-178; da una ricerca empirica svolta nel 2001 in tutte le unità di terapia intensiva della città di Milano e pubblicata in *Scelte di confine. Sugli orientamenti dei medici rianimatori*, A. Pessina (a cura di), Milano, 2004, Vita e Pensiero, emerge che, in realtà, il comportamento dei medici in questione rispetto alle scelte di fine vita è ispirato a varie motivazioni di ordine essenzialmente clinico e non tiene, quindi, conto esclusivamente delle volontà dell’interessato, come risulta, in particolare, dalle tabelle pubblicate alle pagg. 151-155, relative alle risposte dei sanitari interpellati in relazione alle domande nn. 27-28 sulla sospensione delle cure; questo comportamento, soprattutto quando si realizza nella sospensione delle cure, non può evidentemente non incidere sui tempi relativi al processo del morire. D’altra parte, come evidenziato da F. Giunta, *Diritto di morire*, op. cit. (nota 35), spec. pag. 106, *“nella prospettiva della responsabilità omissiva”*, il dovere del medico di agire *“non rileva incondizionatamente, ma risulta subordinato, tra l’altro, all’idoneità dell’azione doverosa rispetto alla tutela del bene”*.

anticipata delle cure per rendere il paziente consapevole delle scelte da effettuare rispetto ad eventi futuri prevedibili è utile citare quella dell'unità operativa di neurologia degli Ospedali Riuniti di Bergamo dove vengono trattati i malati affetti da sclerosi laterale amiotrofica (SLA).

Nell'evoluzione di questa malattia, circa tre anni dopo la diagnosi, interviene, di norma, una paralisi dei muscoli respiratori, preceduta da un'insufficienza respiratoria lentamente ingravescente nel corso del tempo, che conduce alla morte che, peraltro, può essere evitata da una ventilazione invasiva attraverso la tracheotomia che, di norma, viene effettuata in situazioni di emergenza.

I medici del reparto, insieme al Comitato Etico Locale, hanno cercato di evitare di effettuare questo intervento in via d'urgenza ed hanno instaurato una procedura diretta, come riferisce Bonito,¹⁴⁰⁾ ad attuare una "*tracheotomia d'elezione*", in modo da consentire al paziente interessato di esprimere, in via anticipata, la propria scelta meditata tra il ricorso continuo a questa misura di sostegno vitale e, invece, un'assistenza che garantisca, in caso di non inizio ovvero di sospensione della ventilazione meccanica, le appropriate cure palliative nelle fasi terminali della malattia.

È evidente che la programmazione anticipata delle cure effettuata da un paziente con diagnosi di SLA non è una vera e propria direttiva anticipata perché l'interessato non sempre incapace di decidere nel momento in cui la sua scelta tra ventilazione meccanica e cure palliative deve essere attuata dall'equipe che lo assiste, ma è uno strumento analogo alle D.A., laddove consente ai pazienti con SLA di non perdere il controllo della loro vita colpita dalla malattia.

In mancanza di una "*registrazione*" ospedaliera della specifica volontà espressa in precedenza dal paziente circa il trattamento richiesto, quest'ultimo, in presenza di una paralisi dei muscoli respiratori, sarebbe, infatti, inevitabilmente "*salvato*" dall'intervento di ventilazione forzata effettuato in via d'urgenza e la sua vita prolungata anche di molti anni in condizioni, eventualmente, non accettate.

Nel modulo preparato dalla struttura di Bergamo, inoltre, come riferisce Bonito, "*è formalizzato e reso esplicito l'impegno dell'azienda ospedaliera a iniziare e sospendere la ventilazione artificiale, offrendo al paziente con SLA la possibilità di esprimere una direttiva anticipata in tal senso*".

È probabile che, rispetto a questa procedura, rimangono ferme le obiezioni di coloro che, in base al principio etico-giuridico dell'indisponibilità del bene della vita, ritengono che i sanitari abbiano il dovere di effettuare e mantenere la terapia di sostegno vitale anche contro la volontà consapevolmente espressa dal diretto interessato.

Coloro che affermano che non è possibile instaurare o continuare un trattamento sanitario di ventilazione meccanica in presenza del rifiuto espresso dal malato, con la consapevolezza dei rischi per la sua salute e vita cui va incontro, ritengono, invece, che l'iniziativa dell'ospedale di Bergamo meriti rispetto perché tende ad evitare interventi d'urgenza, non accettati dal paziente, che hanno non lievi conseguenze sulla sua qualità di vita.

La seconda opinione è quella cui noi aderiamo perché ci sembra conforme al principio morale di autonomia responsabile e ai principi giuridici e deontologici desumibili dal disposto degli artt. 13 e 32 della Costituzione, nonché dalla Convenzione di Oviedo (artt. 5 e segg), dalla carta dei diritti fondamentali elaborata a Nizza nel 2000 (art. 3, in particolare), dal progetto relativo alla costituzione europea e dal nuovo codice di deontologia medica del novembre 2006 (art. 35, in particolare).

Nel prossimo capitolo esamineremo i punti salienti del parere espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel dicembre 2003 sulle D.A. e di quello formulato nel settembre 2005 da quest'organo consultivo della Presidenza del Consiglio dei Ministri sull'alimentazione e sull'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente.

Avremo, quindi, modo di verificare che le divisioni esistenti in dottrina circa la validità del rifiuto espresso dal paziente in relazione ai trattamenti salvavita si renderanno manifeste anche tra i componenti di quest'organo consultivo che, dopo avere espresso un prudente giudizio

¹⁴⁰⁾ V. Bonito, Prolungare o no la vita ? L'esperienza di Bergamo, in *Tempo Medico*, n. 741, 16/5/02; vedi, anche, sulle problematiche inerenti la SLA, A. Chiò, V. Silani, Amiotrophic Lateral Sclerosis Care in Italy : a nationwide study in neurological centers, *Journal Neurological Sciences*, 2001, 145-150.

complessivamente positivo sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, non ha trovato una posizione unanime sul punto, così confermando la rilevanza, sul piano bioetico e giuridico, del tema disponibilità-indisponibilità del bene vita.

È vero che quello del contenuto possibile delle D.A. non costituisce l'unico "*nodo*" da sciogliere, ma certamente la possibilità di richiedere attraverso le volontà anticipate l'astensione dei curanti da pratiche terapeutiche e trattamenti sanitari rifiutati preventivamente è un "*punto critico rilevante*", che divide la bioetica di ispirazione laica da quella strettamente legata alla dottrina ufficiale della Chiesa cattolica che, nella sua battaglia a difesa della vita a tutti i costi, agita impropriamente anche lo spettro dell'eutanasia, argomento che, allo stato, non rientra tra quelli che nel nostro ordinamento giuridico possono essere oggetto di una D.A..

9. I pareri del C.N.B. sulle dichiarazioni anticipate di trattamento e sull'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente.

Il 18/12/03 il Comitato Nazionale di Bioetica (C.N.B.) ha approvato un documento sulle "dichiarazioni anticipate di trattamento" (D.A.)¹⁴¹⁾ nel quale, dopo avere ricordato i cambiamenti intervenuti nel quadro normativo e deontologico in seguito alla Convenzione di Oviedo del 1997, al codice di deontologia medica del 1998 e alla proclamazione dei principi fondamentali dell'unione europea, affronta questo tema ribadendo che le varie forme di dichiarazioni anticipate "*si iscrivono in un positivo processo di adeguamento della nostra concezione dell'atto medico ai principi di autonomia decisionale del paziente*", come già affermato in un precedente documento sull'etica di fine vita, e sottolineando che queste volontà anticipate rendono, in un certo senso, ancora possibile un dialogo tra medico e paziente, nonostante l'incapacità sopravvenuta di quest'ultimo.

Quattro sono i principali temi problematici su cui si sofferma specificamente questo documento del C.N.B. :

- A) eventuale "**astrattezza**" delle D.A. e possibile "**ambiguità**" delle stesse, specialmente se redatte senza l'ausilio di persone competenti in materia;
- B) il possibile, lecito, "**contenuto**" delle D.A.;
- C) "**affidabilità**" o meno di queste espressioni di volontà;
- D) carattere "**vincolante**" o "**non vincolante**", dal punto di vista deontologico e giuridico, per il medico delle D.A.

9.1 In relazione al rischio connesso all'**astrattezza** delle D.A. il C.N.B. osserva, con argomentazioni in parte condivisibili, che, in realtà, il decidere di predisporre (o non predisporre), quando si è ancora in piena salute, un documento contenente D.A. può essere un utile riflessione in relazione alla propria vita effettuata liberamente e senza i possibili condizionamenti derivanti da una malattia già in atto; che, inoltre, l'astrattezza assoluta non è una caratteristica delle D.A. che possono essere espresse anche in costanza di malattia, assumendo il carattere di una **pianificazione delle cure future** rispetto a quella che appare essere l'evoluzione naturale del morbo stesso; che, peraltro, **l'astrattezza può essere ridotta, ma non del tutto evitata e che questo è un primo e decisivo argomento, non l'unico, in favore del carattere non vincolante delle D.A.**

Secondo il nostro parere, la prudenza con la quale opportunamente si muove il C.N.B. nell'affrontare i rischi connessi alla possibile astrattezza assoluta delle D.A. non deve far dimenticare che il problema può essere affrontato diversamente e, cioè, tenendo conto del fatto che ogni decisione preventiva rispetto alle cure future contiene in se una **valutazione soggettiva** della corrispondenza di queste cure al proprio "**best interest**"; che la **rinnovazione nel tempo** di queste D.A. e la **mancata revoca delle volontà anticipate** sono circostanze utili a confermare una forte convinzione del soggetto interessato rispetto alla decisione presa in via preventiva; che, ancora, le D.A. espresse in costanza di una malattia degenerativa, quale ad esempio, l'Alzheimer, con andamento ingravescente e una storia naturale consolidata, non possono essere considerate, in realtà, affette da un'astrattezza rilevante, soprattutto quando sono state oggetto di una discussione con l'èquipe curante che ha opportunamente informato il paziente circa l'evoluzione degli stadi della malattia, le cure possibili e i conseguenti rischi e benefici; che, pertanto, la possibile, ma non certa, rilevante astrattezza delle D.A. non è certamente un argomento decisivo in favore della non vincolatività delle D.A. che, comunque, rimangono, salvo revoca, **l'ultima espressione conosciuta della volontà dell'interessato** rispetto alla gestione della propria salute e del proprio corpo.

¹⁴¹⁾ Il parere del C.N.B. è consultabile sul sito : http://governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento_pdf

9.2 In relazione al problema relativo alla possibile **ambiguità** delle D.A. osserva il C.N.B. che non appare opportuno enfatizzare in modo eccessivo questa questione che, eventualmente, può rilevare in sede di applicazione delle volontà anticipate, anche perché *”non si dovrebbe mai esigere un grado di precisione maggiore di quello consentito dalla materia”* trattata; che, comunque, la nomina di un **“fiduciario”** del paziente, con il compito di tutelare le sue legittime aspirazioni in tema di cura della sua salute, potrebbe consentire quel dialogo con i medici curanti idoneo a ridurre l’area di ambiguità, ove esistente, e consentire ai sanitari di spiegare a questo rappresentante del malato le ragioni per le quali, in base alla loro autonomia professionale, ritengono eventualmente *“doveroso”* discostarsi dalle D.A. ; che, ancora, deve ritenersi che certamente acquistano *“una valenza etica”* le *“valutazioni del fiduciario”* in merito al trattamento da riservare all’interessato divenuto incapace di intendere e di volere, dato che a questo specifico soggetto il disponente ha affidato questo delicatissimo compito, mentre deve ritenersi inopportuno che queste *“valutazioni”* possano acquistare una forza giuridica vincolante per i sanitari.

Secondo il nostro parere le D.A., come ogni espressione di volontà, sono, in linea generale, soggette ad interpretazione per verificare che cosa ha inteso affermare l’interessato con le sue dichiarazioni e, quindi, anche la loro applicabilità rispetto alla situazione presente.

Non bisogna, peraltro, dimenticare che, secondo un vecchio brocardo, *“in claris non fit interpretatio”* e, quindi, davanti ad una D.A. che, per esempio, esclude in ogni caso la possibilità di attuare una *“ventilazione meccanica”* l’area dell’opinabilità si restringe fino ad annullarsi rispetto a questa decisione che ha un valore assoluto.

Nell’interpretare le D.A. si dovrebbero, inoltre, **utilizzare i criteri ermeneutici già elaborati dalla dottrina in relazione ai testamenti con disposizioni di carattere patrimoniale** e, in particolare, il principio secondo il quale una disposizione deve essere interpretata in modo da attribuirle efficacia, piuttosto che in modo da ritenerla inutile ovvero inefficace, proprio perché si tratta dell’ultima volontà dell’interessato conosciuta.

In relazione al valore giuridico attribuibile alle valutazioni del fiduciario, si dovrebbe operare una distinzione tra le decisioni di questo delegato che trovano una diretta e precisa fonte nelle dichiarazioni, rectius direttive, anticipate provenienti dal disponente e quelle che, invece, affrontano temi di cura nuovi e, quindi, non sono state oggetto di preventivo giudizio da parte del diretto interessato.

Nel primo caso le valutazioni, rectius decisioni, del fiduciario dovrebbero, nel rapporto con i curanti, avere lo stesso valore che si intende attribuire a quelle del diretto interessato e, quindi, a nostro avviso, un valore tendenzialmente vincolante perché tra l’autonomia professionale del sanitario e quella del paziente interessato dovrebbe prevalere quest’ultima, salva la possibilità del ricorso da parte del curante all’obiezione di coscienza.

Infatti non si deve dimenticare che ogni terapia o trattamento incide sul corpo e sulla qualità di vita del paziente interessato e, quindi, l’eventuale suo rifiuto di questi interventi sanitari non può essere facilmente superato solo in base al richiamo al principio dell’autonomia e della responsabilità del medico ovvero attraverso il ricorso a principi metagiuridici.

Qualora invece il fiduciario si muove in un campo non oggetto di una precisa valutazione da parte del disponente, le sue decisioni devono corrispondere al miglior interesse del paziente rappresentato e, quindi, possono essere validamente contestate dai curanti qualora assumono una direzione divergente da questo *“best interest”*.

In sostanza, mentre nel primo caso il miglior interesse del paziente è già stato opportunamente individuato dall’interessato e, quindi, non dovrebbe essere più oggetto di una nuova valutazione, nel secondo caso si tratta di ricostruire quale sia, in concreto, *“the best interest”* rispetto alla nuova situazione di cura da affrontare.

9.3 Il C.N.B., tenuto anche conto della formulazione dell’art. 9 della Convenzione di Oviedo del 1997 in relazione ai *“desideri”* espressi in via anticipata dal paziente rispetto alle cure future, ritiene

che alle D.A. deve essere attribuito un valore “*non (assolutamente) vincolante*”, ma anche “*non (meramente) orientativo*” rispetto alle decisioni che i medici devono prendere a tutela della salute del paziente incapace di decidere al momento dell’intervento.

La dottrina maggioritaria¹⁴²⁾ ha espresso adesione a questa indicazione del C.N.B. in relazione al valore da riconoscere alle D.A..

Pur rispettando queste autorevoli opinioni rispetto al carattere non “*assolutamente*” vincolante da attribuire alle D.A. riteniamo, invece, che, tendenzialmente, occorra procedere nella direzione opposta, altrimenti c’è il concreto rischio che la decisione finale dipenderà più dalle convinzioni etiche dei curanti che da quelle espresse dal diretto interessato.

D’altra parte, come insegna la situazione olandese descritta dal Vezzoni,¹⁴³⁾ la tendenza attuale dei medici che operano in quel Paese è quella di rimanere arbitri della situazione piuttosto che quella di adeguarsi alle decisioni specificamente e chiaramente assunte dal disponente.

Non si può, quindi, lasciare i curanti arbitri di valutare quale sia il miglior interesse del paziente, quando quest’ultimo ha già provveduto a fornire un suo personale giudizio al riguardo.

Lo stesso C.N.B., in alcuni passaggi del suo parere del 18/12/03, sembra confortare, quantomeno in parte, la nostra opinione, laddove esclude il carattere solo orientativo delle D.A. - perché finirebbe con il restituire al medico “*una piena libertà decisionale ed operativa*“, con conseguente indebito potere “*paternalistico*” – e respinge le obiezioni sulla validità delle D.A., formulate da parte della dottrina, perché prive del requisito dell’attualità.

Osserva, al riguardo, in modo condivisibile, il C.N.B. che **la mancanza di attualità non è sufficiente a negare affidabilità alle D.A. per due fondamentali ragioni.**

La prima concerne la “*responsabilità*” che l’interessato si è assunto nel momento in cui ha effettuato consapevolmente una scelta preventiva rispetto alle cure desiderate con riferimento a situazioni future ed eventuali nelle quali potrebbe non essere più in grado di decidere perché in stato di incapacità.

Con questa scelta l’interessato si è assunto non solo il rischio di una non corrispondenza di questa scelta con il suo astratto “*best interest*”, quale individuato dai curanti in base a criteri meramente scientifici e spesso opinabili stante l’incertezza che caratterizza la medicina, ma anche quello di non avere, in caso di eventi improvvisi, più il tempo di revocare le D.A. per adeguarle alla nuova situazione.

La seconda ragione tende ad evitare un paradosso certamente poco sostenibile in un’ottica di rispetto dell’autonomia individuale in quanto non appare eticamente corretto e giuridicamente fondato non dare valore alle ultime volontà del diretto interessato solo perché potrebbero non corrispondere a quelle che il paziente avrebbe manifestato nella concreta situazione di cura, qualora ancora capace di farlo.

Una semplice “*congettura*”, basata sul lasso di tempo intercorrente tra l’espressione delle D.A. e la loro attuazione, non sembra essere motivo sufficiente per privare di validità le dichiarazioni in precedenza effettuate perché, in difetto di revoca, deve, invece, presumersi la loro persistente attualità.

A conclusioni diverse si potrebbe giungere nel caso in cui il soggetto interessato ha tenuto un comportamento di carattere univoco dal quale si possa fondatamente evincere una revoca implicita delle D.A..

Anche la questione, evidenziata dal C.N.B. nel suo parere in oggetto, della “*sopravvenienza di nuove acquisizioni scientifiche, di nuove tecniche di trattamento, tali da rendere curabile – o comunque diversamente curabile rispetto alle previsioni del paziente - una patologia precedentemente conosciuta come irrimediabile*”, non può che essere valutata nell’ottica espressa dal diretto interessato e, quindi, non può, di per se, essere sufficiente a togliere valore alle D.A..

¹⁴²⁾ Vedi, sul punto, le opinioni riassunte nel precedente cap. 7.

¹⁴³⁾ C. Vezzoni, *The legal status and social practice of treatment directives in the Netherlands*, 2005, op. cit. (nota 124).

Queste “nuove” circostanze, quindi, vanno tenute presenti dal medico e dal fiduciario solo al fine di verificare la persistente attualità delle D.A., con particolare riferimento alla qualità minima di vita che l’interessato ha manifestato di ritenere conforme alla propria concezione di salute desiderabile. Non ogni nuova acquisizione scientifica o ipotesi di cura di malattia, in sostanza, costituisce un trattamento desiderabile nell’ottica delle scelte già effettuate dal soggetto interessato e la dialettica tra fiduciario e curanti potrà aiutare a verificare questo punto.

In definitiva si può concordare sul fatto che, come affermato dal C.N.B. “*la valenza etica di queste dichiarazioni dipende esclusivamente dal fatto che esse conservino la loro attualità*” e, quindi, sussistono le condizioni perché vengano attuate dai medici curanti.

Non appare condivisibile, invece, il continuo richiamo all’autonomia del medico che non può correttamente essere considerato un valore assoluto e prevalente rispetto alle volontà espresse in via anticipata dall’interessato.

Anche il riferimento alla “*scienza e coscienza*” del medico, contenuto nel parere del C.N.B., rischia di essere un richiamo a principi troppo generici per potere essere poi sottoposti ad un serio controllo nella loro attuazione concreta, qualora inteso ad ampliare i legittimi criteri di interpretazione da parte dei curanti del reale senso delle volontà espresse in via anticipate dal soggetto interessato.

Sarebbe preferibile, a nostro giudizio, affermare, in via di principio, il carattere tendenzialmente vincolante delle D.A., fermo restando il dovere del medico di verificarne la sicura pertinenza rispetto alla situazione di cura presente e la persistente attualità sulla base di criteri oggettivi e non meramente soggettivi.

È interessante, a questo punto, sottolineare che Balestra¹⁴⁴⁾ sostiene che il tentativo del C.N.B. di “*ricercare un equilibrio (sicuramente delicato) in modo da escludere tanto il carattere rigidamente vincolante delle scelte anticipate*”, con conseguente eliminazione di ogni potere decisionale del medico, “*quanto quello orientativo*”, con conseguente sostanziale inefficacia delle D.A., “*non sembra riuscito*”.

Secondo Balestra, infatti, il documento del C.N.B. “*vincola sostanzialmente il medico al rispetto delle direttive anticipate, salvo l’accertamento che, alla luce dei progressi della scienza medica e/o della ricerca farmacologia, le anzidette direttive siano carenti di attualità*”.

Neri¹⁴⁵⁾, a sua volta, rileva che la formula “*tener conto*” delle D.A. di cui all’art. 9 della Convenzione di Oviedo, ripresa poi nella sostanza dal CNB, è “*funzionale alla verifica dell’attualità dei desideri e cioè alla possibilità di accertare, da parte del medico, che i desideri del suo paziente si applichino alla situazione in atto e restino validi in relazione all’evoluzione della malattia e delle tecnologie mediche*”.

Secondo quest’Autore, quindi, se la verifica della persistente attualità delle dichiarazioni anticipate si conclude in modo positivo, il medico “*è obbligato a muoversi nella direzione di onorare i desideri del suo paziente*”.

D’altra parte lo stesso C.N.B., nell’ultima parte del paragrafo n. 8 del suo parere del 18/12/03 in esame, afferma che se il medico ritiene “*legittimi*” e “*attuali*” i desideri del paziente, onorarli “*sarebbe un suo preciso dovere deontologico*” e precisa che “*sarebbe, infatti, un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare*”.

Ne consegue, a nostro giudizio, il principio che, per il medico, costituisce un atto doveroso, quantomeno sul piano deontologico, dare attuazione alle D.A. del paziente riferibili alla concreta situazione di cura da affrontare, salvo ricorrere, in caso di disaccordo, all’obiezione di coscienza che dovrebbe essere riconosciuta ai sanitari in determinate circostanze, come ad esempio per la richiesta di distacco dell’apparecchio di sostegno vitale.

¹⁴⁴⁾ L. Balestra, Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico, op. cit. (nota 128), pag. 101-102 specificamente.

¹⁴⁵⁾ D. Neri, Note sul documento del CNB sulle “Dichiarazioni anticipate di trattamento”, *Boetica*, 2004, 2, pagg. 188-199.

È evidente, peraltro, che l'obiezione di coscienza può legittimare solo un'astensione del medico da condotte non condivise, ma non è assolutamente idonea a giustificare l'esecuzione di terapie specificamente rifiutate dal paziente.

L'obbligo, per il medico (e per l'équipe curante), di *“motivare e giustificare in modo esauriente”* la propria attività dovrebbe, inoltre, essere un principio generale, da adempiere in ogni caso, e non solo quando il sanitario si pone in potenziale conflitto con le D.A., stante la particolare natura della sua professione il cui esercizio richiede, talvolta, la necessità di un controllo ex post.

La presenza e l'intervento del **“fiduciario”** degli interessi del paziente dovrebbe, infine, aiutare i sanitari a ricostruire nel modo migliore qual è il senso delle D.A. qualora possano giustificatamente sorgere dubbi al riguardo; nei casi estremi, nei quali il conflitto di opinioni è divenuto insanabile, al fiduciario ovvero ai sanitari dovrebbe essere consentito di sollecitare un intervento del giudice per avere indicazioni sulla condotta da tenere nei confronti del paziente.

Le esperienze giudiziarie maturate all'estero dimostrano, infatti, che in alcune situazioni il conflitto può essere risolto solo da un giudice, come avvenuto, in Inghilterra, nel caso *“Charlotte”* una neonata gravemente malata al centro di una disputa tra genitori e medici circa le cure sanitarie d'emergenza da prestare in suo favore.¹⁴⁶⁾

9.4 Il C.N.B., in relazione al possibile, **lecito contenuto delle D.A.**, osserva che *“il loro ambito di rilievo coincide con quello in cui il paziente cosciente può esprimere un **consenso o un dissenso valido** nei confronti delle indicazioni di trattamento che gli vengano prospettate”* e afferma il seguente principio di carattere generale : *“ogni persona ha il diritto di esprimere i propri desideri anche in modo anticipato in relazione a tutti i trattamenti terapeutici e a tutti gli interventi medici circa i quali può **lecitamente** esprimere la propria volontà attuale”* (grassetto nostro).

Trattasi di un'affermazione e di un principio che lasciano impregiudicate tutte le note questioni etiche e giuridiche che, essenzialmente, riguardano il rifiuto delle cure salvavita e della idratazione e alimentazione artificiale.

Al riguardo, nel documento in esame, il C.N.B afferma, in particolare, che alcuni membri di quest'organo collegiale *“sostengono che al paziente va riconosciuta la facoltà di dare disposizioni anticipate circa la sua volontà (variamente motivabile, in relazione ai più intimi e insindacabili convincimenti delle persone) di **accettare o rifiutare qualsiasi tipo di trattamento** e di indicare le condizioni nelle quali la sua volontà deve trovare attuazione, sottolineando ”la necessità che la redazione di tali disposizioni avvenga (o comunque sia oggetto di discussione) **nel contesto del rapporto medico-paziente**, in modo che il paziente abbia piena consapevolezza delle conseguenze che derivano dall'attuazione delle sue volontà”*; che, invece, altri membri ritengono *“che il potere dispositivo del paziente vada limitato **esclusivamente a quei trattamenti che integrino, in varia misura, forme di accanimento terapeutico, perché sproporzionati o addirittura futili**”* (grassetto nostro).

Secondo quest'ultima opinione, non rientrerebbero tra i trattamenti rifiutabili dal paziente gli *“interventi di sostegno vitale di carattere non straordinario, né l'alimentazione né l'idratazione artificiale che, quando non risultino gravose per lui, costituirebbero invece, atti eticamente e deontologicamente doverosi, nella misura in cui - proporzionati alle condizioni cliniche - contribuiscono ad eliminare le sofferenze del malato terminale”* in quanto la loro omissione *“realizzerebbe una ipotesi di eutanasia passiva”*.

Abbiamo riportato questi due passaggi del documento del C.N.B sulle D.A. perché rendono esplicita la divisione creatasi all'interno di quest'organo sulla natura dei trattamenti che possono essere oggetto di rifiuto anticipato da parte del soggetto interessato.

Tra le due opinioni espresse nell'ambito del C.N.B. appare preferibile quella, sembra di minoranza, che ammette la rilevanza del rifiuto di qualsiasi trattamento perché conforme anche alla nostra carta fondamentale che esclude che un intervento possa essere effettuato sul corpo di un soggetto

¹⁴⁶⁾ Ci sia consentito, sul punto, un rimando a S. Fucci, Il caso Charlotte, Bioetica, 2005, pag. 135-143.

dissenziante, salva l'ipotesi del T.S.O. che, peraltro, non può legittimamente riguardare solo la salvaguardia della salute di un singolo soggetto .

Questa, peraltro, è l'opinione della maggioranza della dottrina giuridica, anche di quella che si occupa del tema sul piano del diritto penale. Quest'ultima, in particolare, esclude, che il medico, che doverosamente si astiene da un trattamento in seguito al rifiuto delle cure specificamente e consapevolmente formulato dal soggetto interessato, commetta un atto di eutanasia.

La diversa opinione espressa, sembra, dalla maggioranza dei membri del C.N.B., pur rispettabile, appare fondata su una lettura della normativa costituzionale (e specificamente degli artt. 2, 13 e 32) non condivisibile alla luce anche dell'interpretazione di queste disposizioni fornita dalla Corte Costituzionale nella giurisprudenza richiamata nel capitolo 1.

È, peraltro, vero che vi sono norme del codice penale che, in via astratta, potrebbero essere ritenute applicabili alla fattispecie del rifiuto delle cure salvavita e dei trattamenti di sostegno vitale, ma trattasi di **norme** (come l'art. 579 c.p. e l'art. 580 c.p.), **entrate in vigore in epoca antecedente alla Costituzione, che non possono non essere ora reinterpretrate in conformità al dettato costituzionale**, come evidenziato anche da Giunta¹⁴⁷⁾.

Qualora, invece, si ritenesse prospettabile in concreto la loro applicabilità ad una fattispecie di rifiuto delle cure oggetto di giudizio penale a carico di un sanitario che si è astenuto dal praticare un trattamento salvavita rifiutato in via anticipata dall'interessato, dovrebbe essere sollevata dai giudici competenti la relativa questione di costituzionalità.

Il caso Welby (vedi capitolo 6.7) e il caso Eluana (vedi, infra, capitolo 10) dimostrano, purtroppo, le persistenti difficoltà che incontrano anche i giudici nel rendere attuale il dettato costituzionale sulla libertà del corpo da trattamenti invasivi e sulla libertà di ciascuno di sottoporsi o meno alle cure ritenute idonee dai medici, nonostante una parte della giurisprudenza abbia preso chiaramente posizione in favore di queste libertà fondamentali.

Condividiamo, peraltro, l'esigenza, evidenziata dal C.N.B., di un intervento del legislatore che, regolando la specifica materia del rapporto tra paziente e medico, precisi *“inequivocabilmente”* anche *“contenuti e limiti della funzione di garanzia nei confronti dei pazienti attribuita agli operatori sanitari”*, nel rispetto, peraltro, del dettato costituzionale in materia di cure sanitarie e di libertà delle persone (grassetto nostro).

Sul piano strettamente bioetico rimane forte la perplessità davanti ad un'opinione, pur autorevolmente espressa, che tende ingiustificatamente a comprimere l'autonomia decisionale delle persone rispetto alla loro vita, ritenendo legittima solo la sospensione (ovvero il non inizio) dei trattamenti che integrano un *“accanimento terapeutico”* esclusivamente, peraltro, sul piano scientifico.

In realtà il medico dovrebbe di sua iniziativa escludere dai trattamenti applicabili quelli che, in concreto, sono futili, cioè inutili, ovvero costituiscono una forma di accanimento nei confronti del paziente. Questo comportamento è imposto non solo dalle norme di buona pratica clinica, ma anche dal codice di deontologia medica, come sopra osservato.

L'opinione della maggioranza del C.N.B. finirebbe, in sostanza, con il consentire al paziente di richiedere al medico curante di non attuare solo quegli stessi trattamenti che, in base al codice deontologico, egli non dovrebbe effettuare.

Qual'è, dunque, la reale autonomia che l'opinione di maggioranza del C.N.B. vuole riconoscere a chi è interessato ad esprimere le proprie volontà anticipate rispetto alle cure future ?

Sembra rimanere, alla base di quest'opinione, una concezione dell'esistenza come dono altrui che può giustificare, per una parte dei credenti, un dovere di vivere e non un diritto di vivere come, invece, inteso da coloro che si proclamano laici e, quindi, si ritengono responsabili delle proprie azioni e della propria vita, anche sotto l'aspetto qualitativo.

La questione specifica dell'idratazione e alimentazione artificiale sarà ripresa nel paragrafo successivo.

¹⁴⁷⁾ F. Giunta. Eutanasia pietosa e trapianti, op. cit. (nota 33), pagg. 403-409.

In questa sede ci limitiamo ad osservare che anche nel nuovo codice di deontologia medica approvato nel dicembre del 2006, all'art. 53, sotto il titolo "*rifiuto consapevole di nutrirsi*" si ribadisce 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*" e che "*se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima, pur continuando ad assisterla*"; che, pertanto, il consapevole rifiuto dell'idratazione e alimentazione artificiale deve essere rispettato dal medico qualora espresso in sua presenza; che, quindi, questo rifiuto dovrebbe essere rispettato da tutti anche quando espresso in via anticipata da un soggetto che non desidera essere mantenuto in vita in stato vegetativo permanente (S.V.P.), in una condizione irreversibile, cioè, ritenuta dallo stesso interessato contraria alla sua dignità di persona.

9.5 Questa differenza di opinioni in punto idratazione e alimentazione artificiale si è ripetuta nel successivo documento del C.N.B. sull'alimentazione e sull'idratazione dei pazienti in stato vegetativo permanente approvato il 30/9/05.

In quest'ultimo documento¹⁴⁸⁾, **la maggioranza del C.N.B.** ha sostenuto che "*la vita umana va considerata un valore indisponibile*" e che "*l'idratazione e la nutrizione dei pazienti in SVP vanno ordinariamente considerate alla stregua di un sostentamento vitale di base*", come tale non rifiutabile attraverso una D.A. in quanto "*la richiesta di sospensione di questo sostentamento*" si configurerebbe come "*la richiesta di una vera e propria eutanasia omissiva, omologabile sia eticamente che giuridicamente ad un intervento eutanasi attivo, illecito sotto ogni profilo*" (grassetto nostro).

Qualora, invece, questi trattamenti possano essere configurati come trattamenti sanitari e non come sostentamento di base, la loro sospensione "*è da considerarsi giuridicamente lecita sulla base di parametri obiettivi e quando realizzi l'ipotesi di un autentico accanimento terapeutico*" (grassetto nostro).

Questa opinione è stata contrastata da quella della **minoranza del C.N.B.** che, da un lato, ha contestato che possa essere fondatamente esclusa la natura di atto medico di questi trattamenti e, dall'altro lato, ha sostenuto che, in ogni caso, il "*giudizio di appropriatezza bioetica*" non può prescindere dall'esame di altri fattori, tra cui "*la condizione in cui versa il paziente e la concezione della propria vita che il paziente stesso può avere manifestato, in varie forme, prima dell'ingresso in SVP*".

La minoranza del C.N.B. ha, inoltre, sostenuto che, dato che è possibile per un paziente consapevole rifiutare l'alimentazione e la idratazione artificiale (N.I.A.), deve ritenersi lecito inserire nelle D.A. il rifiuto di questi interventi che, evidentemente, non potrebbero mai essere attuati dai sanitari contro la loro volontà; che, ancora, "*per ragionare bioeticamente sul caso della SVP non è strettamente necessario chiamare in causa la controversia sul valore della vita umana*"; che, infine, si potrebbe, invece, ragionare "*sull'oggetto della controversia, chiedendosi, ad esempio, se l'indisponibilità o la disponibilità vada riferita alla vita come mera esistenza biologica o alla vita come biografia, all'essere vivi o all'aver una vita, un'esistenza*".

Non appare condivisibile l'opinione espressa dalla maggioranza del C.N.B. sulla possibilità di configurare l'eutanasia nella richiesta di sospensione o non attivazione della N.I.A., perché nessuno, per il rispetto dovuto alla sua persona, può essere obbligato ad alimentarsi, se ha chiesto consapevolmente, anche in via anticipata, di rinunciare a questa forma di assistenza.

La nostra opinione sul punto prescinde, dunque, dalla qualificazione della N.I.A. come trattamento sanitario, anche se siamo convinti, in adesione all'opinione autorevolmente espressa da Barni nella

¹⁴⁸⁾ Il parere è consultabile sul sito <http://governo.it/bioetica/testi/PEG.pdf>.

sua “postilla” a questo documento, che l’alimentazione e l’idratazione artificiale sono atti sanitari, perché caratterizzati da valutazioni e scelte di competenza medica.

Riteniamo, quindi, che la diversa opinione espressa sul punto dalla maggioranza del C.N.B., che qualifica la NIA doveroso “sostentamento” di base, non sia fondata su di un corretto approccio scientifico, come, peraltro, si può desumere anche alle linee guida elaborate al riguardo dalla Società Italiana Nutrizione Parenterale ed Enterale.

Il richiamo, infine, al **concetto precostituzionale e metagiuridico di indisponibilità del valore della vita umana**¹⁴⁹⁾ contenuto nell’opinione di maggioranza, conferma il sospetto che sia stata espressa sul punto un’opinione più ideologica che razionale, senza alcuna considerazione per coloro che attraverso il libero rifiuto espresso anche nei confronti delle cure di sostegno vitale hanno da tempo incrinato il dogma dell’indisponibilità per far valere il loro diritto di vivere in conformità alle proprie valutazioni in merito ai trattamenti che intendono ricevere sul loro corpo.

¹⁴⁹⁾ Vedi, sul punto, F. Giunta, Eutanasia, op. cit. (nota 33), pagg. 403-408.

10. Il caso Eluana.

Eluana è una giovane donna vittima nel 1992, all'età di circa venti anni, di un incidente stradale in cui subì un gravissimo trauma cranio-cerebrale, con fratture del cranio della colonna cervicale; fu ricoverata in ospedale in stato di coma, ma in grado di respirare autonomamente, sia pure in modo insufficiente; fu, quindi, sottoposta ad intubazione tracheale, alla ventilazione artificiale e ad una TAC che “evidenziò uno spandimento di sangue nell'emisfero cerebrale sinistro e danni alla regione del talamo da ambo i lati”.¹⁵⁰⁾

Le sue condizioni peggiorarono nei giorni successivi e si configurò, per i curanti, “*il quadro clinico di uno stato vegetativo persistente*”, caratterizzato da una respirazione spontanea e riapertura degli occhi, senza, peraltro, “*mai più riprendere contatto con l'ambiente e senza presentare alcun movimento spontaneo degli arti*”.

Nel corso di un successivo breve ricovero in ospedale avvenuto circa quattro anni dopo l'incidente, Eluana “*appariva in buone condizioni generali*”; “*manteneva gli occhi aperti durante buona parte della giornata*”, ma non reagiva alla luce; “*il viso e la mandibola erano animati da una sorta di tremore ritmico*”; gli arti erano “*immobili e spastici*”; “*respirava spontaneamente, senza ausili meccanici*”; la sua nutrizione “*era assicurata mediante un sondino inserito nello stomaco, attraverso il naso*”; la minzione avveniva attraverso un catetere vescicale; i medici, nonostante una osservazione prolungata non riuscirono mai ad entrare in contatto con la paziente e, effettuati gli opportuni accertamenti anche tramite risonanza magnetica dell'encefalo, confermarono la diagnosi di “*stato vegetativo*”, con prognosi negativa in relazione al possibile recupero della coscienza; la diagnosi finale, pertanto, fu di “*stato vegetativo permanente*” (S.V.P.), cioè irreversibile, rimasto sostanzialmente inalterato da allora.

Queste, in sintesi, le vicende “*cliniche*”, di Eluana, come descritte da uno dei medici che nel corso del tempo l'ha avuta in cura.

Da queste vicende emerge, per quel che interessa in questa sede, che **Eluana non è mai riuscita ad esprimere ai curanti le sue volontà rispetto all'assistenza che le viene ancora prestata e che il suo stato vegetativo è giudicato irreversibile.**

Il padre di Eluana, nominato tutore, ha da tempo intrapreso la strada giudiziaria al fine di ottenere la sospensione della nutrizione artificiale praticata alla paziente, al dichiarato scopo di far terminare un'esistenza che, secondo la sua tesi, sua figlia stessa aveva ritenuto non degna di essere vissuta prima del sinistro stradale.

Dato lo scopo del nostro lavoro è importante verificare le motivazioni con le quali nel corso del tempo i vari organi giudiziari hanno argomentato le loro ormai numerose decisioni sulla complessa vicenda di Eluana e, nel contempo, esaminare anche le critiche formulate al riguardo dalla dottrina che ha posto in luce le questioni, rilevanti dal punto di vista etico-giuridico, che riguardano i malati in stato vegetativo permanente che, pur avendo eventualmente espresso delle direttive anticipate circa le cure desiderate in questa condizione di malattia, rischiano, alla luce della giurisprudenza formatasi in materia, di rimanere per anni in tale stato di assoluta incoscienza e di incapacità di relazionarsi con il mondo esterno.

10.1 Il primo provvedimento – 2/3/99 - del Tribunale di Lecco in sede di volontaria giurisdizione.

¹⁵⁰⁾ Vedi, in relazione alle condizioni di Eluana, l'intervento di C. A. Defanti, neurologo, “*Terry Schiavo, Eluana Englaro e l'impasse della bioetica italiana*”, nel “*forum*” comparso sulla rivista on line “*Limen, Medicina e neurologia palliativa*”, 1, 2006; vedi, anche, C.A. Defanti, Lo stato vegetativo persistente : un appello alla nostra responsabilità, Bioetica Riv. Int., 2000, 50-59.

Con istanza 18/1/99,¹⁵¹⁾ il tutore di Eluana, premessa una sommaria descrizione delle condizioni di salute della predetta a seguito dell'incidente stradale in cui era rimasta coinvolta, chiedeva, ex art. 732 cpc, al Tribunale di Lecco, l'autorizzazione a dare disposizioni, per conto della tutelata, che in passato aveva manifestato la volontà di non essere tenuta in vita in condizioni così poco dignitose, affinché, ferma restando la somministrazione dei farmaci per l'epilessia e di quelli eventualmente necessari per i segni del disagio fisico dovuto alla mancanza di liquidi, venissero interrotte le cure che *“consentono al corpo della stessa di protrarre lo stato vegetativo”* e, quindi, fosse sospesa l'alimentazione artificiale, nonché l'uso di quelle medicine che, come le vitamine, aiutano la paziente solo nella sopravvivenza sul piano fisico.

Nel suo ricorso il tutore menzionava il rifiuto opposto dai medici che assistevano Eluana ad interrompere queste terapie e i suoi poteri di cura della persona ex art. 357 c.c..

Il Tribunale di Lecco, con decreto 1/3/99,¹⁵²⁾ dichiarava inammissibile il ricorso in quanto contenente in sostanza una richiesta di *“eutanasia”*, non esaudibile perché in contrasto *“con i principi fondamentali dell'ordinamento vigente”*, che, all'art. 2 della Costituzione, tutela il *“diritto alla vita come primo fra tutti i diritti inviolabili dell'uomo, la cui dignità attinge a valore assoluto della persona e prescinde dalle condizioni anche disperate in cui si esplica la sua esistenza”* e che, all'art. 579 c.p., riafferma l'indisponibilità di questo diritto sanzionando anche l'omicidio del consenziente.

10.2 Il secondo provvedimento – 26/11/99-31/12/99 - Corte di Appello di Milano, Sezione delle persone, dei minori e della famiglia in sede di reclamo.

Investita dal reclamo, ex art. 739 cpc, del tutore avverso il primo provvedimento del Tribunale, la Corte di Appello di Milano rigettava il ricorso con una motivazione che non sembra essere di completa chiusura rispetto alle istanze del padre di Eluana.

Nel suo provvedimento¹⁵³⁾ la Corte affronta essenzialmente due questioni : 1) se al tutore spetti di esprimere il consenso informato per conto dell'incapace; 2) se lo stato vegetativo persistente di Eluana giustifichi il mantenimento delle cure in atto.

In relazione alla prima questione, la Corte, tra l'altro, osserva che il ricorrente, in qualità di tutore della figlia interdetta, ha anche *“la cura”* della sua persona - ex artt. 357 e 424 cpc - ed è, quindi, legittimato ad esprimere o a rifiutare il consenso *“al trattamento terapeutico”*, come affermato anche nell'art. 6 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, adottata a Strasburgo il 19/11/96.

In relazione alla seconda questione, inerente la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale attuati sul corpo di Eluana, la Corte, dopo avere esposto le varie posizioni, giuridiche e scientifiche, esistenti sulla natura della nutrizione artificiale (N.I.A.) praticata alla paziente, ritiene di non potere accogliere il ricorso in quanto non risulta consolidata l'opinione che qualifica questo trattamento come sanitario e, quindi, rifiutabile anche dal tutore in quanto integrante inutile accanimento terapeutico.

Riteniamo opportuno riportare di seguito questo passaggio della decisione, con il quale la Corte lasciava aperto un piccolo spiraglio ad un possibile accoglimento di un futuro ricorso, qualora consolidata la qualificazione della N.I.A., come trattamento sanitario e non semplicemente assistenziale : *“definire, infatti, la nutrizione e l'alimentazione somministrate con sonda*

¹⁵¹⁾ Pubblicata su Bioetica Riv. Int, 2000, 81-83.

¹⁵²⁾ Pubblicato su Bioetica cit., 2000, 83-84.

¹⁵³⁾ Pubblicato, unitamente al reclamo e ad una memoria integrativa, su Bioetica cit., 2000, 83-103 e su Il Foro Italiano, 1, 2000, 2022-2040, con note di G. Ponzanelli, Eutanasia passiva, sì, se c'è accanimento terapeutico, e di A. Santosuosso, Novità e remore sullo “stato vegetativo persistente”.

nasogastrica a E.E., come trattamento terapeutico consentirebbe di invocare il principio di divieto di accanimento terapeutico, basato sui principi costituzionali di tutela della dignità della persona, previsto nel codice deontologico medico (art. 14), nei documenti internazionali, condiviso anche in una prospettiva morale-religiosa : il dovere giuridico, etico, deontologico del medico si arresta davanti all'incurabilità della malattia, giacché ogni protrazione della terapia, trasformando il paziente da soggetto in oggetto, viola la sua dignità" (grassetto nostro).

Aggiunge, al riguardo la Corte, che *"nell'accezione più accreditata, invero, l'accanimento terapeutico si presenta come una cura inutile, futile, sproporzionata, non appropriata rispetto ai prevedibili risultati, che può pertanto essere interrotta, perché incompatibile con i principi costituzionali, etici e morali di rispetto della dignità della persona umana, di solidarietà"*, con la precisazione che *"il concetto delicato e complesso di "futilità" del trattamento, in quanto implica valutazioni tecniche, cliniche e valori del paziente e della società, deve essere il risultato non di una determinazione unilaterale del medico, ma di una decisione condivisa secondo parametri di ragionevolezza, con una lettura attenta dei principi costituzionali già richiamati applicabili agli obiettivi e ai limiti della medicina"* (grassetto nostro).

I principi costituzionali ai quali la Corte fa riferimento sono quelli, richiamati in precedenza, *"della salvaguardia della vita, integrità, salute del soggetto"*, ex art. 32 Cost., *"salvaguardia della dignità della persona umana"*, desumibile dagli artt. 3, 27, 32 Cost., *"uguaglianza e pari dignità dei soggetti"*, ex art. 3 Cost. e *"libertà e indisponibilità della persona umana e conseguente necessità del consenso del soggetto"*, desumibile dall'art. 13 Cost.

Nel tentativo di chiarire il suo complesso pensiero la Corte afferma, in seguito, che l'obbligo del medico alla cura *"si arresta in ipotesi di accanimento terapeutico"*, con conseguente responsabilità dei sanitari, alla stregua delle nozioni scientifiche acquisite e unanimemente condivise secondo i protocolli e le linee guida a livello internazionale, di restringere le alternative di cura *"offerte"* al paziente, ma che, peraltro, il parametro di ragionevolezza adottato dal medico nell'esclusione delle terapie futili o sproporzionate, *"deve essere verificato in relazione alla cura, ai bisogni e agli interessi del paziente, in contraddittorio con il medesimo, se capace, nel rispetto del principio di autodeterminazione, o con il coinvolgimento del rappresentante del soggetto incapace"*.

Secondo il giudizio dell'estensore di questo lavoro non risulta, peraltro, esplicitato dalla Corte un chiaro criterio di risoluzione del conflitto che eventualmente può insorgere nell'applicazione dei vari principi costituzionali sopra citati, non tutti convergenti rispetto allo stesso obiettivo, e, anche, del possibile conflitto di opinioni tra medico e paziente ovvero tra medico e rappresentante del paziente incapace circa la natura e l'utilità del trattamento.

La Corte, inoltre, non affronta la questione relativa alla rilevanza della volontà, eventualmente espressa in via anticipata dall'interessata quando ancora capace, circa l'insopportabilità del trattamento di sostegno vitale ora praticato.

La questione non è irrilevante nella fattispecie perché, la dedotta volontà di Eluana di non considerare dignitosa la sua condizione di paziente in stato vegetativo irreversibile, se debitamente provata, potrebbe essere interpretata come una decisione personale di rifiuto delle cure di sostegno di questo stato e, quindi, il tutore si farebbe portatore di un'istanza di sospensione di trattamenti, qualsiasi sia la loro natura, non desiderati sul proprio corpo proprio dalla diretta interessata.

Difetta, infine, nella decisione in esame un'analisi puntuale in relazione a quali siano in concreto i poteri di decisione *"autonomi"* – cioè non derivanti da una volontà eventualmente espressa in via anticipata dall'interessata - del tutore rispetto ai trattamenti di sostegno vitale, dalla cui sospensione può derivare la morte dell'assistita.

Le prime due decisioni sopra riportate nei loro tratti essenziali sono state oggetto di argomentazioni critiche formulate dalla dottrina per motivi diversi.

Una prima osservazione critica riguarda la decisione del Tribunale di Lecco che Pocar¹⁵⁴⁾ valuta *"non solo sbrigativa, ma anche giuridicamente scorretta"* in quanto non affronta tutti i temi

¹⁵⁴⁾ V. Pocar, In merito ai decreti sul "caso E.E", Bioetica Riv. Int., 2000, 60-65.

sottoposti all'organo giudicante dalla difesa del tutore e motiva solo in ordine al problema eutanasia che non è il tema centrale del ricorso. Sostiene, inoltre, Pocar che questo provvedimento, come ogni decisione giudiziaria, non è solo *“il frutto di interpretazioni di norme giuridiche”*, ma in realtà è il prodotto *“di una complessa operazione intellettuale orientata tanto dal diritto quanto da valori etici, norme sociali, saperi diversi dal diritto”* che incidono sull'interpretazione delle regole giuridiche e che, quindi, in sostanza, è influenzata anche da considerazioni estranee alla materia del diritto.

Di ben altro spessore è, secondo Pocar, il decreto della Corte milanese che, sia pure attraverso un percorso non sempre lineare, ha comunque riconosciuto in capo al tutore la titolarità dell'esercizio, per conto dell'incapace, di un diritto personalissimo come quello di accettare o rifiutare i trattamenti sanitari, il che comporta notevoli conseguenze nella relazione di cura tra il medico e il paziente incapace e interdetto perché quest'ultimo non è più privo di effettive tutele rispetto a proposte di atti sanitari che non coincidono con il suo miglior interesse.

Pur ritenendo non convincente il ragionamento della Corte circa il persistente dubbio sulla natura – terapeutica o solo assistenziale – della N.I.A., dalla pronuncia della Corte, secondo Pocar, è possibile implicitamente evincere che se nel dibattito medico-scientifico *“si determinasse una convergenza d'opinione nel definire i trattamenti di sostegno vitale nel soggetto in SVP come trattamenti terapeutici, questi dovrebbero essere sospesi”*.

In realtà la pronuncia della Corte non sembra orientata in modo certo in questa direzione proprio perché, come sopra sottolineato, secondo i componenti del collegio giudicante, dovrebbe pur sempre essere accertata, attraverso una decisione condivisa tra i sanitari e i rappresentanti del paziente incapace, la futilità dei trattamenti da sospendere.

Santosuosso¹⁵⁵⁾ a sua volta, evidenzia che il caso Eluana pone sul tappeto anche in Italia il problema di trovare dei **critéri ragionevoli e accettabili per rispondere alle questioni etiche e giuridiche poste dalla situazione dei malati in S.V.P.** e dall'assistenza sanitaria loro assicurata in modo quasi automatico.

Occorre affrontare anche in questo caso il problema fondamentale di **chi decide in merito alle cure praticate agli incapaci e con quali poteri.**

Sostiene Santosuosso che, dall'esperienza straniera relativa a casi di pazienti in S.V.P., emerge che il potere di decidere può essere affidato al diretto interessato, attraverso le direttive anticipate che esaltano il criterio della volontà personale, come accaduto, almeno formalmente, nel noto **caso Cruzan**¹⁵⁶⁾ ovvero può essere attribuito ai medici, modello quest'ultimo seguito dalla House of Lords nel noto **caso Bland**.¹⁵⁷⁾

La terza strada che è possibile percorrere qualora sia stato nominato un tutore, come nel caso Eluana, è quella di riconoscere alcuni poteri decisionali a questo rappresentante legale, nel rispetto dell'art. 357 c.c. che prescrive l'autorizzazione del Tribunale rispetto agli atti di straordinaria amministrazione.

La Corte milanese, secondo l'interpretazione di Santosuosso, ha riconosciuto che nella cura della persona, attribuita al tutore, rientrano anche i trattamenti sanitari e che il tutore può esprimere, nell'interesse del rappresentato, anche in mancanza di una sua volontà manifestata in via anticipata, una volontà di rifiuto di questi trattamenti anche nell'ipotesi in cui la loro mancata attuazione ovvero sospensione comporta una riduzione della durata della sopravvivenza, ma ha ingiustamente respinto il ricorso ritenendo che vi è incertezza sulla natura dei trattamenti di sostegno vitale (N.I.A.) di cui è stata chiesta l'interruzione, nonostante i pronunciamenti sul punto dell'American

¹⁵⁵⁾ A. Santosuosso, Aperture importanti e remore inspiegabili della Corte di Appello di Milano sul “caso E.E.”, *Bioetica Riv. Int.*, 2000, 66-80 e, Novità e remore sullo “stato vegetativo persistente”, *Foro It.*, 2000, 1, 2026-2034.

¹⁵⁶⁾ La massima della sentenza della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti del 25/6/90 è riportata sul *Foro Italiano*, 1991, IV, pag. 66, con note di A. Santosuosso, Il paziente incosciente e le decisioni sulle cure : il criterio della volontà dopo il caso Cruzan, *ivi*, pag. 66-72 e di G. Ponzanelli, Nancy Cruzan, La Corte Suprema degli Stati Uniti e il “*right to die*”, pag. 72-75.

¹⁵⁷⁾ La decisione è pubblicata in *Bioetica Riv. Int.*, 1997, 302 e segg..

Academy of Neurology e dell'Istitute of Medical Ethics e le sopra citate decisioni di autorità giudiziarie straniere nei casi Cruzan e Bland.

Osserva, in modo condivisibile, Santosuosso che la Corte, incentrando la sua decisione sulla questione della natura della N.I.A., sembra perdere di vista il fatto che il tutore ha la cura della persona nel suo complesso e, quindi, anche relativamente agli atti semplicemente di assistenza al malato.

In realtà la Corte, come sopra evidenziato e come sottolineato anche da Santosuosso, non ha affrontato quello che appare il vero punto critico qualora si ritenga che nel caso di Eluana non siano state espresse volontà anticipate rispetto alla sospensione ovvero all'interruzione della N.I.A..

Quali sono, dunque, i limiti interni al potere del rappresentante legale che incontra il tutore ?

Rileva preliminarmente, al riguardo, Santosuosso che *“il tutore deve sicuramente fare scelte nell'interesse dell'interdetto, ma questo interesse nel campo dei trattamenti sanitari risponde a due criteri risalenti direttamente alla Costituzione : quello della volontarietà e quello della dignità della persona (artt. 13 e 32, co. I e II Cost.)”*.

La scelta effettuata del tutore, trattandosi di una decisione presa da un sostituto legale del paziente, non ha, peraltro, la stessa forza di quella espressa dal diretto interessato; la sua valutazione di futilità di un trattamento di sostegno vitale e la sua richiesta di interruzione della NIA, pertanto, devono necessariamente passare al vaglio dell'organo giudiziario competente che potrà motivatamente condividerla o meno, ma non evitare di decidere, come, in sostanza, secondo Santosuosso, ha fatto la Corte d'Appello di Milano nel provvedimento ora commentato.

Secondo Ponzanelli¹⁵⁸⁾, infine, la questione sottoposta alla Corte milanese, *“fermo restando il principio dell'indisponibilità della vita”*, deve essere necessariamente affrontata attraverso la verifica della tutela che la *“dignità umana”* riceve in determinate situazioni, dato che nel nostro ordinamento è stata assegnata una posizione centrale a questo valore della persona.

In quest'ottica si è mossa, per quest'Autore, la Corte laddove ha affermato che l'autorizzazione richiesta potrebbe essere concessa in presenza di una situazione di accanimento terapeutico, perché l'esecuzione di quei trattamenti che non hanno la capacità di migliorare o di preservare la salute del paziente violerebbe la dignità del paziente.

La Corte, rispetto al modello inglese del caso Bland, si muove, peraltro, secondo quest'Autore, con maggiore prudenza perché non lascia l'ultima parola alla classe medica, ma sollecita un pubblico dibattito scientifico, etico e giuridico sulla qualificazione della alimentazione ed idratazione artificiale nel paziente in stato vegetativo permanente.

Nell'opinione di quest'Autore **ricompare, quindi, il principio dell'indisponibilità della vita** che, come vedremo negli successivi provvedimenti sul caso Eluana viene ripreso anche dagli altri organi chiamati ad esaminare le nuove istanze del tutore di cessazione della N.I.A..

La prospettiva dell'autodeterminazione del paziente rispetto alle cure, che trova un forte sostegno nella nostra carta fondamentale (artt. 13 e 32 Cost.), viene quindi messa da parte, a differenza di quanto avviene nei paesi nordamericani dove, invece, si riconosce all'interessato il diritto di interrompere tutte le cure non volute.

10.3 Il terzo provvedimento - Tribunale di Lecco - 15-20/7/02 -

A distanza di circa tre anni dal primo ricorso, il tutore di Eluana chiede nuovamente al Tribunale di Lecco la cessazione delle cure che rendono possibile la sopravvivenza fisica della paziente, ormai in stato vegetativo permanente conclamato, con particolare riferimento all'alimentazione artificiale e alla somministrazione di vitamine.

Il Tribunale rigetta questa volta il ricorso ritenendolo infondato nel merito.

¹⁵⁸⁾ G. Ponzanelli, Eutanasia passiva, op. cit. (nota 152).

Nella motivazione di questo provvedimento¹⁵⁹⁾ il Tribunale osserva che i poteri di “cura” dell’incapace attribuiti al tutore sono solo quelli diretti “*alla conservazione della vita dello stesso*”, con esclusione quindi, di quelli che hanno la finalità di sopprimere l’assistito; che, inoltre, il diritto alla vita costituisce il principale dei diritti inviolabili dell’uomo e che la piena tutela di questo diritto non trova alcuna eccezione nel nostro ordinamento che, nel suo complesso, si muove nel senso di vietare ogni comportamento, inclusa la cessazione dell’alimentazione artificiale, che provochi la morte di un soggetto; che, infine, il ricorso merita di essere respinto anche muovendosi nel solco tracciato dal precedente provvedimento del 26/11/99 della Corte d’Appello di Milano in quanto, nonostante le conclusioni circa la natura di atto medico della N.I.A. cui è giunto il “*Gruppo di lavoro su nutrizione e idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza*”¹⁶⁰⁾ – meglio conosciuto come “*Commissione Oleari*” dal nome del suo Presidente - nominato dal Ministro della Salute Veronesi, il dibattito scientifico non è giunto ad una definitiva ed esauriente decisione sul punto.

Questa, in sintesi, la motivazione del Tribunale di Lecco che non lascia alcun serio spazio alle tesi del ricorrente perché l’ultima parte della motivazione circa la natura del trattamento da sospendere è preceduta da quella in cui viene ribadito che il tutore non ha il potere di chiedere la sospensione di un trattamento di sostegno vitale perché la vita umana è inviolabile.

10.4 Il quarto provvedimento – 17/10/03-10/12/03 - Corte di Appello di Milano, Sezione delle persone, dei minori e della famiglia in sede di reclamo.

Chiamata nuovamente a decidere in sede di reclamo sul caso Eluana, la Corte d’Appello rigetta nuovamente le richieste del tutore.

Nella motivazione di questo provvedimento¹⁶¹⁾ la Corte, tra l’altro, osserva che la nota Convenzione di Oviedo, che contiene rilevanti principi in ordine al ruolo del tutore dell’incapace rispetto alle cure mediche, non è ancora entrata in vigore in Italia perché “*non è stato depositato lo strumento di ratifica*”, mentre la legge n. 145/01 è solo una legge di “*autorizzazione alla ratifica*”; che il rapporto finale della Commissione Oleari sopra menzionato non ha “*valore vincolante per il giudice*”; che è inutile una Ctu medico-legale perché “*non sussistono dubbi sulla diagnosi, la prognosi e la condizione attuale di Eluana, quale paziente in stato vegetativo permanente, con il quadro prognostico di irreversibilità descritto nella letteratura scientifica*”; che nel caso di Eluana, ove non è possibile un’espressione attuale della volontà dell’interessata, occorre verificare il valore da attribuire ad una eventuale volontà anticipata, da accertarsi comunque con parametri rigorosi; che nel nostro ordinamento un’interpretazione integrativa che dia un valore giuridico al testamento biologico, non ancora oggetto di esplicito e puntuale riconoscimento da parte del legislatore, “*sarebbe praeter legem, non già contra legem*”, e, pertanto esprime le sue perplessità al riguardo, tenuto anche conto dei “*dilemmi giuridici, medici, filosofici, etici che si avvertono nei dibattiti della società civile e nelle relazioni dei comitati e delle commissioni investite della tematica*”; che, peraltro, la mancanza di regole in materia “*lede diritti ed interessi che corrispondono a valori costituzionalmente garantiti*” e **auspica, quindi, un intervento legislativo in materia di testamento biologico.**

La vera novità di questo provvedimento consiste nel fatto che la Corte, finalmente, affronta anche la questione delle D.A. ovvero del testamento biologico ritenendo, in sostanza, che, in mancanza di un auspicato intervento legislativo, non vi sia uno spazio interpretativo utilmente percorribile al fine di

¹⁵⁹⁾ Pubblicato in *Bioetica Riv. Int.*, 2004, 85-89.

¹⁶⁰⁾ Il relativo rapporto è pubblicato su *Bioetica Riv. Int.*, 2001, 303 e segg..

¹⁶¹⁾ Pubblicato su *Bioetica*, 2004, 89-95 e su *Famiglia*, 2004, II, 1167-1173, con nota di G. Ferrando, Stato vegetativo permanente e trattamenti medici : un problema irrisolto, ivi, 1173-1187.

utilizzare in modo positivo eventuali volontà anticipate espresse da Eluana in relazione al rifiuto della nutrizione artificiale, dedotte come esistenti dal tutore.

Pur comprendendo le motivazioni che hanno portato la Corte d'Appello a respingere di nuovo il ricorso del tutore di Eluana, riteniamo che la questione avrebbe potuto trovare una soluzione diversa qualora, ammesse le prove sul punto, fosse stato dimostrato in modo attendibile e serio che effettivamente Eluana aveva dichiarato in precedenza il suo rifiuto di essere tenuta in vita nello stato vegetativo, in cui si trova ormai da molto tempo.

Non c'è dubbio, infatti, che un intervento normativo in tema di direttive anticipate sia auspicabile, sempre che il legislatore si muova senza dimenticare i principi stabiliti dalla nostra carta fondamentale in tema di libertà di gestione del corpo, anche rispetto alle attività di assistenza, e in merito alla normale volontarietà delle cure mediche, come interpretati anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Il problema da porsi ora è, peraltro, quello di **verificare se veramente l'interprete non ha alcun serio spazio per cominciare a dare rilevanza**, quantomeno in alcune situazioni specifiche di irreversibilità dello stato di incoscienza del malato, ad esempio in S.V.P., **alle volontà di rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, eventualmente espresse in precedenza dall'interessato e fatte valere dal suo legale rappresentante.**

Si corre il rischio, altrimenti, **di lasciare le cose come stanno** e cioè quello di non potere in alcun modo intervenire anche su situazioni estreme, come quelle di Eluana, dato che difficilmente si riuscirà ad ottenere che il dibattito tra le varie componenti della società giunga unanimemente alla conclusione che tenere in vita Eluana con l'alimentazione artificiale integri una forma di accanimento terapeutico che i medici e il tutore hanno il diritto-dovere di sospendere.

Non si deve dimenticare, inoltre, che tutta la problematica sul "*consenso informato*" ha trovato, alla luce delle norme costituzionali contenute negli artt. 13 e 32, una prima puntuale elaborazione nella dottrina e nella giurisprudenza e poi, solo successivamente, ha avuto un limitato riscontro nella legislazione ordinaria, tant'è che ancora oggi sono pendenti in Parlamento disegni di legge per colmare quelle che sono considerate vere e proprie lacune normative esistenti al riguardo.

Come già osservato in una nostra precedente nota,¹⁶²⁾ l'interprete potrebbe valorizzare i principi sopra richiamati anche per sostenere la persistente validità delle espressioni di autonomia dell'individuo, manifestate, in modo non inequivoco, in via anticipata.

Il mancato pieno recepimento nel nostro ordinamento della Convenzione di Oviedo non sembra ostativo ad una interpretazione dell'art. 9 di quell'accordo internazionale che dia un valore giuridico alle determinazioni del paziente rispetto ai trattamenti che intende accettare o rifiutare sul proprio corpo, soprattutto quando non vi è più speranza di un ritorno del paziente in uno stato di piena capacità.

D'altra parte anche il nuovo codice deontologico dei medici del Novembre 2006 sembra muoversi in questa direzione laddove (art. 35), nel ribadire l'obbligo per il sanitario di astenersi dal compiere attività rifiutate dall'interessato, stabilisce che nell'assistenza al paziente incapace si deve tenere conto delle sue volontà espresse in anticipo.

Nel nuovo codice, inoltre, all'art. 38, si rafforza il carattere impositivo delle D.A. stabilendo che "*Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*" (grassetto nostro).

La questione, infine, della **definizione della natura della N.I.A.** non può essere rimandata all'infinito dalla giurisprudenza in attesa di un futuro e improbabile accordo definitivo sul punto di tutta la comunità scientifica.

Vi sono, ormai, **sufficienti pronunciamenti della comunità scientifica** al riguardo; si tratta solo di scegliere quello che, a parere dell'organo giudicante, appare essere quello che ha maggiore validità e credibilità.

¹⁶²⁾ S. Fucci, I diritti di Eluana, prime riflessioni, *Bioetica Riv. Int.*, 2004, 95-99.

Il rischio, altrimenti, è quello di trincerarsi dietro una mancanza di unanimità della scienza - difficile, peraltro, a raggiungersi quando sono ribadite anche posizioni che appaiono preconcepite - per non affrontare il problema di decidere sulla controversia con adeguata motivazione, compito che è proprio dell'attività giudiziaria quando si trova a scegliere tra varie possibili soluzioni, diverse e controverse in dottrina ovvero nella scienza.

Critica rispetto a questo provvedimento è anche la posizione di Ferrando espressa nella nota sopra richiamata.¹⁶³⁾

Quest'Autore afferma che la decisione della Corte segue un percorso di argomentazione diverso da quello seguito nel provvedimento del 1999, rispetto al quale *“fa decisamente un passo indietro”* in quanto mette fuori gioco i poteri di rappresentanza del tutore perché la Convenzione di Oviedo non è ancora pienamente operativa nel nostro ordinamento, dimenticando, peraltro, che questi poteri si fondano principalmente sul dovere di cura della persona riconosciuto anche dal nostro codice civile (grassetto nostro).

Rileva, inoltre, Ferrando che la Corte dopo avere effettuata una rassegna dei problemi che occorre affrontare rispetto al tema delle direttive anticipate rilasciate prima della perdita della coscienza, si limita a constatare la mancanza di una disposizione di legge al riguardo, dimenticando che, nel caso di *“lacune”* dell'ordinamento, l'art. 12 delle preleggi *“impone al giudice di decidere facendo ricorso vuoi all'analogia, vuoi ai principi generali dell'ordinamento”*.

Sottolinea, al riguardo, in modo condivisibile, quest'Autore che *“il ricorso ai principi generali, mancando i presupposti per l'analogia, non è dunque una facoltà del giudice, ma un suo dovere”* e che *“si tratti di opera di creazione giurisprudenziale del diritto, piuttosto che di vera interpretazione, non dovrebbe spaventare”*, se è vero che è proprio grazie all'esercizio di questi poteri che il diritto civile *“si è adeguato alle trasformazioni economiche e sociali, al mutamento dei valori ideali sui cui si fonda la convivenza civile”* (grassetto nostro).

La sensazione che si ha, ripercorrendo le vicende giudiziarie di Eluana e di Welby, che i giudici si mostrano timorosi di affermare in questi casi la validità e l'applicabilità diretta dei principi generali sopra richiamati, desumibili dalla carta fondamentale e, anche, dal codice civile, e, quindi, di fare una scelta al riguardo alla possibilità o meno, da parte di ciascuno di disporre della propria vita, rifiutando trattamenti sanitari considerati non accettabili, direttamente o tramite coloro cui spetta la responsabilità di provvedere alla *“cura”* degli interessi del paziente divenuto incosciente.

Ferrando, richiamando anche un suoi precedenti lavori,¹⁶⁴⁾ afferma che nel nostro codice civile è sancito per i genitori e i tutori, oltre ad un potere di rappresentanza e tutela degli interessi patrimoniali, un *“dovere di cura della persona del minore e dell'interdetto”*, ora attribuito dalla recente legge n. 6/04 anche all'amministratore di sostegno rispetto al disabile ovvero all'incapace assistito, nei limiti riconosciuti nel provvedimento giurisdizionale di apertura di questa procedura; che a questo *“dovere di cura”*, piuttosto che al potere di rappresentanza, che dovrebbe essere ricondotta anche la tematica del consenso ovvero del dissenso alle cure espresso dal genitore, dal tutore ovvero dall'amministratore di sostegno nell'interesse dell'incapace assistito - che, ove possibile, deve partecipare al relativo processo decisionale - fatto salvo l'esercizio del potere di controllo del giudice in caso di condotta pregiudizievole di quest'interesse; che, nell'esercizio di questo *“dovere di cura”*, **la ricerca e la realizzazione del miglior interesse dell'incapace rispetto alle cure sanitarie** - che in concreto può cambiare a seconda delle relative condizioni fisiche e psichiche e delle eventuali volontà anticipate consapevolmente espresse dallo stesso al riguardo - deve avere come obiettivi sia *“l'attuazione del suo diritto alla salute”* che *“il rispetto della sua dignità e libertà”*.

Rispetto al valore da attribuire alle direttive anticipate (DA), osserva Ferrando che il fatto che queste esprimano una volontà non attuale *“spiega la cautela con la quale le si circonda e la scelta*

¹⁶³⁾ G. Ferrando, Stato vegetativo permanente, op. cit. (nota 161).

¹⁶⁴⁾ G. Ferrando, Incapacità e consenso al trattamento medico, Politica del diritto, 1999, pagg. 147 e segg. e Diritti e interessi del minore tra principi e clausole generali, ivi, 1998, pagg. 167 e segg..

di non attribuire loro un'efficacia incondizionata", operata dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo, ma questo non può significare che le D.A. *"siano prive di valore"*; che, infatti, se formulate consapevolmente dal paziente prima di perdere in modo irreversibile la coscienza, rappresentano pur sempre ***"un indice attendibile della sua volontà"***, anche rispetto al suo modo di intendere la vita, e, quindi, potranno essere disattese solo *"quando ci siano fondate ragioni per supporre che non corrispondano più alla sua volontà attuale"*, ad esempio per mutamento delle sue convinzioni religiose ovvero per progressi della medicina che aprono speranze su patologie prima incurabili; che, quindi, dovranno tenere conto di queste D.A. anche coloro che hanno il dovere di cura degli interessi del paziente incapace nel campo sanitario; che, inoltre, **la decisione di sospendere la N.I.A. in un paziente in S.V.P. "può costituire l'estremo atto di rispetto della sua autonomia e della sua dignità"**, da effettuarsi sotto il controllo giudiziale (grassetto nostro).

Osserva, infine, in modo condivisibile, quest'Autore che, anche in mancanza delle D.A., **occorre porsi il problema se è nell'interesse dell'incapace un trattamento che prolunghi la sua vita nelle condizioni di malattia proprie dello S.V.P.**; che, quindi, il rispetto della dignità della persona può far ritenere *"contrario al suo interesse"* prolungare, senza un termine prefissato, **un trattamento "che appare inutile, proprio perché non riesce a recuperare la vita, ma soltanto a rinviare la morte"** (grassetto nostro).

Queste conclusioni, a nostro giudizio, non saranno accettabili solo per coloro che ritengono che il rimanere in vita, seppure nelle note condizioni che caratterizzano lo stato vegetativo permanente, sia di per sé un beneficio inoppugnabile ed indiscutibile, aprescindere dalla concreta qualità dell'esistenza.

10.5 Il quinto provvedimento – ordinanza n. 8291 del 20/4/2005 - Corte di Cassazione – I sez. civ.

Per la prima volta il tutore di Eluana decide di ricorrere in Cassazione contro il provvedimento della Corte d'Appello di Milano del 17/10/03-10/12/03.

La decisione della Suprema Corte¹⁶⁵⁾ è di natura processuale perché dichiara inammissibile il ricorso in quanto non è stata chiamata a partecipare al giudizio una parte processuale necessaria, individuata dalla Cassazione nel soggetto che, quale curatore speciale, avrebbe dovuto sostenere gli interessi dell'interdetta anche nei confronti del tutore in potenziale conflitto con l'assistita.

La Suprema Corte non è, quindi, entrata nel merito di tutte le questioni etiche e giuridiche prospettate nel ricorso dal padre di Eluana, nella sua qualità di tutore, ma in questo suo provvedimento ha, comunque, espresso delle considerazioni circa i limiti del *"potere"* di *"cura"* che compete a questo legale rappresentante dell'interdetta.

Ha osservato, al riguardo, la Cassazione che *"il tutore, ritenendo che l'interdetta versi da moltissimi anni in stato meramente vegetativo, nel quale a suo avviso è mantenuta mediante presidi sanitari, e che tale stato, in quanto escludente la dignità umana, fa escludere la ricorrenza della vita intesa nella sua portata minima imprescindibile, ha chiesto l'autorizzazione alla cessazione di questi presidi"*, con conseguente decesso dell'interessata; che *"premesso che costituisce questione di merito stabilire se l'azione esercitata, come sopra individuata, possa essere ricompresa nell'indicato potere del tutore, è di immediata evidenza che il provvedimento di autorizzazione richiesto, che il tutore afferma corrispondente all'interesse dell'interdetto, possa invece non corrispondervi"*; che, infatti, *"lo stabilire se sussista l'interesse (al provvedimento autorizzatorio) prima che l'attuabilità dello stesso giuridicamente, presuppone il ricorso a valutazioni della vita e*

¹⁶⁵⁾ Pubblicata su Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2006, I, 470-473, con nota di commento di A. Santosuosso e G.C. Turri, La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro, *ivi*, 477-485.

della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi **squisitamente soggettive**, con la conseguenza che giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, **in difetto di specifiche risultanze**, nella specie neppure analiticamente prospettate, possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta"; che, pertanto, deve trovare applicazione nella fattispecie l'art. 78 cpc che prevede la nomina di un "curatore speciale" quando vi è conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante.

Il provvedimento, in esame, sembra fondarsi dunque sulla prospettazione di un possibile, ma non certo, conflitto di interessi tra tutore e Eluana, che, quindi, secondo la Cassazione, necessita di essere rappresentata da un diverso soggetto individuato nel curatore speciale.

La Corte, peraltro, afferma anche che **questo possibile conflitto non sarebbe ipotizzabile qualora la richiesta del tutore fosse fondata su una pregressa coincidente valutazione della situazione effettuata dall'interessata prima di divenire incapace**, lasciando, quindi, aperto uno spazio di discussione ad una qualche rilevanza delle D.A..

La motivazione della S.C. si sarebbe potuto fermare alle considerazioni sopra trascritte; la Cassazione, invece, ha ritenuto opportuno aggiungere a quanto precede anche altre considerazioni, relative ai poteri che l'ordinamento attribuisce al tutore, che appaiono in qualche modo in contraddizione con la precedente affermazione circa il fatto che costituisce "questione di merito", da affrontare evidentemente dopo la risoluzione del problema di procedura inerente l'integrità del contraddittorio, la verifica dell'esistenza in capo al tutore del potere di esercitare l'azione in oggetto.

La Corte ha, quindi, affermato che le numerose norme esistenti nel nostro ordinamento "che conferiscono al tutore specifici poteri in materie attinenti ad interessi strettamente personali, pur se di carattere non altrettanto essenziale quale quello in esame," del soggetto interdetto per infermità "appaiono elementi sintomatici della non configurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai cc.dd. atti personalissimi".

In questo modo, come evidenziato anche da Santosuosso e Turri,¹⁶⁶⁾ la S.C. sembra esprimere anche una sorta di **anticipazione di giudizio** su una questione che stricto iure non doveva essere affrontata in quella sede.

Questi Autori, che sono molto critici rispetto a questa ordinanza della Corte di Cassazione, osservano che una contrapposizione di interessi può correttamente prospettarsi solo allorchè sia ravvisabile in capo al tutore un interesse, diverso e divergente da quello di Eluana, fondato, ad esempio, su suoi personali motivi economici ovvero morali. In mancanza di concreti elementi al riguardo, la S.C. avrebbe dovuto, quindi, entrare nel merito dell'istanza del tutore e decidere se il provvedimento richiesto, cioè la sospensione di alcuni trattamenti di sostegno vitale, fosse o meno nel miglior interesse di Eluana.

Aggiungono questi Autori che nell'ambito del potere di cura della persona di Eluana, attribuito in linea generale al tutore dall'art. 357 c.c., non possono non rientrare anche gli atti cd. "personalissimi" perché, altrimenti, questo soggetto in S.V.P. non potrebbe esercitarli in alcun modo, stante la sua irreversibile situazione di incapacità.

In sostanza, secondo questa tesi, certamente non è conferito dall'ordinamento un generale potere di "rappresentanza" del tutore (e dei genitori di un minore) rispetto agli atti civili cd. "personalissimi", ma **si deve ritenere "che il potere di cura operi al di fuori e a prescindere dal potere di rappresentare"**, anche perché questo potere, diversamente da quello di rappresentanza, "si esprime nell'assunzione di decisioni e nel compimento di azioni che operano direttamente nella sfera della persona di cui si ha in cura", procurando "la soddisfazione dei suoi bisogni materiali e immateriali". Non ricollegando al potere di cura della persona, conferito al tutore (e ora anche all'amministratore di sostegno), la potestà di prendere le decisioni inerenti le cure sanitarie e personali dell'incapace in S.V.P. e, per quel che interessa in questa sede di Eluana, si prospetterebbe

¹⁶⁶⁾ A. Santosuosso e G.C. Turri, La trincea dell'inammissibilità, op. cit. (nota 165).

una “*negazione sostanziale dei suoi diritti fondamentali e la violazione del principio di uguaglianza*”, sancito dalla carta costituzionale (grassetto nostro).

Per i minori, per i quali la situazione di incapacità è temporanea, il potere di cura dovrebbe essere esercitato dai genitori solo fino a quando questi ultimi non conseguano una sufficiente capacità di discernimento e, quindi, di esercizio in via autonoma.

Qualora, come nel caso di Eluana, il potere di cura del tutore finisce con l’interferire con l’azione dello staff dei medici, è necessario un controllo giudiziario della congruità delle decisioni prese dal titolare della potestà di cura per verificarne la rispondenza agli interessi della persona assistita.

In definitiva, secondo questa tesi, non sempre pienamente convincente, solo includendo nel potere di cura conferito al tutore anche l’esercizio di questi diritti personalissimi si può ritenere che il sistema ha una sua coerenza; altrimenti sarebbe necessario rimettere la questione alla Corte Costituzionale per verificare se non è in contrasto con il principio di uguaglianza negare a queste persone, ormai incapaci di farlo da sole perché in stato vegetativo irreversibile, il concreto esercizio attraverso terzi dei diritti personalissimi inerenti la cura della propria persona. Tra questi diritti rientra, con tutta evidenza, anche la possibilità di difendersi nei confronti dei sanitari e di coloro che le assistono con trattamenti che invadono il loro corpo in maniera non opportuna ovvero non confacente alla loro dignità.

Il limite al potere di rappresentanza, secondo questi Autori, **non può essere utilizzato in modo paradossale per negare in radice la titolarità di questi diritti personalissimi in capo all’incapace che, altrimenti, resterebbe privo dell’effettiva possibilità di esercitarli, sia pure attraverso terze persone individuate, peraltro, dal legislatore.**

Rimane la sensazione, espressa anche da questi Autori, di un’oggettiva difficoltà da parte della magistratura di affrontare questo caso - che pone certamente problemi nuovi e un certo senso “*terribili*” perché si tratta di decidere sulla sospensione di trattamenti di sostegno vitale - “*quasi che fosse all’opera un blocco culturale e ideologico, se non religioso*” che lo rende “*non decidibile*” nel merito.

Critico nei confronti della decisione della Suprema Corte è anche il commento di Calò¹⁶⁷⁾ che osserva che il Collegio avrebbe potuto decidere nel merito, in base al precedente pronunciamento della stessa Corte n. 5652/89 che afferma che “*gli istituti di protezione degli incapaci puntano anche a proteggere interessi non patrimoniali*”.

Rileva, inoltre, quest’Autore che mentre negli altri stati europei c’è un fermento normativo che, per esempio ha portato la Francia, sull’onda del noto caso Humbert, ad emanare la legge n. 2005-370 del 22/4/05 sui diritti dei malati in fin di vita, in Italia la situazione sembra bloccata da veti e timori di riflessi elettorali indesiderati, cosicché manca “*una disciplina compiuta del consenso al trattamento medico*” e una normativa sul “*testamento di vita o testamento biologico*”, mentre il legislatore non ha ancora ottemperato agli obblighi attuativi nascenti dalla Convenzione di Oviedo e il C.N.B. “*non ha certo fatto di meglio col suo parere del 18/12/03 sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento, nel quale sono molte le posizioni ormai superate*”.

In sostanza, per quest’Autore, **il nostro ordinamento, in materia sanitaria e di cura della persona, “appare non solo caotico, ma anche obsoleto”** (grassetto nostro).

È utile evidenziare che la nuova legge francese, che modifica il codice sanitario, consente, attraverso una **decisione collegiale medica**, anche “*la limitazione o la sospensione del trattamento*” suscettibile di porre in pericolo la vita del soggetto non in grado di esprimere la sua volontà (vedi, sul punto, l’art. L. 1111-4, riportato nella nota di Calò sopra citata) e prevede anche la sospensione consensuale degli atti di cura che “*appaiono inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il solo mantenimento artificiale della vita*” (vedi, sul punto, l’art. L. 1110-5, riportato nella nota di Calò sopra citata).

¹⁶⁷⁾ E. Calò, Richiesta di sospensione dell’alimentazione a persona in stato vegetativo : la Cassazione decide di non decidere, in *Corriere Giuridico*, 2005, 6, 790-792.

10.6 Il sesto provvedimento – 2/2/2006 – Tribunale di Lecco.

Il tutore di Eluana, seguendo l'impostazione procedurale detta dalla S.C., intraprende una nuova azione giudiziaria nel settembre del 2005 avanti al Tribunale di Lecco con un ricorso col quale chiedeva la nomina di un curatore speciale che fosse garante del sereno accertamento della volontà espressa in passato dall'interdetta, quando ancora era capace di intendere e di volere, per verificare se la stessa *“avesse contemplato l'ipotesi di volere vivere ad ogni costo, anche in situazioni prive di ogni coscienza del sé e di ogni speranza di recupero”*, sostenendo che l'alimentazione forzata che ne permetteva ancora la vita non poteva esserLe praticata in mancanza di un suo consenso espresso o di una sua accettazione desumibile dal suo progetto di vita, vertendosi in ipotesi di trattamento invasivo e contrario alla sua dignità di persona.

Dal Presidente del Tribunale viene nominato un curatore speciale che aderisce, nella sostanza, alla domanda del tutore diretta ad ottenere la sospensione dell'alimentazione artificiale, praticata ad Eluana attraverso un sondino nasogastrico, previa un istruttoria diretta, tramite l'audizione di testi, ad accertare quale fosse il progetto di vita espresso in precedenza dall'interessata in relazione a prospettate situazioni di malattia come quella in essere.

Il PM, intervenendo nel giudizio sostiene a sua volta che il ricorso del tutore è inammissibile perché questo soggetto non ha la rappresentanza dell'interdetta in relazione alla domanda formulata. Il Tribunale è ancora più drastico nelle sue conclusioni in ordine all'ammissibilità o meno della domanda.

Afferma, infatti, il Tribunale, che è sua *“ferma convinzione”* che *“né il tutore, né il curatore speciale possano domandare l'interruzione dell'alimentazione del soggetto incapace di intendere e di volere”* perché *“l'interruzione di un trattamento necessario a conservare la vita dell'interessato”* è un *“atto personalissimo che non può essere demandato ad altro soggetto”* in difetto di una specifica disposizione di legge che lo consenta (grassetto nostro).

Con questa affermazione, non condivisibile nella sua assolutezza, il Collegio giudicante sembra sostenere la tesi che, in difetto dell'attribuzione da parte dell'ordinamento ad un soggetto terzo del potere di rappresentare l'incapace, quest'ultimo non può esercitare il suo diritto di rifiutare le cure, a differenza di quanto, invece, è consentito a chi versa in una situazione di capacità.

Viene pertanto dichiarata l'inammissibilità del ricorso presentato dai legali rappresentanti di Eluana. Sostiene, ancora, il Tribunale che non sussiste al riguardo alcuna lacuna normativa da colmare *“mediante una interpretazione costituzionalmente orientata”* e che **in ogni caso la domanda in oggetto “dovrebbe essere rigettata perché il suo accoglimento contrasterebbe con i principi espressi dall'ordinamento costituzionale”** (grassetto nostro).

Secondo il Tribunale, invero, in base agli artt. 2 e 32 della Costituzione *“è corretto ritenere che l'applicazione di un trattamento, terapeutico o di alimentazione, anche invasivo, indispensabile a mantenere in vita una persona non capace di prestarvi consenso, costituisce comportamento non solo lecito, ma addirittura dovuto, espressione di quel dovere di solidarietà che l'ordinamento richiede ai consociati al fine di garantire la tutela della persona in tutte le forme in cui la stessa si esprime”*.

In sostanza, afferma il Tribunale, che **la tutela della vita, in qualsiasi situazione**, ma soprattutto nei confronti dei soggetti più deboli in situazione di incapacità, **è un comportamento doveroso per i medici anche in mancanza di un consenso dell'interessato**.

Secondo il Tribunale, infatti, *“quando la persona non può esprimere alcuna volontà e non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da dovere tutelare”*, l'assenza di una volontà dell'interessato *“impone di ritenere non sussistente”* il conflitto tra il diritto di libertà dell'individuo e il diritto alla vita dello stesso.

Quest'affermazione del Collegio giudicante non è condivisibile nella sua assolutezza perché non affronta il problema della rilevanza, in linea generale, di una volontà rispetto alle cure da praticare sul suo corpo espressa in via anticipata dal soggetto interessato, prima di divenire incapace, e

finisce con il negare in radice agli incapaci la possibilità di far valere i loro diritti di libertà rispetto ai trattamenti sanitari e assistenziali.

Osserva, inoltre, nel suo provvedimento il Tribunale che non è condivisibile la tesi del tutore e del curatore speciale di Eluana circa la non congruità dell'alimentazione forzata perché determinerebbe la permanenza in vita di Eluana in una situazione *“nella quale la sua dignità personale sarebbe irrimediabilmente pregiudicata”* perché, in base ai principi costituzionali, non è possibile *“operare una distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute”* e perché il C.N.B., nel suo parere del 30/9/05, ha affermato che alle persone in SVP va garantita la nutrizione e l'idratazione anche per via artificiale, ha escluso che si tratti di terapie mediche e ha ribadito che *“la vita umana è da considerarsi un valore indisponibile”* in senso assoluto (grassetto nostro).

In questo passaggio della motivazione del provvedimento il Tribunale richiama, in modo acritico, a sostegno della sua decisione i pronunciamenti del C.N.B. senza tenere conto della natura di quest'organo e del valore delle sue considerazioni, peraltro non espresse all'unanimità (vedi, sul punto, il paragrafo 9.5) e sembra riaffermare con forza il valore inoppugnabile e assoluto del bene vita, a prescindere dalle concrete condizioni dell'ammalato.

Nella parte finale del suo provvedimento, infine, il Tribunale affronta, piuttosto frettolosamente, il tema delle direttive anticipate che contengono un rifiuto dell'alimentazione artificiale espresso da un soggetto in stato vegetativo permanente, riportandosi pedissequamente alle considerazioni espresse sul punto dal C.N.B. nel citato parere del 30/9/05 che ha ritenuto che tale richiesta integra, nella sostanza, un'istanza diretta ad attuare una vera e propria *“eutanasia omissiva”* (grassetto nostro).

Aggiunge, peraltro, il Tribunale, con considerazione pertinente e rilevante, che nel caso di specie difetterebbe, a suo giudizio, nella volontà attribuita dai ricorrenti ad Eluana quel carattere di serietà e di univocità, senza il quale non è possibile ritenere sussistente una vera e propria direttiva anticipata di rifiuto dei trattamenti di sostegno vitali praticati nella situazione di malattia in cui versa nell'attualità.

10.7 Il settimo provvedimento – 15/11-16/12/2006 – Corte di Appello di Milano, Sezione delle persone, dei minori e della famiglia in sede di reclamo.

Questo è l'ultimo decreto, allo stato, che si occupa della tragica vicenda di Eluana.

La Corte, a differenza di quanto avvenuto nel provvedimento del Tribunale di Lecco reclamato dal tutore e dal curatore speciale, dichiara ammissibile il ricorso e poi, dopo avere analizzato le delicate questioni etico-giuridiche prospettate dalle parti, lo respinge nel merito.

La Corte affronta, preliminarmente, la questione dell'ammissibilità del ricorso, risolvendola in maniera totalmente diversa dal giudice di primo grado, in quanto ritiene che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 c.c. e 424 c.c., nel potere di *“cura della persona”*, *“non può non ritenersi compreso il diritto-dovere di esprimere il consenso “informato” alle terapie mediche”*.

In sostanza, secondo la Corte, **la “cura della persona” implica anche la cura degli interessi di “natura esistenziale”, tra i quali rientra anche il diritto “sia di farsi curare che di rifiutare le cure”** (grassetto nostro).

Questa affermazione è, in sostanza, in linea con quella già manifestata al riguardo nel precedente decreto 26/11/99-31/12/99 della stessa sezione della Corte di Milano, sopra riportato al paragrafo 11.2.

Il Collegio giudicante, inoltre, stante la presenza in causa del curatore speciale, ritiene superata la questione del possibile conflitto di interessi rilevata dalla Cassazione e sottolinea che l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale deve necessariamente essere sottoposta al vaglio autorizzativo del giudice, date le gravissime ed irrimediabili conseguenze derivanti da questo fatto.

Nel decidere, nel merito, il caso sottoposto alla sua attenzione la Corte affronta due diverse questioni, risolvendole in senso negativo per i ricorrenti.

La prima questione attiene alla valutazione dell'esistenza o meno di una attendibile e convincente prova agli atti circa una volontà di rifiuto anticipato dei trattamenti di sostegno ora praticati, espressa da Eluana quando era in uno stato di piena capacità.

I ricorrenti avevano articolato al riguardo delle prove testimoniali che, per la prima volta in questa lunga e complessa vicenda giudiziaria, sono state ammesse e raccolte dal Collegio giudicante che poi, nella motivazione del provvedimento in esame, ne ha analizzato il contenuto.

Da queste deposizioni di alcune amiche di Eluana che ne avevano raccolto "le confidenze poco prima del tragico incidente che l'ha ridotta nelle attuali condizioni" emerge che l'interdetta dopo avere visto un suo caro amico, tale Alessandro, ricoverato in coma per un sinistro stradale, aveva, in sostanza, affermato che "*quella non poteva considerarsi vita*" e che "*era meglio se fosse morto*".

Da queste deposizioni emerge, inoltre, che Eluana, che all'epoca frequentava l'ultimo anno di liceo, dopo avere appreso della morte di un altro suo amico, tale Filippo, in un altro incidente stradale, aveva detto che questa persona era stata fortunata "*perché era morto sul colpo e non era rimasto immobilizzato in coma, o comunque, paralizzato o incosciente*".

Secondo la Corte il contenuto di queste testimonianze "*benché sia indicativo della personalità di Eluana, caratterizzata da un forte senso di indipendenza, intollerante delle regole e degli schemi, amante della libertà e della vita dinamica, molto ferma nelle sue convinzioni, non può tuttavia essere utilizzato al fine di evincere una volontà sicura della stessa, contraria alla prosecuzione delle cure e dei trattamenti che attualmente la tengono in vita*".

Aggiunge la Corte che "*si tratta, infatti, di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in momenti di forte emotività, quando Eluana era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nell'attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora si trova*"; che, ancora, "*non vi è, in altri termini, una coincidenza piena e immediata tra le "opinioni" attribuite ad Eluana e la sussistenza della patologia e delle cure mediche da praticare e ciò a prescindere dal fatto che, trattandosi di dichiarazioni rese ad altri soggetti e da questi riferite, vi è pur sempre il rischio di sovrapporre o sostituire agli intendimenti effettivi manifestati da Eluana il diverso apprezzamento e percezione dei terzi*".

La Corte ritiene, pertanto, che la posizione di Eluana è assimilabile a quella di qualsiasi soggetto incapace che nulla abbia detto in merito alle cure e ai trattamenti medici a cui deve essere sottoposto.

Due brevi considerazioni su quest'aspetto della decisione.

Lo stato vegetativo è uno stato di malattia in cui si perviene all'improvviso per un evento traumatico e, quindi, non è possibile esprimere nell'attualità alcuna valida manifestazione di volontà perché l'incapacità sopraggiunta, strettamente connessa a tale stato, non lo consente.

La Corte, inoltre, con le considerazioni sopra trascritte in relazione "alle dichiarazioni rese ad altri soggetti" dimostra una certa diffidenza nei confronti di eventuali direttive anticipate non formalizzate in forma scritta.

Su questo punto la Corte si allinea all'opinione espressa dal C.N.B. e dalla maggior parte degli autori che si sono occupati del tema; a noi sembra, peraltro, che il problema non è tanto quello della forma delle D.A., quanto quello della verifica della possibilità di attribuire con sufficiente sicurezza l'espressione di volontà al soggetto interessato. Sarà poi compito del giudice, come avviene in tutte le controversie, valutare il contenuto della prova testimoniale, al fine di verificarne il valore nel caso sottoposto al suo giudizio..

Non va dimenticato, comunque, che le "frasi" e le "opinioni" sopra riportate sarebbero state manifestate da Eluana in un momento storico nel quale in Italia il problema delle D.A. e del loro valore era poco dibattuto, quantomeno a livello pubblico; è, quindi, arduo potere ritenere che queste "frasi" possano essere correttamente interpretate come espressioni di volontà integranti vere e proprie direttive anticipate.

La seconda questione affrontata dalla Corte riguarda le deduzioni dei ricorrenti in merito al fatto che in assenza del consenso di Eluana il trattamento di alimentazione artificiale non potrebbe continuare perché attuato in violazione degli artt. 13 e 32 della Costituzione, trattandosi di atto invasivo e lesivo della dignità del malato.

Secondo la Corte il tutore, *“consapevole che ai convincimenti espressi molto tempo addietro e soprattutto in un contesto differente a quello in cui oggi Eluana si trova, non può annettersi un significato giuridico risolutivo, in carenza di univoche indicazioni in tal senso da parte dell’ordinamento”*, ha introdotto il diverso tema dell’assenza di consenso da parte dell’interessata, con conseguente impossibilità di praticare il trattamento, invasivo e contrario alla dignità dell’ammalata, eseguito dai curanti.

A sostegno di questa tesi, secondo quanto riportato nel provvedimento in esame, viene evidenziata la particolarità della situazione clinica di S.V.P. in cui si trova Eluana, priva di coscienza e di alcun contatto con il mondo, che renderebbe degradante l’alimentazione forzata eseguita, senza consenso, al solo fine di preservare una vita biologica in un soggetto privo della capacità di relazionarsi con gli altri.

La risposta della Corte è piuttosto netta, in quanto afferma che l’interruzione dell’alimentazione forzata, qualunque natura si voglia attribuire a questo trattamento, condurrebbe Eluana *“a morte certa in pochi giorni”* e, quindi, equivarrebbe in sostanza ad una **“eutanasia indiretta omissiva”**, vietata dal nostro ordinamento nel quale il *“bene vita”* è *“costituzionalmente garantito”* (il grassetto è della Corte).

Aggiunge la Corte che, mentre *“è indubbio che in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita”*, nel caso del soggetto incapace, *“di cui non sia certa la volontà, come nel caso di Eluana”*, il giudice, richiesto di disporre la sospensione del trattamento di alimentazione eseguito attraverso il sondino naso-gastrico, non può non tenere conto delle *“irreversibili conseguenze”* del provvedimento in oggetto, *“dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla Costituzione, quali quello all’autodeterminazione e dignità della persona e quello alla vita”* (il grassetto è nostro).

Questo bilanciamento, secondo la Corte, *“non può che risolversi a favore del diritto alla vita ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati dagli artt. 13 e 32 Cost.) all’interno della Carta Costituzionale”*.

Queste affermazioni meritano qualche considerazione positiva e critica.

La Corte afferma con forza che il soggetto capace può rifiutare, per se stesso, qualsiasi trattamento, anche di sostegno vitale e, quindi, si pone in un inconsapevole contrasto con il provvedimento del Tribunale di Roma, depositato nello stesso giorno (16/12/06), con il quale, invece, viene negato al sig. Welby il distacco dal ventilatore artificiale che lo tiene in vita, anche in base al principio dell’indisponibilità del bene vita (vedi, sul punto il paragrafo 6.7).

La Corte esprime, inoltre, un **cauta apertura alle direttive anticipate**, laddove evidenzia che nel caso di Eluana, soggetto incapace, non è dato conoscere, con la necessaria certezza, quale sia stata la volontà dell’interessata rispetto al trattamento di cui si discute.

La Corte, peraltro, appare difendere, nel caso dell’incapace Eluana - che, a suo giudizio, non ha espresso una valida D.A. - il suo diritto alla vita, quale diritto assoluto e inoppugnabile, indipendentemente dalla situazione effettiva in cui si trova.

Queste considerazioni, nella loro absolutezza, non appaiono condivisibili, altrimenti si dovrebbe giungere alla conclusione che non vi sono limiti oggettivi all’attività assistenziale di sostegno vitale in qualunque situazione effettuata.

Probabilmente la giusta preoccupazione della Corte è quella di non lasciare indebiti spazi all’abbandono terapeutico nei confronti di soggetti incapaci di difendersi.

Si tratta di quella stessa preoccupazione per la quale, a prescindere dal valore che si voglia attribuire alle D.A., si è sostenuto da parte della dottrina maggioritaria che l’assenza del consenso non esime il medico dall’intervenire, in via d’urgenza, a difesa della salute e della vita del soggetto incapace di

decidere nell'attualità, sempre che non abbia manifestato poco prima di diventare incosciente una valida volontà contraria al trattamento poi eseguito, ad esempio in una situazione di emergenza intraoperatoria.

Nel caso di Eluana, peraltro, non sembra sia mai stato posto seriamente un problema di “*abbandono terapeutico*”, ma quello, eventuale, dell'accanimento terapeutico che, com'è noto, ha una connotazione “*soggettiva*”, che riguarda solo ed esclusivamente il soggetto che si trova, suo malgrado, a subire un intervento non voluto, e una connotazione “*oggettiva*”, cioè connessa alla futilità ovvero inutilità del trattamento perché non in grado, dal punto di vista scientifico, di raggiungere il risultato desiderato.

Se si ritiene che la vita sia un bene da preservare sempre e a tutti i costi, c'è il serio rischio di giustificare anche i trattamenti che possono, in determinate situazioni, integrare l'accanimento terapeutico perché del tutto inutili ai fini terapeutici.

Non si vuole sostenere in questa sede che è certamente in atto nei confronti di Eluana una procedura di cura integrante una forma di accanimento (terapeutico o solo assistenziale a secondo della valutazione della NIA come atto medico o non medico), ma il problema va posto per evitare di legittimare sempre e comunque un trattamento di sostegno della vita solo biologica, senza alcuna seria e attendibile possibilità di recupero delle altre funzioni che caratterizzano la persona umana.

Forse una C.T.U. medico-legale avrebbe consentito alla Corte di verificare, attraverso il contributo degli esperti, cosa significa vivere in stato vegetativo permanente e subire determinati trattamenti, incluso quello relativo all'alimentazione con il sondino naso-gastrico, senza alcuna seria possibilità di recupero.

Non si tratta, in questi casi, di decidere quale vita sia degna di essere vissuta, ma di verificare l'eventuale esistenza di procedure integranti accanimento nel sostegno vitale, e, quindi, non consentite anche dal codice di deontologia medica.

Anche in sede giudiziaria si dovrebbe, inoltre, **verificare se corrisponde al miglior interesse di Eluana**, soggetto in S.V.P. che non ha espresso volontà anticipate, **continuare a subire il trattamento di sostegno vitale in questione** e, per fare questo esame, occorre conoscere bene la situazione in cui versa l'ammalata e cercare di immedesimarsi in questa situazione, senza pregiudizi e preconcetti.

È una decisione senz'altro difficile, alla quale, peraltro, non si è sottratto il giudice inglese nel caso Charlotte, la neonata al centro di un conflitto tra genitori e medici sulle cure da attuare in caso di ulteriori emergenze respiratorie.¹⁶⁸⁾

Nel caso di Charlotte il giudice inglese ha ritenuto che, in determinate situazioni di grave malattia, occorre evitare, anche a un neonato, cure che portano solo sofferenza e nessun reale beneficio, anche se sono idonee ad allungare per un certo periodo la vita dell'interessata, senza, peraltro, alcuna seria possibilità di migliorarne la qualità ovvero di ottenere la guarigione della paziente.

La vita dell'incapace, quindi, non sempre è un bene da difendere a tutti i costi e con tutti i mezzi, ma, in casi eccezionali, è possibile mettere in discussione l'assolutezza del bene vita, com'è avvenuto nel caso Charlotte, se per preservarlo occorre mettere in atto trattamenti che contrastano con quello che appare essere “*the best interest*” della persona da tutelare.

Questo accertamento, nel caso di specie, è mancato perché la Corte ha ritenuto che la sospensione dell'alimentazione forzata sarebbe equivalente, nella sostanza, ad una “**eutanasia indiretta omissiva**”, vietata dal nostro ordinamento giuridico, come già, peraltro, affermato dalla maggioranza dei componenti del C.N.B. nel noto documento del 30/9/05 sull’*“alimentazione e idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente”*, mentre la minoranza nella sua “*nota integrativa*” di dissenso ha, tra l'altro, posto in evidenza anche l'importanza della questione inerente la verifica della corrispondenza o meno dell'alimentazione e idratazione artificiale (N.I.A.) al “*best interest*” del paziente che si trovi in stato vegetativo permanente e, quindi, vive un'esistenza solo biologica.

¹⁶⁸⁾ Vedi, sul punto S. Fucci, Il caso Charlotte, op. cit. (nota 146), pagg. 135-143).

Questa verifica non è necessaria se il soggetto ha manifestato delle valide direttive anticipate al riguardo, ma nel caso di Eluana questa circostanza, secondo il giudizio della Corte, non risulta comprovata in modo attendibile e, quindi, l'opportunità della prosecuzione o meno del trattamento non può non essere oggetto di una valutazione giudiziale, soprattutto quando sono i rappresentanti legali dell'incapace a richiederlo sostenendo che questo corrisponde al “*best interest*” dell'assistito. Magnini,¹⁶⁹⁾ invece, esclude che possa essere lecitamente interrotta l'alimentazione forzata praticata ad Eluana.

Sostiene quest'Autore che deve essere escluso che Eluana sia oggetto di un accanimento “*terapeutico*” - che si configurerebbe solo “*quando i verosimili risultati che si attendono da una terapia non giustificano i rischi o gli svantaggi connessi alla stessa*” – in quanto la N.I.A., pur rientrando tra le attività “*sanitarie*” non potrebbe essere ritenuto un trattamento “*terapeutico*” perché non finalizzato alla cura di una malattia, ma solo “*al soddisfacimento dei bisogni primari del paziente, incapace di provvedervi autonomamente*”.

Sostiene, inoltre, quest'Autore che difetterebbe comunque anche “*una sproporzione tra i vantaggi e gli svantaggi del suddetto trattamento, atteso che il suo unico scopo ed effetto è quello di mantenere in vita una persona*”.

Aggiunge, infine, Magnini che il potere sostitutivo del rappresentante legale dell'incapace rispetto alle scelte da effettuare in ambito sanitario “*non è illimitato, ma può essere esercitato solo nella misura in cui risulti orientato alla salvaguardia della salute o della vita*” dell'interessato¹⁷⁰⁾ e che la doverosità del trattamento di alimentazione forzata praticato ad Eluana non viene meno per l'assenza del suo preventivo consenso, rientrando tra gli atti che sono finalizzati al suo benessere.

La questione in esame è certamente molto delicata, ma, come già sostenuto in passato¹⁷¹⁾ **non mi sembra sostenibile che il trattamento di alimentazione forzata sia idoneo a migliorare la “*qualità*” di vita di Eluana ovvero a procurare un reale beneficio alla sua salute, ormai irrimediabilmente compromessa.**

Rimane, quindi, da verificare se il semplice rimanere in vita, sia pure nelle note condizioni che caratterizzano lo stato vegetativo permanente, sia per Eluana comunque un “beneficio” e, quindi, che l'assistenza praticata corrisponda al suo miglior interesse.

La conclusione, sul punto, è obbligata per coloro che ritengono che vivere, anche solo in senso puramente biologico, sia un beneficio per l'ammalata.

Per coloro che, invece, ritengono che lo scopo dell'assistenza sanitaria non è quello di mantenere in vita per anni un soggetto in S.V.P. che, come Eluana, non ha più speranze di riprendere coscienza e relazioni con gli altri, il problema rimane aperto, anche se appare di difficile soluzione in base alla normativa vigente, interpretata come se nulla fosse cambiato nella capacità della medicina e della scienza di prolungare per molto tempo la vita biologica delle persone, anche se con prognosi assolutamente sfavorevole.

La questione, etica e giuridica, del limite, anche di natura temporale, da porre ad un'attività di assistenza sanitaria diretta a mantenere viva un'esistenza solo biologica¹⁷²⁾, quindi, non può

¹⁶⁹⁾ V. Magnini, Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale : profili penalistici, Cassazione Penale, 2006, 5, pagg. 1985-1993.

¹⁷⁰⁾ Questa affermazione, nella suo carattere assoluto, non è condivisibile perché identifica sempre il miglior interesse del malato incosciente attraverso un criterio di natura tecnico-scientifico e non considera la possibilità che il decisore sostitutivo possa rifiutare anche un trattamento diretto alla salvaguardia della salute dell'assistito perché questa era la precedente volontà del paziente al riguardo, anche se non espressa in una valida dichiarazione anticipata; occorre, comunque, evitare il rischio di demandare ogni risposta ai bisogni del paziente incosciente esclusivamente ai sanitari perché le loro decisioni tecniche, sempre opinabili, non sempre tengono in debito conto la “*persona*” del malato nella sua complessità e totalità.

¹⁷¹⁾ S. Fucci, I diritti di Eluana., op. cit. (nota 162) pagg. 95-99.

¹⁷²⁾ F. Giunta, Diritto di morire, op. cit. (nota 35), pagg. 105-106, nelle sue riflessioni in merito all'assistenza dovuta al malato in stato vegetativo permanente, osserva che “*mentre è indubbio che il bene della vita biologica è pienamente tutelato nei confronti delle condotte attive lesive, rispetto alle condotte omissive può ritenersi che esso sia tutelato nella misura in cui la vita biologica sussiste autonomamente*” e specifica che “*nei confronti di una vita biologica non autonoma, il dovere di intervenire non ha più la funzione strumentale tipica del trattamento medico, ma sconfin*

essere facilmente elusa, salvo affermare che la mera sopravvivenza precluda ogni valutazione dell'interesse del paziente al riguardo.

nell'accanimento terapeutico"; in quest'ultimo caso, quindi, secondo l'opinione di quest'Autore, "sarà lecita la sospensione delle cure farmacologiche", ma non "la disattivazione del sostegno artificiale della vita" che si realizza con una condotta attiva vietata dall'ordinamento; Giunta, infatti, non ritiene, che nell'interruzione del funzionamento della macchina si possa correttamente ravvisare una condotta omissiva realizzata mediante azione.

11. Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento.

La legge n. 6/2004, dopo un lungo dibattito, ha finalmente introdotto nel nostro ordinamento giuridico un nuovo istituto, l'**amministrazione di sostegno**, che ha la dichiarata finalità di *“tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente”*.

Questo istituto, in base al nuovo disposto dell'art. 404 c.c., è applicabile ad ogni *“persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi”* e, quindi, allarga l'area dell'assistenza giuridicamente riconosciuta anche a soggetti che, pur necessitando di un valido *“sostegno”* nell'affrontare le difficoltà della vita, ne erano, in precedenza, privi perché non rientravano nell'ambito dell'interdizione e dell'inabilitazione.¹⁷³⁾

L'amministrazione di sostegno (A.d.S.), inoltre, è diventato, per scelta del legislatore, l'istituto da preferire nella tutela dei soggetti maggiorenni incapaci in quanto l'interdizione e l'inabilitazione sono ora applicabili solo quando è strettamente *“necessario”* assicurare ai soggetti che si trovano in condizioni di *“abituale infermità di mente”* un'adeguata protezione, non possibile altrimenti.¹⁷⁴⁾

Il legislatore ha, inoltre, esteso, la rete di protezione dei possibili beneficiari dell'istituto, stabilendo, all'art. 406, terzo comma, c.c. che *“i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e nell'assistenza della persona”* che siano *“a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno”* sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso per l'istituzione dell'A.d.S. ovvero a fornire al P.M. notizie al riguardo.

Questa norma, se correttamente applicata, comporterà che gli interessati, tra cui anche gli anziani ricoverati nelle residenze sanitarie assistite, non rimarranno privi della necessari interventi di sostegno anche in caso di inerzia degli altri soggetti legittimati ad avanzare il relativo ricorso.

L'A.d.S. è, quindi, un nuovo utile strumento, per sua natura flessibile e modificabile, che il giudice tutelare deve utilizzare, con prudenza e in modo appropriato, nel singolo caso posto alla sua attenzione, al fine di sostenere il beneficiario senza, peraltro, limitarne in modo eccessivo e mortificante, la relativa residua capacità.

11.1 Tra i compiti che possono essere attribuiti all'amministrazione di sostegno rientrano anche quelli inerenti la **cura della persona**.

¹⁷³⁾ Per un quadro complessivo della legge e sulle persone potenzialmente interessate a questo nuovo istituto giuridico, vedi, da ultimo, A. Gorgoni, L'Amministrazione di sostegno profili sostanziali, Riv. Dir. Privato, 2006, pagg. 603-682, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; la Corte Costituzionale, con la recente ordinanza n. 4/2007, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 407 e 410 del codice civile, nel testo introdotto dalla legge n. 6/04, sollevata dal G.T. del Tribunale di Venezia nella parte in cui non subordinano al consenso della persona interessata l'attivazione di questa misura e, quindi, in tesi, violerebbero la sua dignità e la relativa sfera di libertà giuridica, affermando che il G.T., che ha il dovere di sentire personalmente il potenziale beneficiario dell'A.d.S., ha anche il *“potere di non procedere alla nomina dell'AdS in presenza del dissenso dell'interessato”* qualora, nell'ambito della sua discrezionalità riconosciuta dalla legge, *“ritenga questo dissenso, nel contesto della fattispecie sottoposta al suo giudizio, giustificato e prevalente su ogni altra diversa considerazione”* di protezione.

¹⁷⁴⁾ Vedi, sul punto, anche Trib Milano, sent. 20/2/06, in Giurisprudenza di merito, 1, 2007, pagg. 35-38 con nota di R. Masoni, Amministrazione di sostegno ed interdizione; dal diritto al dovere di sostegno ?, ivi, pagg. 38-48, che ha affermato che l'amministrazione di sostegno può *“essere protezione sufficiente dei soggetti anche del tutto privi di capacità, quando per la patologia che li affligge o per le modalità di assistenza di cui necessitano siano nell'impossibilità materiale di realizzarsi autonomamente con l'esterno e, quindi, di porre in essere comportamenti idonei a produrre effetti giuridici e negoziali potenzialmente pregiudizievoli”*.

Il legislatore, infatti, all'art. 405 c.c. quarto comma, ha affermato che “*il giudice tutelare, qualora ne sussista la necessità, adotta anche d'ufficio i provvedimenti utili per la cura della persona interessata e per l'amministrazione e per la conservazione del patrimonio*” e all'art. 408 c.c., ha stabilito che la scelta dell'A.d.S., da parte del giudice tutelare, deve essere effettuata “*con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario*”.

Questa normativa consente, quindi, di ritenere che il giudice tutelare può conferire all'A.d.S. poteri non solo di natura patrimoniale, ma anche riferiti alla cura della persona del beneficiario, inclusi quelli relativi ai trattamenti sanitari eventualmente da praticare nell'interesse dell'assistito che non sia in grado di fare scelte consapevoli al riguardo.¹⁷⁵⁾

Nel caso in cui l'interessato manifesti ancora una residua capacità e consapevolezza delle proprie esigenze di cura, infatti, deve essere escluso che il consenso informato ai trattamenti sanitari possa essere correttamente delegato all'A.d.S..¹⁷⁶⁾

Il nuovo istituto, inoltre, non può essere legittimamente utilizzato, come talvolta proposto, per superare il rifiuto consapevolmente espresso, nell'attualità, da un soggetto capace con riferimento ad un trattamento sanitario, pur correttamente consigliato dai medici in quanto necessario alla tutela della sua salute.¹⁷⁷⁾

Altrimenti il “*beneficiario*” verrebbe ingiustamente privato del diritto di accettare e rifiutare i trattamenti sanitari sancito, in primis, dagli artt. 13 e 32 della nostra Costituzione e si introdurrebbe surrettiziamente nel nostro ordinamento una nuova forma di trattamento sanitario obbligatorio, in difetto dei prescritti presupposti di legge.

L'amministratore di sostegno (A.d.S.), d'altra parte, nell'esercizio dei suoi eventuali poteri di cura della persona, non può non tenere conto “*dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario*” al riguardo, come stabilito dall'art. 410 c.c..

In ogni caso, in presenza di un “*dissenso*” dell'interessato circa il trattamento sanitario consigliato dai medici, l'A.d.S. non può decidere da solo, ma, come sancito dall'art. 410 c.c., è tenuto ad informare il giudice tutelare competente in merito al conflitto insorto, in modo che siano adottati gli opportuni provvedimenti al riguardo.

Questi provvedimenti, peraltro, non sono lasciati alla pura discrezionalità del magistrato, ma devono tenere in debito conto le eventuali esigenze di cura espresse dall'interessato e perseguire il suo miglior interesse al riguardo.

11.2 *Quid iuris* nel caso in cui il beneficiario non sia più capace di decidere in relazione alle cure necessarie per tutelare la sua salute, ma abbia, in precedenza, manifestato la sua volontà al riguardo?

¹⁷⁵⁾ Quest'opinione non è condivisa dal Tribunale di Torino che nega all'A.d.S. la legittimazione a esprimere il consenso informato ai trattamenti sanitari in sostituzione del beneficiario e ritiene che il dissenso del malato non possa essere superato attraverso il consenso dell'A.d.S.; sostengono, infatti, i giudici torinesi che solo in presenza di una seria malattia mentale e attraverso la più rigorosa procedura dell'interdizione possa essere correttamente conferito al tutore il potere di decidere al posto dell'assistito. Questa opinione, molto garantista da un verso, pone problemi di non agevole soluzione in tutti quei casi nei quali vi è un deficit di consapevolezza rispetto ai bisogni di cura, ma non si è in presenza di una seria malattia di mente; vedi, su questi problemi, le riflessioni di P. Vercellone, *Soggetti fragili da sostenere* : qual è il beneficiario tipo dell'amministrazione di sostegno, NGCC, 2007, II, 53-57.

¹⁷⁶⁾ Vedi, sul punto, Trib. Milano 20/2/06, citato nella nota 174, che ha respinto la domanda di interdizione avanzata nei confronti di un soggetto affetto da un ritardo mentale da patologia congenita - oligofrenia di grado medio - emiparesi destra e dislalia, condizione che, secondo i giudici, non ha annullato del tutto le sue capacità, tant'è che sebbene sia stato nominato un A.d.S. provvisorio, le decisioni di natura sanitaria sono state rimesse all'esclusiva valutazione dell'interessato.

¹⁷⁷⁾ Vedi, sul punto, in senso contrario, nella sostanza, a quanto da noi sostenuto, il provvedimento del Tribunale di Roma del 19/3/04, edito su *Notariato*, 2004, 3, 247, in relazione ad un rifiuto di intervento espresso da una donna colpita da cancrena alle gambe, con nota fortemente critica di E. Calò, *L'amministratore di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, *ivi*, 248-253.

Quali rapporti sussistono in questo caso tra le direttive anticipate del soggetto e i poteri di cura conferiti all'A.d.S. da parte del giudice tutelare ?

Appare corretto tenere conto di queste volontà ovvero le esigenze manifestate al riguardo dall'interessato possono essere legittimamente obliterate ?

È evidente che la risposta ai quesiti che precedono dipende dal valore che si vuole e si può attribuire, in base all'ordinamento giuridico attuale, alle direttive anticipate (D.A.) sulle future cure. Com'è noto, allo stato, l'ordinamento giuridico italiano è privo di una normativa che regoli specificamente e compiutamente la materia delle volontà di cura espresse in anticipo da un soggetto capace e destinate a regolare situazioni di malattia che, eventualmente, si verificheranno quando lo stesso non è più in grado di far valere il suo diritto di autodeterminazione rispetto ai trattamenti sanitari.

In mancanza di riconoscimento giuridico esplicito delle D.A. vi è, pertanto, un'incertezza sul valore di queste volontà anticipate, soprattutto sul dissenso anticipato rispetto alle cure poi ritenute necessarie dai sanitari.

Questa incertezza non è stata risolta neanche dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina del 1997, la cui ratifica è stata autorizzata con la legge n. 145/2001, che, con formula poi ripresa nell'art. 34 del codice deontologico dei medici del 1998, afferma che «*i desideri precedentemente espressi in relazione ad un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione*».

È possibile, peraltro, sostenere che, in base ai principi costituzionali desumibili dagli artt. 13 e 32 della Costituzione, ogni persona capace abbia il diritto di esprimere la sua volontà anche rispetto a tutti futuri trattamenti sanitari che desidera che vengano attuati sul suo corpo e che questa volontà, qualora debitamente provata, debba essere, in linea di principio e salvo specifiche eccezioni, rispettata dai curanti, anche se non condivisa.

In questo senso, peraltro, sembra orientato il nuovo codice deontologia medica del 16/12/06, laddove, nell'ultima parte dell'art. 38, afferma che «*il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*».

Negare questo diritto, infatti, significa discriminare senza una valida ragione tra le volontà espresse nell'attualità di una malattia e quelle manifestate in anticipo e destinate a valere in caso di incapacità del soggetto.

Negare questo diritto significa anche consentire che altri possono decidere in via autonoma sulla materia delle cure, sostituendosi all'interessato, nonostante questi si sia espresso al riguardo, sia pure in anticipo.

Negare questo diritto significa, infine, non riconoscere all'interessato la stessa dignità di persona che aveva prima di diventare malato e incapace.

Ecco perché non è condivisibile l'opinione, anche autorevolmente espressa, di coloro che contestano la validità delle D.A. per la loro astrattezza e la loro mancanza di attualità, pur in difetto di revoca da parte del soggetto interessato.

D'altra parte l'astrattezza e la mancanza di attualità non sono una caratteristica generale delle D.A. che possono essere espresse anche in costanza di malattia, come insegna l'esperienza dei medici che hanno utilizzato concretamente questo strumento per conoscere la volontà dei pazienti, da loro assistiti, affetti da sclerosi laterale amiotrofica (S.L.A.), in via anticipata rispetto a eventi futuri che rientrano nella storia naturale di questo morbo e possono anche accadere quando il soggetto non è in grado di far valere i propri diritti di scelta rispetto alle cure.

Gli stessi malati del morbo di Alzheimer, qualora debitamente informati sul naturale decorso di questa malattia, potrebbero validamente esprimere le loro volontà anticipate rispetto alle cure da intraprendere o meno nella fase terminale del morbo, quando viene meno la capacità decisionale del soggetto interessato.

Utilizzare la mancanza di attualità, intesa in senso meramente temporale, per negare valore alle D.A. significa anche mettere in discussione la validità delle volontà espresse da un soggetto nel momento in cui, ricoverato volontariamente per degli accertamenti, gli viene proposto un intervento chirurgico da eseguire in un momento successivo e viene debitamente informato dai sanitari sulla natura del trattamento, sulla sua prevedibile efficacia e sui suoi rischi. Anche in questo caso, infatti, le volontà del paziente di accettare o rifiutare la proposta dei sanitari vengono espresse in anticipo rispetto al momento in cui dovrà poi essere praticata l'anestesia e effettuato l'intervento chirurgico.¹⁷⁸⁾

11.3 In definitiva le volontà anticipate dovrebbero essere considerate ancora attuali, se non revocate, implicitamente o esplicitamente, dall'interessato ovvero se non sono, nella sostanza, cambiate le circostanze oggetto del giudizio preventivo dell'interessato che ne ha valutato la compatibilità con i propri valori e/o con la qualità minima di vita desiderabile.¹⁷⁹⁾

D'altra parte **vi sono situazioni nelle quali**, purtroppo, a causa di un evento traumatico, **si passa, improvvisamente e senza preavviso, da uno stato di benessere a uno stato di incoscienza tendenzialmente irreversibile**, come avviene, ad esempio, quando si perviene nello stato vegetativo permanente (S.V.P.).

In queste situazioni non è seriamente ipotizzabile seguire la normale procedura di informazione da parte dei medici curanti e di acquisizione della volontà attuale dell'interessato rispetto alla proposta di cura e, quindi, è necessario ricercare altrove la legittimazione dell'attività sanitaria.

Non tenere in debito conto, in queste situazioni estreme, le volontà eventualmente espresse in anticipo dal soggetto interessato, significa consentire all'équipe che ha in cura il malato di procedere, in base a criteri fondati esclusivamente sulle conoscenze acquisite dalla scienza medica, anche ad un intervento non desiderato dal paziente e privare quest'ultimo della possibilità di far valere i suoi diritti di libertà, costituzionalmente garantiti.

In ogni caso, quale che sia il valore giuridico - vincolante, orientativo, ovvero non assolutamente vincolante né meramente orientativo - da attribuire alle D.A., **il giudice tutelare, nel conferire all'A.d.S. i poteri necessari per provvedere alla cura della persona interessata, dovrebbe comunque verificare se questi abbia espresso delle D.A. che, quantomeno, rappresentano le sue "aspirazioni" al riguardo, sia pure espresse in via anticipata rispetto all'evento malattia di cui si tratta.**

Certamente questo non è un compito facile, soprattutto nelle situazioni in cui manca, al riguardo, la collaborazione dell'interessato, divenuto incapace, e dei soggetti che hanno avuto con il beneficiario dell'A.d.S. una comunanza di vita.

Questo compito potrebbe essere, in concreto, meno difficile qualora l'interessato, prima di diventare bisognoso del sostegno, si sia avvalso della facoltà, attribuitagli dall'art. 408 c.c., di "*designare*", melius indicare, "*in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata*", **il nominativo del soggetto che, riscuotendo la sua "fiducia", desidera che, all'occorrenza, venga nominato suo amministratore di sostegno dal competente giudice tutelare.**

Nulla vieta, secondo la nostra opinione, di utilizzare questo atto per indicare anche le modalità con le quali il futuro, nominando A.d.S. debba esercitare i suoi poteri di cura della persona, con particolare riferimento ai trattamenti non desiderati, anche se ritenuti necessari dagli operatori sanitari.

¹⁷⁸⁾ Vedi sul punto anche le riflessioni di F. Giunta, *Diritto di morire*, op. cit. (nota 35), spec. pagg. 107-108, che ritiene non persuasivi i rilievi di coloro che contestano l'efficacia di una volontà giudicata non attuale perché manifestata prima del momento in cui diventa rilevante e osserva che "*l'attualità è un requisito logico e non meramente cronologico*".

¹⁷⁹⁾ Per considerazioni analoghe, ma non identiche, vedi. D. Neri, Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento", *Bioetica*, 2004, 2, 188-199.

Quest'atto, infatti, difficilmente contestabile in punto provenienza e capacità dell'interessato, potrebbe essere facilmente portato a conoscenza del competente giudice tutelare dal nominando A.d.S. ovvero potrebbe essere altrimenti conoscibile, qualora, ad esempio, i notai realizzassero un archivio nazionale in cui inserire questi atti, consultabile da parte dell'A.G..

Con questa soluzione si può già oggi creare una potenziale sinergia tra la normativa sull'amministrazione di sostegno e le D.A., che troverebbero nella legge n. 6/2004 elementi utili all'attuazione delle volontà espresse dall'interessato con le predette modalità.

D'altra parte, in base al disposto dell'art. 408 c.c. il giudice tutelare può discostarsi dalla designazione operata dal diretto interessato solo in presenza di acclarati "gravi motivi" che siano ostativi al riguardo e, quindi, di norma, il giudice competente finirà con il nominare A.d.S. il soggetto che, eventualmente, sarà stato prescelto con le modalità sopra indicate.

11.4 Secondo Bonilini¹⁸⁰⁾ la normativa sull'A.d.S. appare utile proprio laddove, all'art. 408 c.c. riconosce la possibilità a ciascuno di designare la persona che si vuole rivestita quest'ufficio quando se ne renderà necessaria l'attivazione.

Aggiunge quest'Autore che la norma in esame appare idonea a garantire che la scelta effettuata dall'interessato venga poi rispettata perché "impone al giudice di motivare, alla luce di circostanze obiettive, il provvedimento che non dia seguito alla designazione manifestata dal possibile interessato all'amministrazione di sostegno".

Anche Bonilini sembra ammettere la possibilità di "**arricchire**" l'atto di designazione del futuro A.d.S. per inserirvi della "**direttive**" sulle modalità di esercizio della sua funzione, anche con riferimento alle scelte terapeutiche da effettuare, qualora necessario.

Osserva quest'Autore, peraltro, che "si dubita" che queste indicazioni possano impegnare sul piano giuridico il futuro AdS che, in realtà, è tenuto soltanto ad attenersi a quanto previsto nel provvedimento di nomina del giudice che potrebbe non recepire i desiderata del soggetto interessato.

In sostanza, secondo Bonilini, **la normativa sull'A.d.S. apre**, tramite le disposizioni di cui all'art. 408 c.c., **degli "spiragli" per ampliare gli spazi di autonomia delle persone**, ma non consente "certezze" sul fatto che le scelte di vita rispetto alle cure sanitarie effettuate dall'interessato, riportate nell'atto pubblico o nella scrittura privata ivi prevista, vengano poi effettivamente attuate in quanto tutto dipenderà dalle "sensibilità" del giudice tutelare competente nel singolo caso.

Queste condivisibili osservazioni non devono, peraltro, disincentivare i soggetti che lo desiderano dal percorrere la nuova via aperta dalla norma sopra citata per far conoscere la propria volontà rispetto alle cure che si dovessero rendere necessarie in un eventuale futuro stato di incapacità.

Anche Sesta¹⁸¹⁾ sottolinea che la nuova disciplina dell'A.d.S., introdotta dalla legge n. 6/04, contiene degli strumenti per consentire alla D.A. di "*trovare cittadinanza nel nostro ordinamento*", in attesa che il Parlamento approvi una specifica disciplina al riguardo.

Afferma, in particolare, Sesta che **l'A.d.S. designato in anticipo dall'interessato in base al disposto dell'art. 408 c.c. richiama, con alcune rilevanti differenze, la figura del "fiduciario"**, di cui si discute nei progetti di legge presentate in Parlamento.

In effetti l'A.d.S. designato dall'interessato entra in carica solo dopo la nomina effettuata dal giudice tutelare competente e, quindi, il rapporto con il soggetto che l'ha previamente indicato è mediato e non diretto.

Sostiene, ancora, Sesta che qualora l'atto di designazione contenga anche delle direttive per lo svolgimento dell'incarico, con riferimento alla gestione della salute, recepite poi nel provvedimento

¹⁸⁰⁾ G. Bonilini, Testamento per la vita e Amministrazione di Sostegno, Il testamento biologico, riflessione di 10 giuristi, 2006, Fondazione Veronesi, pagg. 189-200; in relazione al possibile lecito contenuto di un atto di designazione più ampio rispetto alla mera individuazione della persona di fiducia indicata come futuro AdS, vedi, anche, A. Gorgoni, L'Amministrazione di sostegno, op. cit. (nota 173), spec. pagg. 649-650.

¹⁸¹⁾ M. Sesta, Quali strumenti per attuare le direttive anticipate, op. cit. (nota 133), pagg. 163-176.

del giudice tutelare con il quale vengono precisati i poteri dell'A.d.S. e le modalità del loro esercizio, l'utilità di questo strumento come veicolo per attuare le D.A. sarebbe certamente maggiore.

Anche nell'ipotesi in cui le direttive del designatore non venissero riprese nel provvedimento del G.T., sarebbe possibile recuperarne in un certo senso il valore perché, in caso di totale incapacità dell'interessato, *“costituirebbero la fonte primaria da cui attingere informazioni circa le aspirazioni del soggetto sottoposto alla misura di protezione”*, rilevanti ex art. 410, primo e secondo comma, c.c. (grassetto nostro).

Secondo Spoto¹⁸²⁾ il problema giuridico del trasferimento della capacità decisionale in relazione alle cure future attraverso una delega conferita dal diretto interessato ad un terzo soggetto di sua fiducia e destinata a divenire efficace quando il delegante diventerà incapace, trova ora *“un'ancora di salvataggio”* nell'art. 408 c.c. che consente esplicitamente una delega di questo tipo in favore dell'A.d.S. designato e, quindi, rende ininfluente al riguardo il disposto dell'art. 1722 c.c., secondo il quale il mandato si estingue anche per l'interdizione ovvero l'inabilitazione del mandante,

Le possibili sinergie tra A.d.S. e D.A. vengono, infine, evidenziate anche da Calò che afferma che, ex art. 408 c.c. *“si potrebbe designare, ad esempio, alla vigilia di un intervento chirurgico, un determinato soggetto affinché assuma decisioni in ambito medico per il tempo in cui il paziente non sarà in grado di intendere e volere”*.¹⁸³⁾

Dalle informazioni in nostro possesso non risulta, peraltro, che la possibilità di designare in anticipo il proprio, futuro A.d.S. per le eventuali scelte sanitarie da effettuare quando si è in stato di incapacità, sia una strada sufficientemente conosciuta dalla popolazione e, conseguentemente, l'utilizzo dell'art. 408 c.c. non sembra avere trovato un'ampia diffusione, pur essendo uno strumento che amplia i confini dell'autodeterminazione rispetto alle cure, consentendo a chi non è più in grado di interloquire direttamente con l'équipe curante di far sentire i propri desideri attraverso una persona di sua fiducia.

I nuovi DDL sulle dichiarazioni anticipate di trattamento attualmente all'esame del Senato in questa XV legislatura (vedi, infra, cap. 13), tendono, peraltro, a valorizzare lo strumento dell'amministrazione di sostegno nelle decisioni sostitutive prese per conto e nell'interesse di un soggetto incapace di decidere quando è opportuno ovvero necessario un intervento sanitario sul suo corpo.¹⁸⁴⁾

¹⁸²⁾ G. Spoto, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, Europa e diritto privato, 2005, 179-204.

¹⁸³⁾ E. Calò, *L'amministratore di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, op. cit. (nota 177); questo esempio dimostra che le dichiarazioni anticipate di trattamento possono essere espresse per regolamentare le cure sanitarie anche solo con riferimento ad una situazione di temporanea e prevedibilmente reversibile di incapacità decisionale dell'interessato.

¹⁸⁴⁾ Secondo G. Gennari, *La protezione dell'autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale*, con particolare riferimento al consenso informato, *Famiglia*, 2006, pagg. 733-778, dal quadro complessivo che emerge dai primi provvedimenti di applicazione della normativa sull'amministrazione di sostegno nella materia delle cure sanitarie, non sembra che lo strumento dell'A.d.S. sia stato utilizzato con modalità tali da apparire rispettose dei diritti di libertà del beneficiario; osserva, in particolare, quest'Autore, che le volontà dell'interessato rispetto alle cure rimangono spesso trascurate perché nei provvedimenti dei G.T. di delega all'A.d.S. del potere di esprimere il consenso ai trattamenti sanitari poca attenzione viene posta alle opzioni essenziali manifestate in precedenza dal beneficiario; Gennari, infine, in contrasto con l'opinione da noi sostenuta, non ritiene che lo strumento dell'A.d.S. possa costituire un valido veicolo per attribuire valore legale alle dichiarazioni anticipate espresse dal beneficiario in quanto l'art. 408 c.c. non sembra attribuire, a chi designa il proprio futuro A.d.S., anche la facoltà di determinare le modalità con le quali questo soggetto dovrà esercitare i poteri di cura.

12. Il progetto unitario di DDL sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento licenziato nella XIV legislatura dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato.

Nella XIV legislatura furono presentati al Senato tre disegni di legge diretti a disciplinare la materia del consenso informato e delle dichiarazioni anticipate rispetto alle cure future, il cui esame, in sede non deliberante, fu assegnato alla Commissione Igiene e Sanità.

Il primo, contraddistinto dal **n. 1437**, d’iniziativa della **senatrice Acciarini**, prevedeva, tra l’altro, all’art. 1 il diritto del paziente all’informazione sanitaria e, all’art. 2, il diritto di ciascuna persona capace *“di prestare o di negare il proprio consenso in relazione ai trattamenti sanitari che stiano per essere eseguiti o che siano prevedibili nello sviluppo della patologia in atto”*, con la precisazione che questa dichiarazione di volontà poteva essere validamente riferita anche al *“tempo successivo alla perdita della capacità naturale”* e che *“il rifiuto”* doveva essere rispettato dai sanitari *“anche qualora ne derivasse un pericolo per la salute o per la vita”* dell’interessato, con conseguente esonero da ogni responsabilità (grassetto nostro).

Con questa disposizione si intendeva sancire, in sostanza, **il valore vincolante delle manifestazioni di volontà consapevolmente espresse dal paziente capace nell’attualità di una malattia già diagnosticata.**

Questo disegno di legge, all’art. 3, stabiliva, inoltre, il diritto del soggetto capace *“di esprimere il proprio consenso o rifiuto in relazione ai trattamenti sanitari che potranno in futuro essere prospettati”*, con una manifestazione di volontà destinata a valere anche per il periodo di tempo di eventuale perdita della capacità naturale dell’interessato.

Con questa disposizione si intendeva regolare la materia delle cosiddette **direttive anticipate “astratte”**, **formulate cioè in uno stato di benessere** e, quindi, era prevista anche la possibilità di nominare *“una persona di fiducia”* che, nell’ipotesi in cui il paziente fosse pervenuto in uno stato di irreversibile capacità, avesse il diritto di ricevere le informazioni da parte dei sanitari sullo stato di salute dell’assistito e di esprimere in sua vece anche disposizioni vincolanti in relazione alle cure da effettuare.

Veniva inoltre precisato, sempre all’art. 3 del citato disegno di legge, che la volontà dell’interessato, revocabile in qualsiasi momento, doveva essere formulata *“con atto scritto di data certa e con sottoscrizione autenticata”*.

Nel disegno di legge **n. 2279**, d’iniziativa del **senatore Ripamonti**, erano contenute in materia di informazione e di consenso/dissenso informato norme analoghe a quelle del sopra citato disegno di legge n. 1437.

Nel disegno di legge **n. 2943**, d’iniziativa del **sen. Tomassini**, più articolato dei precedenti, non era contenuto, per quel che interessa in questa sede, un esplicito diritto del paziente di rifiutare consapevolmente tutti i trattamenti sanitari, che, peraltro, poteva essere ricavato *“a contrario”* dall’art. 2 dove era stabilito che *“il trattamento sanitario è subordinato all’esplicito ed espresso consenso dell’interessato, prestato in modo libero e consapevole”* e dall’art. 1 che definiva come *“trattamento sanitario”*, *“ogni trattamento sanitario praticato, con qualsiasi mezzo, per scopi connessi alla tutela della salute, a fini terapeutici, diagnostici, palliativi, nonché estetici”*.

12.1 Il testo unificato licenziato dalla Commissione.

La Commissione Igiene e Sanità, al termine delle audizioni degli esperti e alla fine dei suoi lavori, comunicò, in data 19/7/2005, alla Presidenza del Senato un testo unificato di disegno di legge che aveva come base quello del sen. Tomassini, nel quale erano, nella sostanza, confluiti gli altri due disegni sopra menzionati, così modificandolo in punti anche rilevanti.

Appare, quindi, opportuno esaminare questo ultimo **testo unificato** che rappresenta un **primo passo di sintesi normativa delle varie opinioni che riguardano la materia della nostra ricerca**.

In questo testo unitario proposto dalla Commissione è rimasta identica la formulazione degli artt. 1 e 2 sopra menzionati, nella parte che riguarda la definizione di trattamento sanitario e la subordinazione dell'attività di cura, di norma, al consenso informato del soggetto interessato.

Per quanto riguarda le situazioni d'urgenza, nell'art. 5 in questo nuovo testo, ormai decaduto, veniva previsto che *"non è richiesto il consenso al trattamento sanitario, quando la vita della persona incapace sia in pericolo e il suo consenso o dissenso non possa essere ottenuto e la sua integrità fisica sia minacciata"*.

Questa ipotesi di normativa, con una formulazione certamente migliorabile, ribadisce, nella sostanza, che anche nelle situazioni d'urgenza e di pericolo di vita esiste il diritto della persona capace di accettare o rifiutare ogni trattamento sanitario, ma che, qualora il paziente versi in una situazione di incapacità e non è possibile conoscere le sue volontà pregresse, ritorna piena la posizione di garanzia del medico che, quindi, deve agire in conformità dello stato dell'arte.

Questa nostra interpretazione, che è conforme ai principi costituzionali desumibili dagli artt. 13 e 32 Cost., trova fondamento non solo nel nuovo testo di questo articolo 5, diverso da quello originario, ma anche nelle altre disposizioni contenute in questo testo unitario, destinate a disciplinare la materia delle dichiarazioni anticipate di volontà (D.A.) e le decisioni sostitutive (D.S.).

Nell'art. 1 del citato testo unificato, infatti, le D.A. venivano definite come *"l'atto scritto con il quale taluno dispone in merito ai trattamenti sanitari, nonché in ordine all'uso del proprio corpo o di parte di esso, nei casi consentiti dalla legge, alle modalità di sepoltura e all'assistenza religiosa"* e all'art. 3 del medesimo testo, sotto il titolo *"decisioni sostitutive"*, si affermava che *"nel caso in cui la persona da sottoporre al trattamento sanitario versi nello stato di incapacità di accordare o rifiutare il proprio consenso, si ha riguardo alla volontà espressa nella dichiarazione anticipata di trattamento"* e, solo in via subordinata, alla volontà espressa dal *"fiduciario"* ovvero, in via ulteriormente subordinata, a quella espressa *"dall'amministratore di sostegno o dal tutore"*, e, in mancanza di questi ultimi, dagli altri soggetti, tra cui, nell'ordine, il coniuge non separato, i figli, il convivente stabile, i genitori, i parenti sino al quarto grado.

Con queste disposizioni, in sostanza si ribadiva ulteriormente il ruolo fondamentale svolto dalle manifestazioni di volontà espresse, anche in via anticipata, dall'interessato in relazione a tutti i trattamenti sanitari che lo riguardano, dato che le D.A., sempre revocabili e modificabili consapevolmente in ogni momento, sono il primo elemento al quale fare riferimento qualora il paziente sia divenuto incapace.

Questa nostra interpretazione è avvalorata ulteriormente dall'art. 4 del citato testo unificato, laddove veniva stabilito che colui che decide per il paziente in stato di incapacità *"è tenuto ad agire nell'esclusivo e migliore interesse dell'incapace, tenendo conto della volontà espressa da quest'ultimo in precedenza, nonché dei valori e delle convinzioni notoriamente proprie della persona in stato di incapacità"*.

Appare difficile negare che questa definizione di quello che è il *"migliore interesse"* del soggetto incapace non ha come riferimento principale le opportunità di cura esistenti in base a criteri scientifici corretti, ma, essenzialmente, la valutazione che l'interessato ha effettuato di queste opportunità, ritenendole confacenti o meno al proprio progetto di vita, secondo i propri desideri al riguardo.

Nelle decisioni sostitutive, come disciplinate da questo DDL unificato, permane, quindi, la valorizzazione non solo delle volontà espresse in precedenza dall'interessato - evidentemente anche se manifestate in una forma, ad esempio orale, tale da non integrare una valida D.A., altrimenti questo richiamo sarebbe pleonastico - ma anche delle convinzioni tutte proprie del paziente.

Tra queste convinzioni devono ritenersi incluse quelle desumibili dall'adesione dell'interessato ad una comunità religiosa, come, ad esempio, quella dei Testimoni di Geova, i cui adepti notoriamente rifiutano le trasfusioni di sangue in virtù di una particolare interpretazione di alcuni versetti della Bibbia.

Queste nostre considerazioni non sono contraddette dal contenuto dell'art. 13 laddove si stabiliva che “*le direttive contenute nella dichiarazione anticipata di trattamento*” – che secondo l'art. 12 doveva essere redatta per atto pubblico notarile – “*sono impegnative per le scelte sanitarie del medico*” che “*può disattenderle solo quando non più corrispondenti a quanto l'interessato aveva previsto al momento della redazione della dichiarazione anticipata di trattamento, sulla base degli sviluppi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche, e indicando compiutamente le motivazioni della decisione nella cartella clinica*” (grassetto nostro).

Secondo la nostra interpretazione, infatti, in base a questa ipotesi di normativa, il medico è autorizzato a non ottemperare alle D.A. solo qualora la scelta anticipata effettuata dal soggetto sia basata su considerazioni che trovavano il loro fondamento sullo stato dell'arte del momento e sempre che le nuove acquisizioni scientifiche comportino esiti di cura compatibili con la qualità minima di vita desiderata dall'interessato.

Sembra opportuno evidenziare che nell'art. 12 di questo testo unificato si ribadiva ulteriormente il forte valore attribuito alla volontà dell'interessato laddove si affermava che “*il fiduciario*”, doveva attuare “*la volontà del disponente quale risultante dalla lettera delle dichiarazioni anticipate di trattamento e dall'attività rivolta ad indagare e ricostruire il significato da attribuire alle dichiarazioni*”; in mancanza di D.A. applicabili alla fattispecie, il fiduciario doveva, comunque, perseguire il migliore interesse del soggetto interessato, come sopra osservato.

Da questo rapido esame del testo unificato in materia del consenso informato e delle dichiarazioni anticipate rispetto alle cure future, licenziato nella XIV legislatura dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato, emerge che questo DDL, certamente migliorabile nella sua formulazione letterale, conteneva norme che si muovevano nella direzione di valorizzare, in conformità alla Costituzione, la volontà nell'interessato rispetto ai trattamenti che riguardano il suo corpo, volontà sempre revocabile e modificabile in ogni momento.

In questo contesto appare utile evidenziare che in questo testo unitario si tendeva anche a dare valore alla volontà dei minori d'età che hanno compiuto quattordici anni (vedi, sul punto, l'art. 6) e degli interdetti (vedi, sul punto, l'art. 7) che venivano chiamati a concorrere alle decisioni in materia sanitaria che li riguardano.

Queste disposizioni erano finalizzate a dare, sia pure con prudenza e gradualità, un riconoscimento del diritto dei minori e degli interdetti all'autodeterminazione rispetto alle cure che li riguardano, generalmente negato, nella sostanza, dalle norme vigenti.

13. I nuovi progetti di legge sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate presentati al Senato nella XV legislatura.

Sono attualmente (gennaio-febbraio 2006) all'esame della Commissione Igiene e Sanità del Senato otto disegni di legge (DDL) in materia di consenso informato e dichiarazioni di volontà anticipate sui trattamenti sanitari (n. 3 del senatore Tomassini, n. 357 del senatore Benvenuto, n. 433 del senatore Massida, n. 542 del senatore Carloni e altri, n. 665 del senatore Ripamonti, n. 687 del senatore Marino e altri, n. 773 dei senatori Binetti e Baio Dossi, n. 818 dei senatori Del Pennino e Biondi¹⁸⁵).

Alcuni di questi DDL ripropongono in questa XV legislatura il testo dei disegni di legge esaminati nel capitolo che precede, presentati nella XIV legislatura, con qualche variazione, talvolta, peraltro, di non poco conto.

Infatti nel disegno di legge n. 3 viene riproposto il testo del precedente disegno di legge unificato (ex Tomassini) licenziato nella precedente legislatura dalla Commissione Igiene e Sanità, con la particolarità che nel nuovo articolato, all'art. 5, viene inserita l'affermazione che *“l'idratazione e l'alimentazione parenterale non sono assimilate all'accanimento terapeutico”*, questione, quest'ultima, del tutto nuova, che non trova ulteriori espliciti riscontri nelle altre parti del DDL.

Nella presentazione di questo suo nuovo DDL, il sen. Tomassini afferma chiaramente, peraltro, che attraverso questo strumento normativo non si intende *“consentire, neanche in via interpretativa o analogica, il ricorso all'eutanasia e all'accanimento terapeutico”* - così prendendo le distanze dalle interpretazioni che erano state avanzate rispetto al testo unificato licenziato dalla Commissione Igiene e Sanità nella precedente legislatura secondo le quali vi era stato un pieno riconoscimento del diritto del paziente di rifiutare tutte le cure - in quanto *“il bene della vita è sottratto a qualsiasi profilo di disponibilità”* e l'accanimento terapeutico è vietato dal codice deontologico dei medici e condannato *“dal Papa”*.

I disegni di legge n. 665 (Ripamonti) e n. 818 (Del Pennino e Biondi) ripropongono, invece, nella sostanza, il testo degli articolati presentati nella XIV legislatura rispettivamente dal sen. Ripamonti e dal sen. Acciarini, già commentati nel precedente capitolo.

In linea generale tutti i disegni di legge tendono a regolare il diritto all'informazione sanitaria, il consenso informato, le dichiarazioni anticipate di trattamento e la nomina di un *“fiduciario”* che possa interloquire, con poteri decisori, con il personale che si occupa delle cure quando il paziente non è più cosciente.

Le differenze più rilevanti riguardano il valore da attribuire alla volontà di rifiuto dei trattamenti da parte dell'interessato e, soprattutto, il possibile contenuto di questa dichiarazione di volontà che, secondo alcuni DDL, trova un limite intrinseco nell'affermata **indisponibilità del bene vita**, come si evince, ad esempio, dalla presentazione del testo del sen. Tomassini.

13.1 Il diritto di accettare e rifiutare tutte le cure con scelte vincolanti per i sanitari.

Nel breve testo del disegno di legge n. 357 del sen. Benvenuto, all'art. 2, si afferma, invece, che *“ogni persona capace”*, sulla base dell'informazione ricevuta, *“ha diritto di decidere, autonomamente e liberamente, se accetta o rifiuta i trattamenti sanitari considerati dai medici appropriati alla sua patologia in atto”*, con l'importante precisazione che, *“l'eventuale rifiuto”* - che rimane valido anche se successivamente il paziente perde la sua capacità decisionale - *“deve essere rispettato dai sanitari”* ed esonera costoro da ogni responsabilità configurabile a loro carico.

¹⁸⁵ Altri DDL su questi temi sono stati presentati alla Camera; in questa sede ci limitiamo all'esame dei DDL in discussione al Senato che forniscono un quadro esauriente delle varie ipotesi normative della materia del consenso informato e del testamento biologico secondo le diverse prospettive politiche; d'altra parte è noto che l'attuale Governo ha al Senato un piccolo scarto di voti di maggioranza e, quindi, è in questa sede che si devono trovare ipotesi di regolamentazione della materia politicamente sostenibili.

In questo testo, quindi, in attuazione dei principi giuridici di cui agli artt. 13 e 32 Cost. **il consapevole rifiuto è vincolante per i sanitari, anche se “dalla mancata attuazione dei trattamenti proposti derivi un pericolo per la salute o per la vita del paziente”**, considerati come **beni disponibili** da parte dell’interessato.

Opportunamente in questa norma è prevista esplicitamente un’**esenzione di responsabilità** per i sanitari che, in presenza del rifiuto libero e consapevole espresso dal paziente, si astengono dall’intervenire mediante quei trattamenti non accettati dall’interessato.

È noto, infatti, che uno dei motivi che sinora, nonostante il rifiuto dell’interessato, ha spinto parte dei medici ad intervenire comunque a difesa della salute e della vita del paziente, è stato il rischio di essere sottoposti a processo penale ovvero di essere chiamati a rispondere in sede civile dei danni che eventualmente avrebbero causato con il loro comportamento omissivo.

È opportuno evidenziare che nel testo proposto dal sen. Benvenuto **il rifiuto dei trattamenti non incontra alcun limite di carattere oggettivo** e, quindi, l’interprete è autorizzato a considerare valido anche il rifiuto dell’alimentazione e idratazione artificiale (N.I.A.), questione oggi molto controversa stante le differenti opinioni esistenti al riguardo non solo tra i membri del C.N.B., come riportato nel precedente capitolo 9, ma anche nel più vasto ambito della dottrina e della giurisprudenza (vedi, sul punto, il precedente capitolo 10).

Norme analoghe a questa ora commentata sono contenute negli articolati nn. 665 e 818 proposti rispettivamente dai sen. Ripamonti e Del Pennino-Biondi e nel disegno di legge n. 542 del sen. Carloni e altri, dove viene ribadita anche la previsione dell’esenzione di responsabilità per i sanitari che rispettano il rifiuto espresso dal paziente.

In relazione alla problematica inerente le D.A., l’art. 3 del DDL n. 357 del sen. Benvenuto afferma che *“ogni persona capace ha la facoltà di redigere una dichiarazione anticipata di volontà”*, che rimane valida anche nel caso che sopravvenga una perdita irreversibile della sua capacità, *“indicante i trattamenti sanitari cui vuole o non vuole essere sottoposta”*.

Nel prosieguo di quest’articolo, a titolo esemplificativo, si specifica che può essere rifiutata anche *“qualsiasi forma di rianimazione o di continuazione dell’esistenza dipendente da apparecchiature”* e l’alimentazione e la nutrizione artificiale, e che, nel caso di gravi sofferenze, possono essere richiesti gli *“opportuni trattamenti analgesici, anche qualora gli stessi possano accelerare l’esito mortale della patologia in atto”*.

Non viene riaffermato in questa sede l’esonero da ogni responsabilità dei medici che ottemperino alle D.A., ma viene previsto che al fiduciario compete anche il potere di pretendere dai sanitari il rispetto delle D.A. espresse dall’interessato che sono ritenute **“vincolanti”** per il personale sanitario (vedi, su quest’ultimo punto, l’art. 3 n. 4 del DDL n. 357).

13.2 La difesa del principio d’indisponibilità della vita umana.

Diversa è, invece, l’impostazione del disegno di legge n. 773 dei senatori Binetti e Baio Dossi che, nelle sue motivazioni e nel suo contenuto, tende a contrastare la tesi che, in nome della prevalenza del principio etico e giuridico di autonomia della persona rispetto alle scelte in campo sanitario, postula il dovere del medico di astenersi anche davanti al rifiuto consapevole delle cure salvavita.

In questo disegno, infatti, all’art. 1, laddove si definisce il concetto di *“trattamento sanitario”*, si precisa che esulano da questo concetto sia i trattamenti che integrano l’accanimento terapeutico che quelli che possono realizzare forme *“surrettizie di eutanasia”*. Il significato di quest’espressione diventa più chiaro attraverso la lettura della presentazione delle ragioni di questo DDL perché in questa sede viene inequivocabilmente ritenuta illegittima anche ogni forma di *“eutanasia passiva”* realizzata attraverso il rifiuto dei trattamenti salvavita, stante il riconoscimento della persistente attualità del principio di **“indisponibilità della vita umana”**.

Al paziente, secondo l’intendimento dei sen. Binetti e Baio Dossi espresso nella presentazione del loro DDL, compete *“il pieno diritto, giuridico e morale, di rifiutare ogni tipo di pratica*

comportante gravi rischi o perché non adeguatamente valutata o perché eccessivamente onerosa e non proporzionata alla sua situazione clinica concreta, o ancora perché gravosa per la serenità del suo trapasso”.

In sostanza, secondo questa impostazione della relazione medico-paziente, al malato compete il diritto di rifiutare i trattamenti che lo stesso sanitario non dovrebbe proporre perché non ancora validamente testati attraverso adeguati “*trials clinici*” ovvero perché integranti forme di accanimento terapeutico, già vietate, peraltro, dalle norme deontologiche.

In questo DDL viene, inoltre, specificato, all’art. 3, che **non possono essere oggetto di una dichiarazione anticipata di trattamento l’idratazione e l’alimentazione parenterale** che “*non sono assimilate all’accanimento terapeutico*” e, quindi, non possono essere rifiutate o sospese in attuazione della volontà manifestata dall’interessato; sembra anche escluso il carattere vincolante del “*giudizio*” espresso sulle cure future dal dichiarante tramite le D.A..

Nel testo di questo DDL (e in quello d’iniziativa del sen. Marino) si attribuisce al “*medico curante*” il compito di controllare “*la correttezza e la diligenza dell’operato del fiduciario*” nominato dal paziente (vedi, sul punto l’art. 5 del DDL n. 773 e l’art. 9 del DDL 687), mentre nei disegni di legge n. 357 del sen. Bevenuto (e in quelli presentati dal sen. Carloni, dal sen. Ripamonti, dai sen. Del Pennino e Biondi e) si prevede opportunamente che i contrasti tra i decisori sostitutivi e i sanitari vengano risolti dal giudice tutelare che, peraltro, deve decidere in conformità alle D.A. se presenti (vedi, sul punto, l’art. 5 del DDL n. 357, l’art. 4 dei DDL n. 542, n. 665, e n. 818).

Il DDL dei sen. Binetti e Baio Dossi, infine, è l’unico che giustamente contiene una norma diretta a garantire ai sanitari “*il diritto all’obiezione di coscienza*” davanti a D.A. che contrastino con i loro principi morali, senza, peraltro, stabilire le modalità di esercizio di questo diritto e l’obbligo per le strutture di prevedere forme organizzative che consentano comunque di tutelare i diritti dei pazienti al rispetto delle loro volontà rispetto alle cure da praticare sul loro corpo.

13.3 I requisiti di forma delle dichiarazioni anticipate.

In relazione alla forma nella quale devono essere redatte le D.A., vi è una sostanziale convergenza nei disegni di legge in esame in questione sulla necessità della forma scritta, avente data certa e, di norma, sottoscrizione autenticata.

Alcuni dei DDL, peraltro, come quello del sen. Tomassini e del sen. Massida, richiedono anche l’atto pubblico notarile (vedi l’at. 13 del DDL n. 3 e l’art. 15 del DDL n. 433).

Altri disegni di legge prevedono che alla formazione dell’atto partecipi, sembra necessariamente, il medico di medicina generale ovvero il medico curante della struttura sanitaria, e rimandano ad un successivo decreto ministeriale la precisazione delle modalità di redazione delle D.A. (vedi, sul punto, l’art. 10 del DDL n. 687 del sen. Marino).

Esclude, invece, la necessità dell’atto notarile, ritenendo sufficiente l’atto scritto con firma autografa, il DDL n. 773 dei sen. Binetti e Baio Dossi (vedi, sul punto l’art. 2).

Alcuni dei DDL in esame prevedono espressamente la possibilità di modifica e di revoca delle D.A. senza, peraltro, specificare sempre la forma nella quale deve essere manifestata questa diversa volontà dell’interessato.

Nei disegni di legge n. 3 del sen. Tomassini e n. 433 del sen. Massida, invece, rispettivamente agli artt. 15 e 17, è previsto espressamente che il rinnovo, la modifica e la revoca devono essere effettuate con le stesse forme previste per la redazione delle DA, salvo la possibilità, “*in caso d’urgenza*” per l’interessato di procedere, credo anche verbalmente, alla “*revoca*” delle D.A. attraverso una volontà espressa “*in presenza di due testimoni, al medico curante*” .

Questa norma appare opportuna per consentire all’interessato una revoca urgente delle precedenti D.A. che, invece, diventerebbe molto difficile qualora fosse necessario l’intervento di un pubblico ufficiale abilitato all’autentica della sottoscrizione dell’atto di revoca.

Sarebbe, peraltro, opportuno a nostro giudizio, che, quantomeno, fosse prevista anche la possibilità di inserire nella cartella clinica le D.A. espresse verbalmente dal paziente in relazione non solo alle patologie già presenti, come già indicato all'art 2, punto 3, del progetto n. 357 del sen. Benvenuto, ma anche, eventualmente, a malattie prevedibili, ma non ancora diagnosticate.

Si tratterebbe, infatti, di D.A. che sarebbero comunque espresse all'interno di una relazione di cura e, quindi, certamente manifestate dopo avere compreso le conseguenze delle scelte effettuate.

13.4 La questione degli interventi d'urgenza.

Alcuni dei DDL in commento affrontano specificamente il tema degli interventi medici nelle "situazioni d'urgenza".

Nel DDL n. 3 del sen. Tomassini il tema è trattato all'art. 6 che, al primo comma, stabilisce che "non è richiesto il consenso al trattamento sanitario, quando la vita della persona incapace sia in pericolo e il suo consenso o dissenso non possa essere ottenuto e la sua integrità fisica sia minacciata".

Nel DDL n. 433 del sen. Massida la questione è regolata all'art. 5 che afferma che "il consenso al trattamento sanitario non è richiesto in situazioni di urgenza, quando la vita della persona incapace è in pericolo di vita ovvero quando la sua integrità fisica è comunque messa a rischio".

Nel DDL n. 687 del sen. Marino e altri, infine, all'art. 5, primo comma, si stabilisce che "non è richiesto il consenso al trattamento sanitario quando la vita della persona incapace sia in pericolo ovvero quando il suo consenso o dissenso non possa essere ottenuto e la sua integrità fisica sia minacciata".

Prima di esaminare queste ipotesi normative occorre domandarsi se sia proprio necessario regolare specificamente la situazione del trattamento sanitario effettuato d'urgenza nei confronti del paziente divenuto incapace, tenendo anche conto che altre norme disciplinano specificamente il problema degli interventi d'urgenza nei confronti dei minorenni.

Anche la Convenzione di Oviedo, ratificata dall'Italia nel 2001, prevede, all'art. 8, una norma che regola le "situazioni d'urgenza", stabilendo che "quando a causa di una situazione d'urgenza non è possibile ottenere il consenso, si potrà praticare il trattamento necessario, dal punto di vista sanitario, per la salute della persona interessata".

Questa norma, peraltro, nella citata Convenzione, è preceduta dall'art. 3 che stabilisce la regola generale in base alla quale "un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e consapevole" ed è seguita da quella (art. 9) che tende a dare valore ai "desiderata espressi anteriormente" dal soggetto divenuto poi incapace di manifestare la sua volontà nel momento in cui il trattamento dovrebbe essere eseguito a tutela della sua salute.

La ragione della regolamentazione nella Convenzione d'Oviedo dell'intervento sanitario nelle situazioni d'urgenza sembra, dunque, essere quella di evitare che il paziente non riceva la necessaria assistenza solo perché non è possibile, per vari contingenti motivi, ottenere il prescritto consenso, ma non quella di creare una "zona franca" nella quale la volontà dell'interessato, espressa eventualmente poco prima di perdere la sua capacità, possa essere messa da parte essendo presenti superiori interessi da tutelare.

Non sembra, ad una prima lettura, che la regolamentazione dell'intervento d'urgenza contenuta nei DDL Massida e Marino sia rispettosa del principio etico-giuridico di autonomia e, quindi, del diritto del paziente di potere rifiutare anche le cure salvavita laddove si afferma che "quando la vita della persona incapace è in pericolo", da affrontare in via d'urgenza, il consenso non è più richiesto.

Può darsi che il problema nasca da una non felice formulazione di queste norme, ma non credo che il testo sopra riportato dei DDL Massida e Marino sia accettabile e conforme alla nostra costituzione.

È certamente migliore la formulazione dell'art. 6 del DDL Tomassini, che riprende il vecchio testo unitario licenziato dalla Commissione Igiene e Sanità nella passata legislatura, perché consente l'intervento in via d'urgenza a difesa della vita e della salute del paziente incapace sempre che *“il suo consenso o dissenso non possa essere ottenuto”*.

Con questa formulazione della norma si è lasciato uno spazio per recuperare il valore della volontà dell'interessato rispetto alle cure che lo riguardano, volontà che potrebbe essere stata espressa anche attraverso una direttiva anticipata.

D'altra parte in questi disegni di legge, laddove si regola il tema delle *“decisioni sostitutive”* si afferma che, nel caso di incapacità del malato, deve, preliminarmente, essere tenuta in considerazione la sua volontà espressa nella dichiarazione anticipata di trattamento e, in difetto, quella manifestata dagli altri soggetti (fiduciario, amministratore di sostegno, tutore, ecc.), a vario titolo legittimati a esprimere il consenso o il dissenso per conto e nell'interesse del paziente (vedi, sul punto, gli artt. 3 del DDL Tomassini, Massida e Marino).

A nostro giudizio, una volta stabilito il principio del rispetto anche delle volontà espresse in via anticipata, i reali problemi che si possono porre nelle situazioni d'urgenza riguardano le modalità con le quali devono essere portate tempestivamente a conoscenza dei sanitari le D.A. eventualmente manifestate dall'interessato al di fuori del contesto di cura e il contenuto dei poteri-doveri di cura della persona affidati ai soggetti che manifestano le cosiddette *“decisioni sostitutive”*.

Il primo problema potrebbe essere risolto attraverso un archivio informatizzato delle D.A. gestito da un ente pubblico che ne garantisca l'autenticità e la sicura provenienza da un determinato soggetto.

In mancanza di un archivio delle D.A. di pronta disponibilità, nelle reali situazioni d'urgenza, rectius emergenza, diventerebbe quasi inevitabile l'intervento sanitario a tutela della vita e della integrità fisica del paziente che arriva in pronto soccorso in condizioni di incapacità e senza l'assistenza di un decisore sostitutivo in grado di far valere le volontà manifestate in precedenza dall'interessato.¹⁸⁶⁾

Il secondo problema, relativo ai poteri-doveri dei decisori sostitutivi, è affrontato nei DDL ora all'esame del Senato attraverso le norme che, ferma la prevalenza della dichiarazione anticipata di volontà espressa dall'interessato, tendono a individuare nel concetto di *“esclusivo e migliore interesse dell'incapace”* l'obiettivo che i decisori sostitutivi devono perseguire.

13.5 L'individuazione del migliore interesse del malato incapace.

Nei DDL Tomassini, Massida e Marino, è contenuta una specifica norma diretta a disciplinare le finalità che i decisori sostitutivi, cioè coloro che prestano o rifiutano il consenso ai trattamenti per conto dei pazienti che si trovano in stato di incapacità, devono perseguire.

In questi tre DDL si afferma, infatti, che i decisori sostitutivi sono tenuti ad agire *“nell'esclusivo e migliore interesse dell'incapace”*, tenendo conto delle volontà espresse in precedenza da quest'ultimo, *“nonché dei valori e delle convinzioni notoriamente proprie della persona in stato di incapacità”* (vedi, sul punto l'art. 4 dei DDL n. 3, n. 433 e n. 687).

Questa precisazione appare certamente opportuna perché, nella sostanza, vincola i decisori sostitutivi a perseguire nel campo delle cure sanitarie, comunque, solo gli scopi compatibili con le volontà, i valori e le convinzioni espresse in precedenza dall'interessato.

Le dichiarazioni anticipate, in base a queste norme, vincolano certamente i decisori sostitutivi che, pertanto, non sembra possano discostarsene.

¹⁸⁶⁾ Nel *“Documento sulle direttive anticipate”*, elaborato dal Gruppo di studio su cultura ed etica al termine della vita istituito all'interno della Società Italiana di Cure Palliative – S.I.C.P. - e approvato a maggioranza il 9/11/06, si sottolinea l'esigenza di conferire valore vincolante alla D.A. soprattutto nelle situazioni di urgenza/emergenza e si evidenzia il rischio che le volontà, espresse in anticipo dal malato terminale, di rifiuto di trattamenti *“da lui giudicati come sproporzionati in eccesso”* vengano ignorate *“nella concitazione conseguente ad aggravamenti improvvisi”*, con conseguente applicazione di procedure di cura standardizzate che *“possono peggiorare la qualità del morire”*.

In presenza, peraltro, di situazioni non regolate dalle D.A., i decisori sostitutivi dovrebbero ricavare dai valori e dalle convinzioni espresse dall'interessato in precedenza gli elementi idonei ad identificare qual è, in concreto, l'interesse da perseguire nella fattispecie che si trovano a dover fronteggiare.

Questi progetti riprendono, sul punto, quanto già espresso dal legislatore in occasione dell'intervento normativo sull'amministrazione di sostegno laddove si afferma che l'A.d.S., nell'esercizio dei suoi eventuali poteri di cura della persona, non può non tenere conto "*dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario*" al riguardo, come stabilito dall'art. 410 c.c..

Il "*fiduciario*", quindi, come l'A.d.S., nell'individuazione del miglior interesse dovrebbe seguire essenzialmente le indicazioni che provengono dalle D.A. ovvero dalle altre espressioni di volontà informalmente manifestate in precedenza dalla persona poi pervenuta in uno stato di incapacità, anche attraverso il suo comportamento di vita complessivo da cui è possibile trarre i valori e le convinzioni che gli appartengono.

Lo stato di incapacità, pertanto, non dovrebbe incidere negativamente sul rispetto di questi valori e convinzioni che hanno caratterizzato la vita della persona interessata all'intervento assistenziale.¹⁸⁷⁾

La ricostruzione di questi valori e convincimenti, in difetto di precise D.A., non dovrebbe essere difficile per un decisore sostitutivo prescelto dall'interessato, come nel caso del "*fiduciario*", ovvero vicino da lunga data alla persona da assistere per convivenza o abituale frequentazione.

In caso di conflitto di vedute con i sanitari in relazione all'individuazione di quale sia, in concreto, "*the best interest*", il problema si dovrebbe spostare sul piano probatorio, dovendo il decisore sostitutivo essere in grado di documentare in modo attendibile che la scelta effettuata corrisponde a quella già indicata in precedenza dall'assistito.

Se il conflitto diventa insanabile è inevitabile il ricorso all'autorità giudiziaria che deve dirimerlo, dopo aver ascoltato le parti interessate.

Su questo punto sono condivisibili quelle soluzioni prospettate nei DDL in esame che attribuiscono questo compito al giudice del luogo ove dimora l'incapace che, peraltro, in caso di presenza di dichiarazioni anticipate applicabili alla fattispecie, deve "*decidere in conformità alle stesse*" (vedi, sul punto, l'art. 5 del DDL n. 357 del sen. Benvenuto, ma anche l'art. 4 dei DDL n. 542 del sen. Carloni, n. 665 del sen. Ripamonti e n. 818 del sen. Del Pennino).

13.6 Capacità del disponente e efficacia delle dichiarazioni anticipate.

Alcuni dei DDL in esame affrontano specificamente il tema della determinazione del momento in cui le DA entrano in vigore, cioè diventano efficaci.

Nel DDL n. 3 del sen. Tomassini, ad esempio, all'art. 14 è stabilito che "*la dichiarazione anticipata di trattamento produce effetto dal momento in cui interviene lo stato di incapacità decisionale del predisponente*" che deve essere "*accertato e certificato da un collegio composto da tre medici...*" con atto notificato immediatamente al fiduciario, al mandatario, ai familiari e ai conviventi che possono richiederne l'annullamento con ricorso al giudice tutelare.

¹⁸⁷⁾ G. Gennari, La protezione dell'autonomia del disabile psichico, op. cit. (nota 184), sottolinea che nella prassi giurisprudenziale relativa all'interdizione (e, ora, all'amministrazione di sostegno) poca attenzione è stata dedicata alla questione relativa alle modalità con le quali il tutore o, comunque, il decisore sostitutivo, deve esercitare i suoi poteri di cura nei confronti dell'assistito o beneficiario, omettendo così di esaminare le tematiche relative alla persistente titolarità, in capo al malato di mente ovvero al disabile, dei diritti fondamentali anche rispetto alla scelta delle cure sanitarie; nelle sue riflessioni sul tema, spec. pagg. 767-778, questo Autore analizza alcune decisioni giurisprudenziali delle Corti del Massachusetts che, invece, hanno cercato di creare delle regole in relazione al "*substituted judgement*" per ricomporre il conflitto "*tra libertà dell'atto di scelta*" delle cure e "*carenza attuale di facoltà autonome*". In queste sentenze, per valorizzare il diritto di autodeterminazione individuale dell'incapace, si stabilisce che "*il rappresentante deve guardare al passato per cercare di decifrare*" quale sarebbe stata la volontà dell'interessato rispetto alle scelte da effettuare in relazione alla situazione attuale di salute.

Norme di contenuto analogo sono state inserite nel testo dei DDL n. 433 e 687, rispettivamente agli artt. 16 e 12.

Questa procedura standard sembra eccessiva, quantomeno in tutte quelle situazioni in cui l'incapacità è manifesta perché, ad esempio, il malato è in coma ovvero in stato di incoscienza temporanea perché sotto anestesia.

Altri DDL, nel regolamentare le dichiarazioni anticipate, affermano che si tratta di dichiarazioni, espresse da una persona "*capace*", destinate a rimanere valide quando sopravviene "*una perdita della capacità naturale, valutata irreversibile...*" (vedi, sul punto, l'art. 3 del DDL n. 357 del sen. Benvenuto).

Anche nell'art. 3 dei DDL n. 542 del sen. Carloni, n. 665 del sen. Ripamonti e n. 818 del sen. Del Pennino si prevede che le D.A. possono essere manifestate solo da una persona "*capace*".

Nell'art. 2 del DDL n. 773 del sen. Binetti si afferma specificamente che la D.A. può essere espressa solo da un "*soggetto maggiorenne, in grado di intendere e di volere*".

Non si comprende la ragione di condizionare l'efficacia della D.A. all'accertamento dell'esistenza di una incapacità naturale "*irreversibile*", dato che una dichiarazione anticipata può essere manifestata anche per regolare specificamente una situazione temporanea di incapacità del disponente che si trovi, ad esempio, a dovere affrontare un difficile intervento chirurgico con anestesia totale.

Appare più complesso il problema relativo alle condizioni di capacità in cui si deve trovare il disponente nel momento in cui redige la sua D.A..

Il testo presentato dal sen Binetti ricollega la capacità di predisporre una D.A. alla capacità di agire, come regolata dalle norme del codice civile, con esclusione, quindi, di tutta l'area dell'incapacità per minore età.

Altri DDL, invece, fanno riferimento, sul punto, ad un concetto di capacità non meglio specificata che potrebbe includere anche la semplice capacità di fatto, con conseguente allargamento dell'area dei possibili soggetti che possono predisporre una valida D.A..

Dal punto di vista etico sembra giusto allargare la platea dei possibili predisponenti una D.A. anche a soggetti incapaci di agire dal punto di vista civilistico, ma capaci di fatto perché, come i cosiddetti "*minori maturi*", sono in grado di comprendere il valore delle cure e il significato dell'attuazione/non attuazione delle stesse sul loro corpo, quantomeno con riferimento ad alcune specifiche situazioni di malattia.

È evidente, peraltro, che sull'esistenza o meno della capacità del soggetto nel momento in cui fu redatta (o altrimenti manifestata) la DA può sorgere facilmente una controversia.

Si tratta di un punto molto delicato sul piano etico-giuridico che può anche essere oggetto di strumentalizzazione nel momento in cui si voglia, ad esempio, contestare una D.A. che non trova d'accordo il medico curante ovvero un familiare.

Probabilmente per queste ragioni alcuni dei DDL in esame hanno stabilito che le D.A. devono essere redatte "*per atto pubblico notarile*" (vedi, sul punto, gli artt. 13 e 15 rispettivamente dei DDL n. 3 e 433) ovvero "*con atto scritto di data certa e con certificazione autenticata*" (vedi, l'art. 3 dei DDL n. 542, n. 665 e n. 818).

Questa rigidità delle forme consentite per la redazione delle D.A. può aiutare a risolvere il problema dell'accertamento della capacità del soggetto al momento della redazione della dichiarazione anticipata di trattamento, ma rende certamente meno agevole questa manifestazione di volontà per talune fasce della popolazione, per i costi connessi a questa tipologia di atti e per altri presumibili motivi.

Deve essere, inoltre, evidenziato che la riforma delle misure di protezione degli incapaci, di cui alla legge n. 6/2004, ha messo in crisi il principio dell'incapacità assoluta prevista dalla vecchia disciplina dell'interdizione e ha stabilito il diverso principio in base al quale le misure di protezione non devono eccedere le concrete, specifiche necessità del soggetto "*beneficiario*" delle stesse.

Occorre, dunque, rivalutare il concetto di capacità di fatto perché se l'interessato, pur con problemi di malattia mentale, viene giudicato in possesso di sufficienti capacità di comprensione e

valutazione rispetto alle problematiche che concernono la sua salute e la gestione del suo corpo, diventa non necessario limitare la sua autonoma capacità d'azione in questo campo.

D'altra parte da tempo si tende giustamente ad evidenziare che le cure sanitarie appartengono ad un'area strettamente personale al paziente e che, quindi, l'opportunità dell'esecuzione o meno dei trattamenti assistenziali che riguardano un determinato soggetto deve tendenzialmente essere sottoposta alla personale valutazione dell'interessato, secondo il suo metro di giudizio.

Si dovrebbe, dunque, cambiare atteggiamento rispetto alle persone in stato di fragilità e debolezza e tendere ad allargare l'area dei potenziali predisponenti le D.A. anche verso soggetti in passato ritenuti incapaci, peraltro, in base a parametri di natura generale riferiti essenzialmente all'incapacità di amministrazione del patrimonio economico.

È evidente che rimane fermo il principio di protezione dei soggetti correttamente giudicati, in base alle norme attuali, incapaci di decidere specificamente rispetto alle scelte relative alla loro salute, ma, nel valutare l'effettiva residua capacità, occorre non avere pregiudizi e preconcetti che possano condurre ad una eccessiva limitazione delle capacità decisionali dell'interessato.

Non si dovrebbe, quindi, giudicare incapace un soggetto solo perché le sue scelte di vita sono fondate su valori diversi da quelli condivisi dalla maggioranza della popolazione e i sanitari dovrebbero comprendere che le scelte sulla salute non devono necessariamente rispondere ad un principio astratto di "*beneficenza*", ma hanno un fondamento più complesso nel quale, talvolta, assumono maggiore valore considerazioni di natura diversa, con particolare riferimento alla qualità della vita attesa e alla tutela complessiva della propria dignità.

La paura di perdere la qualità minima di vita ritenuta accettabile e di non potere preservare la propria dignità nella malattia sono considerazioni che possono spingere anche gli individui "*fragili*" a manifestare validamente dichiarazioni anticipate di volontà con riferimento ad eventi attesi e temuti perché riducono fortemente le capacità di agire in autonomia.

Rimane, comunque, ferma, quando sopravviene l'incapacità di decidere durante la malattia o per effetto di un improvviso evento traumatico, la necessità di un confronto dialettico tra operatori sanitari e decisori sostitutivi circa l'individuazione, in concreto, delle modalità assistenziali che corrispondono al migliore interesse del soggetto incapace.

13.7 L'implementazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Alcuni dei DDL in oggetto si pongono giustamente il problema della diffusione delle dichiarazioni anticipate e contengono norme dirette a stimolare le persone a manifestare le loro volontà rispetto alle cure future, coinvolgendo al riguardo anche i medici curanti.

Nel DDL n. 773 del sen. Binetti, all'art. 8, ad esempio, si demanda al Ministro della Salute la promozione di campagne informative periodiche al riguardo, la sensibilizzazione dei medici di base su questo problema e la regolamentazione della distribuzione di materiale informativo nelle strutture sanitarie.

In questo DDL si prevede, inoltre, la predisposizione di campagne informative di educazione alla salute nelle scuole superiori, con sviluppo anche dei temi attinenti il consenso informato, la donazione d'organi e l'accanimento terapeutico.

Nel DDL n. 687 del sen. Marino, all'art. 11, si demanda al Ministero della Salute la disciplina dell'implementazione delle D.A. attraverso le ASL e i medici di base, nonché attraverso altri uffici della pubblica amministrazione.

I proponenti di questi DDL dimostrano, con queste iniziative, di credere nello strumento delle dichiarazioni anticipate di trattamento, anche se nel DDL del sen. Binetti si tende a limitare l'oggetto delle D.A., che non possono riguardare l'alimentazione e l'idratazione artificiale, e si esclude la possibilità di regolamentare in modo vincolante per i sanitari il rifiuto dei trattamenti salvavita

Appare positivo il coinvolgimento, nella diffusione della cultura delle D.A., delle strutture sanitarie e dei medici di medicina generale; questi ultimi, in particolare, in qualità di medici curanti di fiducia rappresentano uno mezzo idoneo a far comprendere agli assistiti le varie opportunità offerte dalle manifestazioni anticipate di volontà in merito alle scelte sulle cure future e le relative problematiche.

D'altra parte, come giustamente evidenziato anche da Neri¹⁸⁸⁾ le D.A. hanno maggiori possibilità di essere accettate dalla gran parte della classe medica se percepite non come una imposizione, ma come uno strumento di affermazione dell'autonomia del paziente, utile nella pratica professionale in un quadro di complessive garanzie che ne consentano l'applicazione senza timori di ingiustificate sanzioni.

La partecipazione dei sanitari, quali consulenti, alla redazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento può, inoltre, rendere meno forte l'obiezione circa la mancanza di consapevolezza dei predisponenti rispetto alle scelte effettuate sulle cure future.

Non può, peraltro, correttamente ritenersi che solo i professionisti della sanità possono validamente implementare l'uso di questo strumento.

Non deve, infatti, essere dimenticata l'utilità dell'opera svolta al riguardo delle varie associazioni culturali che hanno lo scopo di far conoscere alle persone i loro diritti nell'ambito della relazione di cura e di diffondere la cultura dell'autonomia e della libertà rispetto alla gestione del proprio corpo. Nel DDL n. 3 del sen. Benvenuto, all'art. 3, si attribuisce alle associazioni la funzione di "*depositarie di copia delle dichiarazioni anticipate dei propri soci*", che, in caso di necessità, possono essere portate a conoscenza dei sanitari curanti, riconoscendo così a queste associazioni anche un ruolo di eventuale testimonianza attiva.

13.8 Brevi considerazioni finali

Da questa breve analisi dei testi dei DDL sopra citati emerge che il quadro è complesso perché sono presenti in Parlamento progetti normativi che rispondono a diverse opzioni sul piano etico-giuridico.

Non sarà, quindi, facile trovare una sintesi utile ad elaborare un progetto unitario che possa essere condiviso da una maggioranza politica che ne consenta l'approvazione nel lungo cammino parlamentare.

D'altra parte **occorre evitare che le esigenze di mediazione politica conducano ad un testo poco rispettoso dei principi costituzionali applicabili alla fattispecie** perché diretto a comprimere inutilmente le libertà degli individui rispetto alle scelte sulle cure.

Siamo convinti che nessuno può essere obbligato a curarsi contro la sua volontà, salvo i casi eccezionali in cui con il suo comportamento mette a rischio la salute della collettività.

D'altra parte il diritto alla salute di cui parla la Costituzione non comporta certamente il dovere di curarsi¹⁸⁹⁾ e, pertanto, sono condivisibili quei disegni di legge che tendono ad assicurare a ciascuno la possibilità di accettare o rifiutare le cure, anche quelle salva vita, e, nel contempo, garantiscono ai sanitari l'esenzione da ogni responsabilità qualora debitamente rispettino la volontà dell'interessato. Il dovere di cura non può non trovare dei limiti in presenza di una contraria volontà manifestata dal titolare del diritto alla salute, anche se espressa in un momento antecedente a quello in cui sorge la necessità dell'intervento sanitario¹⁹⁰⁾.

¹⁸⁸⁾ D. Neri, Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento", op.cit. (nota 179), spec. pagg. 197-198.

¹⁸⁹⁾ Vedi, sul punto, F. Giunta, Diritto di morire e diritto penale, op. cit. (nota 35), spec. pagg. 90-91 e, con riferimento al diritto alla disattivazione di un sostegno artificiale in essere, pagg. 92-95.

¹⁹⁰⁾ Vedi, sul punto, S. Rodotà, Repertorio di fine secolo, Laterza, 1992, pagg. 227-228 e F. Giunta, Diritto di morire e diritto penale, op. cit. (nota 35), spec. pagg. 106-109.

È evidente che le dichiarazioni anticipate sulle cure dovranno essere oggetto di interpretazione al fine di verificarne l'applicabilità alla concreta situazione in cui versa il paziente incosciente, ma questo non significa lasciare alla discrezionalità degli operatori sanitari ogni decisione in merito. Se la dichiarazione espressa in via anticipata dal paziente è sufficientemente chiara nel suo significato, non vi sono valide ragioni per disattenderla in nome di una presunta beneficenza che tutto può sovrastare.

Se vi sono incertezze sulla sua persistente attualità, questi dubbi vanno sciolti insieme al decisore sostitutivo al fine di perseguire quello che l'interessato ha indicato come una condivisibile opzione di cura, non certamente per imporre al malato trattamenti che portino a risultati in contrasto con la qualità minima di vita desiderata e che finiscano con ledere anche la sua dignità di persona.

A questi scopi dovrebbe tendere un auspicabile intervento normativo in questa materia che sia fondato sul rispetto delle persone e della loro autonomia nell'ambito delle cure sanitarie che riguardano solo la loro salute e la loro vita.

Se, invece, si riterrà che esiste un "*bene assoluto*" che, in quanto tale, prevale sulla volontà consapevole dell'interessato, gli spazi di libertà saranno minori di quelli già oggi offerti dalle norme vigenti, sempre che vengano interpretate secondo i principi desumibili dalla carta fondamentale.

Le difficoltà che ha incontrato il sig. Welby nell'attuare il suo diritto di rifiutare la prosecuzione di cure vissute come una ingiusta tortura meritano una risposta normativa che sia capace di assicurare ai malati il giusto rispetto per le loro consapevoli espressioni di volontà rispetto alle cure e ai medici un quadro di regole che non li esponga al rischio di essere sottoposti a un procedimento penale per avere agito rispettando i legittimi desideri del paziente.

In questo contesto non può essere negato ai sanitari di dissentire dalle scelte dei malati da loro non condivise, senza che questa loro libertà di coscienza li legittimi ad attuare trattamenti rifiutati dagli assistiti, ai quali, peraltro, devono essere offerte dal legislatore soluzioni organizzative dei servizi di cura idonee ad accogliere le loro istanze.

La soluzione legislativa qui auspicata non tende a giustificare in alcun modo l'abbandono terapeutico da molti temuto in quanto, se il paziente non rifiuta le cure proposte, rimane fermo il dovere del medico di cercare di attuare le soluzioni più opportune per salvaguardare la sua salute.

Dovere che non viene meno in presenza di un paziente in stato di incoscienza che ha liberamente scelto di non esprimere alcuna volontà anticipata di rifiuto delle cure e che necessità di urgenti terapie che rispondono al suo migliore interesse, come valutato dai sanitari insieme al decisore sostitutivo eventualmente presente nell'occasione.

14. Il disegno di legge n. 1222, d’iniziativa dei sen. Villone e altri diretto a disciplinare il rifiuto del trattamento sanitario in attuazione dell’art. 32 della Costituzione.

Interrogandosi sulla funzione della legge, sulle tecniche legislative, sul rapporto tra pluralismo e regole, sull’opportunità di una disciplina normativa “*elastica*”, “*leggera*”, “*aperta*” e, quindi, di un diritto che sia un strumento di coesistenza tra valori e modelli diversi, e non di imposizione di un modello e delegittimazione di tutti gli altri, Rodotà afferma che quando sono in gioco i diritti fondamentali e le libertà civili è augurabile “*la cristallizzazione*” delle regole “*in formule giuridiche rigide*” e che, peraltro, “*l’area delle scelte individuali deve essere presidiata dalle norme, non invasa*” dal diritto.¹⁹¹⁾

Nella breve relazione che precede il disegno di legge n. 1222 del senatore Villone e altri, diretto a disciplinare il rifiuto del trattamento sanitario, i promotori si interrogano sull’opportunità di un intervento legislativo in questa materia già regolata dall’art. 32 della Costituzione e concludono le loro riflessioni affermando la necessità di una normativa che possa servire a superare le risposte negative che, di fatto, ha ricevuto il sig. Welby alle sue reiterate richieste di ottenere il distacco del respiratore artificiale che lo teneva in vita.

Questo DDL è stato comunicato alla Presidenza del Senato il 19/12/06 e, quindi, è stato preparato prima che il ventilatore artificiale che dal 1997 assicurava la respirazione assistita del sig. Welby venisse staccato dal dr. Riccio, subentrato al precedente medico curante, ma lo scopo della proposta di legge rimane attuale visto l’esito negativo delle istanze avanzate dal predetto paziente al Tribunale di Roma.

Questo DDL, infatti, si propone di rispondere, con una formulazione “*leggera*”, ad una questione concreta resa manifesta dal caso Welby e cioè come rendere effettivo e tutelabile il rifiuto delle cure manifestato in modo consapevole dal soggetto interessato e, nel contempo, salvaguardare da iniziative penali i sanitari che eseguono le richieste del paziente.

14.1 Il DDL si compone di un solo articolo che, al primo comma, stabilisce che “*ai sensi dell’ art. 32 della Costituzione, tutti hanno diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario che non sia reso dalla legge obbligatorio per motivi di salute pubblica o di sicurezza pubblica*” e che “*il rifiuto è vincolante per qualunque operatore sanitario, nelle strutture sia pubbliche, sia private*”.

È manifesta, quindi, l’intenzione di dare attuazione al disposto dell’art. 32 della nostra carta fondamentale che, secondo l’interpretazione dei proponenti, ha già definito compiutamente il bilanciamento degli interessi in questa materia, stabilendo che, al di fuori della previsione ex lege della obbligatorietà di determinati trattamenti, non vi sono altri interessi da contrapporre a quelli oggetto di valutazione da parte del diretto interessato che si sono manifestati attraverso il rifiuto delle cure.

In sostanza, esclusa l’ipotesi del trattamento sanitario obbligatorio per legge, l’interessato rimane esclusivo titolare del diritto di curarsi o meno secondo le indicazioni dei sanitari che lo assistono.

I proponenti, nella loro relazione, ricordano anche che il rifiuto delle cure è rafforzato dal fatto che l’obbligatorietà di un trattamento può essere stabilita dalla legge solo quando è in gioco anche la salute di terzi soggetti ovvero quando “*il disturbo mentale evidenzia il rischio di manifestazioni violente*” e trova un ulteriore limite nel necessario rispetto della dignità della persona.

Il rifiuto delle cure, valido per qualsiasi trattamento “*sanitario*”, in questo DDL è definito “*vincolante*” per tutti gli operatori sanitari che, quindi, si devono astenere dall’esecuzione del trattamento rifiutato, anche se si tratta di una terapia che è conforme alle indicazioni della scienza medica al riguardo e che potrebbe evitare il decesso del paziente.

Non è prevista la possibilità dell’obiezione di coscienza per il caso in cui la sospensione deve essere attuata dai sanitari attraverso l’interruzione del funzionamento di una macchina di supporto vitale e

¹⁹¹⁾ S. Rodotà, Repertorio di fine secolo, op. cit. (nota 190), pagg. 150-168.

questa lacuna, certamente rilevante, non renderà facile il percorso di parlamentare di questo DDL., salvo un intervento integrativo che tuteli in modo accettabile la libertà morale dei curanti.

14.2 Il secondo comma di questo articolo stabilisce che *“il rifiuto si esercita mediante una dichiarazione resa in forma scritta o anche verbalmente”* e che *“in quest’ultimo caso la dichiarazione può essere raccolta direttamente dal medico o da testimoni”*.

Il rifiuto, secondo questa proposta di legge, può, quindi, essere manifestato in due forme, scritta e verbale, quest’ultima se raccolta dal medico non necessita di testimoni; la dichiarazione scritta non deve essere autenticata nella sottoscrizione.

Questa disciplina rende più semplice e agevole la manifestazione del rifiuto delle cure, ma potrebbe creare qualche problema nel riconoscimento effettivo della volontà del malato qualora il soggetto interessato, dopo avere redatto la dichiarazione scritta, dovesse perdere la sua capacità di interloquire con i sanitari che, quindi, potrebbero dubitare del fatto che il rifiuto è stato espresso proprio dalla persona assistita.

Non si comprende, inoltre, perché il rifiuto verbale non testimoniato può essere raccolto solo da un medico e non anche da un infermiere che, in quel momento, è accanto al malato.

14.3 Il terzo comma di questo articolo afferma che è valido anche il rifiuto *“di ogni trattamento volto a tenere in vita malati terminali, per il quale il decesso possa seguire come diretta conseguenza del trattamento medesimo”*.

Non è del tutto chiara la motivazione di questa norma che, inopportuno, appare riferita solo ai *“malati terminali”*, categoria, peraltro, di incerta individuazione sul piano scientifico.

Se l’intenzione dei proponenti è quella di ribadire la validità anche del rifiuto del trattamento salvavita, questo scopo potrebbe essere raggiunto più agevolmente aggiungendo, nel primo comma, laddove si prevede la possibilità di rifiutare *“qualsiasi trattamento sanitario”* le parole *“anche salvavita”*.

Se, invece, l’intenzione dei proponenti è quella di consentire il rifiuto di *“ogni”* trattamento, inclusi quelli, come l’alimentazione e l’idratazione artificiale, che una parte della dottrina e del CNB qualificano come meramente *“assistenziali”*, sarebbe opportuno specificare meglio questa questione per evitare rischi di strumentalizzazione di una norma dal significato non chiaro sul punto.

14.4 Il quarto e ultimo comma di questo articolo unico afferma, infine, che *“la mancata somministrazione o l’interruzione dei trattamenti non costituisce reato, quando sia conseguenza del diritto al rifiuto di cui alla presente legge”*.

Questa disposizione è utile ad escludere la responsabilità penale dei sanitari che non iniziano ovvero che sospendono un trattamento in presenza del rifiuto espresso dal diretto interessato, ma sarebbe, forse, migliore una formula che escluda ogni e qualsiasi responsabilità in seguito alla sospensione delle cure attuata dai sanitari in conformità alla richiesta del paziente.

Una norma così strutturata dovrebbe essere idonea ad evitare atteggiamenti di *“medicina difensiva”* e costringerebbe i curanti a confrontarsi liberamente con le richieste dei pazienti, senza timori di sanzioni penali, civili o disciplinari.

14.5 Questo DDL deve ancora iniziare il suo cammino parlamentare che non appare facile, tenuto conto del fatto che **mette in discussione**, nell’ambito della relazione di cura, **il dogma dell’indisponibilità del bene vita anche da parte del diretto interessato**.

Viste le discussioni che sono sorte sul piano etico e giuridico in relazione al caso Welby anche un disegno di legge di portata così limitata, come questo ora oggetto di esame, rischia di non trovare una maggioranza parlamentare che lo sostenga sino all’approvazione definitiva.

Si potrebbe ritenere che non è proprio necessario un DDL così strutturato, che non affronta nel complesso la tematica della relazione di cura, né disciplina specificamente la materia delle

dichiarazioni o direttive anticipate di trattamento, ma si limita dare attuazione all'art. 32 della Costituzione per quanto concerne il rifiuto delle cure.

D'altra parte le difficoltà che non solo i sanitari, ma anche i magistrati hanno sinora manifestato nell'accogliere il rifiuto dei trattamenti salvavita espresso consapevolmente dai pazienti, in sostanza, nell'attualità di una relazione terapeutica - come evidenziato dal caso del sig. Welby e dai casi relativi al rifiuto delle emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova - hanno fornito l'occasione a una parte delle forze politiche presenti in Parlamento di intervenire sul piano normativo con questo DDL per cercare di assicurare una tutela effettiva a questo diritto di libertà, già sancito dalla Costituzione.

Il clima politico attuale non sembra, peraltro, propizio per un rapido intervento normativo e, quindi, molto probabilmente del rifiuto delle cure si continuerà a parlare e discutere anche nelle aule giudiziarie, con costi non indifferenti per i contendenti non solo sul piano economico, ma anche sul piano delle sofferenze morali.

La consapevolezza dell'esistenza nella società di una non uniforme valutazione dei principi etici e degli interessi in conflitto non dovrebbe, peraltro, impedire che si possa trovare un soddisfacente accordo sul punto, che salvaguardi sia il diritto di ciascuno di non subire sul proprio corpo atti invasivi indesiderati, sia il diritto da parte dei sanitari di non essere costretti a tenere comportamenti che contrastino con la loro coscienza.

Uno Stato laico deve non solo evitare di avere atteggiamenti confessionali, ma anche essere capace di dettare norme che assicurino l'esercizio di libertà fondamentali, come quelli di cui si discute, quando non interferiscono con le libertà altrui.

Non sembra corretto, d'altra parte, negare tutela al rifiuto dei trattamenti ovvero alle scelte, anche espresse in via anticipata, dei pazienti rispetto alle loro esigenze di cura, affermando che così si limita in modo non appropriato l'autonomia professionale dei sanitari, dato che non possono essere messi sullo stesso piano interessi di natura e contenuto molto diversi.

Per i pazienti, infatti, non sono in gioco solo la salute e la vita, ma anche e soprattutto la libertà da comportamenti indesiderati che invadono illegittimamente la loro sfera corporale, in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 13 e 32 della Costituzione.

Per il paziente è in gioco, quindi, anche la sua dignità complessiva di persona umana che merita rispetto anche quando compie scelte di vita non coincidenti con quelle di chi, in qualità di professionista, pretende di agire nel suo esclusivo interesse in base ad un presunto principio di beneficenza di natura oggettiva.

BIBLIOGRAFIA

VOLUMI

AA.VV., *Alla fine della vita. Casi e questioni etiche*. Comitato Etico Fondazione Floriani, Guerrini, Milano, 2002.

Aramini, M., *Introduzione alla Bioetica*,+ Giuffrè Ed., Milano, 2003.

Balestra, L., *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, Fondazione Veronesi, 2006.

Barbera A., *Eutanasia : Riflessioni etiche, storiche e comparatistiche*, in *Eutanasia e diritto, Confronto tra discipline*, S. Canestrari, G. Cimbalo e G. Pappalardo (a cura di), Giappichelli, Torino, 2003.

Barni, M., *Diritti – Doveri, Responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto*, Giuffrè Ed., Milano, 1999.

Barni, M., *Medici e pazienti di fronte alle cure*, in *Medicina e Diritto*, M. Barni, A. Santosuosso, a cura di, ,Giuffrè Ed., Milano, 1995.

Bonilini, G., *Testamento per la vita e Amministrazione di Sostegno*, in *Il testamento biologico, riflessione di 10 giuristi*, Fondazione Veronesi, 2006.

Borsellino, P., *Bioetica e filosofia*, in *Medicina e Diritto*, M. Barni, A. Santosuosso, a cura di, Giuffrè Ed., Milano, 1995.

Borsellino, P., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Editore Zadig, Milano, 1999.

Borsellino, P., *Le direttive anticipate*, in *Bioetica chirurgica e medica*, L. Battaglia e G. Macellari, a cura di, Edizioni Essebiemme, Noceto, 2002.

Borsellino, P. *Etica di fine vita*, in *Psiconcologia*, D. Amadori, M. L. Bellini, e altri, a cura di, Masson, Milano, 2002.

Canestrari, S., *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Eutanasia e diritto, Confronto tra discipline*, S. Canestrari, G. Cimbalo e G. Pappalardo (a cura di), Giappichelli, Torino, 2003.

Casali, P.G., Fucci, S., *La decisione clinica e le scelte terapeutiche*, in *Psiconcologia*, D. Amadori, M. L. Bellini e altri, a cura di, Masson, Milano, 2002.

Casonato, C., *Introduzione al biodiritto, La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006.

Cattorini, P.,Mordacci. R., Reichlin, M., a cura di, *Introduzione allo studio della bioetica*, Europa Scienze Umane Ed., Milano, 1996.

Cattorini, P., *Bioetica. Metodo ed elementi di base per affrontare problemi clinici*, Masson, Milano, 1997.

Cimbalo, G., *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Eutanasia e diritto, Confronto tra discipline*, S. Canestrari, G. Cimbalo e G. Pappalardo (a cura di), Giappichelli, Torino, 2003.

Dalla Torre, G., *Bioetica e diritto*. Saggi, Torino, 1993.

De Franco, R., *In nome di Ippocrate. Dall' "olocausto medico" nazista all'etica della sperimentazione contemporanea*, Franco Angeli, Milano, 2001.

De Pietro, O., *Il consenso dell'avente diritto e il consenso del paziente*, Marinucci Ed., Napoli, 1988.

Dworkin, R., *Il dominio della vita. Aborto, Eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.

Fornero, G., *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Paravia Bruno Mondadori Ed., 2005.

Fucci, S., *Informazione e consenso nel rapporto medico-paziente*, Masson Ed., Milano, 1996.

Fucci, S., Saracco, G., Rizzetto, M., *Aspetti etico-giuridici del rapporto medico-paziente. Le responsabilità dell'epatologo e del gastroenterologo*, Forum Service Ed., Genova, 2001.

Funghi, P., Giunta, F., a cura di, *Medicina bioetica diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, Edizioni ETS, 2005.

Gemma G., *Vita (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1999.

Ingrao, P., *Difesa della libertà di coscienza*, in *Minoranze, coscienza e dovere della memoria*, AA. VV., Jovene Editore, Napoli, 2001.

Lecaldano, E., *Questioni etiche sui confini della vita*, in A. D Meo, C. Mancina, *Bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1989

Lecaldano, E., *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

Lecaldano, E., *Un'etica senza Dio*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

Mantovani, F., *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, 1990.

Mordacci, R., *Bioetica della sperimentazione. Fondamenti e linee guida*, Franco Angeli, Milano, 1997.

Neri, D., *Eutanasia. Valori, scelte morali e dignità delle persone*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

Neri, D., *L'eutanasia in Olanda : una difesa con qualche riserva*, in *Viafora*, a cura di, 1996.

Neri, D., *Può la Bioetica non essere laica ?*, in E. D'Orazio, M. Mori, a cura di, *Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia ? Dibattito sul Manifesto di bioetica laica*, *Notizie di Politeia*, XII, 1996, nn. 41-42.

Neri, D., *Filosofia morale. Manuale introduttivo*, Guerrini, Milano, 2003.

- Patti, S., *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, Fondazione Veronesi, 2006.
- Pessina, A., a cura di, *Scelte di confine. Sugli orientamenti dei medici rianimatori*, Vita e Pensiero Milano, 2004.
- Pocar, V., *Alla fine della vita : un medesimo principio per tre questioni*, in *Dignità del morire*, Manconi L, Dameno, R. (a cura di), Guerrini, Milano, 2003.
- Rescigno, P., *La scelta del testamento biologico*, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, 2006, Fondazione Veronesi.
- Rodotà, S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
- Rodotà, S., a cura di, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993.
- Rodotà, S., *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006.
- Santosuosso, A., *Le decisioni sulle cure quando il paziente è incapace*, in *Medicina e Diritto*, M. Barni, A. Santosuosso, a cura di, Giuffrè Ed., Milano, 1995.
- Santosuosso, A. a cura di, *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Raffaello Cortina Ed., 1996.
- Santosuosso, A., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina Ed., 2001.
- Scarpelli, U., *Bioetica laica*, Baldini e Castoldi, 1998.
- Semplici, S., *Il diritto di morire bene*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- Sesta, M., *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate*, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, Fondazione Veronesi, 2006.
- Sgreccia, E., *Manuale di Bioetica, Fondamenti ed etica biomedica*, Ed. Vita e Pensiero, Milano, 1996.
- Tettamanzi, D., *Nuova Bioetica Cristiana*, Piemme, Casale Monferrato, 2000.
- Vella. G., Siracusano A., a cura di, *Il consenso informato in psichiatria*, Il Pensiero Scientifico Ed., Roma, 1996.
- Veronesi, U., *Il diritto di morire*, 2005.
- Vezzoni, C., *The legal status and social practice of treatment directives in the Netherlands*, Rijksuniversiteit Gronigen, 2005.
- Viganò, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè Ed., Milano, 2000.
- Vincenti Amato, D., *Tutela della salute e libertà individuale*, Guida, Napoli, 1983

Vincenti Amato, D., *Il silenzio della legge e il testamento di vita*, in *Il testamento biologico : riflessione di 10 giuristi*, Fondazione Veronesi, 2006.

ARTICOLI

Avecone, P., *Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale da decesso. Aspetti giuridici*, La Giustizia Penale, 1998, II, 662-665.

Barni, M., *Di una triste trasfusione ematica a Milano/2*, Bioetica Riv. Int., 2000, 461-462.

Barni, M., *Equilibrismi dialettici tra consenso limitato e dissenso esplicito*, Riv. It. Med. Leg. XXV, 2003, 402-405.

Barni, M., *Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente : crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, Riv. It. Med. Leg., 2006, 399-402.

Borsellino, P., *Decisioni di fine vita a confronto : i casi di "Miss B" e di Diane Pretty*, Bioetica Riv. Int., 2004, 200-210.

Borsellino, P., *La responsabilità del medico nel processo del morire*, Cass. Pen., 2004, 3019-3032.

Calò, E., *L'amministratore di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, Notariato, 2004, 248-253.

Calò, E., *Richiesta di sospensione dell'alimentazione a persona in stato vegetativo : la Cassazione decide di non decidere*, Corriere Giuridico, 2005, 6, 790-792.

Canestrari, S., *Le diverse tipologie di eutanasia*, Riv. It. Med. Leg. XXV, 2003, 751-775..

Carapezza Figlia, G., *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, Familia, 2004, I, 1055-1096.

Cassano, G., *Accanimento terapeutico ed atti eutanasi*, Riv. Penale, 947-954.

Cendon, P., *Malattia terminale e minore età*, NGCC, 2003, 467-478.

Chiò, A., Silani, V., *Amiotrophic Lateral Sclerosis Care in Italy : a nationwide study in neurological centers*, Journal Neurological Sciences, 2001, 145-150.

Ciliberti, R., *Le scelte di fine vita : il diritto di autodeterminazione nei soggetti incompetenti*, Bioetica Riv. Int., 2001, 435-442.

Conci, P., Janssen, A., *La nuova disciplina dell'aiuto a morire e del suicidio clinicamente assistito nei Paesi Bassi*, Dir. Famiglia e Persone., 2001, pagg. 1787-1797.

D'Agostino, F., *Diritto e eutanasia*, Bioetica Riv. Int., 1999, 94-108.

D'Agostino, F., *Eutanasia per pazienti in stato vegetativo permanente ?*, Bioetica Riv. Int., 282-287.

- Defanti, C.A., *Lo stato vegetativo persistente : un appello alla nostra responsabilità*, Bioetica Riv. Int., 2000, 50-59.
- Del Corso, S., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, Riv. It. Dir. e Proc. Pen. 1997, 536-574.
- De Matteis, F., *Responsabilità professionale medica : finalità terapeutica e consenso del paziente*, Riv. It. Med. Leg., XXIV, 2002, 574-581.
- Dubolino, F., Marella G. L., Apostol, M. A., *Trasfusioni di sangue e suoi derivati. Implicazioni medico-legali*, Riv. It. Med. Leg. 2002, pagg. 727-757.
- Eusebi, L., *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, Arch. Pen., 1985, pagg. 508 e segg..
- Eusebi, L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico, profili giuridico-penali*, Riv. It. Med. Leg. XVII, 1995, 727-739.
- Ferrando, G., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1998, pagg. 37 e segg.
- Ferrando, G., *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, Europa e Diritto Privato, 2002, 761-784.
- Ferrando, G., *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici : un problema irrisolto*, Familia, 2004, II, 1173-1187.
- Fiori, A., La Monaca, G., Albertacci, G., *In tema di trattamenti medico-chirurgici effettuati per autonoma decisione del medico senza previo consenso del paziente : un passo avanti nella giurisprudenza della Cassazione penale ?*, Riv. It. Med. Leg., 2002, 880-896.
- Fucci, S., *Rilevanza giuridica del rifiuto delle cure da parte del paziente*, Bioetica Riv. Int., 2000, 123-132.
- Fucci, S., *Potere di curare del medico e diritto alla salute del paziente*, Riv. It. Med. Leg. XXV, 2003, 405-408.
- Fucci, S., *I diritti di Eluana, prime riflessioni*, Bioetica Riv. Int., 2004, 95-99.
- Fucci, S., *Il caso Charlotte*, Bioetica Riv. Int., 2005, 135-143.
- Gennari, G., *La protezione dell'autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato*, Familia, 2006, 733-778.
- Giunta, F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, Riv. It. Dir. e Proc. Pen. 1997, 74-125.
- Giunta, F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, Dir. Pen e Proc., 1999, 403-408.
- Giunta, F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, Dir. Pen e Proc., 2001, 377-410.

- Gorgoni, A., *L'amministrazione di sostegno : profili sostanziali*, Riv. Diritto Privato, 603-682.
- Iadecola, G., *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)*, Cass. Pen., 1998, 953-958.
- Iadecola, G., *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, Riv. It. Med. Leg. XXV, 2003, 477.
- Magliona, B., *Purché il medico non diventi dispensatore di morte*, Dir. Pen e Proc., 1996, 1056-1058.
- Magnini, V., *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale : profili penalistici*, Cassazione Penale, 2006, 5, 1985-1993.
- Mantovani, F., *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, Riv. It. Dir. e Proc. Pen. 1988, 448-469.
- Monticelli, L.; *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, L'Indice Penale, 1998, 463-517.
- Modugno, F., *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e costituzione*, in D.S., 1982, pagg. 314 e segg..
- Muramoto, O., *Bioethical aspects of recent changes in the policy of refusal of blood by Jehovah's Witness*, B.M.J., 2001, 322, 37-39.
- Neri, D., *La porta è sempre aperta ? Osservazioni su dignità del morire, diritto e etica medica*, Bioetica Riv. Int., 1999, 144-159.
- Neri, D., *Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento"*, Boetica, 2004, 2, pagg. 188-199.
- Pocar, V., *In merito ai decreti sul "caso E.E"*, Bioetica Riv. Int., 2000, 60-65.
- Ponzanelli, G., *Nancy Cruzan, La Corte Suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, Foro Italiano, 1991, IV, 72-75.
- Pugliese, V., *Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale*, Rivista penale, 2006, 1017 e segg..
- Quadri, E., *Il codice deontologico medico e i rapporti tra etica e diritto*, Resp. Civile, 2002, 925-948.
- Santosuosso, A., *Il paziente incosciente e le decisioni sulle cure : il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, Foro Italiano, 1991, IV, pag. 66-72.
- Santosuosso, A., *Rifiuto di terapie su paziente non capace : quale il ruolo dei familiari*, Dir. Pen. e Proc., 1996, 2, 204-208.
- Santosuosso, A., *Di una triste trasfusione ematica a Milano/1*, Bioetica Riv. Int., 2000, 454-460.
- Santosuosso, A., *Aperture importanti e remore inspiegabili della Corte d'Appello di Milano sul caso "E.E."*, Bioetica Riv. Int., 2000, 66-80.

- Santosuosso, A., *Novità e remore sullo “stato vegetativo persistente”*, Foro It., 2000, 1, 2026-2034.
- Santosuosso, A., Fieconi, F., *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, NGCC, 2005, parte II, 38-48.
- Santosuosso, A., Turri, G.C., *La trincea dell’inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, NGCC, 2005, 477-485.
- Schiavone, M., *Riflessioni bioetiche sullo stato vegetativo permanente*, Bioetica Riv. Int., 2001, 288-297.
- Seminara, S., *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1995, 670-727.
- Spinsanti, S., *Bioetica da ridere, bioetica da piangere*, Jaunus, 2006, 24, 11-13.
- Spoto, G., *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, Europa e diritto privato, 2005, 179-204.
- Stortoni, L., *Profili penali dell’eutanasia*, Familia, 2003, 321-329.
- Vallini, A., *Il significato giuridico-penale del dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1998, 1426-1436.
- Vercellone, P., *Soggetti fragili da sostenere : qual’è il beneficiario tipo dell’amministrazione di sostegno a Torino*, NGCC, 2003, II, 53-57.
- Viganò, F., *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, Diritto Penale e Processo, 2007, 1, 5-10.
- Zangani, P., *Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale da decesso. Aspetti medico-legali*, La Giustizia Penale, 1998, II, 659-662.