

“IL TESTAMENTO BIOLOGICO”

Premessa- Inquadramento della problematica- Piano della trattazione

Capitolo I

LA TUTELA DELLA PERSONA, DELLA SALUTE E L’AUTODETERMINAZIONE

DELL’AMMALATO

1.I riferimenti normativi in ambito sovranazionale, tra tutela della salute ed autodeterminazione

1.1 La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, La Convenzione di Oviedo e la Carta europea dei Diritti del malato

1.2 La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo

2. La disciplina delle disposizioni sul “fine vita” negli Usa ed in Europa

2.1.I sistemi di common law, con particolare riferimento agli U.s.a.

2.2.Le disposizioni sul fine vita nei principali ordinamenti europei

3.I principi costituzionali di riferimento: gli art 2,3, 13 e 32 Cost..

4. La disciplina codicistica sugli atti di disposizione del corpo.

4.1.I diritti della personalità

4.1.2 Il diritto all’integrità fisica e agli atti di disposizione del proprio corpo ex art 5.c.c.

5. Le difficoltà di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina organica sulle disposizioni di fine vita. Osservazioni preliminari

Capitolo II

LE DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO (DAT)

PARTE I:

1. Alcune questioni terminologiche poste dalla dottrina sull'utilizzo improprio del termine testamento biologico. Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT)

2. La natura giuridica delle Dat, quali atto giuridico in senso stretto ovvero quali atti aventi natura negoziale. Le opinioni dottrinarie circa "l'alterità" della dichiarazione. Le conseguenze che derivano dalle diverse impostazioni.

3. Requisiti di validità del negozio dispositivo:

3.1 La volontà del disponente. Cenni e rinvio

3.1.1 Il consenso informato

3.1.3 I requisiti del consenso

3.1.4 Modalità di acquisizione del consenso

3.2. Consenso prestato dal paziente minore di età

3.2.1 La valenza giuridica del consenso prestato dal soggetto minore ai Trattamenti sanitari in ipotesi di violenza fisica o abusi sessuali effettivi o presunti.

3.2.2 Consenso prestato dall'amministratore di sostegno o dal tutore del Paziente interdetto o sottoposto ad un amministrazione di sostegno

3.2.3 L'ipotesi del paziente in condizione di incapacità naturale ex art. 428 c.c.

3.2.4 Somministrazione di trattamenti senza consenso: i trattamenti sanitari obbligatori(t.s.o.). La Legge 23 dicembre 1978, n. 833

3.2.5 Dissenso di persone maggiorenni e capaci. Requisiti di validità

3.2.6 La forma scritta *ad substantiam*

4. Somministrazione del trattamento sanitario senza il consenso: lo stato di necessità

5. Inquadramento giuridico del soggetto che attua l'altrui volontà tra rappresentanza e negozio fiduciario

5.1 L'istituto dell'amministratore di sostegno

5.2 Le recenti pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità

PARTE II

1.L'evoluzione giurisprudenziale tra Ads e volontà presunta

1.1 “Il *diritto alla vita* non più in senso assoluto, perché confligente con altri diritti fondamentali della persona: l'*autonomia* come diritto di autoregolarsi, di scegliere la propria forma di vita; e la *dignità*, come proclamazione dell'assoluta *intangibilità* di ogni essere umano, dal punto di vista morale, psichico e fisico.”: Il caso Englaro nella pronuncia della Corte di Cassazione n. 21748 del 16 febbraio 2007.

1.2 il sottile confine tra autodeterminazione ed eutanasia: Il caso Welby pronuncia del tribunale di Roma n.2040 del 17 ottobre 2007.

1.3 Le recenti pronunce del Tribunale di merito con riferimento alla somministrazione di trattamenti sanitari ai testimoni di Geova. Nel bilanciamento tra il diritti costituzionalmente tutelati della libertà religiosa e della tutela della salute.

Capitolo III

PROFILI DI RESPONSABILITA' CIVILE

1. Mancata informazione al paziente: interferenze tra obblighi di comportamento e profili di validità.
2. La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per omessa o insufficiente informazione nei confronti del paziente capace:
 - 2.1. Configurabilità di una responsabilità da “contatto sociale”, inquadrabilità nell'ambito della responsabilità contrattuale

2.2. Segue: conseguenza sul piano dell'*onus probandi*.

3. Responsabilità colposa “da accanimento terapeutico consentito”: la legge n. 189 dell'8 novembre 2012 di conversione del decreto-legge 158/2012 (decreto Balduzzi) recante 'Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”

3.1 codice deontologico e colpa specifica

4. Profili risarcitori

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA PERSONA, DELLA SALUTE E L' AUTODETERMINAZIONE DELL'AMMALATO

1. I riferimenti normativi in ambito sovranazionale tra tutela della salute ed autodeterminazione

1.1. La dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, La convenzione di Oviedo e La carta Europea dei diritti del Malato

1.2. La convenzione Europea dei diritti dell'uomo

2. La disciplina delle disposizioni sul “fine vita” negli Usa ed in Europa

2.1. I sistemi di Common law, con particolare riferimento agli U.S.A.

2.2. Le disposizioni sul fine vita nei principali ordinamenti europei

3. I principi costituzionali di riferimento: gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.

4. La

disciplina codicistica sugli atti di disposizione del corpo; 4.1 I diritti della personalità 4.1.2. Il diritto all'integrità fisica e gli atti di disposizione del proprio corpo ex art 5.c.c. 5 Le difficoltà di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina organica sulle disposizioni di fine vita: osservazioni preliminari

La tematica del <<fine vita>> è delicata e mutevole, ricoprendo una straordinaria importanza nel quadro generale dell'ordinamento positivo di uno stato; pertanto le fonti si livellano sia nazionalmente che sovranazionalmente, enucleando i principi cardine da cui muoversi e limitarsi, attraverso i quali si può giungere ad una organicità della legislazione, che nel nostro ordinamento risulta ancora gravemente lacunosa.

1. I riferimenti normativi in ambito sovranazionale tra tutela della salute ed autodeterminazione

1.1 La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, la convenzione di Oviedo e La carta Europea dei diritti del Malato

Nel preambolo e nell'Articolo 1, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo proclama inequivocabilmente i diritti innati di ogni essere umano: "La noncuranza e il disprezzo per i diritti umani hanno prodotto atti barbarici che hanno oltraggiato la coscienza dell'umanità, e l'avvento di un mondo dove gli esseri umani possono godere di libertà di parola e credo,

libertà dalla paura e dalla povertà è stata proclamata come la più elevata aspirazione della gente comune.

Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti.”¹

Pur non essendo formalmente vincolante per gli Stati membri, in quanto dichiarazione di principi, questo documento riveste un'importanza storica fondamentale in quanto rappresenta la prima testimonianza della volontà della comunità internazionale di riconoscere universalmente i diritti che spettano a ciascun essere umano. Inoltre le norme che compongono la Dichiarazione sono ormai considerate, dal punto di vista sostanziale, come principi generali del diritto internazionale e come tali vincolanti per tutti i soggetti di tale ordinamento.²³

¹ *Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti fondamentali*, doc. 2007/C 303/02, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 14 dicembre 2007

² Giliberti G., *Introduzione storica ai diritti umani*, Giappichelli Editore, p.35

³ Tizzano, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 377 ss.. In dottrina si sono confrontate tre scuole di pensiero. Secondo la prima, che sostiene la teoria volontaristica, la personalità internazionale di un'organizzazione internazionale viene conferita attraverso una norma contenuta nel trattato internazionale che la istituisce. Secondo questo orientamento, l'elemento determinante è quindi la volontà degli Stati che creano l'organizzazione di dotarla di una soggettività autonoma e distinta, quale emergente dal trattato istitutivo. La seconda scuola, che sostiene l'idea della personalità giuridica oggettiva delle organizzazioni internazionali, sostiene che qualora un'organizzazione avesse almeno un organo in grado di manifestare una volontà distinta da quella degli Stati membri, questa avrebbe la personalità giuridica. Questa scuola sgancia completamente la soggettività dell'organizzazione internazionale dalla volontà degli Stati membri e la fa invece dipendere dal solo diritto internazionale. La terza e prevalente scuola di pensiero ritiene invece che la soluzione del problema sia da ricercare nella sintesi della teoria volontaristica e di quella che sostiene la personalità giuridica oggettiva delle organizzazioni internazionali, quindi nella simultanea presenza dei requisiti soggettivo, quale emergente dagli atti costitutivi delle organizzazioni, e oggettivo, come derivante dal concreto agire dell'ente nell'ordinamento internazionale. Quest'ultima scuola di pensiero segue l'approccio utilizzato dalla Corte internazionale di Giustizia nell'autorevole parere sul “Risarcimento dei danni subiti al Servizio delle Nazioni Unite” (*Reparation Case*) dell'11 aprile 1949, che, a quanto consta, rappresenta l'unica pronuncia della stessa Corte in materia di personalità giuridica internazionale delle organizzazioni internazionali e dei relativi criteri d'esistenza.

Si può sicuramente affermare che la Dichiarazione universale è l'origine e la fonte ideale di tutti questi atti giuridici internazionali, che esplicitamente si richiamano ad essa sia per il linguaggio usato sia per il contenuto dei diritti.⁴

Secondo la dottrina prevalente la Dichiarazione non è dotata d'efficacia normattiva diretta, cioè non stabilisce in piena autonomia regole di per sé obbligatorie, ma ha un ruolo normativo indiretto nel senso che è espressione della pratica dei diritti umani, il suo atto d'inizio, il suo principio.⁵

La Dichiarazione, il cui stile letterario rappresenta ancora oggi un esempio di eleganza e di chiarezza giuridica, è composta da un Preambolo e trenta articoli. Se volessimo rappresentare la sua struttura con un'immagine, dovremmo pensarla come una piramide rovesciata, il cui vertice, rappresentato dal «riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, [...] fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo», poggia sul terreno della storia e sostiene l'intera struttura. La portata universale di questo principio, troppo spesso dato per scontato o volutamente ignorato, si basa sul riconoscimento di un dato «naturale», quello della dignità umana caratterizzata dal riconoscimento che tutti gli esseri umani «sono dotati di ragione e di coscienza» e che i loro diritti e doveri sono sia «prepolitici», vale a dire non dati o garantiti dalla politica, sia «apolitici», che non attengono alla scelta discrezionale della politica e dell'economia, ma sono

⁴ CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, 2007

⁵ ZANGHI *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII, Utet, Torino, 1997. pp. 154-156.

un dato umano essenziale e originario che è di natura antropologica. I diritti umani «preesistono dunque alla legge scritta. Diventano *ius positum* in virtù del loro “riconoscimento”, non della loro attribuzione, come avviene invece per i meri diritti “soggettivi”» .

Il vertice e la struttura portante dell'intera Dichiarazione è dunque la persona, citata ventitre volte, e la sua dignità, da cui discendono diritti individuali «uguali e imprescrittibili», ma, allo stesso tempo, i diritti dei gruppi sociali e dei corpi intermedi, come la famiglia, considerata «base naturale e fondamentale» della società. La dignità della persona è pertanto la chiave ermeneutica per comprendere sia le quattro finalità contenute nel Preambolo: pace, sicurezza internazionale, sviluppo sociale e democrazia, sia gli articoli della Dichiarazione che stabiliscono i principi di libertà e di uguaglianza (artt. 1-2); i diritti individuali (artt. 3-11); i diritti dell'individuo verso la comunità (artt. 12-17); le libertà costituzionali (di pensiero, opinione, fede e coscienza, parola, associazione, artt. 18-21); i diritti economici e sociali (artt. 22-27); i doveri di ogni individuo verso la comunità e il divieto per gli Stati o per i gruppi di potere economici di compiere atti che pregiudichino i diritti enunciati (artt. 28-30) (9). Sulla «fragile forza» di questi diritti fu riposta la speranza di regolare la vita internazionale fondata sulla giustizia e la pace.⁶

⁶ CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, RIDL, 2002, I. pp. 75-117; Commissione Europea, *Uguaglianza e non discriminazione: rapporto annuale 2004*, Bruxelles, 2004.

Altra fonte di particolare rilevanzaa per l'argomento da noi trattato di nota è la Convenzione di Oviedo;

Convenzione per la protezione dei Diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti della biologia e della medicina:convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, stipulata ad Oviedo (Spagna), il 4 aprile 1997.

Predisposta dal Comitato direttivo sulla bioetica del Consiglio d'Europa, lungamente discussa in seno all'assemblea permanente e poi al comitato dei ministri, ed adottata anche in attuazione della Raccomandazione, 1160/1991 del Consiglio stesso.

La convenzione è meritevole di una speciale attenzione, e non solo per l'argomento da noi trattato del quale si trova esplicito riconoscimento, ma anche perché costituisce una delle più importanti basi per l'armonizzazione degli ordinamenti giuridici dei diversi paesi membri relativamente alle misure per la tutela della dignità e dell'identità umana e per la salvaguardia dell'integrità e degli altri diritti e libertà fondamentali della persona rispetto al progresso scientifico e tecnologico nel campo della biologia e della medicina.

Per questi motivi sarebbe auspicabile che l'Italia procedesse alla ratifica formale della Convenzione autorizzata dal parlamento con legge 145/ 2001 la quale aveva disposto piena ed intera esecuzione dello strumento pattizio.

L'Italia difatti si trova rispetto alla convenzione in una situazione di sospensione dell'efficacia, in quanto è quasi-ratificata dall'Italia nel 2001 con la legge n. 145 ma manca il successivo deposito dello strumento di ratifica in seno al Consiglio d'Europa.

Il riferimento che spesso si attua è al disegno di legge in materia di Disposizioni per la semplificazione degli adempimenti amministrativi connessi alla tutela della salute (n. 1249), nel corso della quale il Governo, attraverso un apposito emendamento (numero 9.0.7), aveva proposto di introdurre la disposizione in base alla quale l'esecutivo «è delegato ad adottare, entro il 31 marzo 2008, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, ratificati ai sensi della legge 28 marzo 2001, n. 145⁷»

Il Parlamento italiano, attraverso la legge 145 del 2001, ha, per un verso, autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa (art. 1); ed ha allo stesso tempo conferito «piena e completa esecuzione» al trattato medesimo e relativo protocollo addizionale (art. 2), perfezionando il tradizionale schema legislativo in materia attraverso la previsione di una «clausola di adattamento» del diritto interno al contenuto del trattato, conferendo a tal fine una delega al Governo⁸

La giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana sembra condividere la necessità dell'elemento del deposito dello strumento di ratifica, riconoscendo come, in assenza del deposito a livello di diritto

⁷ Legge 28/03/2001, n. 145 in Gazzetta Uff. 24/04/2001, n.95

⁸ A.Gitti, *La carta europea dei diritti dell'uomo e la convenzione di biomedica in Riv. internaz.dir. uomo, 1998, 722*

internazionale la correlata legge contenente l'ordine di esecuzione deve considerarsi inefficace .

La Corte, nell'ordinanza n. 282 del 1983, ha infatti affermato che «ritenuto che lo stato italiano finora non ha depositato lo strumento di ratifica e, quindi, nei suoi confronti la Convenzione non é entrata in vigore, (...) deriva l'attuale inoperatività della legge impugnata - concernente la ratifica e contenente l'ordine di esecuzione della Convenzione, necessariamente condizionato all'entrata in vigore della convenzione medesima», concludendo che «neppure l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della menzionata legge, per mancata fissazione del termine per la ratifica, potrebbe rendere vincolante per lo Stato italiano la Convenzione internazionale (...) perché tali effetti derivano esclusivamente dal deposito dello strumento di ratifica»⁹. La giurisprudenza della Corte costituzionale sembra andandosi consolidare su tale impostazione: nella sentenza n. 379 del 2004, infatti, si afferma che «il riferimento all'attuazione degli accordi internazionali "stipulati" dallo Stato e non anche "ratificati" non potrebbe certo legittimare un'esecuzione (...) prima della ratifica che fosse necessaria ai sensi dell'articolo 80 della Costituzione, anche perché in tal caso l'accordo internazionale è certamente privo di efficacia per l'ordinamento italiano», in tal modo confermando il rapporto di precedenza giuridica tra efficacia della ratifica del trattato a livello internazionale da parte dello Stato ed operatività dell'ordine di esecuzione all'interno dell'ordinamento nazionale.

⁹ Ordinanza Corte Costituzionale, n. 282, 29 settembre 1983, in Rivista di diritto internazionale, 1984, pagg. 184 ss.

Sembra potersi affermare che l'efficacia dell'ordine di esecuzione del trattato e l'adattamento del diritto interno è, necessariamente condizionata all'entrata in vigore della Convenzione medesima a livello di diritto internazionale e dalla relativa efficacia a livello di diritto interno delle norme, contenute nel trattato, che risultano condizionate necessariamente al deposito dello strumento di ratifica. Il Governo italiano, esercitando la legittima facoltà di decidere se dare o meno attuazione alla legge di autorizzazione alla ratifica del trattato in esame, non ha ancora perfezionato il procedimento di ratifica, non essendo stato depositato lo strumento di ratifica presso il Consiglio d'Europa¹⁰ e non avendo, di conseguenza, prestato il consenso ad essere vincolato dal trattato ex art. 16 della Convenzione di Vienna, il quale sancisce che «a meno che il trattato disponga diversamente, gli strumenti di ratifica, di accettazione, d'approvazione o di adesione stabiliscono il consenso di uno Stato a essere vincolato da un trattato al momento (...) del loro deposito presso il depositario».

Tenuto conto per un verso dell'attuale condizione di sbilanciamento che caratterizza il rapporto tra i livelli giuridici dei "vasi comunicanti", diritto internazionale e diritto interno, e che ne condiziona l'efficacia sostanziale; considerato per altro verso il difetto della condizione di operatività rappresentata dal perfezionamento della procedura di ratifica della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina attraverso il deposito dello strumento di ratifica, sembra possibile concludere che la

¹⁰ Il comitato direttivo per la bioetica (CDBI) in una delle sue ultime riunioni, per esattezza la quarantesima, tenutasi il 23 giugno 2011, ha preso atto delle seguenti ratifiche della convenzione di Oviedo; la Serbia il 10 febbraio 2011, l'Albania, il 30 marzo 2011, il Montenegro l'otto dicembre 2010, Moldavia il 29 aprile 2011.

medesima Convenzione non può considerarsi attualmente in vigore all'interno dell'ordinamento italiano e quindi neppure in grado di produrre effetti giuridici vincolanti, dal momento che «prima del momento della sua entrata in vigore, il trattato non è ancora produttivo di diritti ed obblighi». Si affermare, paradossalmente, che il trattato sia entrato in vigore esclusivamente nell'ordinamento statale.

L'Italia, quindi, nonostante l'adozione della legge 145 del 28 marzo 2001 di ratifica ed esecuzione della Convenzione, non può ancora dirsi parte della stessa Convenzione e la stessa non può essere considerata, in se stessa, diritto vigente in Italia.

Nonostante la Convenzione non sia, come detto diritto vigente, due sono gli articoli della stessa che assumono rilevanza per la nostra trattazione; l'articolo 5¹¹ centralizza l'importanza dell'informazione e del successivo consenso informato, poi, l'art 9 nel quale non si ritrova, come sarebbe auspicabile, un precetto a rispettare la volontà del soggetto espressa in tema di trattamenti sanitari per il tempo, in cui non sarà più capace di esprimerla, in quanto utilizza termini come desideri e considerazione.¹²

¹¹ art.5."regola generale"Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi.La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso.

¹² Art.9 Desideri precedentemente espressi
I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione.

Altra fonte di riferimento per la trattazione dell'argomento è La Carta Europea dei diritti del malato¹³ la quale è stata presentata a Bruxelles il 5 novembre 2002 e riassume, in 14 punti chiave, i diritti del paziente, condivisi dai paesi dell'Unione Europea. Le strutture sanitarie italiane si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella Carta Europea e così riassunti: 1) Diritto a misure preventive: ogni individuo ha diritto a servizi appropriati a prevenire la malattia. 2) Diritto all'accesso: ogni individuo ha il diritto di accedere ai servizi sanitari che il suo stato di salute richiede. I servizi sanitari devono garantire eguale accesso ad ognuno, senza discriminazioni sulla base delle risorse finanziarie, del luogo di residenza, del tipo di malattia o del momento di accesso al servizio. 3) Diritto all'informazione: ogni individuo ha il diritto di accedere a tutti i tipi di informazione che riguardano il suo stato di salute, i servizi sanitari e come utilizzare tali servizi, nonché tutti quelli che la ricerca scientifica e l'innovazione tecnologica rendono disponibili. 4) Diritto al consenso: ogni individuo ha il diritto ad accedere a tutte le informazioni che possono metterlo in grado di partecipare attivamente alle decisioni che riguardano la sua salute. Tali informazioni costituiscono il prerequisito di ogni procedura e trattamento, ivi compresa la partecipazione alla ricerca scientifica. Tali informazioni, inoltre, devono comprendere i rischi ed i disagi associati al trattamento, gli effetti collaterali e le eventuali alternative alla cura e devono essere poste in una forma chiara, semplice e comprensibile all'utente. Solo su queste basi il paziente può dare il suo consenso

¹³ E' bene ricordare come antecedente storico la Dichiarazione di Alma Ata sull'assistenza sanitaria primaria (*Alma Ata Declaration on primary health care*) venne adottata alla *Conferenza Internazionale sull'assistenza sanitaria primaria* tenuta il 6-12 settembre 1978 ad Alma ata ex-Unione Sovietica . La Conferenza espresse la necessità urgente di azioni da parte di tutti i governi, degli operatori della salute, e della comunità internazionale, per proteggere e promuovere il modello di attenzione primaria della salute, per tutti gli individui del mondo

informativo. 5) Diritto alla libera scelta: ogni individuo ha il diritto di scegliere liberamente tra differenti procedure ed erogatori di trattamenti sanitari sulla base di adeguate informazioni. 6) Diritto alla privacy ed alla confidenzialità: ogni individuo ha diritto alla confidenzialità delle informazioni di carattere personale, incluse quelle che riguardano il suo stato di salute e le possibili procedure diagnostiche o terapeutiche, così come ha diritto alla protezione della sua privacy durante l'attuazione di esami diagnostici, visite specialistiche e trattamenti medico-chirurgici in generale. 7) Diritto al rispetto del tempo dei pazienti: ogni individuo ha diritto a ricevere i necessari trattamenti sanitari in un periodo di tempo veloce e predeterminato. Questo diritto si applica ad ogni fase del trattamento. 8) Diritto al rispetto di standard di qualità: ogni individuo ha il diritto di accedere a servizi sanitari di alta qualità, sulla base della definizione e del rispetto di precisi standard. 9) Diritto alla sicurezza: ogni individuo ha il diritto di essere libero da danni derivanti dal cattivo funzionamento dei servizi sanitari, dalla malpractice (modalità sbagliate) e dagli errori medici ed ha il diritto di accesso a servizi e trattamenti sanitari che garantiscano elevati standard di sicurezza. 10) Diritto all'innovazione: ogni individuo ha il diritto di accedere a procedure innovative, incluse quelle diagnostiche, secondo gli standard internazionali ed indipendentemente da considerazioni economiche o finanziarie. 11) Diritto ad evitare le sofferenze ed il dolore non necessari: ad ogni individuo deve essere evitata la "sofferenza inutile", in ogni fase della sua malattia. 12) Diritto ad un trattamento personalizzato: ogni individuo ha diritto a programmi diagnostici o terapeutici quanto più possibile adatti alle sue personali esigenze. 13) Diritto al reclamo: ogni individuo ha il diritto di reclamare ogni qualvolta abbia sofferto un danno ed ha il diritto a ricevere

una risposta (o una reazione equivalente) al reclamo effettuato. 14) Diritto al risarcimento: ogni individuo ha il diritto di ricevere un sufficiente risarcimento in un tempo ragionevolmente breve ogni qualvolta abbia sofferto un danno fisico ovvero morale e psicologico causato da un trattamento di un servizio sanitario.

1.2 La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Roma, 4 Novembre 1950) è entrata in vigore il 3 Settembre 1953 ed è stata ratificata dall'Italia con Legge n. 848 il 4 Agosto del 1955¹⁴. La Convenzione, istituita in seno al Consiglio d'Europa (organizzazione di cui fanno parte ben 47 paesi, per un'ammontare complessivo di oltre 800 milioni di cittadini) rappresenta il più avanzato sistema di tutela dei diritti umani in campo internazionale,¹⁵ avendo istituito, peraltro, un organo pienamente giurisdizionale (la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sede a Strasburgo) con specifiche finalità di garanzia effettiva dei diritti da essa enunciati contiene una serie di diritti e libertà fondamentali (diritto alla vita, divieto di tortura, divieto di schiavitù e del lavoro forzato, diritto alla libertà ed alla sicurezza, diritto ad un processo equo, principio di legalità, diritto al rispetto della vita privata e familiare, libertà di pensiero di coscienza e di religione, libertà di

¹⁴ Legge 04/08/1955, n. 848 in Gazzetta Uff. 24/09/1955, n.221

¹⁵ TRAMONTANA, *Discriminazione indiretta e nozione di uguaglianza*, in Tutela internazionale dei Diritti Umani, n. 2/2008

espressione „libertà di riunione ed associazione diritto al matrimonio, diritto ad un ricorso effettivo, divieto di discriminazione).¹⁶

Con la Cedu ogni stato si è obbligato al rispetto dei diritti dalla stessa garantiti nell'ambito del proprio ordinamento giuridico nazionale ed a favore di qualunque persona senza distinzione alcuna.

2. La disciplina delle disposizioni sul “fine vita” negli Usa ed in Europa

Al fine di fornire un quadro generale sul testamento biologico e quindi completare il quadro di riferimento delle istanze a cui i disegni di legge hanno cercato di dare una risposta si procederà ad una rapida disamina degli ordinamenti common law ed europei che già dispongono di una disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

2.1 I sistemi di Common law, con particolare riferimento agli U.S.A.

In particolar modo, nei sistemi di common law del Regno Unito, Stati Uniti, Canada e Australia interrompere le terapie mediche, quando scompaia la ragionevole speranza di riportare il paziente ad una condizione di vita accettabile, è prassi costante delle strutture sanitarie nonchè una garanzia dettagliatamente disciplinata dall'ordinamento.

Il primo sistema a dotarsi di una normativa organica in materia, è stato l'ordinamento statale e federale degli Stati Uniti, che si è evoluto in fasi

¹⁶ BAARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla CEDU*, Cedam, 2001. Pp. 409-423; R. Wintemute, “*Within the Ambit*”: *How is the Gap in Article 14 European Convention on Human Rights?*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, 366-382; J. Schokkenbroek, “*The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, 1998; S. Livingstone, “*Article 14 and The Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*”, in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 25-34. De SCHUTTER, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, pp. 17-18.

diverse.

Inizialmente, nello Stato della California nel 1976, fu il caso di Ann Quinlan, in coma a causa di un sinistro stradale, ad essere l'apripista per l'adozione del Natural Death Act.

Esso, si pose come modello degli altri Stati della Confederazione, fino all'emanazione nel 1991, da parte del Congresso del Patient Self Determination Act, che impose agli ospedali che fruiscono di finanziamenti federali, di informare i pazienti al momento dell'ammissione della possibilità di compilare un living will.

Con tale nuova disciplina, le direttive anticipate debbono ritenersi vincolanti per legge e corredate della nomina di un fiduciario che sostituisca il paziente, quando questi sia totalmente incapace.

Negli Stati Uniti, difatti, la via giurisprudenziale, a partire dagli anni Settanta, ha costituito l'antecedente per l'adozione di una disciplina legislativa in materia di testamento biologico ed in generale sul right to die. I primi interventi diretti, come suora evidenziato, sono da ricollegarsi al caso conclusosi nel 1976 di Karen Quinlan, una ragazza ridotta in stato vegetativo permanente, e mantenuta in vita grazie a un respiratore automatico.

I familiari, consapevoli che la figlia non avrebbe mai potuto migliorare la propria condizione clinica, chiesero di interrompere la ventilazione artificiale che ossigenava le cellule di un corpo ormai esanime.

Su tali istanze, la Corte Suprema del New Jersey autorizzò l'interruzione delle terapie, basando le proprie conclusioni sul diritto alla privacy (right of privacy) e riconobbe il diritto, costituzionalmente garantito, di far cessare l'impiego di mezzi straordinari atti ad assicurare un artificiale

prolungamento della vita di persone affette da gravissime ed irreversibili malattie.

I principi individuati nella decisione, costituirono la base per la regolamentazione ufficiale del testamento biologico, con il Natural death Act, letteralmente «documento sulla morte naturale», emanato nello Stato della California lo stesso anno.

In particolare, viene cristallizzata la possibilità che «ogni persona può proporre direttive per evitare l'attuazione o il prolungamento di atti volti a protrarre la vita in condizioni terminali».

Il testamento di vita o living will, così strutturato è ancorato al «diritto a morire con dignità», legittimando il rifiuto all'accanimento terapeutico, ovvero a quei trattamenti che non assurgono a terapia, ma che consentono - unicamente- di prolungare la vita del malato.

A tal fine, veniva stabilito che esso avesse valore a partire dai trenta giorni dopo la dichiarazione scritta e per la durata di tre anni.

L'anno successivo il Congresso americano introdusse il Patient self determination Act, con il quale venne riconosciuto il diritto di ogni individuo di decidere sui trattamenti terapeutici che lo riguardavano, incluso il diritto a rifiutare trattamenti medico-chirurgici.

Tale intervento ha una portata storica, è il primo documento federale a prevedere che al momento dell'ingresso del paziente in ospedale, gli venga comunicato il suo diritto a dare disposizioni anticipate relative alle cure o interventi chirurgici; tali disposizioni che vigeranno automaticamente qualora, lo stesso paziente perda conoscenza.

Per tale ragione, si ritiene che per Advance Directives (direttive anticipate) si debbano intendere quei documenti che registrano le disposizioni dei

pazienti circa gli interventi medici a cui vorrebbero sottoporsi qualora versassero in stato di incapacità.

Più in particolare si nota come le direttive anticipate possano assumere le vesti del living will o anche del Durable Power of Attorney for health care.

Gli Stati Uniti, pertanto in tale ambito si sono mostrati all'avanguardia rispetto agli altri ordinamenti; il sistema giuridico risulta molto più lineare perchè scevro da retaggi storici.

2.2. Le disposizioni sul fine vita nei principali ordinamenti europei

Anche gran parte dei paesi del vecchio continente hanno già una legislazione in merito e tutt'altro che restrittiva.

In Inghilterra il testamento biologico - living will - è riconosciuto fin dal 1993.

Le tappe fondamentali attraverso cui si è giunti a tale riconoscimento sono rappresentate da casi clinico-giuridici, verificatisi tra il 1992 e il 1993.

Con l'approvazione nell'aprile 2007 del «Mental Capacity Act» viene consentito al soggetto interessato il potere di esprimere le proprie volontà anche in ordine ai trattamenti relativi al suo stato di salute, compreso il rifiuto totale del trattamento sanitario. Il Living will si presenta, pertanto, vincolante per il medico, purché valido ed applicabile.

Il sistema francese, nel loro Code de la Santé publique prevedono le directives anticipées cioè la possibilità per tutti i soggetti maggior età di formulare un atto scritto datato e sottoscritto, revocabile, il cui oggetto sono le limitazioni o le cessazioni di trattamenti medico sanitari, che mantiene la sua validità nel momento in cui non fosse più capace di esprimere la

propria volontà.

Il Code de la Santé publique prevede la figura di un fiduciario precedentemente nominato dal soggetto, che intervenga nel momento in cui il soggetto non sia più capace di esprimersi autonomamente.

Ancora in Spagna, nonostante il regime franchista illiberale, che ha governato fino alla metà degli anni settanta, e la pressante presenza della componente cattolica, non ha impedito che fiorisse ad una normativa sul tema «fine vita».

Il testamento vital è stata la risposta, già alla fine degli anni 90.

Esso si compone di due parti; attraverso la prima, il paziente individua le terapie mediche a cui intende sottoporsi nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità, nonché l'enunciazione dei principi fondamentali su cui si fonda la richiesta.

La seconda parte, riguarda l'eventuale rifiuto di rimedi sproporzionati o straordinari in situazioni ove non è prospettabile la guarigione; il dissenso a non prolungare irrazionalmente il processo di morte.

L'ultima riforma è intervenuta con la Legge n. 41387 del 2002 con la quale agli artt. 11 e ss. vengono disciplinate le direttive anticipate di volontà.

Viene nominato un rappresentante il quale ha il compito di dare attuazione alle direttive e instaurare un rapporto con i medici.

In Germania da ultimo nel settembre 2009 è entrata in vigore la legge cd. sulle disposizioni del paziente.

I paragrafi, sono stati sistemati nel BGB tra quelli dedicati all'amministrazione di sostegno¹⁷, poiché questi è il soggetto individuato

¹⁷ Tale figura è disciplinata dalla legge di riforma del diritto di tutela e curatela per maggiori di età del 12 settembre 1990 -*Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für volljährige*

per consentire la realizzazione della volontà del beneficiario, nella delicata materia delle disposizioni di fine vita.

Amministratori di sostegno e procuratori devono fare in modo, nei rapporti con i medici curanti, che le disposizioni del paziente vengano rispettate, tenendo conto della loro corrispondenza alle effettive condizioni di vita e possibilità di trattamento.

La figura dell'amministratore di sostegno si equipara a quella del procuratore, quale soggetto che ha ricevuto una procura che contiene tutte le indicazioni circa i trattamenti, che il rappresentato desidera ricevere o meno in determinate situazioni.

La legge conferma la difficoltà di stabilire nel caso concreto i precisi confini della tutela dell'integrità della persona alla fine della vita, rivestiti di vincolatività nei confronti del medico, al quale viene preclusa - ab origine - la possibilità di decidere autonomamente se ricorrere o meno al trattamento.

La forma deve essere scritta, ma non deve necessariamente ricoprire la forma dell'atto pubblico, inoltre l'efficacia è temporalmente illimitata.

Anche i Paesi Bassi sono esemplari; l'Olanda è stata la prima al mondo a modificare il codice penale, introducendo una legge che disciplinasse il «fine vita» legalizzando l'eutanasia ed il suicidio assistito dal medico.

La validità del testamento biologico, ha origine sin dal 2001.

La ratio dell'istituto, è eliminare la responsabilità medica ove si provi la

(*Betreuungsgesetz*) - BGB I. I 1990, 2002, entrata in vigore il 1° gennaio 1992. Tale istituto, che nasce come forma di protezione ed assistenza in favore dei maggiorenni incapaci, può trovare applicazione anche nei confronti di soggetti che, pur non essendo del tutto incapaci, non sono in grado di gestire autonomamente i loro affari, a causa di un impedimento fisico o psichico. La nomina del *Betreuer* viene fatta dal giudice tutelare, qualora non esista già un procuratore o altro ausiliario, e può avvenire d'ufficio o su richiesta del soggetto interessato prima del sopravvenire dell'incapacità.

richiesta del soggetto, specificando quali sono i criteri valutativi per accertare la validità della richiesta di assistenza al suicidio.

Inoltre, l'innovazione rispetto a tutti gli altri ordinamenti analizzati, è la possibilità garantita al minore di età - il limite sono i 12 anni - di stilare un proprio testamento biologico più precisamente con la necessità del parere obbligatorio e vincolante dei genitori.

3. i principi costituzionali di riferimento : gli artt. 2, 3, 13 e 24 Cost.

Nella tematica delle dichiarazioni anticipate di trattamento forte è il richiamo ai principi costituzionali.

Il primo disegno di legge, S 10 approvato al senato nel marzo 2009, richiama espressamente gli artt 2, 13 e 32, mentre il disegno di legge approvato dalla camera, nel luglio 2011, aggiunge al novero anche l'art 3.

Risulta quindi necessaria per chiarezza espositiva una breve disamina di questi articoli.

E' d'uopo preliminarmente chiarire che i Costituenti, hanno cercato nella redazione delle norme costituzionali, di prestare particolare attenzione al non ancorarsi troppo incisivamente all'aspetto letterale delle disposizioni.

Nei lavori preparatori, difatti, aleggiavano dubbi e paure sulla corretta interpretazione che poi sarebbe stata data dai posteri a quelle norme fondamento della nostra civiltà.

La costituzione italiana, in discontinuità con la prassi affermatasi durante il regime fascista, nell'art. 2 assegna il primato all'individuo, rispetto allo Stato, i diritti sono riconosciuti, preesistenti ed indipendenti dallo stesso, si afferma l'esistenza di diritti innati dei cittadini, che lo stato deve soltanto riconoscere e regolare

Nell'articolo 2 Cost. viene quindi riconosciuto e affermato il valore del singolo individuo, la possibilità di sviluppare pienamente la propria personalità, di fare le proprie scelte, facendo valere i propri diritti e adempiendo ai propri doveri.

Questo principio assegna a ognuno di noi la responsabilità della nostre scelte.

La Costituzione riconosce così il valore della persona sia individualmente, sia in gruppo (nelle "formazioni sociali dove si volge la sua personalità": la famiglia, le associazioni, gli stessi partiti...). Rispetto all'individuo e alle formazioni sociali, lo stato deve limitarsi a creare una cornice dentro la quale ognuno possa fare le proprie scelte.

Per quello che riguarda la tematica del testamento biologico si è asserito che questo articolo ha reso possibile l'inquadramento di diritti "nuovi", che non erano stati previsti nella costituzione e che l'evolversi culturale della società ha evidenziato, come la tutela dell'ambiente, il riconoscimento della vita del nascituro, all'esigenza della procreazione, alla privacy e, secondo alcuni diritto di morire con dignità.

L'art. 2 della nostra Costituzione ha agito come "valvola aperta", rispetto alle trasformazioni dei diritti riconosciuti espressamente dalla nostra costituzione (pensiamo alla salute, alla libertà personale, al paesaggio).

La formulazione dell'art. 2 Cost. ha quindi costituito il perno di un'importante disputa che ha coinvolto dottrina e giurisprudenza. la *quaestio* interpretativa si è incentrata su due letture alternative: quella secondo cui la disposizione dell'art 2 Cost dovrebbe leggersi come norma "riassuntiva" del

catalogo chiuso dei diritti enumerati nel testo costituzionale, e quella, invece, per la quale questa consentirebbe l'apertura del catalogo costituzionale, ricomprendendo anche diritti non enumerati espressamente.¹⁸

La Corte Costituzionale ha mostrato un orientamento, nell'utilizzo dell'art. 2, capace di attribuirgli il carattere di norma di principio autonoma, in grado di ricondurre alla tutela costituzionale "nuovi" diritti fondamentali.

Sembra però, doversi escludere che la Corte, abbia inteso riferire all'art. 2 il significato di fattispecie "aperta", in quanto più semplicemente può dirsi che essa abbia operato un'interpretazione estensiva delle norme costituzionali sui diritti di libertà.

Per quanto riguarda l'art 3, inserito nel novero degli articoli di riferimento solo nel disegno di legge della camera, è sicuramente uno dei principi più significativi della Costituzione Repubblicana: esso è il portato dei valori che discendono dalla rivoluzione francese (*Liberté, égalité et fraternité*) e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

La proclamazione del principio di uguaglianza segna una rottura decisa nei confronti del passato, quando la titolarità dei diritti e dei doveri dipendeva dall'estrazione sociale, dalla religione o dal sesso di appartenenza. Nell'art. 3, bisogna distinguere il primo comma che sancisce l'uguaglianza in senso formale, dal secondo che riconosce l'uguaglianza in senso sostanziale.

¹⁸ PALADIN., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 159.

Uguaglianza formale vuol dire che tutti sono titolari dei medesimi diritti e doveri, in quanto tutti sono uguali davanti alla legge e tutti devono essere, in egual misura, ad essa sottoposti. Le varie specificazioni «senza distinzioni di» furono inserite affinché non trovassero posto storiche discriminazioni, tuttavia, la nostra Costituzione non si arresta al riconoscimento dell'uguaglianza formale: essa va oltre assegnando allo Stato il compito di creare azioni positive per rimuovere quelle barriere di ordine naturale, sociale ed economico che non consentirebbero a ciascuno di noi di realizzare pienamente la propria personalità.

Attraverso l'uguaglianza sostanziale, lo Stato e le sue articolazioni si assumono l'impegno di rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini. Il compito dello Stato è quello di agire concretamente per metter tutti nelle stesse condizioni di partenza, dotando ognuno di pari opportunità per sviluppare e realizzare pienamente e liberamente la propria personalità.

E' proprio in relazione all'aspetto sostanzialistico, che la scrivente ritiene sia pregnante questo articolo in relazione alla tematica del fine vita, in quanto la formulazione di una legge sull'argomento permetterebbe di eliminare la disuguaglianza tra soggetti capaci e non nel momento finale della propria esistenza permettendo ad entrambe di decidere sul modo di terminare la propria vita.

Il carattere aperto del principio di uguaglianza ha consentito alla giurisprudenza della Corte Costituzionale di adeguare continuamente il quadro dei diritti e dei doveri all'evoluzione economica e sociale del nostro Paese. Il principio di uguaglianza è stato declinato in un generale divieto di discriminazione. La disparità di trattamento è consentita solo quando le

differenze sono stabilite dal legislatore in modo ragionevole ed obiettivo¹⁹ e ci si auspica che una futura legge in tema di testamento biologico, non concretizzi una di queste ipotesi.

Altro riferimento normativo è l'art 13 Cost., che cristallizza il principio della inviolabilità della libertà personale, pacificamente considerato un principio generale.

La norma succitata è considerata dai più un'evoluzione di quella introdotta dallo statuto Albertino, la quale, invece, disponeva che la libertà personale è garantita.

L'art 13 Cost., come già affermato, è principio generale di cui gli altri principi possono dirsi esplicazioni o corollari.

Uno di questi corollari è l'art 32 Cost. nel quale viene tutelata la salute come fondamentale diritto dell'individuo e della collettività.

La salute è il primo requisito essenziale della libertà dell'individuo.

L'aspetto problematico di questo articolo si riscontra in riferimento a quelli che ad oggi vengono definiti t.s.o. (trattamenti sanitari obbligatori.), ovvero aspetti limitativi della libertà individuale, ed all'obbligatorietà di alcune cure imposte dallo Stato.

¹⁹ Calamandrei nel suo discorso sulla costituzione afferma Perché quando l'articolo 3 vi dice "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli, di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana" riconosce, con questo, che questi ostacoli oggi ci sono, di fatto e che bisogna rimuoverli. Dà un giudizio, la Costituzione, un giudizio polemico, un giudizio negativo, contro l'ordinamento sociale attuale, che bisogna modificare, attraverso questo strumento di legalità, di trasformazione graduale, che la Costituzione ha messo a disposizione dei cittadini italiani. Ma non è una Costituzione immobile, che abbia fissato, un punto fermo. E' una Costituzione che apre le vie verso l'avvenire, non voglio dire rivoluzionaria, perché rivoluzione nel linguaggio comune s'intende qualche cosa che sovverte violentemente; ma è una Costituzione rinnovatrice, progressiva, che mira alla trasformazione di questa Società, in cui può accadere che, anche quando ci sono le libertà giuridiche e politiche, siano rese inutili, dalle disuguaglianze economiche e dalla impossibilità, per molti cittadini, di essere persone e di accorgersi che dentro di loro c'è una fiamma spirituale che, se fosse sviluppata in un regime di perequazione economica, potrebbe anch'essa contribuire al progresso della Società. Quindi polemica contro il presente, in cui viviamo e impegno di fare quanto è in noi per trasformare questa situazione presente.

La formulazione originaria dell'art. 13 Cost., prevedeva in primis il divieto di trattamenti sanitari lesivi della dignità umana e sull'argomento, uno dei redattori, il Guia, affermando che in realtà ci si riferisse, (seppur non esplicitamente) alle pratiche abortive, interroga l'assemblea su quali siano gli interventi classificabili come lesivi della dignità umana; sostenendo, inoltre, che non sia possibile generalizzare, in quanto ci possono essere dei casi in cui alcuni interventi, seppur ritenuti tali, nella pratica non sono lesivi della dignità umana, generalizzazione che purtroppo sembra essere fatta negli attuali disegni di leggi sul testamento biologico.

Si è affermato altresì, che il “limitare l'intervento di tale tipo di operazione renderebbe la missione del medico più difficile e si stabilirebbe non un principio a favore della salute del popolo bensì il contrario, sostenendo che bisogna applicare per lo sviluppo della civiltà, i principi della scienza e della tecnica che devono essere applicati, perchè progresso significa applicazione e sviluppo di questi principi; qualsiasi divieto si faccia per l'applicazione della scienza e della tecnologia è un divieto che si pone la progresso: è un arresto alla civiltà.”

Leggendo questo intervento, emerge l'attualità dello stesso, e la fondamentale importanza che l'articolo 13 Cost riveste per la tematica in oggetto, tenuto conto che l'approvazione della Costituzione è avvenuta ad un momento antecedente alla introduzione del respiratore artificiale e dalla nutrizione artificiale; i quali rappresentano uno degli elementi problematici per l'approvazione di una legge introduttiva del testamento biologico .

La scienza medica ritiene respirazione ed idrataazione forzata cure a tutti gli effetti, quindi sempre rinunciabili, il legislatore invece si sta ponendo su posizione opposte ritenendole irrinunciabili, poiché rappresentano forme di sostegno vitale, e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita .

Il dibattito, quindi si è inasprito ritenendo questa irrinunciabilità come lesione della dignità umana perchè non permette la cessazione delle cure, come nel caso Englaro.

Di contro, è conclamatamente ritenuto lesivo della dignità stessa l'accanimento terapeutico cioè l'esecuzione di trattamenti di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica.

Inevitabilmente, è legata alla nozione di dignità umana il concetto sia di vita che di salute, riferimenti già presenti nei lavori preparatori nei quali sono state analizzati anche gli scritti di Socrate sulla necessità che i medici curino sì il corpo ma anche l'anima.

La giurisprudenza è univoca nel definire la salute quale BENESSERE PSICO-FISICO concetto emerso in epoca recente con le famose quattro

sentenze gemelle del novembre 2008²⁰ in tema di danno non patrimoniale risarcibile.

E' d'uopo, interrogarsi se l'essere tenuti in vita artificialmente corrisponda ad un benessere psico fisico.

Mens sana in corpore sano ,afferma un famoso brocardo latino, ed allora può ritenersi sano corpo tenuto in vita artificialmente ?

Il concetto di benessere e quello di vita sono difficili da inquadrare in fredde nozioni; la vita nel suo ciclo biologico inizia e finisce seguendo il suo corso ed allora inevitabilmente ci si chiede perchè forzare la naturalità delle cose mantenendo in vita un soggetto, quando naturaliter non ce l'avrebbe fatta?

La questione posta in maniera differente, evidenzia come la mancanza di normativa precluda al soggetto la possibilità di autodeterminarsi.

Il benessere psico fisico di un soggetto capace, può concretarsi anche nella previsione di poter decidere per quando non sarà più capace di farlo; sapendo di terminare la sua esistenza in maniera dignitosa, il benessere psichico può essere individuato anche nell'evitare ai suoi cari una sofferenza senza possibilità certa di esiti fausti.

La nozione di autodeterminazione, ed il rapporto tra quest'ultima e la scienza medica può rientrare nella espressione già utilizzata nei lavori preparatori della Carta costituzionale; “che il giorno verrà in cui la scienza

²⁰ Cass.civ.sez.un nn.26972;26973;26974;26975 tutte depositate in data 11 novembre 2008; in Giust. civ. Mass. 2008, 11, 1588 .Ciò che le ha distinte da molte altre precedenti sentenze della stessa Corte, è stata la loro capacità di innovare i criteri risarcitori del danno non patrimoniale.

non esiterà ad abbreviare le nostre disgrazie, la morte sarà una cosa dolce e serena, la vita se ne andrà piano piano come la luce del giorno cede al crepuscolo della sera, si afferma il dovere di curare il soggetto giovando alla collettività”.

Il concetto espresso è quello di *salus publica come suprema lex*”.

La collettività e l'economicità, che trovano spazio nei lavori preparatori dell'art 32 Costituzione inevitabilmente si ricollegano all'art. 97, Cost che cristallizza principio delle tre E, economicità efficienza ed efficacia.

Allora, il non concedere ad un soggetto di poter decidere, esercitando così un principio costituzionalmente rilevante come quello di autodeterminazione, potrebbe portare, da una visione pubblicistica, ad un aggravio anche della cosa pubblica in tema di efficienza e di economicità.

In altri sistemi giuridici europei e mondiali, forse, cinicamente, si è scelto di permettere il living will (testamento biologico) anche per non appesantire la spesa pubblica, e per non gravare necessariamente sull'erario.

Altro dato da rilevare è che i costituenti , nella formazione delle sottocommissioni hanno scelto l'esclusione di qualsivoglia presenza extra giuridica tali, medici ed ecclesiasti, al fine di evitare ulteriori ingerenze che necessariamente sarebbero confluite nella redazione finale della Carta.

La scelta dei Costituenti di escludere la scienza medica e la religione risultata, per l'epoca obbiettiva e consapevole, con la mutevolezza dei

tempi e delle situazioni risulta ancora appropriata con la necessità di mantenersi però su posizioni meno rigide.

L'evoluzione scientifica è fondamentale per la mutevolezza delle situazioni che sorgono nella proiezione del futuro, ma allo stesso tempo crea non pochi problemi in tema di certezza.

Nell'argomento che ci occupa, allora, il contrasto è sull'elemento fondante sia del testamento biologico che delle d.a.t., ovvero il consenso.

L'art 32 Cost, individua il consenso come elemento legittimante l'intervento del medico, ed in riferimento a ciò è intervenuta anche la Corte Costituzionale con sentenza n. 438/2008 affermando che "il consenso informato ha la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative"

Il consenso, per essere tale, nella sua ordinaria concezione, deve avere ad oggetto diritti disponibili, deve inoltre essere libero, attuale e concreto.

Il requisito della attualità e della disponibilità del diritto hanno destato non poche perplessità in relazione all'oggetto trattato

Per quel che concerne l'attualità, si pone la problematica del lasso di tempo intercorrente tra la redazione del testamento biologico e la sua efficacia,

tale che, in alcuni casi, non possa più ritenersi attuale, qualora la scoperta di nuove cure apra scenari non prevedibili al momento della prestazione del consenso.

Il legislatore, nel disegno di legge, per sopperire a questa evenienza prevede la necessità di rinnovare il testamento biologico ogni cinque anni, trattandosi comunque di un atto sempre revocabile.

Alcuni hanno sostenuto, rifacendosi alla giurisprudenza creata nel caso Englaro, che potrebbe semplicemente implementarsi la volontà espressa nel testamento biologico con le convinzioni di vita del soggetto ed il cd. consenso presunto, qualora il testamento non fosse stato rinnovato e fossero stati conseguiti nuovi traguardi dalla scienza medica.

L'altro elemento della disponibilità dei diritti, emerge palese per la stessa indisponibilità del bene vita.

Per definizione il bene vita è indisponibile e quindi non può crearsi un consenso su questo diritto, si è difatti obiettato che in realtà non si dispone della vita, ma della scelta se curarsi o meno, rifacendosi all'art 32 Cost.

Ciò posto, quello che i nostri legislatori sono tenuti a domandarsi è se possa la scienza e la sua evoluzione rendere vano il consenso prestato da un soggetto pienamente capace di intendere e di volere in relazione ad una

scelta, prettamente personale, inerente un diritto personalissimo come quello alla vita.

Sarebbe forse giusto seguire l'esempio che riscontriamo nei lavori preparatori alla Carta Costituzionale nella quale si sono tenuti scissi i vari campi, difatti il diritto è chiamato a dare certezza in modo equo, imparziale, come stabilito dall'art 3 Cost., tutti hanno diritto di vivere ugualmente in modo dignitoso e allora anche di morire come ritengano dignitoso, uguale diritto di scegliere per sé stessi.

La scrivente ritiene in realtà che sia arrivato il momento di concretizzare rendendo attuali i disegni di legge, rimanendo sempre fedelmente ancorati ai principi dettati dalla nostra carta, tenendo in degna considerazione, senza dipenderne eccessivamente, l'evoluzione della società, e soprattutto, in questo momento storico di europeizzazione generale, guardare fuori dai confini nazionali e prendere esempi dalla stragrande maggioranza degli stati dell'unione che hanno ormai da tempo ,chi in un modo chi nell'altro, integrato del testamento biologico come un elemento di normalità (vedi supra)

4. la disciplina codicistica sugli atti di disposizione del corpo

4.1. introduzione: i diritti della personalita'

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata dalle nazioni Unite il 10 novembre 1948 e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con L.45/848 hanno segnato la svolta nella concezione dei diritti della personalità.

Un tempo risultava difficile concepire l'esistenza di beni che non fossero patrimonialmente valutabili pertanto appropriabili.

I diritti della personalità invece sono caratterizzati fortemente dal loro carattere non patrimoniale ma morale, volti a difendere i beni non solo immanenti ma anche immateriali al punto che non è più concepibile una visione dell'essere umano a prescindere da questi diritti.

Data la loro evoluzione, non tutti i diritti della personalità sono codificati ma molti sono emersi e si sono imposti grazie all'opera di dottrina e giurisprudenza.

La dottrina risulta attualmente divisa tra chi considera il diritto della personalità come un unico diritto che considera l'uomo in ogni sua espressione e tra chi sostiene che sussistano tanti diritti della personalità quanti la legge ne prevede²¹

Questa diafrasi dottrinarica ha trovato il suo naturale epilogo con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale la quale espressamente all'art 2 dichiara che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo in funzione dello sviluppo della sua personalità chiarendo, a parere della scrivente, che non si debba intendersi ogni singolo diritto, bensì qualsiasi interesse proteso alla realizzazione della personalità del soggetto²²

²¹ Opinioni sostenute rispettivamente da Giampiccolo in rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1958 p.466, Ferri rivista di diritto commerciale 1982 ,I,P 85 contra Di majo in rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1962 p 69 sostenuto altresì dalla Suprema Corte di Cassazione a sezione Unite con sentenza 26973/08

²² in questi termini anche Corte Suprema di Cassazioni Sezioni Unite n.582/1999.

I diritti della personalità, così intesi ricevono una tutela multi-livello nel nostro ordinamento, sia dal punto di vista penalistico che da quello civilistico.²³

Sotto il civilistico la tutela si è occupata del diritto all'immagine, del diritto di autore ed in modo particolare degli atti dispositivi del proprio corpo.

Questa protezione, come precedentemente affermato, trova fondamento nella Carta costituzionale nell'art 2 nell'art 3 comma dell'art.13 e dall'art 32

Questi diritti sono caratterizzati assolutezza e quindi la derivante tutela *erga omnes*,e dall'indisponibilità, derivante dall'impossibilità del trasferimento dell'oggetto- persona, sono altresì diritti imprescrittibili .

4.1.2 . il diritto all'integrità fisica agli atti di disposizione del proprio corpo ex art .5 c.c.

L'art 5 del codice civile costituisce il punto di riferimento per la ricostruzione del diritto all'integrità fisica che è tradizionalmente associato al diritto alla salute.

Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione è stato necessario un nuovo inquadramento dell'articolo in questione, alla luce della nuova concezione di personalità e di salute così come costituzionalmente interpretati.

La salute è definita dall'oms come "lo stato di benessere fisico mentale e sociale"^{24,25}

²³ Dal punto di vista penalistico essa mira alla tutela dell'incolumità fisica, per cui è prevista la fattispecie dell'omicidio e delle lesioni,mira altresì alla tutela dell'onore e della morale ,da qui i reati di ingiuria

Il concetto di salute non esiste soltanto in astratto, ma deve misurarsi con la persona specifica della cui salute si discute. Certamente applicando le conoscenze e i parametri della scienza medica potrà dirsi che un soggetto necessita di un determinato intervento chirurgico. Questa valutazione, prevalentemente generale e astratta, può, però, non corrispondere al sentire individuale. Questo contrasto tra scienza e individualità è alimentato inevitabilmente dall'unicità di ciascun essere umano. Il quale valuta il proprio stato di salute anche secondo criteri intimi che prescindono dagli standard della medicina.

La consapevolezza di una nuova dimensione della salute è frutto di un'evoluzione, oramai recepita dal diritto, che ha segnato, nella seconda metà del Novecento, tappe significative, le quali hanno svelato anche l'inadeguatezza dell'alternativa capacità-incapacità per risolvere i problemi giuridici posti dalla necessità di curare una persona priva in tutto o in parte di autonomia.

Secondo la concezione più antica la salute esprimeva esclusivamente una condizione di normalità, la cui alterazione richiedeva l'intervento del medico il quale applicava conoscenze, protocolli e tecniche consolidate

24 D.lgs. C.P.S. 4-3-1947 n. 1068, Approvazione del protocollo concernente la Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) stipulato a New York il 22 luglio 1946. Nel Preambolo della Costituzione OMS si afferma che «La santé est un état de complet bien-être physique, mentale et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladies ou d'infirmité

²⁵ Nella Conferenza dell'OMS che si tenne ad Ottawa in Canada il 21 Novembre 1986 fu adottata una carta sulla promozione della salute. Nel documento finale, "La Carta di Ottawa" ci fornisce una definizione più elaborata di promozione della salute: *"La promozione della salute è il processo che conferisce alle popolazioni i mezzi per assicurare un maggior controllo sul loro livello di salute e migliorarlo. Questo modo di procedere deriva da un concetto che definisce la salute come la misura in cui un gruppo o un individuo possono, da un lato, realizzare le proprie ambizioni e soddisfare i propri bisogni e dall'altro, evolversi con l'ambiente o adattarsi a questo. La salute è dunque percepita come risorsa della vita quotidiana e non come il fine della vita: è un concetto positivo che mette in valore le risorse sociali e individuali, come le capacità fisiche. Così, la promozione della salute non è legata soltanto al settore sanitario: supera gli stili di vita per mirare al benessere"*.

nella scienza. In questo senso la salute - è stato finemente osservato - poiché «traduce una descrizione in prescrizione ha carattere (...) normativo» .²⁶ Ma è evidente che se la salute esprimeva soltanto l'assenza di malattia, la valutazione del bene del paziente si muoveva in una logica esclusivamente oggettiva.

In questa prospettiva il medico diventava la figura preminente nella relazione con il malato, tanto che il primo decideva, in luogo del secondo, la soluzione più giusta in sé, in astratto. Il medico era detentore di una «potestà» di curare. Ma con l'ampliarsi della nozione in parola, apertasi alla soggettività, si è assistito al superamento del paternalismo medico, con conseguente ridimensionamento della concezione normativa della salute «che non è più l'indicatore dominante della relazione terapeutica» .

Le radici di questo mutamento sono ravvisabili nella nota definizione legale di salute redatta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, la quale, nel riferirsi al benessere fisico, psichico e sociale, specifica che tale stato non possa consistere solamente nell'assenza di malattia o d'infermità. Subentra così la dimensione soggettiva della salute, in cui assumono rilievo le valutazioni insindacabili formulate dal paziente sulla propria condizione fisica e psichica. Valutazioni che possono anche non coincidere con quanto la scienza medica prescrive nel caso specifico, attingendo ad altri fattori quali i rapporti familiari, le relazioni sociali, l'ambiente in cui si vive, le proprie concezioni spirituali e religiose.

²⁶ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, Nuova giur. civ. comm., 2008, 403; GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, Tratt. biodiritto, I diritti in medicina, a cura di L. Lenti - PALERMO FABRIS - . ZATTI (Milano 2011), 217-218; *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona cit.*, 404; DURANTE, *La salute come diritto della persona*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, I cit., 584 s.

Il discorso assume maggiore evidenza e spessore giuridico se si esamina la Convenzione dei diritti dell'uomo, e, soprattutto, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina.

La dottrina ha da sempre sostenuto l'insufficienza e l'inadeguatezza della disciplina odierna sugli atti di disposizione del proprio corpo²⁷.

La nozione di atto dispositivo, cui si riconnette tipicamente il problema del consenso dell'avente diritto, è stato oggetto di diverse configurazioni.

La tesi prevalente sostiene che siano idonei a configurare questi tipi di atti sia i negozi siano essi unilaterali o contrattuali sia gli atti giuridici in senso stretto.

Non è mancato, però, chi ha sostenuto che in realtà gli atti cui ci si riferisce sono diversi dal contratto e dall'atto unilaterale tra vivi, avendo riguardo la norma a quelle manifestazioni di volontà contenenti in regolamento di interessi relativo al corpo, di regola destinato ad incidere sulla sfera di terzi, di natura non patrimoniale e generalmente non vincolante.²⁸ ,alcuni altresì escludono anche la categoria dei meri fatti.

Al fine di fornire una sistematica giuridica si è effettuata una distinzione tra: atti compiuta manu propria del soggetto con efficacia limitata nella sua sfera personale, atti compiuti dai terzi sul soggetto e da lui acconsentiti in quanto ritenuti vantaggiosi per sè stesso, nel qual novero rientrano per esempio i trattamenti medici chirurgici, o vantaggiosi per terzi soggetti, ed atti in cui il soggetto si espone al rischio di menomazioni come nel caso delle sperimentazioni cliniche.

²⁷ si ricordino tra i tanti Dogliotti Ansaldo, Bessone, Rodotà

²⁸ PENSANTE, *corpo umano e atti dispositivi in enciclopedia del diritto milano 2000* .p 654; Venuti *gli atti di disposizione del corpo Milano 2002 pp.77 ss.*

Il diritto all'integrità fisica è sostanzialmente tutelato dall'art 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente anche qualitativa in relazione all'art 32 Cost. o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume.

La legge in realtà ha derogato tale norma in casi di particolare rilevanza morale o sociale come quello delle donazioni di organi.

Alla luce di quanto affermato si deduce che entro i limiti posti dall'ordinamento giuridico l'uomo ha la potestà di disporre liberamente del bene vita.²⁹

La legittimità dell'atto dispositivo dipende quindi dal rispetto di una duplice serie di limiti: alcuni di carattere generale a cui si riconducono il rispetto dell'ordine pubblico ed il buon costume, ed altri di carattere

²⁹ Rilievo è da darsi alla disciplina sui trapianti. l'accertamento sulla morte e le conseguenti operazioni sono disciplinate dalla legge 587/1993.

La legge 91/99, abrogando la precedente 644/1975, ha introdotto un'articolata disciplina relativa ai prelievi ed ai trapianti di organi e di tessuti da persone defunte ed ha regolato la questione relativa alla dichiarazione di volontà dei cittadini sulla donazione di organi post mortem, prevedendo la necessità di ottenere il previo consenso dell'interessato.

La disciplina dei trapianti di organi prevede una normativa generale per i prelievi ex cadavere; disposizioni particolari invece necessitano per i trapianti che implicano un prelievo da persona vivente.

Le attività trasfusionali vengono disciplinate dalla legge 219/2005 la quale consente la donazione di sangue o emocomponenti, nonché prelievo di cellule staminali emopoietiche periferiche, a scopo di infusione per eltro trapianto o autotrapianto all'interno di strutture sanitarie autorizzate.

Queste attività possono essere compiute in persone di almeno 18 anni di età, previo consenso informato e verifica della loro idoneità fisica.

speciale ossia il limite della diminuzione permanente dell' integrità fisica³⁰.

Gli atti dispositivi del proprio corpo sono consentiti in alcuni casi anche a titolo oneroso, riguardo cioè a parti o prodotti del corpo destinati all'eliminazione o alla riproduzione come i capelli, il sangue etc.³², essi sono ricondotti nell'ambito del consenso dell'avente diritto e non possono, ovviamente essere eseguiti in forma specifica.

Seguirà una breve disamina di alcuni tipi di atti con cui il soggetto acconsente ad un intervento tendenzialmente lesivo ma che può in qualche modo essere vantaggioso, i quali vengono da dottrina e giurisprudenza annoverati tra quelli previsti dall'art 5 c.c. ed ricondotti al concetto di attività terapeutica tra questi c'è la modificabilità delle caratteristiche somatiche sessuali esteriori per cui esiste un contrasto psicologico tra sesso fisico e sesso psicologico³³ ad oggi disciplinata dalla legge 164/1982³⁴.

Altro caso di cui si può riferire è quello della sterilizzazione volontaria ³⁵ la quale è lecita se ha carattere terapeutico, mentre non c'è unanimità in

30 Per integrità fisica s'intende l'assenza di malattia o di menomazioni fisiche, mentre la diminuzione permanente è stata definita in senso quantitativo come una menomazione irreversibile con indebolimento permanente ed in senso qualitativo come danno che modifica sostanzialmente il modo di essere dell'individuo in rapporto all'ambiente

31 D'ADDINO, *atti di disposizione del Corpo*, in P. Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile Napoli 2003*

32 Alcuni sostengono che nel novero degli atti dispositivi del proprio corpo debba ricondursi anche la procreazione medicalmente assistita, si veda Corte Cost 369/2006

33 STANZIONE transessuale in Enciclopedia del diritto p.876

34 con la Sentenza n 61 /1985 la Corte Costituzionale respinse la questione di legittimità costituzionale dell'art 1 legge transessualismo per contrasto con gli art.2 e 32 cost.affermando "l'intervento chirurgico in questione costituisce mezzo efficace per la tutela della salute psichica del transessuale e per il conseguente inserimento nei rapporti sociali".

35 l'art 552 c.p. lo prevedeva come reato, articolo abrogato dalla legge 194/1978

dottrina sulla sua liceità per quella sterilizzazione c.d."di comodo" effettuata solo a fini contraccettivi³⁶.

Altra fattispecie, particolarmente discussa che la dottrina suole riportare al novero degli atti di cui all'art 5 c.c. è quello delle pratiche di fecondazione artificiale³⁷

Si distingue tra fecondazione omologa ed eterologa a seconda che il materiale spermatico appartenga al partner o ad un donatore.

La fecondazione omologa non pone nessun problema di ordine giuridico, tanto è che è specificamente e rigorosamente disciplinata dalla legge 40/2004³⁸, la quale all'art .3 dispone espressamente il divieto di fecondazione eterologa.³⁹

La dottrina prevalente esclude la configurabilità ex art 5 c.c dell'interruzione volontaria di gravidanza in quanto questa sarebbe effettuabile solo a seguito di un confronto tra benessere del concepito e della madre in caso di grave pregiudizio per la salute fisica e psichica di quest'ultima.⁴⁰

36 MANTOVANI in rivista italiano di medicina legale 1983,p.840

37SANTUOSSO, la fecondazione artificiale umana Giuffrè 1984

38La Corte Costituzionale con Sentenza 151/09 ha ritenuto parzialmente incostituzionale la legge 40/2004 sia per quanto riguarda i requisiti soggettivi(di cui all'art 5) affinché si possa accedere alla fecondazione prevista solo per coppie maggiorenni, di sesso diverso ed in età potenzialmente fertile, sia per quanto riguarda le condizioni di liceità del ricorso a tali tecniche considerati come *extremae residuali* rispetto agli altri metodi terapeutici a rimuovere lo stato di infertilità o sterilità che risultano essere queste ultime condizioni indefettibili per poter accedere alla fecondazione assistita .

39 Per l'art 4 della legge 40/2004 è stata sollevata questione di legittimità costituzionale sia con riferimento a parametri nazionali che sovranazionali , si sostiene il contrasto non solo con la carta costituzionale ma anche con gli art 8 e 14 Cedu.

40La Corte Edu nell'agosto 2012 si è pronunciata in tema di diagnosi preimpianto affermando che il divieto di diagnosi preimpianto(art 13 legge 40/2004) previsto dal governo italiano costituisce violazione dell'art 8 Cedu.

Discorso differente, e più inerente alla nostra trattazione, è quello riguardante la disciplina dei trapianti che, secondo la dottrina maggioritaria, non possono considerarsi atti dispositivi del proprio corpo ex art. 5 c.c. ma deroghe al principio da questo enunciate.

La materia dei trapianti è stata da ultimo disciplinata in Italia con la legge 1 aprile 1999, n. 91⁴¹.

L'art. 4 n. 1 stabilisce che "i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte". Lo stesso articolo stabilisce inoltre che i cittadini devono essere informati sul fatto che "la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione".

Questa disciplina è stata oggetto di studio e di accese critiche e di valutazioni comparatistiche da parte di quella dottrina che sostiene la necessità di una disciplina chiara e precisa sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, si è difatti sostenuta l'incongruità legislativa tra la legge sui trapianti ed i disegni di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, in quanto si è sostenuto che vengano trattati in maniera troppo differente due "situazioni" per svariati aspetti simili.⁴²

In primis si rimarca che nella disciplina dei trapianti la mancata dichiarazione di volontà abbia natura dispositiva a differenza di quanto accade per le dichiarazioni anticipate di trattamento, nonostante si assuma

⁴¹ Decreto legislativo 17/05/1999, n. 191 in Gazzetta Uff. 23/06/1999, n.145

⁴² Il rispetto della dignità del morente. Considerazioni etiche sull'eutanasia, 9.12.2000, a cura di Vial Correa e Sgreccia, in www.portaledi bioetica.it.

il dato scientifico della necessità non essere "definitivamente clinicamente "morto per poter procedere all'espianto degli organi.⁴³

La legge afferma, altresì, che il prelievo non è tuttavia consentito se, "entro il termine corrispondente per l'osservazione ai fini dell'accertamento della morte, sia presentata una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto di cui sia accertata la morte" (art. 4 n. 5). Pertanto la persona, purché in grado di scrivere, può modificare la propria volontà in ordine alla donazione dei suoi organi, fino agli ultimi momenti della vita. anche su questo punto la posizione della dottrina, a cui la scrivente aderisce, riscontra delle incongruenze, in quanto la possibilità del soggetto di poter scrivere non presuppone la capacità di intendere e di volere, elemento soggettivo necessario per poter disporre di qualsivoglia tipo di diritto.

Riassumendo, il prelievo di organi e di tessuti, successivamente alla dichiarazione di morte della persona, è consentito in due ipotesi: nel caso in cui dai dati inseriti in un apposito sistema informativo ovvero dai dati registrati sui documenti sanitari personali risulti che il soggetto abbia espresso una dichiarazione di volontà favorevole al prelievo (successivamente non revocata); nel caso in cui dai dati risulti che il soggetto sia stato informato e non abbia espresso alcuna volontà, salvo che

43 MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974, 607 ss.; SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano 1990, 89; D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli 1983, 254 ss.; GIUFFRIDA, *Il diritto all'integrità fisica: art. 5 c.c.*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di CENDON, *Le persone*, III. *Diritti della personalità*, Torino 2000, 112; BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino 2001, 163; FERRANDO, *La sperimentazione sull'uomo*, in *Pol. dir.*, 1995, 485; BIANCA C.M., *Diritto civile, I. La norma giuridica, i soggetti*, Milano 2002, 164; MANNA, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano 2000, 1120.

venga presentata una dichiarazione autografa di volontà, del soggetto di cui sia accertata la morte, contraria al prelievo.

Nel secondo caso si configura pertanto il cosiddetto silenzio-assenso, da alcuni criticato poiché un istituto nato per sopperire all'inerzia della pubblica amministrazione è stato in tal modo utilizzato in una materia che riguarda interessi essenziali della persona umana.

Nella scelta compiuta dal legislatore si rinviene una scelta prettamente pubblicistica che considera il corpo umano, dopo la morte, come un bene disponibile per la comunità e pertanto non considera necessaria una volontà del soggetto.

Si nota che il legislatore impregna di pubblicismo il corpo umano solo dopo la morte, attribuendo maggior valore ad un semplice elemento materiale (un corpo) che non ad un elemento di diritto (la persona).

A parere della scrivente sarebbe da rinvenirsi carattere pubblicistico in tutta la vita di un soggetto, in quanto la "persona" è espressione e parte integrante della società in cui vive, e la sua stessa sussistenza, in tutte le sue forme e sfaccettature, deve essere considerata di interesse pubblico.

Allo stesso modo non è di facile comprensione giuridica, nonché logica, come possa in situazioni così analoghe, sia per il fine vita che per la disciplina dei trapianti, siamo nella fase finale della vita di un soggetto, darsi valenza così diversa al consenso ed al modo di espressione dello stesso.

Questi dubbi interpretativi purtroppo non hanno tuttora trovato risposte, e come si vedrà nel seguito della trattazione risulteranno essere i nodi gordiani della disciplina delle Dichiarazioni anticipate di trattamento.

5. Le difficoltà di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina organica sulle disposizioni di fine vita: osservazioni preliminari

Il tema del cosiddetto “fine vita” coinvolge una molteplicità di aspetti di carattere bioetico, filosofico, medico, legale, delle relazioni familiari e personali e mette in gioco anche i valori e le convinzioni più profonde di ciascuno, rendendo a volte difficile la discussione e la vicendevole comprensione.

Il cosiddetto testamento biologico è arrivato all’attenzione del grande pubblico italiano circa sette anni fa quando le fasi finali del caso di Terri Schiavo scossero l’opinione pubblica mondiale, la nomenclatura religiosa (soprattutto cristiana) di mezzo mondo e quella politica e giudiziaria degli Stati Uniti.

Terri era caduta in coma persistente nel 1990 a causa di un arresto cardiaco che aveva fatto mancare l’ossigeno al cervello causando danni gravissimi. Veniva tenuta in vita con l’alimentazione artificiale, accudita per le funzioni corporali e le ferite da decubito, ma respirava normalmente. Sulla base delle affermazioni del marito che Terri non avrebbe voluto vivere in queste condizioni, per due volte, nel 2002 e 2003, l’alimentazione era stata sospesa per decisione del giudice della Florida e per altrettante era stata ripristinata dal giudice federale o dal governatore. Finalmente nel marzo 2005 l’alimentazione veniva definitivamente sospesa, nonostante una procedura d’emergenza emanata del Presidente G.W. Bush ed in mezzo a manifestazioni di protesta,

veglie di preghiera, appelli da ogni parte. E Terri, dopo quindici anni di stato vegetativo, chiuse definitivamente la sua vita terrena.

Intanto in Italia stava montando il caso Englaro.

Scoppia allora una battaglia politico-mediatica senza esclusione di colpi, che molti lettori certamente ricordano, in cui si distinguono la Procura della Repubblica, il Ministero della Sanità, il Presidente del Consiglio, il Presidente della Lombardia, la gerarchia cattolica. Il culmine viene raggiunto mentre ad Eluana è già stata staccata l'alimentazione: il Consiglio dei Ministri approva un decreto legge che vieta la sospensione dell'alimentazione, ma il Presidente Napolitano non lo controfirma per manifesta incostituzionalità.

Allora in seduta straordinaria il Consiglio trasforma il decreto in disegno di legge e lo passa al Senato, ma la sera del 9 febbraio 2009, mentre il Senato sta cercando di approvarlo, Eluana cessa di vivere, dopo aver superato i diciassette anni di stato vegetativo.

Il governo, allora, prepara velocemente un disegno di legge sul testamento biologico che viene discusso e approvato dal Senato il 23 marzo 2009 (ddl Calabrò).

È quindi in un'atmosfera da battaglia ideologica parossistica che vede la luce il primo disegno di legge sul testamento biologico.

Ma il fuoco di paglia del grande scontro si va spegnendo: il ddl, passato subito alla Camera, va in letargo alla Commissione Affari Sociali da cui emerge, dopo esame e modificazioni, soltanto a marzo 2011, dopo le sollecitazioni del mondo cattolico preoccupato che le decisioni di una "magistratura creativa" possano introdurre una "deriva eutanasica" nel nostro Paese.

Il nuovo testo viene discusso, modificato ed approvato dalla Camera a metà luglio 2011 e torna al Senato che a settembre ne avvia la discussione.

I due disegni di legge al vaglio dei consessi, tentano timidamente di fornire una disciplina organica all'istituto; anche se da entrambi emergono chiare differenze, rilevando problematiche che ostano l'approvazione di una legge.

Le modifiche del testo sono evidenti sin dall'articolo 1 nel quale oltre all'inserimento tra le norme costituzionali dell'art.3 - che deve essere visto con favore - si ritrova anche l'esplicito divieto di qualsiasi forma di eutanasia.

Il problema dell'eutanasia è uno dei nodi gordiani dell'argomento che ci occupa, poichè non si riesce bene a delineare i confini.

A seconda del metodo attuativo, è possibile effettuare una classificazione dell'eutanasia in attiva diretta, attiva indiretta, passiva, volontaria e non, che si distinguono a loro volta, dal suicidio assistito.

Si può definire attiva diretta l'eutanasia, quando tramite la somministrazione di farmaci che provocano il decesso; attiva indiretta invece, quando come effetto secondario l'impiego di mezzi per alleviare la sofferenza causa la diminuzione dei tempi di vita.

La passiva, si definisce quando la morte è provocata dall'interruzione o l'omissione di un trattamento medico necessario alla sopravvivenza dell'individuo.

L'eutanasia non-volontaria, si verifica nei casi in cui non sia il soggetto stesso ad esprimere tale volontà, ma un soggetto terzo designato.

Infine, la volontaria - che ci interessa - la quale avviene quando segue la richiesta esplicita del soggetto, espressa nel momento in cui sia grado di intendere e di volere ,anche mediante il cd. testamento biologico.

L'eutanasia, non dovrebbe essere intesa nella accezione più negativa, ma bisognerebbe inquadrarla in un servizio - estremo - per il malato, che abbrevia le sofferenze.

Il problema più profondo, nasce dal timore dei medici di cadere nelle rigide maglie della norma penale; proprio per questo, si era proposta la tesi dell'applicazione sanitario della scriminante ex art.5144 dell'adempimento del dovere.

Per quanto riguarda l'eutanasia attiva, essa non è assolutamente normata dai codici del nostro Paese; ragion per cui essa è qualificabile come all'omicidio volontario ex art. 575 del c.p..

Nel caso in cui, poi, si riesca a dimostrare il consenso del malato, si sussume alla fattispecie di cui all'articolo 579⁴⁵- omicidio del consenziente - norma questa sconosciuta sia al codice Zanardelli del 1889, che ai codici preunitari, ed è stata introdotta, con opera della dottrina più qualificata, nel codice Rocco, quale fattispecie meno grave di omicidio, per compensare l'inadeguatezza e la severità dell'attuale assetto legislativo in materia di eutanasia pietosa e insieme per ripristinare la piena effettività della tutela della vita .

Anche il suicidio assistito è considerato reato, ai sensi dell'articolo 580 c.p..

⁴⁴.SANTUOSSO A., *Corpo e libertà*, Milano, Cortina 2001,p.206

Si può affermare, pertanto, che l'attuale diritto penale non protegge la vita umana come un valore assoluto, nè tantomeno sacro, per ragioni religiose, ma vi appronta la tutela come ad un bene giuridico secondo parametri e graduazione, e questo si riverbera anche sul versante civilistico, ecco perchè viene specificato nel disegno di legge il divieto di qualsiasi forma di eutanasia.

Nel testo approvato dalla camera allo stesso art 1 viene aggiunto il comma 3 nel quale viene affrontato un altro dei problemi fondamentali di questo iter legislativo - le cure palliative - che per chiarezza espositiva, è necessario trattare congiuntamente ad altri due aspetti controversi del disegno di legge che si riscontrano nell'art. 3 e riguardano l'accanimento terapeutico e le forme di sostegno vitale ovvero la idratazione e l'alimentazione forzata.

L'associazione europea per le cure palliative fornisce la seguente definizione: «Le cure palliative sono le cure attive e globali dei pazienti che non rispondono più ai trattamenti terapeutici, e per i quali la priorità diventa il controllo del dolore e degli altri sintomi fisici, sociali, psicologici o spirituali. Le cure palliative supportano la vita e considerano la morte un processo normale. Sono pluridisciplinari. Coinvolgono il paziente, la sua famiglia, i curanti e tutta la comunità medico-sanitaria».⁴⁶

⁴⁶Il principio di autodeterminazione viene inteso in senso restrittivo, e subordinato al valore della vita, comunque essa debba essere vissuta, non potendo l'uomo esserne il "padrone assoluto". E pur riconoscendo che verso il malato grave e il morente occorre comportarsi in modo da non indulgere all'accanimento terapeutico, la Pontificia Accademia distingue tra cure *ordinarie* (comprehensive della nutrizione e della idratazione, anche se artificiali), cure *palliative*, dirette a lenire il dolore, e terapie *straordinarie o rischiose*. Solo in quest'ultimo caso si consente al paziente di esprimere le proprie volontà. La medesima classificazione si rinviene nell'ultimo documento approvato in materia dal Comitato Nazionale per la Bioetica, dedicato a *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato*

Le cure palliative, sono distinte da quelle che agiscono sulla malattia, intese ad apportare sollievo, ed a migliorare la qualità della vita consentendo al paziente di mantenere una soddisfacente vita relazionale, e di attenuare i sintomi di malati destinati al peggioramento.

Attuano una corsa contro il dolore, il cui fine ultimo è quello di evitare il dolore fisico al paziente, di modo che possa liberamente riflettere sulla sua vita e lucidamente decidere su essa e sulla sua fine.

A tal fine, è oggi garantito un ampio ventaglio di soluzioni terapeutiche volte ad assicurare, da un lato, la continuità assistenziale al paziente e dall'altro, una diffusione armonizzata sul territorio delle pratiche dimostrate maggiormente efficaci.

Con riferimento proprio a quest'ultimo aspetto si deve sottolineare la nuova disciplina normativa contenuta nella legge n. 38/2010⁴⁷, la quale fissa delle linee guida (i c.d. LEA) che, traducendosi in obblighi di adeguamento in capo alle Regioni, impongono alle ultime, in sede di attuazione, una omogeneità dei livelli di intervento in tutta la nazione.

Del pari, la normativa in esame "affida" al Ministero della Salute lo sviluppo di strategie comunicative dirette alla diffusione delle necessarie informazioni circa l'accesso alle cure palliative.

vegetativo persistente, che è stato pubblicato poco tempo fa, per l'appunto il 30.9.2005, centra sulle cure, cioè sulla fase in cui occorre prendere la decisione di attivarle e su quella, eventuale, di sospenderle. Considera necessaria la prima, illegittima la seconda. Ciò in considerazione del fatto che i trattamenti volti a mantenere in vita il paziente sono ormai accreditati dalla scienza medica come cure normali e rispondono ai principi di civiltà solidale in cui viviamo, che impongono a ciascuno di "prendersi cura del più debole".

⁴⁷ LEGGE 15/03/2010, n. 38 in Gazzetta Uff. 19/03/2010, n.65

Detta tensione è riconducibile nella più generale scelta di fare assurgere ad obiettivo prioritario del Piano sanitario nazionale proprio l'ambito delle cure in parola. Ulteriori importanti indicazioni normative della recente legge sono rappresentate per un verso dall'obbligo di formazione specializzata e di aggiornamento del personale addetto alla somministrazione delle cure in esame e per l'altro, dalla scelta di semplificare le procedure di accesso ai medicinali impiegati nella terapia del dolore.

Dalla lettura sistematica della legge n. 38/2010 si evince un quadro particolarmente gravoso per l'intero apparato medico e parasanitario il quale deve, a norma dell'art. 7, seguire il paziente durante l'intero arco della malattia attraverso la puntuale e sempre "attualizzata" compilazione della cartella clinica.

Tale documento, pertanto, ha in sé tanto elementi riepilogativi del quadro clinico del malato, quanto le caratteristiche necessarie al fine della decisione dell'azione medica da intraprendere.⁴⁸

Alle cure palliative si oppone con fermezza la dottrina cattolica, che considera la sofferenza ed il sacrificio un veicolo di purificazione, il dolore come viatico di salvezza⁴⁹.

Le cure palliative vanno distinte nettamente dalla sedazione terminale, che consiste nella somministrazione di farmaci che eliminano il dolore riducendo però altresì il livello di coscienza.

⁴⁸ SALITO G., Cure palliative e terapia del dolore: brevi riflessioni a margine della legge n. 38/2010 in www.comparazioneDirittoCivile.it

⁴⁹ RAVADI G., la solidarietà del dolore, in *il Sole 24 Ore*, 11 novembre 2007, 41

Secondo alcuni si tratterebbe di eutanasia diretta, nonostante questa non sia tesa a provocare la morte né ad accelerarne il percorso ma semplicemente ad accompagnarne il percorso senza dolore.

L'uso di tali farmaci da parte del medico viene considerata un aiuto a morire inquadrabile cioè nella fattispecie di omicidio o omicidio del consenziente.

Discorso differente, deve farsi per l'accanimento terapeutico ovvero quando il medico abbandona la buona pratica clinica caratterizzata dal rispetto di quanto indicato nelle linee guida di riferimento.

Il c.d. accanimento terapeutico⁵⁰, che può assumere le perigliose vesti dell'arroganza terapeutica, oltre ad essere possibile ingrediente di condotte di reato, sotto il profilo civile consiste in una violazione pervicace della diligenza di cui all'art. 1176, II c., cod. civ.

La diligenza si atteggia, ad un tempo, quale criterio di responsabilità e regola per determinare il contenuto dell'obbligazione consentendo di guardare alla prestazione, pur con il temperamento che nel secondo comma è contemplato, e che trova conferma nell'art. 2236 cod. civ., con il necessario filtro in grado di mettere in risalto i profili dell'inadempimento.

Accanirsi significa infatti violare, tra le altre, le regole della prudenza, imposte dall'art. 1176 cod. civ. ed espressione della diligenza; se, come spesso accade, l'accanimento trova occasione di espressione grazie al difetto d'informazione, la diligenza è pure violata dal mancato rispetto del principio, di valenza costituzionale, di autodeterminazione del paziente alla cura e determina, quindi, in entrambi i casi, un inadempimento grave che

⁵⁰ il catechismo indica quattro aggettivi per connotarlo, parlando di procedure mediche "onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi", si tratta di espressioni, ma che hanno il compito di richiamare al senso del limite nell'intervento di cura

legittima pure i rimedi della risoluzione del contratto oltre a consentire la formulazione di apposite ed autonome richieste di risarcimento del danno.

Per quel che riguarda l'idratazione e l'alimentazione artificiale, vanificando anni di ricerche scientifiche e di certezze mediche - si è affermato che non sono trattamenti medici e come tali rifiutabili dal paziente, ma "forme di sostegno vitale".⁵¹

Nel testo approvato dalla camera è stata soppressa la parte in cui si prevedeva la possibilità del soggetto di esprimere la sua volontà anche in negativo, e cioè decidere a quali trattamenti non essere sottoposto; ma

⁵¹ Vi è controversia in ordine alla qualificazione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale come atto terapeutico o come atto di sostentamento sempre dovuto. In ambito internazionale è prevalente la posizione di coloro che ritengono che alimentazione e idratazione artificiale siano trattamenti medici e in quanto tali rifiutabili. Non così il Tribunale di Lecco (decreto 1 marzo 1999) e la Corte d'Appello di Milano (decreto 26 novembre 1999) sul caso Englaro, che sulla questione non sono giunti a conclusioni ritenendo problema scientificamente e medicalmente non condiviso e quindi negando la sospensione del trattamento per timore che si tratti di un atto di eutanasia. Tuttavia, il decreto della Corte d'Appello di Milano ha costituito un precedente assoluto nel riconoscere al tutore della paziente il diritto di manifestare il consenso informato per l'incapace nell'esercizio del suo potere/dovere di cura della persona e ciò anche in assenza di precedenti manifestazioni di volontà specifica espressa dal malato quando era in stato di piena capacità. Non sono mancate decisioni, peraltro non sempre conformi, che hanno affrontato con attenta analisi degli interessi in gioco la questione della rilevanza giuridica del rifiuto delle cure espresso dal paziente maggiorenne e capace e dove la questione centrale è stata quella della responsabilità ipotizzabile a carico del medico che rispetta questa volontà (Pretore penale di Roma, sent. 3 aprile 1997; Pret. Treviso, decreto 29 aprile 1999 del Gip Cass. pen. 5639/1992; Cass. pen. 33/1993; Cass. pen. 9 marzo 2001 e Cass. pen. 29 maggio 2002). Il CNB nell'approvare i recenti documenti Dichiarazioni anticipate di trattamento (18 dicembre 2003) e L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente (30 settembre 2005) non hanno potuto fornire un'indicazione unitaria in merito alla sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale e alla possibilità per il paziente di dare disposizioni circa la sua volontà ad accettare o rifiutare questo genere di trattamenti. In dottrina v. F. Mantovani, "Eutanasia", Dig. disc. pen., Torino, 1999; Giunta, "Diritto di morire", op. cit., e anche Bioetica, n. 2, 2005, interamente dedicato alle problematiche concernenti lo stato vegetativo permanente.

questa opzione scompare e quindi con la dichiarazione anticipata di trattamento è possibile disporre solo sui trattamenti da attivare.

Al comma 5 dell'art. 3 viene specificato che i soggetti che possono usufruire delle dichiarazioni anticipate di trattamento sono solo quelli di cui è accertata l'assenza di attività cerebrale integrativa cortico sottocorticale che in termini scientifici corrisponde alla condizione di morte dell'individuo, quindi la legge è attuabile per i morti e non per i vivi!

Si parla di alleanza terapeutica e di consenso, svelendo però entrambe i concetti, in quanto si afferma a chiare lettere nell'art. 4 che non sono obbligatorie, ma si impone la raccolta di tale volontà esclusivamente da parte del medico curante, il quale nel momento delle sue attuazione le "prende in considerazione" sentito il fiduciario; potendo anche decidere di non seguirle, avendo come unico onere annotare le motivazioni in cartella clinica.

Se non si fosse ancora svelita abbastanza la figura delle dichiarazioni anticipate di trattamento, per completare l'opera interviene il comma 6 dell'art 4 il quale afferma che in caso di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica.

Da ciò, si nota che questi disegni di legge non tendono ad un applicazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento ma per converso si ha l'impressione che con questa legge si voglia disciplinare le limitazioni, troppe e assurde, all'applicazione dell'istituto in misura tale da renderne praticamente impossibile la reale applicazione.

Ulteriore riprova, è dato dall'analisi della disciplina della figura del fiduciario nell'ambito delle dat, figura prevista sia nel disegno di legge approvato il 26 marzo 2009, in cui si accenna nell'art 4 al comma 1 e si disciplina all'art. 9 il controllo sull'operato di costui, sia nel disegno legge approvato alla camera il 12 luglio 2011 prevedendo la figura all'art.6, affermando che è l'unico legalmente autorizzato ad interagire con il medico.

La figura del fiduciario nonostante disciplinata da entrambe i disegni di legge non risulta ricoprire un ruolo pregnante, bensì è delineata una figura marginale svuotata dal ruolo del medico curante, che in realtà è l'unico soggetto, a parere della scrivente seppur meno emotivamente coinvolto e più tecnicamente competente, capace ad attuare una dichiarazione anticipata di trattamento.

Nei paragrafi successivi, si approfondirà vari di questi aspetti, cercando di fornire interpretazioni e prospettare possibili soluzioni ad alcune delle questioni in esame, stagnate per ragioni demagogiche e morali, piuttosto che reali e giuridiche.

.
. .
.

CAPITOLO II

LE DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

1. Alcune questioni terminologiche poste dalla dottrina sull'utilizzo improprio del termine testamento biologico. Le disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.)

2. La natura giuridica delle Dichiarazioni anticipate di trattamento, quali atto giuridico in senso stretto ovvero quale atto negoziale. Le conseguenze che derivano dalle diverse impostazioni.

3. Requisiti di validità del negozio

3.1. La volontà del disponente. Cenni e rinvio

3.1.1 Il consenso informato: introduzione

3.1.2. Quadro generale

3.1.3. I requisiti del consenso

3.1.4. Modalità di acquisizione del consenso

3.2. Consenso prestato dal paziente minore di età

3.2.1 La valenza giuridica del consenso prestato dal soggetto minore ai trattamenti sanitari in ipotesi di violenza fisica o abusi sessuali effettivi o presunti

3.2.2 Consenso prestato dall'amministratore di sostegno o dal tutore del paziente interdetto o sottoposto ad un'amministrazione di sostegno

3.2.3. L'ipotesi del paziente in condizione di incapacità naturale ex art.428 c.c.

3.2.4. Somministrazione di trattamenti senza

consenso: i trattamenti sanitari obbligatori (t.s.o). La legge 23 dicembre 1978 n.833 3.2.5. Dissenso di persone maggiorenni e capaci. Requisiti di validità 3.2.6 La forma scritta *ad substantiam*

4. Somministrazione del trattamento sanitario senza il consenso: lo stato di necessità. 5. Inquadramento giuridico del soggetto che attua l'altrui volontà tra rappresentanza e negozio fiduciario 5.1. L'istituto dell'amministratore di sostegno 5.2. Le pronunce recenti

1. Alcune questioni terminologiche poste in dottrina sull'utilizzo improprio del termine testamento biologico. Le disposizioni anticipate di trattamento.

Il termine testamento biologico, e' stato coniato attraverso la traduzione letterale dell'espressione anglosassone "living will".

L'istituto testamentario nel nostro diritto positivo, ha funzione e struttura diversificata da quella che del cd. testamento biologico.

Il testamento, è uno dei mezzi preposti dall'ordinamento attraverso il quale riconosce la devoluzione dei diritti successori.

L'art 587 c.c. disciplina l'istituto, definendolo come un atto revocabile con il quale taluno dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse.

Dalla definizione normativa, emerge l'appartenenza del testamento nella ampissima categoria dei negozi giuridici; esso è atto mortis causa caratterizzato dall'unilateralità, non recettività, uni-personalità, spontaneità, revocabilità e formalità.

Fondamentali e caratterizzanti del testamento sono gli elementi della spontaneità, revocabilità e la natura di atto mortis causa; elementi posti a presidio della libertà di autodeterminazione.

Descritte in maniera sintetica le peculiarità del testamento ex art. 587 c.c., si appalesa evidente l'inconciliabilità terminologica tra il testamento quest'ultimo ed il c.d. testamento biologico.

Il disposto normativo delinea il testamento quale atto mortis causa, e con esso si dispone per il momento in cui il de cuius abbia cessato di vivere; diversamente, il testamento biologico espliciterebbe i suoi effetti non post mortem, ma in un momento precedente, e avendo come oggetto le cure da effettuarsi al paziente ancora in vita.

Pertanto, ulteriore discrasia insuperabile tra i due istituti, si riscontra in relazione all'oggetto, difatti nel testamento ex art. 587 c.c. si dispone delle proprie sostanze, e perciò, la vita, non è qualificabile come una sostanza né come un bene di cui un soggetto può liberamente disporre.

Una tesi dottrina, seppur minoritaria, riconduce le disposizioni del testamento biologico a quelle di carattere non patrimoniale ma, come è noto, lo stesso art 587c.c. comma 2 impone che queste ultime debbano essere previste per legge.

Il testamento biologico, ha quindi un forte valore terminologicamente evocativo, perchè sottolinea un dato fondamentale, ovverosia l'ultra-attività del volere e tale dato si pone da collegamento tra il testamento biologico e il testamento come atto mortis causa.⁵²

Ultra-attività del volere, che deve avere effetto quando il soggetto non è più capace e non è più in grado di correggere, interpretare, rinnovare questa volontà.

Per tali ragioni, il termine giuridicamente appropriato risulta essere <<dichiarazioni anticipate di trattamento (d.a.t.)>>.

2. La natura giuridica delle dichiarazioni anticipate di trattamento quali atto giuridico in senso stretto ovvero quale atto negoziale. Le opinioni dottrinarie circa "l'alterità" della dichiarazione. Le conseguenze che derivano dalle diverse impostazioni.

⁵²BONILINI *le disposizioni testamentarie Utet 2009*

Una delle prime definizioni di dichiarazioni anticipate di volontà si rinviene in un atto del comitato di bioetica del 2003, nel quale vengono definite come un documento⁵³, con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato.

Per attuare una attenta disamina dell'istituto è necessario creare una divisione delle direttive a seconda che siano impartite nel corso del rapporto terapeutico, oppure vengano date indipendentemente come espressione di una libera scelta.

Nel primo caso bisogna collocarle nel rapporto instauratosi tra medico e paziente; la dottrina prevalente ritiene di dover inquadrare questo tipo di direttiva all'interno della più ampia categoria dell'atto giuridico, concetto nel quale può ricomprendersi qualsiasi comportamento umano che assuma rilevanza per il diritto in quanto ad esso l'ordine giuridico ricollega una modificazione ad uno stato di cose preesistente.

Ulteriore ripartizione fatta all'interno di questa categoria è stata tra negozio giuridico inteso come atto di natura negoziale e atto giuridico in senso stretto, scevro dei caratteri negoziali.

⁵³ Per quanto riguarda la formalità in relazione al testamento biologico è importante ricordare che inizialmente nel Disegno di legge proposto dal Senatore Calabrò il notaio veniva indicato come l'unico pubblico ufficiale deputato a ricevere le dichiarazioni anticipate di volontà.

Nel nostro ordinamento l'istituto del negozio giuridico non ha mai trovato una collocazione sistematica nel codice civile; difatti il legislatore ha sempre utilizzato il termine atto come categoria per ricompredervi anche il negozio.

Pertanto, la nozione di atto giuridico è da ricostruirsi in negativo cioè in presenza di un atto giuridico quando non siano ravvisabili nell'atto i caratteri degli atti negoziali.⁵⁴

Altra tesi, invece effettua la catalogazione in base alla finalità perseguita dall'atto asserendo, che, quindi, l'atto è l'espressione del potere di autoregolamentazione dei privati per creare un assetto vincolante dei loro interessi, esso avrà natura negoziale; diversamente, l'atto è semplicemente il presupposto per degli effetti giuridici già predisposti.

L'atto giuridico in senso stretto trova la sua naturale espressione in fattispecie ad effetti tipici.

Quanto detto, può affermare che l'elemento distintivo tra atto e negozio è da valutarsi a seguito di una valutazione strutturale - funzionale.

Il negozio ha la struttura di volontà precettiva ed è preordinato funzionalmente a disporre di una determinata situazione giuridica, nell'atto invece, la volontà e la consapevolezza rilevano come requisiti del comportamento poiché gli effetti prescindono dal contenuto volitivo dell'atto e sono determinati dalla legge; è il carattere dispositivo, quindi, l'elemento di discrimen tra le due figure.

⁵⁴ A.Tesauro, atti e negozi giuridici, Padova, 1993.

Per le ragioni suesposte si ritiene, che in caso di direttive intervenute nel corso del rapporto medico-paziente, si sia in presenza di un atto giuridico in senso stretto, in quanto si ritengono atti umani, volontari i cui effetti sono stabiliti dalla legge.

Di converso invece sono da ritenersi di natura negoziale le direttive anticipate assunte dal soggetto come libera scelta avulsa da qualsiasi iter medico già in corso, l'ipotesi è quindi di un soggetto perfettamente sano, fisicamente e psichicamente, perfettamente capace di intendere e di volere che decide ora per allora quale debbano essere o meno i trattamenti a cui vorrà essere sottoposto, nel caso e nel momento in cui non fosse più capace di esprimere la propria volontà.

In questa visione, viene proiettata la concezione del diritto all'identità da intendersi quale integrazione della personalità, da intendersi come riscoperta del legame tra corpo nella sua eccezione fisica e psichica.

Nel diritto all'identità, è immanente il principio di integrità, quale potestà decisionale unica ed esclusiva del soggetto sulla propria sfera esistenziale.⁵⁵

⁵⁵ P.Zatti, Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale in nuova giur. Civ comment.2007 supplemento n. 4 "il legame tra corpo e identità è in sé antico; giuridicamente, non mancava di emergere nei segni identificativi: l'immagine, la voce, l'impronta digitale; ma nella tradizione giuridica era ampiamente oscurato, in passato da una concezione del soggetto che pur non astenendo, per la persona umana, la sua fisicità, risentiva tuttavia di quella impostazione, spiritualista o come taluno dice "puritana" che identificando l'io con gli elementi immateriali della ragione e volontà induceva a contemplare il corpo come oggetto: qualcosa di mio e perciò non me. ad oggi il legame per così dire essenziale tra corpo e identità emerge prepotente e nello stesso tempo rivela complessità e frammentazioni"

La dichiarazione è un atto che necessita dell'alterità, difatti viene definito come quell'atto che ha come scopo il far conoscere qualcosa ai terzi, presupposto quindi per la sua sussistenza è uno o più destinatari, che possono essere determinati

La dottrina, nell'analizzare l'istituto della dichiarazione in sé, ha più volte ribadito le tesi per la quale in realtà essa sia composta da due elementi, quello espressivo in cui si formula, e quello emissivo in cui si forma giungendo a maturazione.

L'emissione quindi costituisce l'indice di maturità della dichiarazione e segna il momento dal quale questa esiste⁵⁶.

Possono quindi distinguersi dichiarazioni indirizzate per le quali la conoscenza da parte del terzo è condizione necessaria perché l'atto possa sussistere, oppure in dichiarazioni recettizie per le quali la direzione verso un terzo è strumentale alla produzione degli effetti in capo ad esso.

3. Requisiti di validità del negozio

3.1 La volontà del disponente: cenni e rinvio

La volontà, elemento dinamico per eccellenza del mondo giuridico è il *quid* essenziale e vitale per il negozio; essa necessita di essere

⁵⁶ G.Giampiccolo La dichiarazione recettizia, Milano ,1959

esternalizzata e dichiarata, per assumere un valore giuridico.

La legge separa il processo di formazione della volontà, da quello di manifestazione della stessa, di cui si darà approfondita spiegazione nei paragrafi successivi

3.1.1. Il consenso informato: introduzione

L'informazione è alla base di un sistema sociale democraticamente ordinato.

“Causa cognita” recitava un antico brocardo latino, ovvero prendere conoscenza della questione.

Il diritto all'informazione è diritto soggettivo fondamentale, tutelato e disciplinato dall'art. 21 della Costituzione, e rappresenta un'esplicazione della libertà di manifestare il proprio pensiero.

Nel nostro ordinamento, comunque, queste libertà cristallizzate all'art.21 Cost., che segna il solco nei confronti dello statuto Albertino, il quale prevedeva la “censura” da parte dello Stato.

La disposizione, individua un duplice aspetto della libertà; l'aspetto positivo - immediato- quale libertà di esternare il proprio pensiero; a contrario un aspetto c.d. negativo che si concretizza nella libertà-facoltà di non manifestare le proprie opinioni.

Inoltre, la disposizione costituzionale oltre alla previsione della libertà

di pensiero - come facce di una stessa medaglia - cristallizza il diritto all'informazione, che inteso nella più ampia accezione è anche esso scindibile in duplice veste; positiva-attiva e negativo-passivo.

Nella considerazione attiva, si inserisce quella libertà di conoscenza piena degli accadimenti fattuali; nel lato passivo il soggetto inteso quale destinatario di informazioni, diventa soggetto - informato.

Ebbene, questo è il punto di partenza del discorso che si andrà delineando.

Il diritto ad essere informati ha avuto una notevole rielaborazione nel nostro sistema positivo e la sua evoluzione è costellata di interventi sia dottrinari che giurisprudenziali, con innumerevoli sentenze, in particolar modo della Corte Costituzionale (Corte Cost. 420/1994; 826/1988).⁵⁷

Il diritto ad essere informati, oltre all'esperienza nei vari campi sociali, ha trovato cittadinanza soprattutto in campo medico, facendo nascere così l'istituto del cd. consenso informato, crocevia di notevoli problematiche.⁵⁸

⁵⁷ Corte Costituzionale n. 420 ,07 dicembre 1994 in Giust. civ. 1995, I, 17

Corte Costituzionale n826,14 luglio 1988,in Foro Amm. 1988, 3503., Giur. cost. 1988, I,3893 (note)., Rass. giur. Enel 1989, 75 (nota)., Giust. pen. 1989, I,195.

⁵⁸ FRESIA, *Luci ed ombre del consenso informato*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, 895 ss.; DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 1996, 215; CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, V, Milano 1998, 137 ss.; *Consenso informato*(Autori vari), in *Atti del III Convegno di bioetica organizzato dall'Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri di Brescia*, VI, Brescia 1999, 77; FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 41 ss.; CATALDI, *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente: formulario, giurisprudenza, normativa*, Santarcangelo di Romagna 2007, 293 ss.; CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi*

Il consenso costituisce, pertanto, il baluardo della liceità dell'attività medica, considerandolo un momento fondamentale, tale da poter garantire al paziente di valutare - con cognizione di causa - l'opportunità o meno di sottoporsi ad una determinata attività medica.

Si parla allora di consenso informato.

L'analisi deve muovere dagli artt. 2, 32 Cost. e 5 c.c.; il primo garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, l'art. 32 la salvaguardia della salute e della volontarietà dei trattamenti sanitari, ed entrambi vanno letti in combinato disposto con l'art. 5 c.c., il quale vieta gli atti dispositivi del proprio corpo.

La continua evoluzione socio-economica, ha inevitabilmente apportato problematiche per il normale svolgersi delle attività quotidiane che possono concretarsi in azioni potenzialmente dannose dei principi tutelati dalle indicate disposizioni.

L'autonomia del consenso informato è un principio acquisito nel nostro ordinamento laddove la giurisprudenza, da tempo individua nello stesso non solo una fonte autonoma di diritto, ma anche una fonte autonoma di risarcimento danni.

fondamentali della legislazione statale, in *Giur. cost.*, 2008, 4981; DONATI, *Comunicazione agli utenti, consenso informato, partecipazione e sussidiarietà. Nuovi scenari nelle relazioni tra cittadini e servizio sanitario nazionale*, Bologna 2008, 158; D'AVACK L., *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, 2008, 759; ID., *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, *ivi*, 2009, 1281; PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 127; TRONCONE, *Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica*, *de jure*, 2011, II, 191.

Difatti, si riconosce il diritto al risarcimento del danno nel caso di esito infausto di un intervento, anche laddove non vi sia una responsabilità dell'operatore, ma per il semplice fatto che l'ammalato non è stato tempestivamente informato.

Siamo in presenza quindi di una libera manifestazione di volontà sempre revocabile.

Le fonti sono ravvisabili negli artt. 13 e 32 Cost. in cui vengono, statuiti i principi di autodeterminazione ed il principio di non obbligatorietà dei trattamenti sanitari.

In relazione a tale argomento la Corte Costituzionale è intervenuta in subiecta materia e con sentenza n. 438/2008⁵⁹ ha statuito che <<*il consenso informato ha la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative*>>.

Questo principio è ripreso anche dall'art. 33 legge n. 833 del 1978⁶⁰ il quale esclude la possibilità di effettuare accertamenti e trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di manifestare il suo consenso quando non ricorrono i criteri ex art 54

⁵⁹ C.Cost.n.438,23 dicembre 2008, in Foro Amm. 1988, 3503., Giur. cost. 1988, I,3893 (note)., Rass. giur. Enel 1989, 75 (nota)., Giust. pen. 1989, I,195.

⁶⁰ Legge di istituzione del servizio sanitario nazionale

c.p.(stato di necessità); concetto ribadito anche all'art. 1 della legge 180/78 che riconosce i trattamenti e gli accertamenti sanitari come volontari.

Altresì, anche l'art. 33 del codice di deontologia medica espressamente prevede che "Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente".

Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33.

Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso.

In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona.

Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo

conto delle precedenti volontà del paziente.⁶¹

A livello internazionale la Convenzione di Oviedo⁶² all'art. 5, come specificato nel capitolo precedente, stabilisce che un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato.

In ultimo, in quanto norme non rilevanti all'interno dell'ordinamento civilistico e penalistico ma sì rilevanti in quello professionale l'art. 32 comma 1 del codice di deontologia medica del 31 ottobre 1998, statuisce che il medico non possa intraprendere l'attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione informata del paziente.

Inizialmente il consenso informato era ritenuto necessario solo per interventi chirurgici e in particolare per quelli di natura estetica ma successivamente si è ritenuto estenderlo a tutti i tipi di intervento.

Il processo informativo è una modalità di comunicazione bidirezionale che accompagna e sostiene il percorso di cura.

È quindi il processo comunicativo attraverso il quale il medico (e l'operatore sanitario, limitatamente agli atti di sua specifica competenza) fornisce al paziente notizie sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive terapeutiche e sulle verosimili conseguenze della

⁶¹ Il titolo dell'art. 32 è stato modificato rispetto a quello della precedente stesura del codice che si riferiva al consenso informato. Il titolo dell'attuale art. 32, "Acquisizione del consenso", intende porre l'attenzione sulla necessità di un'acquisizione effettiva da parte del medico del consenso del paziente.

⁶²Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina. Ratificata in Italia con legge 28 marzo 2001 n.145

terapia e/o della mancata terapia/atto sanitario, al fine di promuoverne una scelta pienamente autonoma e consapevole.

Tale processo riguarda anche il minorenne, in forma adeguata all'età, l'interdetto giudiziale e l'incapace naturale, in forma proporzionata al loro livello di capacità, in modo che essi possano formarsi un'opinione sull'atto sanitario⁶³.

Quindi il consenso informato può definirsi come esercizio del diritto del paziente all'autodeterminazione rispetto alle scelte diagnostico/terapeutiche proposte.

La scelta viene attuata, al termine del processo informativo; il procedimento che porta la persona assistita ad accettare un atto sanitario si articola essenzialmente in tre momenti, tra loro concatenati mediante ricorso ad una successione logica e cronologica che inizia con la comunicazione al paziente di informazioni di rilevanza diagnostica e terapeutica che viene seguita dall'assicurarsi che egli abbia capito il significato della suddetta comunicazione che si conclude con la sua decisione definitiva in merito.

Non si è in grado di acconsentire specificatamente se non si dispone della informazione adeguata, senza la quale qualsiasi modulo di consenso sottoscritto risulta essere viziato e, conseguentemente, non valido sotto il profilo giuridico.

⁶³ Intervento diagnostico-terapeutico effettuato da professionisti sanitari, volto a soddisfare un bisogno espresso e/o individuato (implicito) di salute, svolto secondo procedure scientificamente validate o che godano di una legittimazione di carattere clinico o scientifico.

3.1.3 I requisiti del consenso

La sentenza della Corte di Cassazione n. 2437 del 2008⁶⁴, esaminando l'istituto del consenso, individua, chiaramente, la ratio nel disinteresse dello Stato a punire un soggetto quando lo stesso -titolare del diritto -manifesta estraneità alla tutela, perché esprimendo il consenso abdica alla protezione del suo diritto, la sentenza altresì lo classifica come atto sempre revocabile e per il quale basta la semplice capacità naturale, la decisione non risulta però essere chiara nell'indicare i presupposti del consenso dell'avente diritto.⁶⁵

Questa carenza, viene colmata dalla sentenza n. 20984/2012⁶⁶ la quale invece delinea con particolare nettezza i requisiti che il consenso deve avere, statuendo che deve essere:

1. Personale: deve provenire dal paziente; il criterio potrebbe non essere soddisfatto nei casi in cui sia il tutore a rappresentare tale consenso.

⁶⁴ Cass penale sez un. 2437,18 dicembre 2008 in Diritto & Giustizia 2009, Foro it. 2009, 6, II, 305

⁶⁵ cfr.Cass.civ sez III n .10741, 11 maggio 2009, in Diritto & Giustizia 2009

⁶⁶ Cass.civ sez III n.20984, 28 novembre 2012,in Diritto & Giustizia 2012

Ma la Corte di Cassazione ha escluso però la necessità del requisito⁶⁷ della personalità nei casi di capacità di intendere e volere⁶⁸.

2. Specifico: il consenso non può essere generico, ma deve essere riferito all'intervento in argomento (quindi non soddisfano tale requisito, i moduli generici che gli ospedali fanno firmare);⁶⁹
3. Esplicito: questo requisito pare poter significare tutto e niente, visto che non si richiede che il consenso sia "espresso", ma si richiede semplicemente che sia esplicito; allora si può intendere il requisito in un duplice modo:
 - . deve derivare da un documento formale;
 - i. deve essere inequivocabilmente prestato in base ad elementi esplicitamente tangibili .

Il consenso esplicito, ovverosia quando è verificabile.

Reale: il soggetto deve essere messo in condizioni di cogliere il significato del problema. Il soggetto deve capire il rischio che corre.

Effettivo: ovvero deve essere reale.

Attuale: la Cassazione ritiene che questo requisito non sia un requisito irrinunciabile; la richiesta dell'attualità del consenso si riferisce ai casi in cui ciò sia possibile.

⁶⁷ cfr. Cas.pen. , sez IV, n° 11335, 14 marzo 2008, in Diritto & Giustizia 2008

⁶⁸ a differenza delle impostazioni precedenti: infatti la Suprema Corte nel 2007 ritenne di non derogare al requisito della personalità, dicendo che il tutore esprime il consenso come se fosse il paziente, per cui il requisito della personalità è rispettato.

⁶⁹ Cass. Civile sez III n.21235 del 29 novembre 2012, in diritto e giustizia 2012 ,0, 1143 "il modulo per il consenso al trattamento sanitario è generico:violata la dignità del paziente"

Presupposto del consenso informato, è quindi, l'informazione che deve essere connaturata da alcuni requisiti, deve essere personalizzata, comprensibile, veritiera, obiettiva, esaustiva, non imposta.

La personalizzazione, presuppone l'adeguatezza della stessa alla condizione fisica e psicologica, all'età ed alla capacità, oltre che substrato culturale e linguistico del paziente nonché, deve essere proporzionata alla tipologia della prestazione proposta.

Per comprensibile si intende che l'informazione deve essere espressa con linguaggio semplice e chiaro, usando notizie e dati specialistici evitando, sigle o termini scientifici, attraverso anche l'utilizzo di schede illustrate o materiale video che consentano al paziente di comprendere compiutamente ciò che verrà effettuato, soprattutto in previsione di interventi particolarmente invasivi o demolitivi.

Nel caso di paziente straniero, è necessario un interprete o materiale informativo tradotto, affinché venga correttamente e completamente compreso ciò che viene detto.

L'informativa deve essere altresì veritiera ovvero, non deve essere falsamente illusoria, ma prudente e accompagnata da ragionevole speranza nelle informazioni che hanno rilevanza tale da comportare gravi preoccupazioni o previsioni infauste.

L'obiettività è basata sulle fonti validate o che godano di una legittimazione clinico - scientifica.

Indicativa inoltre delle effettive potenzialità di cura fornite dalla Struttura che ospita il paziente e delle prestazioni tecnico-strutturali che l'ente è in grado di offrire permanentemente o in quel momento.

Deve avere come fine, quelli di fornire le notizie inerenti l'atto sanitario proposto nell'ambito del percorso di cura intrapreso e al soddisfacimento di ogni quesito specifico posto dal paziente.

In particolare sulla natura deve vertere sullo scopo principale, sulle probabilità di successo, sulle modalità di effettuazione; sul sanitario che eseguirà la prestazione, sulle conseguenze previste e la loro modalità di risoluzione; sui rischi ragionevolmente prevedibili, sulle complicanze e la loro probabilità di verificarsi e di essere risolti da ulteriori trattamenti, eventuali possibilità di trattamenti alternativi, sui vantaggi e rischi sulle conseguenze del rifiuto alle prestazioni sanitarie.

Al paziente viene data la facoltà di non essere informato, delegando a terzi la ricezione delle informazioni, dal momento che il diritto all'informazione non necessariamente deve accompagnarsi all'obbligo di riceverla.

Di questo deve tuttavia rimanere evidenza in forma scritta.

In tal caso egli esprimerà comunque il consenso, subordinatamente all'informazione data a persona da lui delegata.

Il consenso deve essere espresso da un soggetto che, ricevute correttamente e completamente le informazioni con le modalità descritte in precedenza, sia capace di intendere e di volere.

Del diritto ad esprimere il consenso ne è titolare solo il paziente; l'informazione a terzi (compresi anche i familiari), è ammessa solitamente previo consenso esplicitamente espresso dal paziente.

L'assenso deve essere riferito allo specifico atto sanitario proposto e quello prestato per un determinato trattamento non può peraltro legittimare il medico all'esecuzione di una scelta terapeutica diversa dal percorso di cura intrapreso, per natura od effetti, fatto salvo il sopraggiungere di una situazione di necessità ed urgenza che determini un pericolo grave per la salute o la vita del paziente⁷⁰, il che risulta contrastante con quanto si cerca di attestare nei disegni sulle disposizioni di fine vita, ove invece il medico può decidere di eseguire o meno la prestazione richiesta o sostituirla con un'altra che lui ritiene più idonea, con il semplice onere di allegazione delle motivazioni in cartella clinica.

Il consenso deve essere prestato prima dell'atto proposto.

L'intervallo di tempo tra la manifestazione del consenso e l'attuazione dell'atto sanitario non deve essere tale da far sorgere dubbi sulla persistenza della volontà del paziente; nel caso lo sia, è opportuno ottenere conferma del consenso in prossimità della realizzazione dell'atto.

Questo sarà un punto saliente per la nostra trattazione, in quanto proprio l'attualità del consenso a far sorgere maggiori dubbi sulla ammissibilità delle d.a.t..

⁷⁰ Cfr. Cassazione civile sez III del 19 febbraio 2013 n.4030 in Diritto & Giustizia 2013, 20 febbraio

Il paziente ha il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, eventualmente anche nell'immediatezza della procedura sanitaria che si sta ponendo in essere; la natura contrattuale del consenso determina che per essere giuridicamente valido esso debba inoltre rispondere ai requisiti "libero"⁷¹ e "relativo al bene disponibile."⁷²

3.1.4 Modalità di acquisizione

Il processo informativo, deve essere modulato sulla richiesta del paziente, prevedendo tempi e luoghi adeguati, modalità di linguaggio appropriato, gradualità delle notizie, nonché bisogna valutare la volontà del paziente sulla possibilità di rendere partecipi altri soggetti.

L'obiettivo, è quello di creare con il paziente le condizioni per una sua decisione condivisa, unita ad una sua attiva e consapevole partecipazione agli atti sanitari che si andranno a compiere.

È sempre necessario dimostrare documentalmente dell'avvenuta informazione, indipendentemente dall'acquisizione del consenso in forma scritta.

Normalmente, la cartella clinica cristallizza il momento dell'acquisizione.

⁷¹ Esente da vizi, coercizioni, inganni, errori; non può essere esercitata alcuna pressione psicologica per influenzare la volontà del paziente, pena la nullità del consenso

⁷² L'integrità psicofisica non è un diritto di cui la persona può disporre senza alcun limite.

In ogni caso, l'informazione scritta è integrativa e mai sostitutiva del colloquio medico-paziente.

Il consenso informato può essere implicito o esplicito; se esplicito può essere orale o scritto.

Il consenso informato è espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge; e comunque acquisendolo in tal modo, il sanitario è agevolato nel dimostrare la sussistenza del consenso; difatti una mera prestazione orale osterebbe alla maggiore semplicità di apprendimento del paziente, delle numerose informazioni contenute nel modulo di consenso, meritando queste, una attenta analisi.

Il consenso implicito, è il consenso tacito dedotto dalla cooperazione alle cure e dalla richiesta che il paziente rivolge al contesto socio-sanitario.

Questo rappresenta un accordo basato sulla fiducia e sulla conoscenza del paziente, alle comuni prestazioni e prescrizioni mediche.

Il consenso, inoltre, è implicito quando l'assistito stesso richiede prestazioni, atti diagnostici o terapeutici, che vengono forniti secondo consuetudini che sono funzionali alle attese dello stesso paziente.

Quest'ultimo è usualmente presente nella maggior parte delle più comuni prestazioni sanitarie.

Il consenso esplicito (orale o scritto) viene richiesto nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche, invasive e/o rischiose, o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica, si renda opportuna una documentata manifestazione

inequivoca della volontà della persona.

Il consenso redatto e sottoscritto dal paziente e dal medico responsabile dell'atto sanitario, deve essere allegato e conservato all'interno della documentazione clinica di cui diviene parte integrante. Conseguentemente potrà essere consegnato come tutta la documentazione in copia al paziente, qualora lo stesso ne faccia richiesta.

La prassi del consenso scritto risponde alle esigenze del diritto vigente e soprattutto della giurisprudenza, facilitando così il riscontro probatorio rispetto alla prova testimoniale.

E' rimesso ad ogni azienda sanitaria regionale definire gli atti sanitari per i quali deve essere acquisito il consenso in forma scritta.

3.2 Consenso prestato da paziente minore di età

Il codice civile statuisce che la potestà sui figli è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori ex art. 316, comma 2. c.c. o da solo uno di questi, nel caso in cui l'altro genitore sia morto o deceduto o, ancora, sospeso dalla potestà.

Nei casi di comuni trattamenti medici (visite, medicazioni, ecc.) è sufficiente il consenso di uno solo dei genitori in applicazione del principio generale che gli atti di ordinaria amministrazione che

possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore (art. 320 c.c.).

In questi casi il consenso comune è considerato implicito.

Nel caso in cui sia necessario il consenso esplicito di entrambi i genitori, questi devono essere presenti e d'accordo, acquisendo in tal modo il consenso.

Il consenso comune è sempre necessario in caso di genitori separati o divorziati o non conviventi, in base al principio che le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo (art. 155, comma 3, e 317, comma 2 c. c.).

In caso di assenza di un genitore per lontananza o impedimento o sua incapacità - naturale o dichiarata con pronuncia di interdizione giudiziale che renda impossibile l'esercizio della potestà per l'atto sanitario: è sufficiente l'acquisizione del consenso del solo genitore presente e capace (art. 317, comma 1 c.c.).

La possibilità di prescindere dal consenso informato del genitore lontano o impedito deve essere valutata in relazione all'urgenza imminente nell'atto sanitario e ai tempi che risulterebbero necessari per farlo intervenire.

In tal caso, problematico diventa provare che l'altro genitore sia effettivamente lontano, impedito o incapace e pertanto impossibilitato a prestare il proprio consenso.

Ove tale prova manchi, occorre, su ricorso dell'altro genitore, di un

parente o del Pubblico Ministero, un provvedimento del Tribunale per i minorenni che sostituisca il consenso dell'altro genitore.

La prassi, per semplificare e snellire questa fase, ha predisposto dei moduli di autocertificazione che il genitore presente compili e sottoscriva sotto la sua responsabilità, attestante così, la condizione di lontananza o impedimento dell'altro genitore; modulistica che sarà conservata unitamente al modulo del consenso.

Qualora, invece i genitori dovessero essere in disaccordo, ai sensi di quanto disposto dalla nuova Legge del 8 febbraio 2006 n. 54⁷³ – “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” art. 1 “Modifiche al codice civile”, che ha sostituito l'art. 155 c.c. (“Provvedimenti riguardo ai figli”), anche in caso di separazione personale dei genitori ove la potestà genitoriale è esercitata da entrambi, la decisione è rimessa al giudice.

Pertanto il medico non può procedere all'erogazione dell'atto sanitario, a meno che non ricorra lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p..

Se entrambi i genitori si oppongono, il medico, qualora valuti indispensabile l'atto sanitario per il minorenne, deve segnalarlo alla Procura della Repubblica per i minorenni, per impulsare un ricorso al Tribunale per i minorenni al fine di ottenere un provvedimento che precluda ai genitori l'esercizio della potestà limitatamente a quello specifico atto sanitario e autorizzando tale atto, prescindendo dal consenso degli stessi.

Se il minorenne non fosse convivente con i genitori, per l'acquisizione

⁷³ LEGGE 08/02/2006 , n. 54 in Gazzetta Uff. 01/03/2006 , n.50

del consenso informato si deve distinguere invece per il minore in affidamento in comunità o in istituto penale; l'affidatario – esercita i poteri connessi alla potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con le autorità sanitarie, in cui rientrano i comuni trattamenti medici e pertanto il medico può procedere all'atto sanitario con il loro consenso.

In tali situazioni è necessario acquisire la dichiarazione dell'affidatario specificando la sua qualità.

Nelle altre tipologie di atti sanitari è necessario richiedere il consenso dei genitori o del tutore, oppure procedere a segnalare il caso alla Procura della Repubblica per i minorenni, perché presenti ricorso al Tribunale per i minorenni per un provvedimento.

Nel caso di minore che vive in strada, senza reperibilità dei genitori, o ancora, del minore straniero non accompagnato per cui non esiste una tutela, occorre segnalare alla Procura della Repubblica per i minorenni affinché ricorra al Tribunale per i minorenni in merito ad un provvedimento urgente di autorizzazione.

Si dovrà inoltre segnalare il caso al giudice tutelare per l'apertura del procedimento di tutela e la successiva nomina di un tutore.

Qualora il minore ha un tutore, per gli atti sanitari che esulano dal comune trattamento medico è necessario un consenso informato esplicitamente fornito dal tutore; per un comune trattamento medico si acquisisce il consenso informato all'atto sanitario fornito dal tutore, quando questi è anche affidatario.

Quando il minore abbia una sufficiente capacità di discernimento, il

medico deve ricercare con le dovute cautele del caso, l'adesione alle terapie anche da parte di quest'ultimo.

L'ascolto medico deve essere preceduto da un'adeguata attività di informazione, parametrando il tutto all'età.

Tali atti, si dovranno allegare alla cartella clinica.

In presenza di un dissenso del minore rispetto alla proposta diagnostico - terapeutica, malgrado il consenso degli esercenti la potestà, dopo reiterati momenti di informazione e ricerca del dialogo, è necessario valutare la necessità e/o possibile differibilità del trattamento proposto e prendere in considerazione l'opinione del minore come fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.

Il dissenso del minore rileva ostativo al trattamento sanitario, quando esso sia ragionevole sotto il profilo dei benefici o della possibilità di altri interventi alternativi e quando l'età per cui non consenta la coercizione.

Se, per la gravità della situazione sanitaria il trattamento proposto sia necessario e indifferibile bisogna procedere alla segnalazione alla Procura della Repubblica per i minorenni per l'eventuale iniziativa di provvedimenti del Tribunale per i minorenni.

Per alcuni atti sanitari è escluso l'obbligo di acquisire il consenso dei genitori o del tutore e il medico su richiesta del minore può procedere all'atto sanitario a prescindere dal consenso, dal dissenso o all'insaputa dei genitori o del tutore.

La legge n. 184/1983⁷⁴ per l'adozione e l'affidamento familiare afferma che deve essere sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento; secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica va sentito il minore al di sopra degli otto - nove anni anche per gli accertamenti diagnostici, anche di laboratorio, e le cure qualora si presentino sintomi di insorgenza di una malattia trasmessa sessualmente.

Le prescrizioni mediche e le somministrazioni nelle strutture sanitarie e nei consultori dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile (e in particolare, a partire dai 14 anni di età, per visite, anche ginecologiche, trattandosi di intervento non terapeutico ma riferito alla sfera sessuale) per l'interruzione di gravidanza quando il giudice tutelare abbia autorizzato la minorenni a decidere a prescindere dal consenso dei genitori o del tutore, in presenza di seri motivi che impediscano o sconsiglino la loro consultazione o che inducano a procedere contro il loro parere.

Per gli accertamenti diagnostici e gli interventi terapeutici e riabilitativi al minorenni che faccia uso personale non terapeutico di sostanze stupefacenti il minorenni può mantenendo l'anonimato accedere personalmente ai servizi per le tossicodipendenze, ottenere dei trattamenti terapeutici e consentire al controllo delle urine o del capello.

⁷⁴ Legge 12/06/1993 , n. 184 in Gazzetta Uff. 14/06/1993 , n.137

3.2.1 La valenza giuridica del consenso prestato dal soggetto minore ai trattamenti sanitari in ipotesi di violenza fisica o abusi sessuali effettivi o presunti.

Il medico, quale ausiliario di polizia giudiziaria, può - senza richiedere il consenso dei genitori, del tutore o degli affidatari - effettuare controlli sul minorenne che lo ha richiesto e/o gli è stato presentato dei rilievi esteriori su parti del corpo non nascoste alla vista

Il medico, inoltre, può sottoporre a visita, anche ginecologica, il minorenne maggiore degli anni 14 previo suo consenso, senza richiedere il consenso dei genitori o l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria;

Quando il minorenne non sia al di sotto dei 14 anni e non sia possibile o opportuno interpellare i genitori o il tutore, il medico potrà effettuare l'ispezione corporale solo dopo che, ricevuta la notizia di reato, la Procura della Repubblica ordinaria o minorile (a seconda che la persona sospettata dell'abuso sia maggiorenne o minorenne) abbia disposto l'ispezione corporale con decreto motivato (artt. 244 e 245 c.p.p.);

I servizi sanitari e il medico che intervengono per esigenze terapeutiche del minorenne devono raccogliere e descrivere anche le

tracce degli eventuali reati che in quel momento accertano.

3.2.2 Consenso prestato dall'amministratore di sostegno o dal tutore del paziente interdetto o sottoposto ad un'amministrazione di sostegno.

La protezione verso soggetti maggiorenni, privi in tutto o in parte di autonomia, può portare alla nomina di una delle figure giuridiche previste dall'ordinamento.

Si nomina il tutore nel caso di persona interditta o interdetta per infermità mentale (art. 414 c.c.).

Il tutore ha la funzione di rappresentante legale ed ha titolo ad esprimere il consenso alle prestazioni sanitarie nell'interesse della persona assistita, se ciò non è esplicitamente escluso dal provvedimento.

La figura dell'amministratore di sostegno è stata introdotta dalla legge n. 6 del 9 gennaio 2004⁷⁵; la nomina avviene nei casi di persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di

⁷⁵ LEGGE 09/01/2004, n. 6 in Gazzetta Uff. 19/01/2004, n.14

provvedere ai propri interessi.(vedi infra)

Per l'amministratore di sostegno occorre riferirsi al provvedimento di nomina del giudice tutelare che ne indica i poteri (che possono riguardare anche la sfera sanitaria).

I provvedimenti di nomina dovranno essere trattenuti in copia agli atti unitamente al documento di riconoscimento del soggetto nominato; qualora sorgano dei dubbi sulla titolarità ad esprimere il consenso all'atto sanitario, dovrà essere richiesto parere all'ufficio legale o al medico legale dell'azienda sanitaria.

Il medico ha l'obbligo di dare informazioni al soggetto tutelato e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente con la sua capacità di comprensione.

Nel caso di ricorso all'amministrazione di sostegno, la persona priva di autonomia, per gli atti in cui viene sostituita da un amministratore, può esprimere il suo dissenso (in questo caso l'amministratore deve darne notizia al giudice tutelare).

In caso di opposizione da parte del tutore o dell'amministratore di sostegno, al di fuori dello Stato di necessità, il medico è tenuto ad informare l'autorità giudiziaria (Giudice Tutelare presso la Pretura) che ai sensi dell'art. 333 c.c. può ordinare l'esecuzione dei provvedimenti necessari.

Sull'argomento è necessario rimarcare l'importanza rivestita dalla pronuncia della Cass. 21748/2007 ⁷⁶sul caso Englaro, sentenza che

⁷⁶ Cass.civ. sez I, n.21748 ,16 ottobre 2007 in Giust. civ. Mass. 2007, 10, Giust. civ. 2007, 11, I, 2366, Dir. famiglia 2008, 1, 77 (s.m.) (nota di: GAZZONI; GALIZIA DANOVI;

costituisce il reale punto di origine dell'interessamento alla tematica del fine vita in Italia e della relativa mancanza di una disciplina al riguardo(vedi infra) , la quale analizza la questione della legittimazione del tutore a prestare il consenso all'interruzione dei trattamenti sanitari qualora il suo assistito non sia in grado di farlo.

La Suprema Corte nel 2007 ritiene che <<la libertà di autodeterminazione è in assoluto un diritto incompressibile>>, poiché il consenso informato è un presupposto di liceità del trattamento sanitario (per cui il medico non può esercitare la sua attività senza consenso del paziente), la libertà di autodeterminazione si spinge alla possibilità di rifiutare cure mediche salvifiche.

Quindi:

- l'unico caso in cui non opera il consenso dell'avente diritto sono i casi di TSO (limitazione riconosciuta dalla Costituzione);
- negli altri casi c'è sempre bisogno del consenso (in applicazione della libertà di autodeterminazione): il paziente può rifiutare il diritto alla cura. È da sottolineare che questo rifiuto della cura non è un'eutanasia, che consiste nel sopprimere il diritto alla vita; infatti col rifiuto di cure salvifiche il soggetto non anticipa la morte, ma accetta l'inesorabile avverarsi di quel momento.

Il consenso dell'avente diritto si fonda, come approfonditamente esplicitato nel primo capitolo, prima che in leggi ordinarie, nella Costituzione artt. 2, 13, 14 e 32 nella convenzione di Oviedo (4.4.1997),

GALUPPI), Riv. it. dir. e proc. pen. 2008, 1, 384 (s.m.) (nota di: BARBIERI), Riv. it. medicina legale 2008, 2, 583 (s.m.) (nota di: SARTEA, LA MONACA), Giust. civ. 2008, 7-8, I, 1725 (s.m.) (nota di: SIMEOLI), Dir. famiglia 2008, 2, 592 (s.m.) (nota di: VIRGADAMO), Il civilista 2007, 3, 71 (s.m.) (nota di: FERRARI), Rass. dir. farmaceutico 2008, 2, 235, Ragiusan 2008, 291 - 292, 207, Il civilista 2010, 10, 23

nel codice deontologico, la Corte Edu., per cui la libertà di autodeterminazione prevale sempre (escluso i casi di TSO).

La Cassazione nel 2007, affronta il problema del tutore, ritenendo che esso può prestare il consenso all'interruzione dei trattamenti sanitari in luogo del paziente, qualora ne sussistono dei criteri.

Il medico esaurisce il suo dovere informando il paziente dell'imminente pericolo di vita.

Una volta adempiuto l'obbligo del medico, si pone il problema del consenso del tutore al luogo del paziente incosciente.

Questo, secondo la giurisprudenza di legittimità, può prestare il consenso rispettando il "best interest" del paziente, adottando una decisione "con" il paziente e non "in sostituzione" dello stesso; nella manifestazione di volontà il tutore non deve esprimere propri convincimenti, ma deve ricostruire la volontà dell'incapace attraverso i convincimenti dello stesso come emergono dalle sue pregresse esperienze di vita (infatti, nel caso di manifestazione di volontà del paziente in momenti di acclarata lucidità in passato, bisogna tenerne conto).

La giurisprudenza ritiene che l'intervento del tutore in atti personali non costituisca un problema, basando questo convincimento su due dati normativi:

l'art. 13 l. 194/78⁷⁷, che consente l'interruzione della gravidanza della donna incapace, concedendo al tutore di richiedere tale interruzione;

⁷⁷ Legge 22/05/1978, n. 194 in Gazzetta Uff. 22/05/1978, n.140

- inoltre abbiamo l'art. 4 d.lgs. 211/03⁷⁸ (sulla sperimentazione chimica) che prevede espressamente che il consenso alla donazione degli organi può essere fornito dal legale rappresentante del soggetto, che deve rifarsi al consenso presunto.⁷⁹

Queste norme dimostrano che la circostanza di affrontare interessi dal contenuto non patrimoniali non è rilevante, consentendo al legale rappresentante poteri relativi a tali interessi, ma comunque assolutamente personali (e giustificano che il tutore possa consentire all'interruzione dei trattamenti sanitari, perché tali norme si pongono in linea con questa possibilità).

La giurisprudenza privilegia la figura del tutore nella cura di interessi personali, ritenendo che “non è il tutore a prestare il consenso ma sarà sempre il paziente”, intervenendo il tutore a ricostruire la volontà del paziente stesso.

Ed allora l'intervento della Suprema Corte può riferirsi ad un consenso presunto.

La Cassazione -tuttavia- specifica non solo che il tutore deve ricostruire il convincimento, ma deve emergere che quel convincimento sia inequivoco, che vi sia la certezza che il paziente, posto nelle condizioni

⁷⁸ D.lgs 24 giugno 2003 n. 211, in G.U. 9 agosto 2003 n 184

⁷⁹ il D.lgs 211/2003 in ordine al consenso, fa rinvio ai c.d. «*good clinical practice (GCP)*», cioè ad un «insieme di requisiti in materia di qualità in campo etico e scientifico, riconosciuti a livello internazionale, che devono essere osservati ai fini del disegno, della conduzione, della registrazione e della comunicazione degli esiti della sperimentazione clinica con la partecipazione di esseri umani». Le formalità da rendersi al volontario affinché questo possa considerarsi realmente «informato» sono indicate, con minuzia di particolari, dai GCP

di prestare il consenso, l'avrebbe prestato, come se accedesse al consenso presunto tentando, d'altra parte, di stemperarne la caratteristica di incertezza

Da ultimo sul tema dell'ammissibilità del consenso presunto e di quello tacito interviene la Corte di Cassazione con sentenza n. 20984/2012⁸⁰ la quale specifica che il consenso presunto non è ammissibile nel sistema, perché non è qualificabile come tale, e medesimo discorso è da farsi per il consenso tacito. L'unico consenso riconosciuto è quello espresso⁸¹.

Questa pronuncia in realtà sembra cozzare con le sentenze del caso Englaro volendo quasi statuire che le espressioni di volontà debbano necessariamente essere esplicitate.

3.2.3. L'ipotesi del paziente in condizione di incapacità naturale ex art 428 c.c.

Un paziente può non essere interdetto o sottoposto ad amministrazione di sostegno per i trattamenti sanitari e presentarsi, tuttavia, in una condizione di incapacità naturale in quanto privo in tutto, o in parte di autonomia decisionale o temporaneamente incapace di esprimere la propria volontà.

⁸⁰ cass. Civ sez III . 20984 del 28 novembre 2008 in *Diritto & Giustizia* 2008

⁸¹ Bisogna capire come si concilia questa sentenza con Cass. 23707/2012 (20.12.12) che si è interrogata (unica sentenza ad averlo fatto) sulla designazione pro futuro dell'amministratore di sostegno che si analizzava nel paragrafo ad esso dedicato.

Deve essere sempre tenuto presente, che la capacità decisionale necessita di essere contestualizzata e quindi rapportata alle diverse fattispecie, semplici o complesse, nei cui confronti il paziente esercita la scelta.

Da qui deriva la difficoltà di stabilire procedure uniformi standardizzate e l'opportunità di avvalersi, nei casi dubbi, di consulenze specialistiche legali, ed in particolare medico legali.

Un'estensione di tale concetto finalizzata a tutelare nel modo più ampio il diritto all'autodeterminazione del paziente anziano, trova applicazione nell'ambito delle procedure finalizzate per l'inserimento del soggetto stesso in strutture sanitarie o socio - sanitarie.

Tali indicazioni devono essere rispettate fino al momento in cui non intervengano le condizioni di cui all'art.54 c.p..

Nelle situazioni cliniche in cui il paziente sia temporaneamente incapace ad esprimere la propria volontà, il medico deve prestare le cure indispensabili e indifferibili.

Il medico deve attuare gradatamente e sequenzialmente il trattamento terapeutico in modo da portare il paziente verso un miglioramento della propria capacità decisionale, quindi di porlo in grado di affrontare gli atti più complessi sotto il profilo terapeutico e/o assistenziale.

Il consenso in questi casi diventa uno degli obiettivi della relazione terapeutica, attraverso piccoli consensi, il cosiddetto "consent in progress".

Criticamente, questa struttura progressiva del consenso dovrebbe essere caratterizzante anche per la o le manifestazioni di volontà del c.d. testamento biologico.

Inoltre, attraverso consulenze specialistiche, può essere valutata la specifica capacità decisionale del paziente e supportata la decisione rispetto al trattamento; è il caso di una consulenza geriatrica in soggetti anziani con rilevanti problemi di natura cognitiva, oppure una consulenza psichiatrica in pazienti che presentino disturbi di tale natura.

Qualora dalla risultanza delle consulenze esperite e dallo scarso successo degli interventi terapeutici attuati si confermi lo stato di incapacità temporanea, si dovrà adire il Giudice Tutelare per una amministrazione di sostegno, o il Procuratore della Repubblica per l'interdizione, nel cui contesto potrà essere autorizzato l'intervento più opportuno.

3.2.4. Somministrazione di trattamento senza consenso: I trattamenti sanitari obbligatori (t.s.o.) .La legge 23 dicembre 1978 n.833

La legge n.833/78⁸² regola due istituti di coercizione l'A.S.O

⁸² Legge 23/12/1978, n. 833 in Gazzetta Uff. 28/12/1978, n.360

(accertamento sanitario obbligatorio) e il T.S.O. (trattamento sanitario obbligatorio).

Perché un determinato trattamento sanitario possa essere imposto come obbligatorio dalla legge, saranno necessari non solo l'assenza di rimedi alternativi, ma soprattutto che lo stesso sia in grado di assicurare, allo stato delle conoscenze scientifiche, un miglioramento o quanto meno la conservazione della condizione di salute di chi vi è assoggettato.

Seppure l'obbligo, ricadente su ciascun individuo, di sottoporsi ad un trattamento sanitario sarebbe accettabile pure a costo di qualche "rischio specifico" di contagio, esso non potrebbe mai postulare il "sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri" (Corte Cost. n. 307/1990).⁸³

Il Trattamento Sanitario Obbligatorio è, quindi, un procedimento amministrativo legittimato dall'art. 32 della Costituzione, disciplinato dalle Leggi 180/78⁸⁴e 833/78, che permette di operare un ricovero per l'effettuazione di terapie di medicina generale o psichiatrica, contro la volontà del paziente, ma nel suo interesse.

Il procedimento che porterà all'esecuzione del trattamento sanitario obbligatorio viene attivato con specifica richiesta scritta del medico curante, alla quale segue la visita di un secondo medico, appartenente

⁸³ C: Cost. n.307 ,22 giugno 1990 in Riv. corte conti 1990, fasc.3,179., Foro Amm. 1991, 640., Lavoro e prev. oggi 1991, 665., Resp. civ. e prev. 1991, 73 (nota)., Giur. cost. 1990, 1874 (nota)., Riv. it. medicina legale 1990, 914 (nota).”

⁸⁴Legge 13/05/1978 , n. 180 in Gazzetta Uff. 16/05/1978 , n.133

alla struttura sanitaria pubblica, finalizzata alla verifica dell'esistenza dei presupposti che giustificano l'adozione del provvedimento.

Questi ultimi si concretizzano nell'incapacità del paziente di avere coscienza del proprio stato di malattia; l'opposizione del paziente alle necessarie cure; la necessità di un intervento terapeutico urgente, nonché la mancanza delle condizioni e delle circostanze atte a consentire di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie di tipo extraospedaliero.

Quindi nei soli casi previsti dalla legge e secondo le disposizioni ivi contenute, l'autorità sanitaria può disporre misure di trattamenti sanitari obbligatori a salvaguardia della persona interessata e dei terzi con cui questi può venire a contatto.

In tali casi non è richiesta l'espressione del consenso, anche se gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato .

3.2.5. Dissenso di persone maggiorenni e capaci. Requisiti di validità

Sul rifiuto espresso dal paziente maggiorenne, non c'è in dottrina uniformità di vedute, e due sono gli orientamenti che si contendono il campo, tale dicotomia discende da una difficoltà nell'interpretativa della della norma costituzionale sub specie art.32 Cost.

Da un lato, si sostiene che l'ordinamento non possa consentire il rifiuto di cure, specie ove questi vengano posti in essere al cospetto di un medico.

Si giustifica un tale assunto in relazione all'art 32 Cost., nel quale viene evidenziato anche il valore collettivo del bene salute.

Inoltre, occorre tener conto di una serie di obblighi discendenti dalla normativa deontologica, della possibilità di incorrere nel reato di omissione di soccorso cui in caso di inerzia il medico andrebbe incontro, ed inoltre della posizione di garanzia rivestita dal medico nei confronti del paziente anche dissenziente.

Dall'altro lato, in riferimento al combinato disposto di cui agli artt 32 e 13 Cost., si evidenzia come il bene salute abbia una rilevanza eminentemente personale, tollerando limitazioni nei soli casi previsti dalla legge (in materia ad es. di trattamenti sanitari obbligatori per la tutela della salute pubblico): a fronte del valido dissenso di un paziente in normale stato di capacità, il medico deve astenersi da alcun intervento.

Pertanto, se il medico interviene senza il preventivo consenso, egli sarebbe in ogni caso responsabile di lesioni personali ovvero, in caso di

esito mortale, di omicidio preterintenzionale.⁸⁵

Inoltre, il dissenso (c'è chi parla di "non consenso") rispetto a terapie future deve essere manifestato in maniera espressa, inequivoca, attuale e informata; in particolare anche quando il rifiuto alle cure espone al rischio di perdere la vita.

Il dissenso, dunque, deve essere manifesto solo dopo che l'interessato si è formato una rappresentazione veritiera e attuale delle proprie condizioni di salute, prendendo consapevolezza della diversa gravità cui si espone.

In particolare, va distinto un generico diniego a un trattamento in condizioni di piena salute, rispetto alla riaffermazione in una situazione di pericolo di vita.

Da qui l'esigenza che nella manifestazione di dissenso al trattamento emerga senza equivoci la volontà di impedire la terapia anche in pericolo di vita.

Nel caso di delega da parte del paziente a un terzo, costui deve

⁸⁵ Secondo Domenico Fiordalisi: "Il principio dell'autodeterminazione trova un riconoscimento nel nostro ordinamento nella corretta interpretazione dell' art. 2 della Costituzione , in quanto la dottrina più evoluta ha superato la concezione -funzionalista- della necessità della tutela della vita e della salute per l'adempimento degli -inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Non vi è quindi un dovere di tenersi in vita ed in buona salute per far fronte agli interessi collettivi, in quanto la Carta costituzionale è ispirata al principio personalistico. Ne deriva il riconoscimento di un diritto a restare malato, che è legittimamente comprimibile solo dove il rifiuto di cure da parte di un soggetto esponga a pericolo la salute altrui. A questo concetto si ispira l'attuale codice di deontologia medica. Ne deriva che, in presenza di dissenso proveniente da un soggetto capace di intendere e di volere, il trattamento coattivo costituisce reato ; al contrario l'omissione di trattamento ed il mancato impedimento della morte del paziente sarà scriminato, in quanto giuridicamente doveroso ex art. [51](#) c.p. Il medico avrà solo il dovere di assicurare i trattamenti consentiti dal paziente dissenziente, rappresentandogli i rischi specifici legati alla persistenza del suo rifiuto.

dimostrare il proprio potere rappresentativo e deve confermare il -non consenso- dopo aver ricevuto dai medici tutte le informazioni necessarie.

3.2.6 La forma scritta *ad substantiam*.

Altro requisito fondamentale delle dichiarazioni anticipate di trattamento è la forma di cui si riveste.

L'opinione prevalente, nonché i disegni di legge prevedono la necessarietà della forma scritta, anche prevista dai disegni di legge del senato e della camera, i quali altresì prevedono l'istituzione di un registro delle dichiarazioni nell'ambito di un archivio unico nazionale informatico.

La necessarietà della forma scritta è stata altresì affermata dal comitato nazionale di bioetica (che fu il primo a dare una definizione dell'istituto) il quale, definendole come documenti, presuppone la forma scritta come requisito *ad substantiam*, e in assenza della quale, nemmeno si parlerebbe di direttive anticipate di trattamento

Il comitato di bioetica ha sottolineato l'esigenza di personalizzazione di queste esigenze di fine vita, suggerendo di evitare la mera

sottoscrizione di moduli o formulari, ha sottolineato l'esigenza di garantire che queste disposizioni siano specifiche in ordine ai trattamenti sanitari che il soggetto intende ricevere o meno per il tempo in cui diventa incapace di intendere e di volere, specificità che può essere garantita solo da una forma scritta ed a parere di alcuni solenne.

La scrivente non concorda sulla necessità della solennità dell'atto in quanto si andrebbe a rendere farraginoso l'iter di redazione del testamento biologico, seppur concordando con la necessità di renderlo formale.

Seppur si è detto che le dichiarazioni anticipate di trattamento non hanno analogie con la disciplina testamentarie dettata dal codice civile, in quanto istituti non compatibili tra loro, sarebbe auspicabile, però, che di questa disciplina si prendesse in "prestito" proprio l'aspetto formale, rendendo così le dati atti formali e necessariamente scritti ma lasciando al soggetto decidere la modalità con cui redigerle, fermo restando l'inserimento delle stesse, così come previsto a norma dei disegni di legge, in un archivio generale.

Ecco che nel dibattito sviluppatosi è subentrata la figura del notaio.

Il consiglio nazionale del notariato ha espresso la propria disponibilità a far fronte ad una serie di esigenze che si pongono in materia di disposizioni di fine vita, ma sembra che questa disponibilità non sia stata colta dagli estensori dei disegni di legge, in quanto in entrambi non si prevede nessun tipo di intervento del notaio.

4. Somministrazione del trattamento sanitario obbligatorio senza il consenso: lo stato di necessità

L'art. 54 del codice penale disciplina lo stato di necessità; pertanto quando la persona non sia in grado di esprimere il proprio consenso a prestazioni sanitarie ritenute indifferibili, il medico attraverso la suddetta disposizione è tenuto ad intervenire anche senza l'acquisizione del consenso.

A tal fine occorre che il pericolo sia attuale e inevitabile; attuale, in quanto imminente e sovrastante in atto al momento dell'azione; inevitabile, perché non eliminabile con diversa condotta.

Il medico compie tutti gli atti possibili, riportando in cartella clinica la situazione che viene ad affrontare e i provvedimenti relativi non procrastinabili e necessari in modo specifico per superare quel pericolo o quel rischio.⁸⁶

Ai familiari non è riconosciuto alcun vero e proprio potere di decidere; è opportuno che siano informati, ma le decisioni cliniche spettano autonomamente al medico.

⁸⁶ Cassazione civile , 15/09/2008, n. 23676, sez. III nota di POLIZZI in Resp. civ. e prev. 2009, 10, 2112

Superato lo stato di necessità per le successive prestazioni sanitarie occorre acquisire il consenso del paziente.

In sala operatoria il medico che si trovi di fronte ad una situazione imprevista, che comporti un intervento differente da quello per il quale era stato acquisito il consenso del paziente, interviene secondo l'interesse dello stesso escludendo la possibilità di rimandare l'intervento ad un successivo momento solo se il rinvio stesso costituisce un danno grave alla salute o alla vita del paziente.

In caso di minorenni o incapaci e in assenza dei genitori/tutori lo stato di necessità può essere valutato con maggiore ampiezza, qualora il ritardo all'esecuzione dell'atto sanitario comporti un aggravamento della situazione clinica

5. Inquadramento giuridico del soggetto che attua l'altrui volontà tra rappresentanza e negozio fiduciario

Per l'individuazione dei soggetti giuridici legittimati ad attuare la volontà del disponente si è spesso fatto ricorso a due figure giuridiche la rappresentanza così come disciplinato dal codice civile e la figura "giurisprudenziale", del negozio fiduciario

L'istituto della rappresentanza, così come disciplinato dagli artt. 1131 e ss. c.c., da la possibilità di delegare a persone di fiducia talune iniziative o decisioni.

Quando un paziente non è in grado di manifestare di persona la propria volontà, sia per impedimenti fisici sia per la complessità dell'azione, si assiste dunque alla sostituzione di fronte ai terzi di un soggetto (rappresentante) nell'attività giuridica di un soggetto (rappresentato o dominus).

Rispetto alle altre ipotesi di sostituzioni previste dalla legge (per esempio l'azione surrogatoria), la rappresentanza presenta una caratteristica tutta peculiare, perché il rappresentante dichiara di agire in nome e per conto del rappresentato, in tal modo restando estraneo, nei rapporti con il terzo, all'affare e non assumendo la veste di parte.

In questo istituto è l'altruità dell'interesse ad essere qualificante.

Il negozio fiduciario, invece, non è espressamente disciplinato dal codice civile.

Nel nostro ordinamento viene configurato come quel negozio con cui un soggetto, fiduciario, attribuisce un diritto ad un altro soggetto, fiduciante, affinché questi lo utilizzi secondo le disposizioni del disponente.

La giurisprudenza di legittimità si è, sull'argomento, di recente espressa in questi termini "Il negozio fiduciario si sostanzia in un accordo tra due soggetti, con cui il primo trasferisce al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore. Essendo il negozio fiduciario una fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, e, in mancanza di una disposizione espressa in senso contrario, il pactum fiducia non può che essere affidato al principio generale della libertà

di forma.⁸⁷”

A parere della scrivente è da escludersi la possibilità di utilizzo del negozio fiduciario, per due ordini di motivi; un primo motivo scaturisce dalla sua genesi di natura giurisprudenziale e quindi di relativa carenza di disciplina organica dettagliata, si utilizzerebbe un istituto “in costruzione” vago e facilmente plasmabile laddove invece, è necessaria una organicità e precisione della materia.

Ancora, si può osservare analizzando l'utilizzo fatto di questo istituto che esso è sorto per tutelare prettamente, se non esclusivamente interessi di natura patrimoniali, lontani quindi dall'essere adattabile alle disposizioni anticipate di trattamento.

La rappresentanza invece si avvicina notevolmente alle esigenze di sostituzione soggettiva, ma in realtà dati i limiti della sua disciplina risulterebbe più corretto ricorrere all'istituto ben definito e precisato dell'amministratore di sostegno così come introdotto dalla legge n.6 del 2004.

5.1 l'istituto dell'amministratore di sostegno

La legge sull'amministrazione è frutto delle svariate trasformazioni socioculturali, che hanno caratterizzato la società italiana a partire dai primi anni sessanta.

⁸⁷ Cassazione Civile sez. II 27 agosto 2012 n. 14654 in in Resp. civ. e prev. 2012

La legge 9 gennaio 2004 n. 6 è il frutto di un lavoro, volto a scardinare la concezione ottocentesca dell'infermità di mente contenuta nel codice civile e di adeguare lo stesso ai principi della costituzione del 1948, essa difatti ha novellato il Codice Civile introducendo, nel nostro ordinamento, il nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno, disciplinato negli articoli dal 404 al 413 c.c..

Questa nuova figura si affianca agli istituti di tutela già esistenti dando vita ad un sistema più flessibile di quello precedente, dove l'istituto dell'interdizione, tende ad essere visto come strumento di extrema ratio nella tutela del soggetto debole.⁸⁸

L'amministrazione di sostegno costituisce quindi lo strumento giuridico che la legge n. 6/2004 ha introdotto nel nostro ordinamento al fine di "tutelare con la minore limitazione possibile della capacità di agire delle persone prive in tutto o in parte dell'autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanenti; l'amministratore di sostegno ha la funzione di assistere ogni persona, che per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi.

E' evidente come, rispetto ai precedenti modelli dell'interdizione e dell'inabilitazione, l'amministrazione di sostegno intenda garantire un

⁸⁸I. TRICOMI, Così uno strumento giuridico flessibile introduce una graduazione nelle misure, in il Sole-24 Ore, n. 5, 7 febbraio 2004, p. 26.

maggior rispetto dell'autonomia del disabile ed una maggiore attenzione alla sfera dei suoi interessi personali, in sintonia con il quadro dei principi costituzionali (art. 2 e 3 Cost.).

L'amministrazione di sostegno non ha soltanto una funzione protettiva e conservativa del patrimonio della persona priva di autonomia (cura patrimonii).

Esso ha come obiettivo principale la promozione della persona, consentendole di realizzare anche interessi non patrimoniali (cura personae)⁸⁹.

La salute appartiene com'è noto alla sfera non patrimoniale, ma gli artt. 404 - 413 c.c. non adoperano mai questo termine, né prevedono che l'amministratore di sostegno possa affiancare o sostituire il beneficiario nell'assumere decisioni sui trattamenti medici.

È stato perciò osservato che il nostro ordinamento non contempla «un'adeguata disciplina del trattamento chirurgico» del disabile, sebbene vi siano alcune disposizioni del codice civile e di altre fonti che consentono di regolare questa fattispecie.

Entrata in vigore il 19 marzo del 2004, la legge sull'amministrazione di sostegno ha modificato il titolo XII del I Libro del Codice Civile, rubricato precedentemente "Dell'infermità di mente e dell'interdizione e dell'inabilitazione", prevedendo la nuova intitolazione "Delle misure di protezione delle persone prive in parte o in tutto di autonomia. In realtà poi si è sdoppiato il titolo XII nel capo I dedicato all'amministrazione di sostegno e nel capo II dedicato all'interdizione e

⁸⁹ G. Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno* (Milano 2008), 422 s.

all'inabilitazione.

Scompare, il richiamo alla categoria dell'infermità di mente, subentra la nuova rubrica complessiva delle "misure di protezione per le persone prive in tutto o in parte di autonomia" e, il titolo XII si apre con la previsione dell'amministrazione di sostegno, che certamente è la più tenue tra le forme di protezione previste nel Codice Civile.

La finalità della legge 6/2004 è poi quella di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità d'agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.

In particolare, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno, le novità più significative possono essere così sinteticamente riassunte.

All'art. 404 c.c. vengono enunciati i principi cardine della riforma: dinanzi a una "infermità" o ad "una menomazione fisica o psichica" - che sia tale da causare l'impossibilità, anche parziale e temporanea, di provvedere ai propri interessi" la persona sofferente potrà "essere assistita da un amministratore di sostegno".

Gli artt. 405, 406 e 407 c.c. analizzano alcuni aspetti di natura procedimentale.

L'art. 408 fissa i criteri da seguire per la scelta dell'amministratore, tra cui possibilità di designazione anche in via preventiva, ad opera del soggetto bisognoso; conferibilità dell'incarico da parte del giudice tutelare ai familiari più stretti, compresi quelli di fatto, a colui che sia

stato indicato dal genitore superstite, oppure eventualmente ad altri soggetti, non però agli operatori sociali che siano coinvolti direttamente nella cura dell'interessato, fra cui anche le persone giuridiche.⁹⁰

L'art. 409 intitolato "effetti dell'amministrazione di sostegno", precisa che il beneficiario conserverà in linea di principio la capacità d'agire, specificando come ciò sia destinato a valere, senza eccezioni, per quanto concerne gli atti della vita quotidiana.

L'art. 410 tratta dei doveri gravanti sull'amministratore.

Tuttavia è contemplata la necessità che costui tenga conto dei bisogni e delle aspirazioni dell'interessato.

Inoltre, l'amministratore ha obblighi di informazione circa gli atti da compiere, e ciò tanto nei confronti del beneficiario, quanto verso il giudice tutelare.

La norma stabilisce che sarà quest'ultimo - nell'eventualità di dissidi, errori, inerzie dannose, etc. - ad adottare gli opportuni provvedimenti.

⁹⁰ L'art. 408, co. 1 c.c. sancisce che «l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità».

Designare, com'è noto, non significa nominare e istituire l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Potere, questo, che compete esclusivamente al giudice tutelare come si evince dagli artt. 405 c.c. e 348 c.c., i quali distinguono chiaramente designazione e nomina. La designazione tuttavia preclude al giudice la scelta di un amministratore diverso da quello designato, salvo che ricorrano «gravi motivi» da esplicitare nel provvedimento di nomina. La disposizione contenuta nell'art. 408, co. 1 c.c. (designazione) innova profondamente rispetto alla previsione di cui all'art. 348, co. 1 c.c. Quest'ultima, applicabile anche in materia di interdizione (art. 424, co. 1 c.c.), attribuisce il potere di designazione al genitore che ha esercitato per ultimo la potestà, ma non alla persona su cui eserciterà i propri poteri il tutore. Tuttavia, per effetto della legge 9-1-2004 n. 6, l'art. 408, co. 1 c.c. si applica anche all'interdizione e all'inabilitazione: l'art. 424, co. 3 c.c. stabilisce che «Nella scelta del tutore dell'interdetto e del curatore dell'inabilitato il giudice tutelare individua di preferenza la persona più idonea all'incarico tra i soggetti, e con i criteri, indicati nell'art. 408 c.c.».

L'art. 411 elenca poi quali regole, fra quelle dettate in tema di tutela dei minori, siano applicabili all'amministrazione di sostegno.

Altri rimandi hanno per oggetto, subito dopo, disposizioni varie in tema di testamento o di donazione.

L'art. 412, con le disposizioni inerenti alla patologia negoziale: annullabilità, in particolare, degli atti che siano stati compiuti - dall'amministratore - in violazione di legge, o in eccesso rispetto ai poteri conferibili dal giudice; soluzione non diversa relativamente agli atti che vengano posti in essere - dal beneficiario - in contrasto con quanto stabilito nel decreto del giudice tutelare.

Il termine per l'azione è cinque anni, in ambedue le ipotesi, con decorrenza dal momento in cui il regime di amministrazione di sostegno sarà cessato.

Infine l'art. 413, che fissa la disciplina concernente la revoca dell'amministrazione di sostegno, nonché le regole in tema di sostituzione dell'amministratore; possibilità rimesse entrambe, dietro istanza del beneficiario o di altri soggetti, e dopo le correlative istruttorie, alle valutazioni del giudice tutelare, il quale potrà provvedere anche d'ufficio.

Inoltre, la legge n. 6/2004 ha anche modificato la disciplina dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione.

Innanzitutto, l'art. 4 della legge sull'amministrazione di sostegno ha riformulato l'art. 414 del cod. civ. prevedendo la possibilità di procedere alla pronuncia dell'interdizione solo quando sia necessario al fine di assicurare la protezione del maggiore d'età - o del minore

emancipato - il quale si trovi in condizione d'abituale infermità di mente.

Importante è anche la sostituzione del precedente titolo della rubrica dell'art. 414 cod. civ. ("Persone che devono essere interdette"), con il nuovo "Persone che possono essere interdette".

L'art. 5 della L. n. 6/2004 ha riformulato l'art. 417 cod. civ. contemplando, tra i legittimati a promuovere l'istanza d'interdizione e d'inabilitazione, la "persona stabilmente convivente" con il futuro beneficiario del provvedimento di sostegno, modifica, di non poco momento se si tiene in considerazione che si conferisce la legittimazione a decidere, della capacità di una persona e di proporre relativa azione, ad un soggetto "estraneo". Questa modifica risulta ancora più pregnante in relazione alla tematica della trattazione, in quanto porta inevitabilmente ad interrogarsi sul perchè possa per legge un "estraneo" - e per tale deve intendersi un soggetto non legato al soggetto da alcun legame di parentela o affinità così come disciplinati dal codice civile-, seppur convivente decidere su un aspetto così personale quale la capacità di un soggetto, mentre non sia permesso, ai parenti di esprimere una ricostruzione della volontà del soggetto incapace nelle questioni di fine vita, come dimostrato dalla vicenda di Eluana Englaro di cui si tratterà ampiamente nel prossimo capitolo.

Inoltre, il rinvio operato dall'art. 417 cod. civ. agli artt. 414 e 415 cod. civ. prevede la possibilità che sia la stessa persona, ritenuta incapace, a promuovere l'azione di inabilitazione o di interdizione. Con tale previsione si rafforza il principio, espresso dall'art. 406 cod. civ., in

base a cui si riconosce al minore, interdetto o inabilitato, la legittimazione a presentare ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno.

L'art. 7 della L. n. 6/2004, riformulando il terzo comma dell'art. 424 cod. civ., prevede che nella scelta del tutore dell'interdetto o del curatore dell'inabilitato, il giudice tutelare debba seguire i criteri indicati nell'art. 408 cod. civ. previsti in materia di amministrazione di sostegno.

Di conseguenza, si prevede inoltre che la persona possa designare, in vista della propria futura ed eventuale incapacità, il tutore o il curatore.

Quindi, in base alla nuova formulazione dell'art. 432 cod. civ. si contempla la possibilità - oltre che di revoca dell'interdizione nel caso in cui vi sia un sostanziale miglioramento delle condizioni del soggetto - del "passaggio" dall'interdizione all'amministrazione di sostegno nel caso in cui permanga un'insufficienza nell'autonomia del soggetto non così grave da richiedere l'applicazione del provvedimento interdittivo.

Inoltre, si potrebbe interpretare la nuova formulazione dell'art. 432 cod. civ. nel senso di riconoscere la possibilità del "passaggio" dall'interdizione all'amministrazione di sostegno a prescindere da un effettivo miglioramento delle condizioni del beneficiario.

In altri termini, si potrebbe utilizzare questa disposizione come strumento, in via giurisdizionale, per scardinare l'istituto dell'interdizione e riconoscere una centralità sempre maggiore al nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno.

Infine, non priva di interesse è la modifica apportata dall'art. 9 della

legge n. 6/2004 all'art. 427 cod. civ.

Si è inserito, infatti, un nuovo comma ai sensi del quale "nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore".

Tale previsione è stata valutata con favore in quanto costituisce un tentativo del legislatore di evitare l'isolamento giuridico del soggetto debole sottoposto a provvedimenti altamente restrittivi, quali l'interdizione e l'inabilitazione.

Non si ha, in questo caso, il pieno riconoscimento del diritto dell'interdetto e dell'inabilitato alla "microcontrattualità", così come avviene per il beneficiario di amministrazione di sostegno ai sensi dell'art. 409 cod. civ., ma può essere sicuramente un'innovazione che avvalora la tesi del superamento dell'interdizione e dell'inabilitazione.

91

⁹¹ Corte Costituzionale, con la sentenza n. 440/2005 e con una successiva ordinanza n. 292/2007, e Corte di Cassazione, con le sentenze nn. 13.584 e 25.366 entrambe del 2006 si sono pronunciate sui rapporti tra amministrazione di sostegno ed altri istituti di tutela. Ad avviso della Corte Costituzionale appare opportuno attribuire un ruolo autonomo a ciascuno dei tre istituti (amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione), anche se quello riconosciuto all'amministrazione di sostegno dovrebbe essere il più ampio, riservando invece all'interdizione e all'inabilitazione un funzione residuale, per le ipotesi "disperate" nelle quali appare impossibile lasciare un margine di autonomia all'individuo in difficoltà. Afferma infatti testualmente la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 440/2005 che: "la complessiva disciplina inserita dalla legge n. 6/2004 sulle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità; e, consente, ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle

Infine, occorre ricordare il nuovo art. 418 cod. civ., modificato dall'art. 6 della legge n. 6/2004, ai sensi del quale "se nel corso del giudizio di interdizione o inabilitazione appare opportuno applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare. In tal caso il giudice competente per l'interdizione o l'inabilitazione può adottare i provvedimenti urgenti di cui al quarto comma dell'art. 405 cod. civ.".

A seguito di quanto fin ora affermato possono così schematizzarsi i soggetti a cui può affidarsi un amministratore di sostegno:

1. persone molto semplici che non sanno spendere bene le loro risorse e vengono raggirate;

caratteristiche del caso concreto. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle più invasive misure dell'inabilitazione e dell'interdizione, che attribuiscono uno status di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria. Ne discende che in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore." Tale orientamento viene inoltre confermato dalla recente ordinanza della Corte Costituzionale n. 292/2007. La Corte individua quindi un criterio distintivo immediatamente riconoscibile, in quanto prevede che l'interdizione, come istituto "incapacitante" ed altamente limitativo, debba essere applicato unicamente nei casi in cui il soggetto sia viziato da abituale infermità di mente e per ciò si presenti come inadatta ogni altra misura di protezione. In questa sentenza, viene citato e fatto proprio l'orientamento emerso nella precedente n. 13584/2006, nella quale si fa espresso richiamo all'entità del patrimonio e alla difficoltà e complessità dell'amministrazione, quali criteri di preferenza per l'interdizione. Questa scelta, già trattata in precedenza, ha dato seguito però a critiche soprattutto perché si è ritenuto che tale impostazione contrasti non soltanto con le finalità della L. 6/2004, ma in particolar modo con il principio di eguaglianza. In particolare, si è sottolineato come si finisca in tal modo per tradire il significato e la funzione stessa della legge n. 6/2004, la quale intende tutelare, infatti, le persone impossibilitate a provvedere ai propri interessi con la minore limitazione possibile della capacità d'agire proprio laddove esse sono bisognose del maggior sostegno. Come è evidente, quindi, nonostante un orientamento sempre più marcato che tende a riconoscere un ruolo "innovatore" e quasi "onnicomprensivo" proprio dell'amministrazione di sostegno, continuano a permanere incertezze che, probabilmente, potranno essere superate soltanto attraverso un intervento legislativo (come da alcuni richiesto) che chiarisca una volta per tutte i confini ed i contenuti di questo nuovo istituto.

1. persone che vivono in condizioni di isolamento sociale e di deterioramento abitativo che bisogna rimuovere, destinando in modo specifico delle loro risorse alle loro esigenze di cura;
 2. persone deboli che sono incapaci di fare valere i propri diritti (ottenimento di pensioni o indennità di accompagnamento, riscossione di affitti, accettazione delle eredità o ricerca dei beni ereditati presso le banche per evitare che i relativi diritti siano lasciati prescrivere, etc.);
 3. persone deboli mentali o fragili psicologicamente che hanno bisogno che qualcuno stia loro accanto con funzioni terapeutiche e di aiuto a fare e a gestirsi;
 4. sofferenti psichici che hanno bisogno di un'organizzazione delle cure alla propria persona attraverso una presenza integratrice, che spesso è sufficiente per evitare l'istituzionalizzazione;
 5. persone con disturbi della personalità o con comportamenti disordinati;
 6. persone in condizione di salute precarie per le quali appare necessario attribuire responsabilità di cura ai parenti, per esempio ad uno dei figli;
 7. alcolodipendenti che indirizzano prevalentemente al bere le risorse, non sono capaci di gestirsi e conducono una vita disordinata;
 8. tossicodipendenti;
 9. soggetti in età avanzata, quando le menomazioni psichiche e fisiche incidono sulla loro autonomia
 10. soggetti senza fissa dimora, persone che quasi mai sono interdette e cui nessuno pensa;
- secondo alcuni questo istituto sarebbe applicabile anche per i detenuti

e per immigrati irregolari.⁹²

Nel novero di questi soggetti, paradossalmente, non si ritrovano i soggetti non consenzienti

Questo anche perchè, nel caso di interdizione e di inabilitazione l'elemento del consenso dell'interdicendo o dell'inabilitando non ricopre un ruolo fondamentale a differenza che nelle ipotesi di amministrazione di sostegno dove il peso del consenso del paziente è sicuramente maggiore., argomentazione questa utilizzata da quella parte della dottrina che sostiene l'incompatibilità dell'istituto dell'amministratore di sostegno con il testamento biologico.

Per quanto riguarda poi la tipologia di persone che possono essere oggetto di amministrazione di sostegno, è necessario precisare che non può a priori collegarsi un tipo di provvedimento (interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno) ad una patologia, in quanto l'applicazione di questi istituti protettivi discende principalmente da un giudizio non prettamente clinico, ma medico-legale.

E' pertanto possibile, avere un soggetto con un disturbo della personalità, oppure un'alcolista, che è oggetto di inabilitazione e magari un soggetto schizofrenico che, nonostante la gravità della

⁹² In senso contrario, S. TRENTANOVI, La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del giudice tutelare: poteri doveri. Problemi organizzativi, in *Il Reo e il Folle*, cit., p. 194. L'autore precisa che non possono rientrare tra i *italiano* (irrilevante è poi il fatto che si trovino in Italia con o senza permesso di soggiorno). Possono al contrario beneficiare del nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno in presenza delle condizioni richieste della legge, così come del resto avviene per qualunque persona. La stessa valutazione viene estesa dall'autore anche alla categoria dei detenuti: tali soggetti potranno usufruire del nuovo istituto soltanto se ne ricorreranno i presupposti di legge, indipendentemente quindi dalla loro condizione detentiva

patologia, non viene interdetto ma beneficia dell'amministrazione di sostegno.

Non c'è una correlazione precisa tra provvedimento protettivo e patologia clinica del soggetto preso in considerazione.

Non è detto, quindi, che la patologia clinica più grave dia luogo all'applicazione del provvedimento maggiormente restrittivo sul piano della libertà del soggetto.

Ci si auspica, una riduzione sempre maggiore dell'applicazione dell'interdizione e dell'inabilitazione in funzione di provvedimenti, come l'amministrazione di sostegno, che si rivelano più snelli e leggeri, soprattutto rispetto alla dignità della persona.

Il nuovo istituto ha un carattere meno stringente, strutturato intorno alla persona.

L'amministrazione di sostegno è, quindi, un istituto che può essere applicato ad innumerevoli ipotesi di difficoltà; la casistica che può rientrare sotto l'amministrazione di sostegno è notevolmente ampia.

La flessibilità dell'amministrazione di sostegno si coglie anche con riguardo alle sperimentazioni cliniche su adulti incapaci di darvi il consenso, L'art. 5, co. 1 lett. b) del d.lgs. 24-6-2003 n. 211⁹³ prevede, quale condizione per intraprendere una sperimentazione, che l'incapace «abbia ricevuto informazioni adeguate alla sua capacità di comprendere la sperimentazione ed i relativi rischi e benefici». Non vi è dunque alcun automatismo tra incapacità (legale e naturale) e

⁹³ D.lgs. 24-6-2003 n. 211, Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico.

impossibilità di comprendere il significato delle informazioni che lo sperimentatore deve fornire .

Non si richiede una "deficienza" così grave come per pronunciare l'interdizione e, pertanto, il nuovo istituto ha una potenzialità applicativa notevole.

Emerge, l'importanza della cura personae quale componente essenziale del nuovo istituto, la quale invece non riveste un ruolo altrettanto importante rispetto all'interdizione e all'inabilitazione, in quanto questi ultimi sono strumenti nati per rispondere principalmente ad esigenze di carattere patrimoniale.⁹⁴

Quindi, da un lato persone che subiscono un decadimento psico-fisico legato all'età: persone un tempo "attive" che col passare del tempo hanno patito un processo degenerativo, specialmente con riferimento alla possibilità di instaurare relazioni sociali.

Diversamente, nei giovani in genere sono presenti disagi psichici e psicologici che richiedono, appunto, l'attivazione di un provvedimento di sostegno.

Quanto, invece, al rapporto tra l'amministratore di sostegno e il beneficiario, "lo stesso può avere un valore importante se l'amministrato è capace di comprendere e ha un certo grado di

⁹⁴ F. Giardina, Tutela della salute degli incapaci e interventi «protettivi» di terzi, Il diritto alla salute, a cura di F.D. Busnelli - U. Breccia (Bologna 1979), 128 s.; F.D. Busnelli, Capacità e incapacità di agire del minore, Dir. fam. e pers., 1982, 54 s.; A. Carratta, I procedimenti sullo stato di adottabilità e de potestate dopo l'entrata in vigore della l. 149 del 2001: verso un giusto processo civile minorile, Dir. fam. e pers., 2010, 1, 276 s.; P. Di Marzio, L'audizione del minore nei procedimenti civili, Dir. fam. e pers., 2001,1, 365 ss.; A. Gorgoni, Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione, Persona e mercato, 2011, 1, 55 s..

discernimento.

Vi sono rapporti più stretti con amministrati che hanno una certa capacità di intendere e una discreta libertà di movimento.

E' in ogni caso importante trovare il modo di collaborare con il beneficiario".

Il problema di base della nuova normativa, sussiste nel fatto che ancora non è stato chiarito bene come debba essere applicato l'istituto dell'amministrazione di sostegno

La legge n. 6/2004 ha come requisito quella di aver dato grossa flessibilità processuale e di disciplina sostanziale nonché maggiore rapidità dei tempi di individuazione dell'amministratore, rispetto ai giudizi di interdizione e inabilitazione.

Al contrario, però non c'è stato coordinamento, sostanziale e processuale, con gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e la mancata previsione di adeguate forme pubblicitarie del contenuto del decreto di nomina.

Infatti, mentre gli effetti dell'interdizione e dell'inabilitazione erano previsti dalla legge, talché la pubblicità dell'esistenza del provvedimento esauriva le esigenze informative dei terzi, con l'amministrazione di sostegno è il giudice che determina i limiti alla capacità del soggetto e pertanto diviene necessaria l'esigenza di garantire la conoscibilità del contenuto del decreto".

I vantaggi dati dalla legge n. 6/2004 sull'amministrazione di sostegno non risiedono soltanto nei minori costi e nella maggior celerità del

procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, bensì anche nell'assenza del "marchio dell'interdizione e nella possibilità offerta dal nuovo istituto di afferrare ogni spiraglio di volontà residua per far vivere ed emergere il soggetto in difficoltà".

Antecedentemente all'entrata in vigore del testo normativo c'è chi ha cercato di colmare il vuoto normativo sul testamento biologico ricorrendo al nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno.

Per quanto riguarda i rapporti tra questi due istituti è necessario precisare che nel corpo di un testamento biologico si riscontra la presenza della direttiva di delega e della direttiva di istruzioni.

E', con la direttiva di delega che si è soliti indicare la persona che dovrà prendere le decisioni al posto del delegante, quando questi non sia più in grado di farlo da solo.

In tal caso, il delegato, che deve accettare la delega, dovrà assumere le decisioni secondo la volontà del delegante, ed è qui che si è sostenuta la compatibilità del testamento biologico con la figura dell'amministratore di sostegno.

La direttiva di istruzioni invece indica le decisioni da prendere e le scelte da compiere per la tutela della salute e la cura della persona del delegante, nella direttiva di istruzioni si forniranno le indicazioni che riguarderanno tutti gli aspetti della vita quotidiana.

Il punto fondamentale, diventa se il designante o il richiedente sia capace - nonostante l'infermità o la menomazione - di scegliere consapevolmente la persona fiduciaria.

Se lo è si deve ritenere che l'interessato abbia una capacità sufficiente, sebbene non piena, per compiere un valido atto di designazione.

L'inciso «in previsione della propria futura incapacità» presuppone, dunque, non la piena capacità di intendere e di volere, ma la capacità di comprendere l'importanza per sé di designare una determinata persona quale amministratore di sostegno.

Ne consegue che il notaio cui sia richiesto di ricevere un atto di designazione non possa richiedere la piena capacità d'agire, ma solo quel tanto di capacità sufficiente a esprimere consapevolezza dei propri bisogni e delle qualità della persona che s'intende scegliere come amministratore di sostegno.

In questo caso, non essendovi obbligo di assistenza né di rappresentanza, il notaio non incorre nel divieto di cui all'art. 54 del regolamento notarile.

L'interpretazione qui sostenuta trova conferma nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 lett. a), nella Convenzione di Oviedo (art. 6) e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (artt. 21 e 26) che proclamano e invitano gli Stati a favorire l'autonomia individuale del disabile, quale condizione imprescindibile per garantirne la dignità umana.

Le disposizioni sopra ricordate sull'autonomia individuale e sulla libertà di compiere le proprie scelte sono altresì appropriate per

sciogliere positivamente i dubbi sulla cosiddetta designazione in sostituzione o in negativo e sulla nomina del co-amministratore di sostegno.⁹⁵

5.2 Le pronunce recenti

Il dibattito sul testamento biologico e l'amministrazione di sostegno è stato segnato da due pronunce del giudice tutelare di Modena.

Nel primo caso il giudice tutelare di Modena ha emesso un decreto, in data 13 maggio 2008, accogliendo la richiesta di una di nominare il marito amministratore di sostegno, al fine di prendere alcune rilevanti decisioni in caso di perdita delle facoltà intellettive della stessa.

Infatti, la donna era affetta da una malattia incurabile e aveva comunicato a suo marito e ai figli di non volere interventi né accanimenti terapeutici rifiutando, quindi, anche la respirazione

⁹⁵ La designazione in sostituzione consiste nella facoltà di sostituire alla persona designata come amministratore di sostegno un'altra persona nell'eventualità in cui la prima non possa assumere l'ufficio perché, ad esempio, al tempo in cui inizia il procedimento per la nomina, è deceduta, scomparsa o è divenuta incapace. La designazione in negativo, invece, si ha quando il designante dichiara, nella forma prevista dall'art. 408, co. 1 c.c., che una o più persone specificamente indicate non dovranno assumere l'ufficio di amministratore di sostegno. Ancora, la figura del co-amministratore di sostegno interviene quando il giudice nomina due amministratori con poteri identici (ipotesi ritenuta giustamente non ammissibile) oppure quando ai due amministratori sono attribuiti poteri diversi. Ad esempio non vi sono ostacoli ad ammettere la nomina di due amministratori di sostegno: il primo con il compito di assistere il beneficiario negli atti di natura patrimoniale e il secondo (co-amministratore) con compiti attinenti esclusivamente alla cura e alla realizzazione delle esigenze esistenziali e di vita quotidiana del beneficiario stesso. Per approfondimenti cfr. G. Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno* (Milano 2008), 237 s.

artificiale.

Nel momento in cui le condizioni della stessa sono notevolmente peggiorate, il marito, per rispettare la sua volontà, ha presentato la richiesta della moglie al giudice tutelare del Tribunale di Modena.

Il 13 maggio il giudice tutelare nomina il marito amministratore di sostegno con il compito di negare il consenso a "pratiche di ventilazione forzata e tracheotomia nell'atto in cui, senza che sia stata manifestata contraria volontà della persona, l'evolversi della malattia imponesse la specifica terapia salvifica"; e con l'ulteriore compito di "chiedere ai sanitari di apprestare, con la maggiore tempestività e anticipazioni consentite, le cure palliative più efficaci al fine di annullare ogni sofferenza alla persona". Quindi, i medici si sono dovuti limitare ad applicare le cure palliative più efficaci, per alleviare le sofferenze negli ultimi momenti di vita.

Il giorno 28 maggio sopraggiunge la crisi respiratorie che causò la morte del soggetto.

Il secondo decreto, emesso il 5 novembre 2008, riguarda un ricorso, per la nomina di un amministratore di sostegno, depositato in data 14 ottobre 2008 da un professionista in possesso di piena capacità di intendere e volere dopo che, con scrittura privata autenticata da un notaio, aveva designato, ai sensi dell'art. 408, comma 2^o, cod. civ., come proprio amministratore di sostegno la moglie, con l'incarico di pretendere il rispetto delle disposizioni terapeutiche dettate con la scrittura stessa per l'ipotesi di una sua eventuale e futura incapacità.

Per il caso d'impossibilità della moglie ad esercitare la funzione

conferita, era stata designata la figlia.

Il ricorrente chiese che all'amministratore di sostegno fossero attribuiti, in suo nome e per suo conto, per il tempo di un'eventuale perdita della capacità autodeterminativa e sempre che, nel frattempo, non intervenga manifestazione di volontà contraria, "i poteri-doveri di autorizzazione alla negazione di prestare consenso ai sanitari a sottoporlo alle terapie individuate nella scrittura privata anzidetta nonché di richiedere ai sanitari coinvolti di porre in essere, nell'occasione, le cure palliative più efficaci".

In sostanza, il ricorrente con la scrittura ha chiesto di non essere sottoposto ad alcun trattamento terapeutico, con particolare riguardo a "rianimazione cardio-polmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata e artificiale, in caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale, irreversibile e invalidante, malattia che lo costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione".

Ha chiesto inoltre formalmente che, nel caso delle situazioni indicate, fossero intrapresi "tutti i provvedimenti atti ad alleviare le sue sofferenze, compreso, in particolare, l'uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero anticipare la fine della sua vita".

Il giudice tutelare pertanto nomina come amministratore di sostegno la moglie del richiedente e, in subordine, nel caso in cui la prima non potesse svolgere l'incarico affidatole dal giudice tutelare, la figlia dello stesso.

In entrambi i casi si legittima il diritto del malato di rifiutare trattamenti medici, che possano prolungare artificialmente la vita del soggetto oltre il suo tempo biologico. Inoltre, si vuole garantire il "diritto al consenso" al trattamento medico, nel caso in cui il paziente non sia più in grado di esprimere coscientemente e consapevolmente la propria volontà.

Ad una situazione di generale incapacità propria dell'interdizione e dell'inabilitazione, si è sostituita una situazione di generale capacità del soggetto, cui il giudice tutelare di volta in volta indicherà gli atti che non può compiere o che non può compiere da solo.

Sarà infatti il giudice tutelare che individuerà, nel provvedimento di nomina, l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere (art. 405 cod. civ.), secondo un criterio di evidente flessibilità.

Inoltre, come tratto saliente del nuovo istituto, si prevede che, in ogni caso, per tutti gli atti che non formano oggetto dell'amministrazione di sostegno, il beneficiario conservi la piena capacità d'agire (art. 409 cod. civ.).

Ancora, l'istituto dell'amministrazione di sostegno, a differenza del passato, pone in primo piano i bisogni e le aspirazioni di natura esistenziale, divenendo, infatti, fondamentale per l'amministratore la cura personae del beneficiario.

Ma particolarmente significativa, specialmente per cercare di dare qualche risposta alle domande poste sopra, risulta la disposizione contenuta nell'art. 408 cod. civ. ai sensi del quale "l'amministratore di

sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata".

Quindi, attraverso questa previsione pare che l'amministrazione di sostegno possa essere uno strumento attraverso cui la volontà attuale si proietta verso il futuro, quando la persona non sarà più in grado di esprimersi in modo libero e consapevole.

Anche se la legge non lo afferma espressamente appare coerente ritenere che a questa persona il malato possa dare anche direttive anticipate sulle decisioni che più gli stanno a cuore.⁹⁶

In questa direzione si muovono alcuni recenti provvedimenti giudiziari.

Infatti, in alcuni casi si è proceduto alla nomina di un amministratore di sostegno a favore di Testimoni di Geova, in stato di incoscienza, con lo scopo di far rispettare la loro volontà contraria alle trasfusioni.

La legge n. 6/2004, consente ad ognuno di nominare un

⁹⁶ Contrari all'utilizzo dell'amministrazione di sostegno quando la richiesta di nomina provenga da una persona sana: F.D. Busnelli, Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio, Riv. dir. civ., 2011, 2, 169, non solo perché manca la condizione di attualità dell'infermità, ma per il «travisamento della finalità dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, chiaramente enunciata dall'art. 1 della l. 6/2004, nella tutela di persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»; M. Piccini, Relazione terapeutica e consenso dell'adulto incapace: dalla sostituzione al sostegno, Tratt. Biodiritto, I diritti in medicina cit., 409; Balestra, L'autodeterminazione nel «fine vita» cit., 1026.

Favorevoli: G. Ferrando, Fine della vita e rifiuto di cure: profili civilistici, in Tratt. biodiritto, II cit., 892 s.; Sesta, Riflessioni sul testamento biologico cit., 415; R. Rossi, Cura della persona e compimento degli atti di natura personale, Amministrazione di sostegno, di Cendon-Rossi cit., 345 s.; D. Infantino, Direttive anticipate a amministrazione di sostegno, Nuova giur. civ. comm., 2011, 490.

amministratore di sostegno in previsione della propria futura eventuale, incapacità.

Da qui sorge la problematica se sia ammissibile la designazione pro futuro dell'amministrazione di sostegno, e che efficacia bisogna attribuirgli.

Sul punto vi sono più teorie:

1. Teoria in passato prevalente (sostenuta dal Trib. di Modena e quello di Trieste): non ammette la designazione dell'amministratore di sostegno pro futuro.

Difatti l'attuale incapacità è un requisito strutturale imprescindibile. Se il soggetto non è attualmente incapace, non ha senso la nomina dell'amministratore di sostegno, che ha senso solo se deve gestire interessi che la persona non può attualmente gestire;

2. Teoria opposta: ammette la designazione dell'amministratore di sostegno pro futuro. Infatti l'art. 404 c.c. non vieta tale possibilità (come già sostenuto dai Trib. di Firenze e di Verona);

- l'art. 408 c.c. espressamente ammette che l'interessato possa designare l'amministratore di sostegno per il caso di futura incapacità;

3. Tesi mediana: il requisito dell'incapacità attuale non è un requisito strutturale, e quindi è possibile designare l'amministratore di sostegno pro futuro (gli artt. 404 e 408 c.c. sono in questo senso) ma la designazione, sia pure ammissibile, è sospensivamente condizionata allo stato di incapacità che è requisito d'efficacia della stessa.

4. Tali orientamenti si formano tra 2005 e 2006.
5. Dal 2007 prevale l'idea che possa essere designato l'amministratore di sostegno pro futuro (con prevalenza della tesi mediana).
6. Cass. 23707/2012⁹⁷ afferma che l'istituto dell'amministrazione di sostegno ha la ratio (che si desume dagli artt. 404 e 407 c.c. in comb. disp.) di nominare l'amministratore di sostegno in presenza di un'incapacità attuale.

L'art. 407 c.c., infatti, prevede che il procedimento per istituire l'amministratore prevede che il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona soggetta all'amministrazione di sostegno: allora tale procedura implica l'attualità della condizione di incapacità o di infermità (altrimenti non sarebbe giustificato il fatto di richiedere l'audizione dell'incapace da parte del giudice tutelare al fine di tener conto "dei bisogni e delle richieste" di questo).

La Cassazione nel 2012 richiama la sentenza n. 13584/06⁹⁸ (prima sentenza in tema ad intervenire dopo la legge che ha introdotto l'amministrazione di sostegno) che afferma *"l'amministrazione di sostegno mira a garantire uno strumento di "assistenza calibrata dal giudice tutelare" in base all'intensità dell'infermità."*

⁹⁷Cass. Civ sez I n 23707, 20 dicembre 2012 in Diritto & Giustizia 2012, 20 dicembre

⁹⁸ Cass.civ sez I n.13584,12 giugno 2006 in in Diritto & Giustizia 2006

L'intervento giudiziario, allora, deve essere contestuale al manifestarsi dell'esigenza.

Altrimenti sarebbe inutile adire il giudice tutelare (con la ratio di voler evitare un l'ingolfamento delle aule giudiziarie per la nomina dell'amministratore di sostegno in ipotesi puramente eventuali).

La Suprema Corte, allora, continua a sostenere che l'incapacità è un requisito strutturale, non di efficacia.

Quindi, se il soggetto ricorre per la nomina dell'amministrazione di sostegno pro futuro al giudice tutelare, quest'ultimo dovrà dichiarare la domanda è inammissibile.

Tale sentenza, dunque, è perentoria nello statuire che non può essere nominato l'amministratore di sostegno dal giudice tutelare pro futuro, ma ciò non vuol dire che questo non possa essere designato dall'interessato.

La nomina dell'amministratore di sostegno e la designazione de futuro dello stesso ad opera dell'interessato, operano su piani distinti, perché:

- l'art. 408 c.c. dice che l'amministratore di sostegno per il futuro può essere designato con atto pubblico o scrittura privata;
- ma per la sua nomina (per ottenere il decreto del giudice tutelare all'esito di un procedimento di volontaria giurisdizione) l'incapacità deve essere attuale, come requisito strutturale.

La designazione è possibile a prescindere dallo stato di incapacità attuale: la designazione pro futuro è un atto giuridico (se non

negoziale) con cui il soggetto dispone dei propri interessi (non necessariamente non patrimoniali perché nell'atto di designazione vi possono essere indicazioni anche patrimoniali, che potranno essere recepite dal decreto del giudice tutelare), per cui vi è necessità di capacità naturale.

Ne deriva che bisogna distinguere:

- designazione, rispetto alla quale vi deve essere capacità;
- nomina, che richiede espressamente l'incapacità.

Il quadro si chiude con due sentenze che sembrano non conoscersi tra loro, ma che in realtà affermano gli stessi principi:

- Cass. 23707/2012 (20.12.12) afferma che la designazione pro futuro è espressione della libertà di autodeterminazione e del consenso informato al quale si applicano tutti presupposti del consenso informato;
- Cass. 20984/2012 (27.11.12) sostiene che gli unici presupposti che possiamo superare sono quelli dell'attualità e della personalità; requisiti che in questo caso non sono necessari, perché ci troviamo nell'ipotesi che la Cassazione ritiene degna di tutela: l'incapacità del soggetto.

Parte II

2. L'evoluzione giurisprudenziale tra amministratore di sostegno e volontà presunta

3. "il diritto alla vita non più in senso assoluto, perchè confliggente con altri diritti fondamentali della persona: l'autonomia come diritto di autoregolarsi, di scegliere la propria forma di vita; e la dignità, come proclamazione dell'assoluta intangibilità di ogni essere umano, dal punto di vista morale, psichico e fisico." Il caso Englaro.

Il caso di Eluana Englaro ha contribuito notevolmente ad acuire il dibattito sulla necessità di varare, anche in Italia, una legge che regolamentasse il testamento biologico.

La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007⁹⁹ sul caso Englaro, è la prima, storica, pronuncia della Corte di legittimità sul delicatissimo

⁹⁹ Cass.civ. sez I, n.21748 ,16 ottobre 2007 in Giust. civ. Mass. 2007, 10, Giust.

tema della interruzione dell'alimentazione artificiale per tenere "in vita" un soggetto in stato vegetativo permanente.

La drammatica vicenda umana, la cui vittima è una giovanissima donna ridotta - a causa di un incidente stradale che le ha causato un trauma cranico-encefalico - ad una condizione di sopravvivenza priva di alcuna esperienza cognitiva ed emotiva, e caratterizzata, pertanto, da un'assenza totale di contatto con l'ambiente esterno.

Ha inizio, così, una vera e propria guerra politico-giudiziaria, che si conclude, con l'autorizzazione alla cessazione dell'alimentazione artificiale, decisione presa per la seconda volta, dalla Corte di Cassazione, che, già in una prima occasione, aveva emesso una decisione in rito¹⁰⁰.

Con essa, premessa la non configurabilità di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento agli atti c.d. «personalissimi», e rilevato che, nella specie, l'interessata-interdetta, non era in condizione di esprimere la propria valutazione in ordine alla prosecuzione di quella vita vegetativa, la Corte di legittimità, ravvisando un potenziale conflitto di interessi tra tutore e interdetto, aveva ritenuto la necessità, dell'applicazione dell'art. 78 c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale, dichiarando inammissibile

civ. 2007, 11, I, 2366, Dir. famiglia 2008, 1, 77 (s.m.) (nota di: GAZZONI; GALIZIA DANOVI; GALUPPI), Riv. it. dir. e proc. pen. 2008, 1, 384 (s.m.) (nota di: BARBIERI), Riv. it. medicina legale 2008, 2, 583 (s.m.) (nota di: SARTEA, LA MONACA), Giust. civ. 2008, 7-8, I, 1725 (s.m.) (nota di: SIMEOLI), Dir. famiglia 2008, 2, 592 (s.m.) (nota di: VIRGADAMO), Il civilista 2007, 3, 71 (s.m.) (nota di: FERRARI), Rass. dir. farmaceutico 2008, 2, 235, Ragiusan 2008, 291 - 292, 207, Il civilista 2010, 10, 23

¹⁰⁰Cass. 8291/2005 in Foro it., 2005, I, 2359, con nota di De Marzo.

il ricorso per la mancanza di contraddittorio nel procedimento iniziato con la domanda di disporre la cessazione dell'alimentazione forzata della ragazza mediante sondino nasogastrico, rivolta, dal padre della stessa, nominato suo tutore, al Tribunale di Lecco, e da questo rigettata - alla stregua di un principio di totale difesa della vita umana (che non concederebbe spazio alla legittimità di contegni che, di fatto, portano alla conseguenza della morte) - con provvedimento del 20 luglio 2002, confermato, in sede di reclamo, dalla Corte d'appello di Milano, con decreto in data 18 dicembre 2003, che aveva sottolineato la inutilizzabilità del principio di autodeterminazione con riferimento al paziente in stato vegetativo permanente, e si era dichiarata perplessa sulla legittimità ed opportunità di una interpretazione integrativa; provvedimento avverso il quale il tutore aveva proposto ricorso per cassazione.

La vicenda giudiziaria di cui si tratta era, però, già iniziata alcuni anni addietro, allorché, per la prima volta, il padre e tutore della ragazza, si era rivolto al Tribunale di Lecco, che aveva emesso, in data 2 marzo 1999, un provvedimento di inammissibilità della domanda, alla stregua della considerazione della necessaria tutela del diritto alla vita quale riconosciuto dall'art. 2 cost., indipendentemente dalle condizioni in cui la esistenza si esplica.

Tale provvedimento era stato, poi, confermato da App. Milano, decreto del 31 dicembre 1999.

A seguito della citata pronuncia della Corte, era stato provveduto alla nomina di un curatore speciale; da qui, iniziava un nuovo procedimento, con reiterazione della istanza al Tribunale di Lecco, che,

con decreto 2 febbraio 2006, l'aveva dichiarata inammissibile, ritenendo che, involgendo la domanda in questione la sfera dei diritti personalissimi, né il tutore, né il curatore speciale avevano la rappresentanza sostanziale, e, quindi, processuale dell'interdetta con riferimento alla domanda stessa. Del resto, aveva sottolineato l'adito Tribunale, una siffatta domanda avrebbe dovuto comunque essere rigettata perché in contrasto con i principi dell'ordinamento costituzionale, che, in presenza di incapacità dell'individuo di prestare il proprio consenso a un trattamento terapeutico o di alimentazione, indispensabile a tenerlo in vita, detto trattamento sarebbe doveroso, in quanto espressione del dovere di solidarietà posto a carico dei consociati.

Il successivo gravame innanzi alla Corte d'appello di Milano era stato, poi, rigettato con decreto in data 16 dicembre 2006.

I giudici di secondo grado, premesso che il rappresentante legale dell'incapace ben può esprimere il consenso informato alle terapie mediche, e, quindi anche il rifiuto delle stesse, essendo tale potere ricompreso in quello di cura della persona dell'incapace stesso, nel merito aveva comunque concluso per il rigetto della domanda, poiché, in assenza di una volontà certa del soggetto incapace, il giudice deve operare un bilanciamento tra il diritto alla autodeterminazione e alla dignità della persona e quello alla vita, al quale ultimo andrebbe data prevalenza, come bene supremo.

La decisione della Corte di legittimità, che cassa tale decreto con rinvio alla Corte di merito per approfondimenti e rivalutazioni delle risultanze istruttorie, nell'escludere che il giudice possa ordinare il

distacco del sondino che consente l'alimentazione del paziente, che non costituisce una forma di accanimento terapeutico, ma è volto a tenere in vita lo stesso, ammette, invece, che l'autorità giudiziaria possa esercitare una forma di controllo della legittimità della scelta compiuta dal tutore nell'interesse dell'incapace, legittimità fondata sui requisiti indicati nel principio di diritto affermato dalla sentenza in epigrafe, ove si fa riferimento, per un verso, all'accertamento rigoroso della impossibilità di recupero della coscienza da parte del paziente, per l'altro, alla corrispondenza della richiesta del tutore alla volontà dell'interessato, ai suoi convincimenti, alla sua concezione della vita e della dignità della persona.

La scrivente ha inteso riportare alcuni passaggi della sentenza i quali fotografano i problemi applicativi cui tutt'oggi si discute, sia a livello giurisprudenziale sia a livello normativo, i quali ostano alla formazione di un consenso per una normativa omogenea sulle disposizioni di fine vita.

Il primo passaggio della pronuncia che si analizzerà è quello concernente la “qualificazione” del sondino naso gastrico e delle forme di alimentazione ed idratazione forzata che avvengono tramite esso.

“Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il

giudice - fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente - può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario, in sé non costituente, oggettivamente, una forma di accanimento terapeutico, unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa.”

Questo passaggio della decisione fotografa l'autorizzazione al distacco del sondino naso gastrico, che provvede all'idratazione ed alimentazione del soggetto, (e pertanto definito presidio sanitario) anche su richiesta del tutore.

Questo passaggio è degno di nota, per la nostra trattazione, in quanto attualmente in entrambi i disegni di legge (s10 e c 2350) viene espressamente statuito che il sondino naso gastrico, e quindi l'idratazione e l'alimentazione forzata che con esso si attuano, non possono essere sospesi per volontà del soggetto in quanto queste "curepo" non possono formare oggetto delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Altro punto saliente della snetenza in esame riguarda la figura "dell'esecutore" definita nei disegni di legge fiduciario .

"In tema di attività medica e sanitaria, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere "incondizionato" di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche."

In questa parte si analizza la possibilità di ricostruzione della volontà del soggetto incapace, ci si riferisce al best interest e si afferma che non

si ha una sostituzione ma un affiancamento del curatore al soggetto, si decide “Con” l’incapace e non ”per” l’incapace.

In dottrina tuttavia non si è mancato di sottolineare la vaghezza e la suscettibilità di plurime letture dei criteri indicati dalla Suprema Corte: personalità, stile di vita, inclinazioni, convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche. Secondo alcuni, l’unico modo per garantire l’esistenza di una volontà certa e ponderata ¹⁰¹ sarebbe alprevisione della forma scritta *ad substantiam*.

La sentenza del caso Englaro, è innovativa anche riguardo al modo di analizzare l’istituto del consenso informato.

Nel *dictum*, il consenso non viene più incardinato in stretti rigorismi logici, ma lo si intende in modo più ampio, tanto da permetterne la ricostruzione tramite procedimenti logici deduttivi.

Questa visione progressista ed all’avanguardia, sembra ,purtroppo, non abbia trovato più spazio nella nostra giurisprudenza, che recentemente si sta attestando, nuovamente su una visione chiusa e conservatrice dell’istituto del consenso informato.

“Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l’intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di

¹⁰¹.. L. d’Avack, Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo cit., II, 1927. Critici nei confronti della sent. n. 21748/2007 della Cass.: C. Castronovo, Autodeterminazione e diritto privato, in questa DEjure, 2010, 4, 1060 s.; Id., Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona, in questa de jure, 2009, 1, 105 s., A. Nicolussi, Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto, in de jure, 2009, 1, 33 s.; L. Nivarra, Autonomia biogiuridica e tutela della persona, in questa de jure , 2009, 3, 740 s.

necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale."

Altro aspetto da analizzare è quello dell'autodeterminazione e della conseguente possibilità di rifiuto delle cure.

" In tema di attività medico-sanitaria, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro della "alleanza

terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale."

Questo passaggio della sentenza chiarisce espressamente prevede il diritto al rifiuto delle cure, anche se salva vita, escludendo in questi casi possa parlarsi di eutanasia

La sentenza appena analizzata, però non pone la parola fine alla vicenda Englaro, la quale proseguirà ancora a lungo, qui di seguito se ne riportano i passaggi salienti.

Il 9 luglio 2008 la Corte d'appello di Milano autorizza il padre di Eluana Englaro ad interrompere l'idratazione e l'alimentazione forzata rifacendosi alle valutazioni della Suprema Corte.

Ciò nonostante ad Eluana non viene consentito la liberazione dai sondini a cui è attaccata da ben 16 anni. La procura generale di Milano

ricorre in Cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello di Milano e la Regione Lombardia respinge la richiesta dei trattamenti.

Da qui i presidenti dei due rami del parlamento e la maggioranza governativa impongono al parlamento un voto su una mozione che solleva un conflitto di attribuzione contro la Corte di Cassazione che avrebbe superato i suoi compiti non rispettando il principio della divisione dei poteri.

Nella stessa seduta in cui si è votato per il conflitto di attribuzione viene accolta una mozione che impegna il senato ad approvare entro l'anno una legge sul testamento biologico.

Nella stessa seduta inoltre il senatore Marino fa sì che per la prima volta nella storia del senato della repubblica il testo di un testamento biologico entri negli atti della camera, in quanto ha pronunciato in aula il suo testamento biologico, concludendo il tutto con "se mi capitasse vi prego di tenere in considerazione queste mie parole".

La Corte Costituzionale in data 8 ottobre¹⁰² con sentenza n. 334 rigetta i ricorsi di Camera e Senato sul conflitto di attribuzione confermando le sentenze di Cassazione e Corte d'appello.

¹⁰² C.Cost. n.334, 8 ottobre 2008 in Guida al diritto 2008, 42, 50 (s.m.) (nota di: PORRACCILO), Foro it. 2009, 1, I, 37 (s.m.) (nota di: CASABURI; ROMBOLI), Foro it. 2009, 4, I, 983 (s.m.) (nota di: CAPONI, PROTO PISANI; MALTESE), Il civilista 2010, 10, 22 " sono inammissibili, per insussistenza del requisito oggettivo, i ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica avverso la Corte di cassazione e la corte di appello di Milano in relazione alla determinazione e all'applicazione del principio di diritto che consente, a determinate condizioni, l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali, in quanto i ricorsi non hanno per oggetto la delimitazione di sfere di attribuzioni determinate dalla Costituzione, bensì errori presuntivamente commessi nello svolgimento dell'attività giurisdizionale.

Il 13 novembre 2008 con sentenza 21745 la Cassazione respinge per difetto di legittimazione ad impugnare il ricorso presentato dalla procura contro il decreto della corte d'appello.¹⁰³

La sentenza quindi è definitiva ed il decreto dei giudici di Milano è nuovamente valido, si può terminare l'idratazione forzata.

Nel dicembre 2008 la Corte Europea per i diritti dell'uomo respinge, dichiarandolo «irricevibile», il ricorso presentato da diverse associazione contro la sentenza della Corte d'appello di Milano che lamentavano una violazione degli articoli 2, 3 e 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ovvero il diritto alla vita, il divieto della tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti e il diritto all'equo processo.

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo, infatti, applicando l'articolo

¹⁰³ Corte Cass.Sez Un n. 27145, 13 novembre 2008 in Guida al diritto 2008, 47, 58 (s.m.) (nota di: PORRACCILO), Diritto & Giustizia 2008. *“È inammissibile, per difetto di legittimazione, il ricorso per cassazione proposta dal p.m. avverso il decreto emesso dalla Corte d'Appello, che ha fatto proprio il principio di diritto pronunciato dalla Cassazione in merito alla possibilità di disattivare il presidio sanitario che tiene in vita una persona malata che giace da moltissimi anni in stato vegetativo permanente. Nel processo civile, che è processo privato di parti, la presenza del p.m. ha carattere eccezionale, perché derogatoria del potere dispositivo delle parti stesse, risultando normativamente prevista solo in ipotesi peculiari di controversie coinvolgenti anche un “interesse pubblico”. In particolare, il potere di impugnazione del p.m. è limitato alle “sentenze relative a cause matrimoniali” (escluse quelle di separazione), alle “sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali” e, per esegesi giurisprudenziale, anche in relazione alle cause che (ex art. 69 c.p.c.) egli avrebbe potuto proporre. Fuori di tali ipotesi, - e quindi anche nelle cause in cui il p.m. pur deve intervenire a pena di nullità - egli non è, comunque, legittimato alla impugnazione. Tale principio trova applicazione anche alle cause sullo stato e sulle capacità delle persone. Non è peraltro utile il richiamo all'impugnazione dell'interesse della legge, di cui all'art. 363 c.p.c., atteso che tale possibilità spetta solo al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, è esercitabile unicamente al fine della enunciazione del “principio di diritto cui il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi” (enunciazione che, nel caso di specie, è però già intervenuta con la sentenza di rinvio) e non può comunque avere effetto alcuno sul provvedimento del giudice di merito, che resterebbe quindi fermo anche nel caso di accoglimento di una siffatta impugnazione.”*²

34¹⁰⁴ della CEDU e la relativa giurisprudenza, respinge il ricorso, dichiarandolo irricevibile per mancanza di legittimazione ad agire dei ricorrenti in assenza della qualità di vittima.

Il 3 febbraio Eluana viene trasferita alla clinica “la Quietè” di Udine dove le verrà sospesa l'idratazione artificiale.

Il 9 febbraio alle 20 viene dichiarata ufficialmente la morte di Eluana Englaro.

1.2 Il sottile confine tra autodeterminazione ed eutanasia: il caso Welby

Il caso Welby ha una fondamentale rilevanza, poichè analizza la problematica delle disposizioni di fine vita dal punto di vista della responsabilità sia civile che penale.

Piergiorgio Welby malato di distrofia muscolare progressiva, patologia che porta all'ineluttabile atrofizzazione dei muscoli.

Quando la sua situazione si aggrava e perde coscienza, gli viene praticata contro la sua volontà una tracheostomia (un foro nella trachea) che lo costringe a vivere attaccato a un respiratore.

¹⁰⁴ Articolo 34 . Ricorsi individuali La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto

Welby racconta la sua storia in un blog e dopo anni chiede che qualcuno gli stacchi il respiratore e lo lasci morire.

Dopo mesi di polemiche e di ricorsi in tribunale, nel dicembre 2006 il medico anestesista Mario Riccio esegue la procedura e lascia morire Welby.

Per la prima volta, è emerso il problema sulla eutanasia, ed il dottore che aveva "accompagnato alla morte" il soggetto, malato ormai da tempo e senza possibilità di guarigione o miglioramento alcuno, ma solo di peggioramento,¹⁰⁵ accettandone la volontà di sospensione dei trattamenti "salva vita", rispettando il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari, facente parte dei diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost, fu rinviato a giudizio con l'accusa ex 579 c.p..

Il "dissenso"¹⁰⁶ di Welby possedeva tutti i requisiti necessari

¹⁰⁵ Zatti, Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele), in Nuova giur. civ. comm., 2000, II, p. 3 ss. L'A. afferma la necessità che si superi la concezione tradizionale di salute rapportata a un ideale standard di "uomo sano", in favore di un concetto aperto agli "aspetti interiori della vita sentiti e vissuti dal soggetto" e registra le conseguenze che l'accoglimento di una simile nozione 'aggiornata' di salute produce nel rapporto medico-paziente: "nel regno di un concetto di salute come comparazione tra realtà individuale e standard di 'euritmia', la salute è definibile in base a criteri di scienza medica, e la comparazione si affida ad 'osservabili' il cui accertamento è di competenza del medico [...]. Se invece il concetto di salute si apre agli aspetti interiori della vita come sentiti e vissuti dal soggetto, l'impostazione del rapporto è sovvertita. Salute diviene un concetto che esprime anzitutto una percezione di sé come soggetto integro". "Non è detto che la salute e desiderio di vita siano congruenti: lo sono secondo un ampio e raccomandabile standard, possono non esserlo nell'intangibile nucleo della percezione di sé che diviene il centro delle idee di libertà e di salute: là ciascuno può cercare una 'guarigione' che è accettazione della malattia, o quell'ultima grande 'guarigione' della persona che è l'accettazione della propria morte". E ancora: "alla radice del problema del consenso sta il nucleo del diritto fondamentale - o piuttosto il viluppo dei diritti fondamentali libertà-identità-salute - che si enuncia nella più nitida interezza formulando il principio secondo cui la valutazione del rapporto tra la proposta terapeutica, i relativi benefici e rischi, il benessere possibile, spetta esclusivamente all'interessato come esercizio, non comprimibile né fungibile, della percezione di sé e di una libertà che attiene alla configurazione della propria identità".

¹⁰⁶ La Corte Costituzionale ha ripetutamente chiarito come il diritto al rifiuto di trattamenti terapeutici sia un diritto inviolabile della persona, immediatamente precettivo ed efficace

desumibili dalla Costituzione e dai principi generali dell'ordinamento, affinché la manifestazione di volontà avesse un rilievo giuridico tale da escludere l'applicazione dell'art. 579 in forza della scriminante dell'art. 51 c.p..

Il possibile rifiuto del malato, deve essere esercitato con riferimento ad un «trattamento sanitario», potendo riguardare solo una condotta che ha come contenuto competenze di carattere medico e sempre all'interno di un rapporto di natura contrattuale a contenuto sanitario.

Solo sul professionista e non su altri incombe, quindi, il dovere di osservare la volontà di segno negativo del paziente, in ragione della relazione instauratasi tra i due per l'espletamento di una condotta di natura sanitaria a contenuto concordato.

Con la conseguenza che, se il professionista dovesse porre in essere una condotta direttamente causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, risponderà ad un preciso dovere che discende dalla previsione dell'art. 32 comma 2 Cost., mentre la stessa condotta posta in essere da ogni altro soggetto non risponderà ad alcun dovere giuridicamente riconosciuto dall'ordinamento, non

nell'ambito del nostro ordinamento, non limitato dalla previsione dell'art. 5 c.c., e soprattutto rientrante «tra i valori supremi» che l'ordinamento giuridico tutela a favore dell'individuo, non diversamente dal diritto alla vita con il quale concorre «a costituire la matrice prima di ogni altro diritto» della persona. Cfr. sentenza n. 45/65 ove ha affermato che «i principi fondamentali di libertà» debbono «essere immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga omnes»; sentenza n. 161/85, ove ha ritenuto consentito l'intervento chirurgico di disposizione del proprio corpo, se effettuato in conformità al diritto alla salute, prevalendo l'art. 32 Cost. sul divieto di cui all'art. 5 c.c.; sentenza n. 471/90, ove ha riconosciuto esplicitamente la possibilità di disporre del proprio corpo, quale necessario postulato «della libertà personale inviolabile» ex art. 13 Cost.; sentenza n. 238/96, ove ha escluso categoricamente che una persona possa essere costretta a subire un intervento sanitario non voluto, in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga.

essendo stata esercitata all'interno di un rapporto terapeutico, nel quale solo nascono e si esercitano diritti e doveri specifici.

Alla luce di queste premesse, deve essere condivisa l'assoluzione dal reato di omicidio del consenziente.

Il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito sopra descritto ed alle condizioni precedentemente illustrate, costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio.

Con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p..

La fonte del dovere per il medico, quindi, risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico il quale, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne il suo esercizio.

Da ultimo, sull'argomento si è espressa nuovamente la Corte di Cassazione con la sentenza 20984/2012¹⁰⁷ la quale sembrerebbe affermare che l'intervento del medico è scriminato non solo nei casi di TSO (casi pacificamente scriminati) ma in tutti i casi in cui si incorra in uno stato di necessità ex art. 54 c.p.

1.4. Le recenti pronunce del tribunale di merito con riferimento alla somministrazione di trattamenti sanitari ai testimoni di geova. Nel bilanciamento tra i diritti costituzionalmente tutelati della libertà religiosa e della tutela della salute

I Testimoni di Geova, rifiutano per motivi religiosi le trasfusioni di sangue e pur di mantenere fede a tale principio sono spesso disposti ad affrontare la morte.

Per prevenire situazioni inaspettate, come ricoveri urgenti in stato di incoscienza, molti di loro portano sempre con sé un cartellino in cui a chiare lettere diffidano i medici dal praticare loro emotrasfusioni, qualunque sia la situazione.

Non sempre però tale desiderio viene rispettato e svariate sentenze hanno riproposto la questione.

Il primo caso risale al 1990; un Testimone di Geova, privo di conoscenza e

¹⁰⁷ Cass.civ. sez III . 20984, 27 novembre 2012, in Diritto e Giustizia 2012

in pericolo di vita a causa di un incidente stradale, viene ricoverato all'ospedale di Pordenone. Porta con sé il cartellino in cui rende nota la sua contrarietà alle trasfusioni, ma i medici decidono di rivolgersi al Procuratore della Repubblica per ottenere l'autorizzazione, che viene accordata.

Pochi mesi dopo la terapia trasfusionale, il paziente scopre di avere contratto un'infezione da virus dell'epatite B e chiede l'unità sanitaria di Pordenone il risarcimento del danno, comprensivo anche del danno biologico correlato ai postumi invalidanti di tale malattia.

Ne è nata una lunga vicenda giudiziaria culminata nel 2003 con la sentenza della Corte D'Appello di Trieste (n.665/2003)¹⁰⁸.

Riformando la decisione di primo grado, che riconosceva la responsabilità dell'ospedale, la Corte ha svaloriato il dissenso documentato nel cartellino.

La sentenza poggia sul rilievo che la dichiarazione preventiva del paziente di volere rifiutare le trasfusioni di sangue altrui non varrebbe come valida manifestazione di dissenso idonea a impedire la prestazione sanitaria rivelatasi successivamente necessaria.

A parere della Corte, il cartellino del ricoverato in stato di incoscienza esprime una volontà non concreta, ma astratta, non specifica ma programmatica, non informata ma ideologica, e soprattutto passata, preventiva e non attuale, in quanto non consequenziale all'avvenimento da cui deriva la necessità.

¹⁰⁸ corte d'Appello di Trieste, sentenza 25 ottobre 2003, Nuova Giur. Civ. Comm., cit. in nota 2. Commento di Santosuosso A. e Fieconi F., cit. in nota 2.

Nel secondo caso il Testimone di Geova, anch'egli vittima di un incidente stradale, arriva "lucido e consapevole" all'ospedale.

Ancora cosciente e capace, esprime il suo rifiuto delle emotrasfusioni, registrato nella sua cartella clinica con la annotazione: "N.B. Testimone di Geova: rifiuta trasfusioni".

In osservanza del suo desiderio, i medici tentano una terapia alternativa alla trasfusione, ma nel corso dell'intervento operatorio vi è un aggravamento improvviso.

Di fronte a una perdita di sangue molto maggiore del previsto, i medici decidono per la trasfusione.

Ristabilitosi, il paziente chiede il risarcimento dei danni morali patiti per il fatto di essere stato costretto a subire una emotrasfusione espressamente rifiutata, ma ugualmente praticata dai medici.

La sentenza (n.544/2003) pronunciata nel 2003 dalla Corte d'Appello di Trento¹⁰⁹ ha però rigettato la domanda.

Sulla scorta delle valutazioni della consulenza tecnica medico-legale, che valorizza l'indispensabilità della trasfusione in corso di intervento, l'impossibilità del ricorso a tecniche diverse, la non prevedibilità dell'emorragia e l'impossibilità del trasferimento in altro ospedale attrezzato ad eseguire l'intervento senza emotrasfusione, la Corte è giunta

¹⁰⁹ Corte d'Appello di Trento, sentenza 19 dicembre 2003, Nuova Giur. Civ. Comm., I, 145, 2005. Commento di SANTOSUOSSO A. e FIECCONI F., Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità, idem, II, 38.

alla conclusione che la situazione venuta a determinarsi era “oggettivamente diversa rispetto all’iniziale”, non prevedibile in precedenza.

Il paziente aveva espresso la sua volontà “in un momento in cui le condizioni di salute non erano così gravi da far temere un imminente pericolo di vita”.

Il dissenso, insomma “era stato manifestato quando la situazione che gli veniva prospettata era ben diversa da quella reale riscontrata solo in un secondo momento”.

Ciò detto, la Corte ha inoltre esaminato la validità del dissenso esternato coscientemente dal paziente, allorché le trasfusioni non si erano ancora rese necessarie, escludendone il carattere vincolante anche quando esso sia inequivocabile, attuale, effettivo e consapevole, ma abbia effetti sul bene vita. Secondo la Corte trentina, una corretta valutazione dello stato di necessità deve tener conto che il bene sacrificato (il diritto alle proprie convinzioni religiose e spirituali sancito dall’articolo 19 della Costituzione) è da ritenersi equivalente al bene della salute (articolo 32), strettamente correlato al diritto alla vita (art. 2), solo allorché non venga in gioco la vita del paziente e la necessità di evitare un danno grave alla persona, in ossequio ai limiti posti dall’articolo 5 del Codice Civile, che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo.

Altra sentenza importantissima che ritorna sull’argomento è la n. 23676/2008¹¹⁰; la quale, a differenza della precedente, non viene più

¹¹⁰ C.Cass sez III n.23676, 15 settembre 2008 in *Diritto & Giustizia* 2008, Guida al diritto 2008, 39, 52 (s.m.) (nota di: ROSSI), *Dir. famiglia* 2009, 1, 50 (s.m.) (nota di: MASONI), *Il civilista* 2011, 12, Scenari (s.m.) (nota di: PALMIERI)

richiamato il dovere dei medici di attivarsi in rapporto alla presenza di uno stato di necessità, anzi viene espressamente esclusa la sottesa prospettiva dell'indisponibilità del bene vita.

Tutto il percorso argomentativo si snoda esclusivamente sulle ragioni dell'inattualità e invalidità del rifiuto anticipato.

Nella prima parte della sentenza viene innanzitutto richiamata e condivisa la valutazione espressa dai giudici territoriali, secondo i quali il cartellini¹¹¹ non poteva essere *"...espressione efficace di volontà del paziente contraria alle trasfusioni... ed ostacolo all'effettuazione di tale trattamento terapeutico"*.

La volontà espressa dal paziente doveva considerarsi "non concreta ma astratta, non specifica ma programmatica, non informata ma ideologica, e soprattutto passata, preventiva, non attuale"; ciò sino all'emanazione di "...una legge che preveda una tale scelta preventiva, disciplinandone l'efficacia...".

L'esigenza che il dissenso debba invece essere oggetto di manifestazione "espressa, inequivoca, attuale, informata", nello svolgimento argomentativo della Suprema Corte si traduce nella necessità di esprimere "una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata, un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica, una cognizione dei fatti non soltanto ideologica ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria, un giudizio e non una precomprensione; in definitiva un dissenso che segua e non preceda l'informazione

¹¹¹ Nella sentenza in commento il contenuto del c.d. "cartellino" viene definito "sibillino sintagma".

avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo...".

Alcuni hanno classificato il rifiuto preventivo del trattamento trasfusionale dei testimoni di Geova una forma di dichiarazione anticipata sui generis, ma a differenza che nelle altre forme teoricamente ipotizzabili di dichiarazioni anticipate di trattamento, i profili motivazionali dei Testimoni di Geova non concernono scelte strettamente connesse ad un'eventuale condizione clinica futura, ma scaturiscono dalla interiorizzazione di un pensiero religioso, la cui libertà di professione è oggetto di tutela costituzionale, e non può essere sottomessa a qualsivoglia giurisdizione riguardo alle relative scelte, pur se spinte alle estreme conseguenze, almeno fintanto che le stesse non siano lesive (e nel caso di specie non lo sono, ché anzi pongono in equilibrio il valore della ragione fondante con il bene oggetto del sacrificio) dell'ordinamento vigente.

Il rifiuto del trattamento trasfusionale è concreto, specifico e incondizionato, non si correla ad alcuna specifica ipotesi di futura malattia da sottoporre a preventive informazioni di carattere medico, include invece implicitamente tutte le possibili condizioni cliniche che necessitino di trattamenti trasfusionali, ivi comprese quelle a rischio della vita, e massime proprio quelle in cui il paziente non sarà in grado di ribadire, in modo "attuale", la propria volontà.

Dunque il problema dell'inattualità del cartellini potrebbe porsi solo se vi fosse fondata notizia di una intervenuta perplessità in ordine alle proprie scelte, o una esplicita modificazione della volontà espressa in

precedenza, o del tutto una documentata abiura della fede religiosa.

In ogni altro caso, non si vede su quale fondamento presuntivo si possa basare l'idea di una cessata validità del rifiuto, fermo restando il costante dovere dei medici di porre in atto ogni e qualsiasi possibile trattamento alternativo che possa risultare utile alla tutela della salute e della vita del paziente.

CAPITOLO III

PROFILI DI RESPONSABILITA' CIVILE

1.Mancata informazione al paziente: interferenze tra obblighi di comportamento e profili di validità 2. La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per omessa o insufficiente informazione nei confronti del paziente capace.2.1 configurabilità di una responsabilità da “contatto sociale”, inquadrabilità nella responsabilità contrattuale 2.2 Segue: conseguenze sul piano probatorio 3. Responsabilità colposa da accanimentoterapeutico ”consentito” 3.1 codice deontologico e colpa specifica 4.Profili risarcitori

1.Mancata informazione al paziente: interferenze tra obblighi di comportamento e profili di validità

L'obbligo di informazione è stato definito , tra le varie, dalla famosa sentenza n.30328 del luglio 2002¹¹²cd.Franzese, la quale ha affermato trattasi di un obbligo accessorio a quello di prestazione, e quindi inquadrato nel *genus* degli obblighi di protezione che si affiancano ed integrano l'obbligo di prestazione principale.

Una corretta analisi dell'obbligo di informazione, consente di affermare che lo stesso non è un obbligo di prestazione autonomo. Dal contratto terapeutico deriva non un obbligo accessorio-integrativo, ma autonomo di prestazione diligente, ovverosia l'obbligo di eseguire la prestazione dopo aver acquisito le informazioni preliminari sul rischio dell'intervento ed il conseguente consenso.

¹¹² Cass pen.Sez un. n. 30328, 10 luglio 2002 in Cass. pen.2002, 3643 (nota di: MASSA), Cass. pen. 2003, 1175 (nota di: BLAIOTTA), Danno e resp.2003, 195 (nota di: CACACE), Cass. pen. 2003, 3798 (nota di: DI SALVO), Guida al diritto 2012, 42, 17

L'obbligo di informazione, è tematica strettamente connessa al concetto di buona fede così come evoluto nella prassi giurisprudenziale dell'ultimo decennio.

La buona fede, nella sua "funzione" originaria era intesa a valutare i comportamenti delle parti che devono essere conformi al contratto, o ad imporre comportamenti che sebbene non derivino dal contratto, discendono dalla stessa buona fede; e sul piano sanzionatorio la violazione di detto canone comporta essenzialmente due rimedi.

La sanzione cardine per la violazione di una regola che impone dei comportamenti, non può che essere il risarcimento del danno, cagionato dal comportamento illegittimo.

La seconda sanzione, consiste nell' *exceptio doli* dell'azione che concreti l'esercizio abusivo di un diritto, a cui non può essere fornita tutela .

Pertanto, ci si è chiesti, se sia possibile ravvisare la configurabilità di un'ulteriore sanzione che invalidi la stipulazione del contratto quale frutto di condotte contrarie a buona fede, e ciò comporterebbe che la buona fede non abbia più un ruolo di controllo della condotte doverose, ma una funzione antagonista rispetto all'autonomia negoziale, tesa a verificare non le condotte necessarie per darvi attuazione compiuta, ma la congruità dell'assetto di interessi plasmato con l'atto di autonomia.

La dottrina più recente ed innovativa, eleva la buona fede quale strumento di controllo dell'autonomia negoziale, e quindi di sindacato sulla conformità del contratto.

La buona fede, assurge così a regola di validità del negozio contrattuale, la cui violazione comporta la nullità virtuale ex art 1418 c.1 c.c. per la

violazione di norme imperative che impongono condotte corrette in sede di stipulazione¹¹³.

Tale interpretazione, non risulta avallabile in quanto priva di reali fondamenti normativi, si tratterebbe quindi di una violazione del canone del *procedural justice* in rapporti asimmetrici concretizzatesi in un prodotto ingiusto, a causa della condizione di forza di una parte ai danni dell'altra.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dedica un intero capo (capoIV) alla solidarietà, assieme ai principi del diritto europeo dei contratti che fanno emergere una prepotente contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità, elevando la buona fede e correttezza a norme imperative capaci di consentire un sindacato intrinseco e penetrante nel fulcro dell'autonomia negoziale, sfatando il mito della sua insindacabilità.

Le opzioni, perciò oscillano tra la possibilità di ritenere che la violazione dell'obbligo di informazione doverosa evidenzi una mera lesione delle regole comportamentali imposte alla buona fede, ponendo quindi solo un problema di responsabilità-risarcimento, e la tesi che configura una violazione delle regole di validità del contratto nella misura in cui il soggetto reputi inquinata la sua decisione sull'*an* della stipulazione per un deficit informativo, che ha inficiato il procedimento di formazione della volontà.¹¹⁴

¹¹³ a sostegno di tale tesi evolutiva si segnala la presenza di alcuni casi codificati nei quali la legge dà rilevanza espressa alla buona fede, esempio tra tutti è l'art 36 codice del consumo.

¹¹⁴ sull'argomento Cass.civ.sez I n.19024, 29 settembre 2005 in Giust. civ. Mass. 2005, 7/8, Resp. civ. e prev. 2006, 6, 1080 (s.m.) (nota di: GRECO), Il civilista 2012, 2, 72 (s.m.) (nota di: D'APOLLO) pone in essere una battuta di arresto dell'ascesa della buona fede in quanto la corte afferma che non ci sono norme specifiche ed eccezionali che diano alla buona fede un ruolo sia di imposizione che di comportamenti, sia di prescrizione sulla validità dei contratti, la regola generale è che le norme imperative che concernono la correttezza comportamentale precontrattuale o postcontrattuale vietano solo comportamenti e quindi pongono un problema di sola responsabilità. la sentenza asserisce che è configurabile la responsabilità precontrattuale anche quando il contratto viene stipulato e le trattative hanno quindi prodotto i suoi frutti.

Le sezioni Unite con sentenza n.26724 del 19 dicembre 2007¹¹⁵ hanno ribadito che il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento in assenza di previsioni specifiche non è giustificato.

I giudici di legittimità, affermano che nella moderna legislazione (soprattutto comunitaria) si assiste ad uno sbiadire della tradizionale distinzione tra norme di validità e norme di comportamento conseguente ad un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto, ma affermano che "un conto è una tendenza, altro conto è un'acquisizione".

2. La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per omessa o insufficiente informazione nei confronti del paziente capace

Il tema della responsabilità civile del medico, ha subito una profonda evoluzione, che si è ripercossa anche nel mutamento terminologico; difatti si intende la responsabilità medica quale responsabilità del professionista, a cui si lega quella della struttura sanitaria¹¹⁶ (pubblica o privata che sia), presso la quale il medico presta la propria attività.

L'evoluzione riformatrice della disciplina in materia, ha causato una sempre più complessa e articolata, sulla quale si è accumulata ormai una vastissima giurisprudenza.

Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari hanno portato al riconoscimento di una nuova forma di responsabilità sanitaria, e cioè quella

¹¹⁵ Cass.civ.sez.un n.26724, 19 dicembre 2007 in Diritto & Giustizia 2007, Il civilista 2009, 10, 100 (s.m.) (nota di: ROI)

¹¹⁶ sull'argomento Cass. Civ.sez un. n.557,11 gennaio 2008 in Diritto & Giustizia 2008

da omesso o incompleto consenso informato, ricorrente indipendentemente dalla riuscita del trattamento sanitario ricevuto dal paziente.

Tale ipotesi, porta a considerare un altro diritto costituzionalmente garantito (dall'art. 13 Cost.), che tutela la libertà di autodeterminazione intesa come libertà di disporre del proprio corpo.

Il medico, e la struttura sanitaria, possono garantire tale libertà solo se prima dell'atto medico procedono a fornire una adeguata informazione al paziente, ottenendone il consenso informato, che sarà ritenuto validamente acquisito a seguito di reale informazione, ovvero preceduto da una specifica conoscenza sull'attività che deve essere prestata dal sanitario e sui rischi conseguenti.

Negli ultimi anni il tema del consenso informato, così come analizzato *supra*, ha assunto dimensioni di un certo rilievo, tanto da assurgere a vero e proprio strumento di controllo della liceità e correttezza dell'attività medica, prospettando la possibilità di ottenere un risarcimento anche qualora non sia ravvisabile in capo al sanitario alcuna colpa diagnostico-terapeutica.

La correttezza o meno del trattamento non assume infatti alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa della mancanza di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con volontà consapevole delle sue implicazioni, con la conseguenza che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed apparendo eseguito in violazione tanto degli artt. 13 e

32 della Costituzione.

2.1 Configurabilità di una responsabilità da “contatto sociale”, inquadribilità nella responsabilità contrattuale

La responsabilità contrattuale, discende dall'inosservanza di un obbligo specifico; l'orientamento tradizionale, sostiene che la suddetta responsabilità deriva soltanto dall'inadempimento di obbligazioni contrattuali, mentre la responsabilità aquiliana sanziona la violazione di tutti gli obblighi diversi, riassunti nella formula del *neminem laedere*; parte della più recente dottrina e giurisprudenza, partendo dal principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c., individua la responsabilità contrattuale quale conseguenza della violazione di doveri specifici che trovano fonte non già in un contratto, ma direttamente nell'ordinamento giuridico, in forza di un "**contatto sociale qualificato**".

Tale espressione indica un rapporto socialmente tipico, che crea nei soggetti coinvolti un ragionevole affidamento, poiché trattasi di un rapporto qualificato dallo stesso ordinamento giuridico, al quale vi si ricollegano una serie di doveri specifici di comportamento cd. attivo.

Rientra in tale ambito, la relazione che si instaura tra il paziente ed il medico, sul quale grava, a prescindere dalla sussistenza di un contratto, un obbligo (specifico) di cura che tende alla tutela del diritto fondamentale alla salute; in tale ipotesi il soggetto che ha subito la violazione del dovere specifico non può considerarsi alla stregua di un *extraneus* rispetto

all'agente, in base al mero dato formale della mancanza di un vincolo contrattuale.

La giurisprudenza di legittimità, riguardo alla fattispecie della responsabilità del medico, ha delineato il nuovo istituto del contatto sociale qualificato.

Invero l'obbligo di cura del sanitario può trovare fondamento in un contatto diretto con il paziente, in una fonte legale o provvedimentale, oppure nel rapporto di lavoro alle dipendenze di una struttura sanitaria pubblica o privata.

In quest'ultimo caso, il paziente stipula con la casa di cura un contratto atipico, denominato contratto di ospitalità o di assistenza, e viene affidato ad un medico della stessa dipendente.

E' dunque evidente la dicotomia sussistente tra la parte formale del contratto di cura e il soggetto che esegue effettivamente la prestazione pattuita.

L'orientamento tradizionale ravvisava in capo al medico, una responsabilità di tipo extracontrattuale per i danni cagionati dalla sua attività diagnostica o terapeutica, essendo il medico estraneo al rapporto contrattuale intercorso tra la struttura sanitaria e il paziente.

A sostegno dell'assunto, la tesi tradizionale evidenziava in *primis* che la responsabilità contrattuale presuppone la necessaria esistenza di un

contratto, il quale a sua volta implica, ai sensi dell'art. 1321 c.c. un accordo, che nel caso di specie non è intervenuto tra paziente e medico, ma solo tra il primo e la struttura ospedaliera.

Spesso, inoltre, chi si rivolge ad un ospedale viene curato da una equipe di medici, i quali vengono scelti dalla struttura stessa, sulla base delle disponibilità, dell'orario, del tipo di intervento, con la conseguenza che il paziente non ha neanche la facoltà di scelta del medico che lo avrà in cura.

Soltanto con l'ospedale, quindi, il paziente instaura un rapporto effettivo, mentre i medici curanti devono essere considerati dipendenti dall'ente o - come ha precisato la giurisprudenza - organi di esso, idonei pertanto ad imputare atti ad effetti all'ente stesso, che è il solo responsabile contrattuale verso il paziente.

Il medico, effettua la prestazione perché è legato all'ente ospedaliero da un rapporto di pubblico impiego, non già in virtù di un vincolo contrattuale che lo lega al paziente, e non potrebbe, quindi, neanche volendo, svincolarsi dal dovere di curare il paziente stesso.

Del resto, la tesi tradizionale richiamava principi ormai consolidati, alla stregua dei quali chi contrae con un imprenditore a mezzo dei suoi rappresentati ha un rapporto contrattuale diretto con il solo imprenditore, che quindi risponde del fatto dei suoi dipendenti ex art. 1228 c.c.; e chi contrae con un rappresentate volontario munito di procura può agire contrattualmente solo verso il rappresentato, residuando una eventuale responsabilità del rappresentate solo ex art. 2043 c.c..

Non vi sarebbe dunque alcun motivo per derogare ai principi *de quibus* in tema di responsabilità del medico.

Infine, la *extracontrattualità* dell'illecito del medico dipendente non ostava all'applicazione analogica degli artt.1176 c. 2 e 2236 c.c. poiché, come ha evidenziato la Suprema Corte nella sentenza n. 11440/1997¹¹⁷ << *la ratio di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito*>>.

La tesi tradizionale ha delle evidenti lacune.

Primariamente, pur in assenza di un contratto in senso formale, il medico non può essere considerato, rispetto al paziente, un *quisque de populo* che senza titolo si ingerisce nella sfera giuridica altrui; nel momento in cui viene designato e il consenso è prestato dal paziente a lui personalmente sorge un rapporto in virtù del quale il medico è tenuto ad osservare gli stessi obblighi cui sarebbe tenuto in base ad un contratto diretto; il contenuto del comportamento dovuto resta invariato, posto che la regola dell'arte impone una diligenza altissima in ogni caso.

In secondo luogo, è stato evidenziato che l'art. 2043 c.c., ha ad oggetto i soli comportamenti causativi di un danno, ossia i comportamenti peggiorativi, lesivi, offensivi, non consentendo dunque di sanzionare i comportamenti meramente non migliorativi.

Inoltre, l'inquadramento della responsabilità del medico *sub specie* di responsabilità aquiliana reca un concreto *vulnus* all'effettività della tutela

¹¹⁷ Cass.civ.sez.III n.11440 del 18 novembre 1990 in Giust. civ. Mass. 1997, 2206

somministrata al paziente, in ragione del regime più rigoroso in punto di prescrizione e di *onus probandi* che da tale inquadramento discende.

Conseguentemente, si è cercato in dottrina e giurisprudenza di superare i limiti dell'impostazione tradizionale, riconducendo in vario modo la responsabilità del medico dipendente della struttura ospedaliera nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Secondo una parte della giurisprudenza, sia la responsabilità del medico che quella dell'ente ospedaliero, avrebbero natura contrattuale di tipo professionale, trovando entrambe un fondamento unitario nella esecuzione non diligente della prestazione sanitaria.

L'assunto sarebbe suffragato dalla norma costituzionale secondo cui "i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici (art. 28 Cost.)".

Si è osservato, in primo luogo, che la responsabilità dell'ente gestore del servizio è diretta, in quanto l'attività del medico dipendente è ad esso direttamente riferibile in virtù del principio di immedesimazione organica (art. 28 Cost.), e in secondo luogo, che la responsabilità del medico è, come quella dell'ente pubblico, di tipo contrattuale, atteso che entrambe trovano fondamento nell'esecuzione non diligente della prestazione del sanitario.

Si tratta, tuttavia, di un'impostazione non condivisibile, poichè l'art. 28 Cost. si limita a prevedere che " i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti" senza specificare la natura-contrattuale o aquiliana - di tale responsabilità.

Inoltre, non dirimente si palesa il rilievo del fondamento comune della responsabilità dell'ente e del medico, posto che la natura della responsabilità discende dalla natura della norma violata e non dalla condotta, per cui la medesima condotta può ben essere imputata a diversi titoli.

Secondo un orientamento dottrinale, il rapporto tra medico, paziente e struttura sanitaria andrebbe ricondotto nello schema del contratto a favore di terzo, valorizzando il rapporto che intercorre tra struttura e medico dipendente.

Il paziente non è soltanto un terzo legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione, in quanto è egli stesso parte del contratto concluso con l'ente ospedaliero. Pertanto, il soggetto danneggiato non fa valere il contratto (di lavoro) esistente tra il sanitario e la struttura, ma il diverso contratto da lui concluso con quest'ultima, avente ad oggetto la prestazione sanitaria, oppure propone un'azione di responsabilità extracontrattuale per lesione al diritto alla salute.

Del resto, nel momento in cui l'ente ospedaliero e il medico stipulano il contratto, il paziente non è ancora determinato, sicchè non può acquistare nell'immediato alcunchè.

Nel 1999 il *revirement* della Cassazione in tema di responsabilità medica, con la sentenza n. 589 la Suprema Corte abbandona l'impostazione tradizionale secondo cui la responsabilità contrattuale presuppone necessariamente un contratto in senso formale, affermando che la tesi della responsabilità aquiliana, nel considerare il medico designato dall'ente ospedaliero come l'autore di un qualsiasi fatto illecito, " sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica, sia il più possibile aderente alla

realtà materiale".

La Cassazione evidenzia che tale tesi, "riduce invero al momento terminale, cioè il danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come rapporto, in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico e il medico accetta di prestargliele".

Il medico non può essere considerato, rispetto al paziente affidato alle sue cure, un *quisque de populo*, soggetto soltanto al dovere di *neminem laedere* gravante su ciascun consociato, perchè "a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora dell'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere*, e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento".

Inoltre, se la responsabilità del medico fosse di tipo extracontrattuale, essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente, non invece allorchè quest'ultimo non realizzi il risultato positivo che secondo le normali tecniche sanitarie avrebbe dovuto raggiungere, posto che il paziente non ha in tal caso subito un danno rispetto alla situazione *quo ante*.

La Corte di Cassazione, ha dunque concluso nel senso che la responsabilità del medico designato dalla struttura sanitaria non ha natura aquiliana, e sullo stesso graverebbe una responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, poichè sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostogli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa*

in non facendo, la quale da ragione a responsabilità contrattuale".

I giudici di legittimità richiamano la figura della "obbligazione senza prestazione", fondata sul contatto sociale tra il medico che presta la sua attività professionale all'interno della struttura ospedaliera e il paziente che ad essa si rivolge; quando il paziente, che ha stipulato un contratto con la struttura, viene affidato dalla stessa alle cure di un medico, a sua volta legato all'ente ospedaliero da un contratto di lavoro dipendente, sorge un contatto sociale qualificato, ossia un rapporto contrattuale di fatto, che obbliga il medico a tenere gli stessi comportamenti specifici cui sarebbe tenuto se fosse egli stesso parte del contratto con il paziente.

La Suprema Corte ha affermato, che tale contatto sociale non genera doveri di prestazione ma solo doveri di protezione e, che tali doveri di protezione sono tuttavia ontologicamente identici ai doveri di prestazioni.

La sentenza accoglie la controversa categoria del " rapporto contrattuale di fatto o del contatto sociale"; la Suprema Corte muove dal principio di atipicità delle fonti dell'obbligazioni dalla formulazione aperta dell'art. 1173 c.c., il quale, stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti, principi soprattutto di rango costituzionale, che trascendono le singole proposizioni legislative; la Corte valorizza anche le ipotesi legislativamente previste di efficacia di taluni contratti nulli e i casi di rapporti che nella previsione legislativa sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono istituiti senza una base negoziale, talvolta grazie al semplice "contatto sociale".

Recentemente con la pronuncia SS.UU. n. 557/2008,¹¹⁸ la Suprema Corte ha ribadito la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente, valorizzando la teoria del contatto sociale.

In tale senso, si impone la visione di come, la responsabilità extracontrattuale deve arrestarsi ai confini di ciò che corrisponde all'idea di danno inteso come perdita e cioè esito peggiorativo in conseguenza della condotta illecita, l'obbligazione quale rapporto strumentale alla soddisfazione dell'interesse creditorio legittima l'idea di una responsabilità che può estendersi a quel miglioramento come risultato utile in cui poteva essere riposto affidamento, onde è già danno rilevante l'inalterazione, non necessariamente il peggioramento.

Segue: conseguenze sul piano dell'onere probatorio

Inquadrata nell'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria e del medico, nel rapporto con il paziente, il problema del riparto dell'onere probatorio deve seguire i criteri fissati in materia contrattuale, ovvero comporta l'applicazione dei principi generali di cui all'art. 1218 c.c. in tema di ripartizione dell'onere della prova, nonché di quanto stabilito dalle SS.UU. con la sentenza n. 13533/2001.¹¹⁹

¹¹⁸ Cass. Civ., sez. un. n. 577, 11 gennaio 2008 in *Mass. Giur. It.*, 2008

¹¹⁹ Cass. civ., sez. un. n. 13533, 30 gennaio 2001 in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1826, *Dir. & Formazione* 2001, 1013, *Corriere giuridico* 2001, 1565 (nota di: MARICONDA), *Danno e resp.* 2002, 318, *Studium Juris* 2002, 389, *Contratti (I)* 2002, 113 (nota di: CARNEVALI), *Nuova giur.*

L'art. 1218 c.c., in tema di inadempimento contrattuale, prevede che il debitore inadempiente è tenuto al risarcimento del danno salvo che non provi che l'inadempimento della prestazione o il ritardo nell'adempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Le Sezioni Unite¹⁶ hanno specificato che il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

La giurisprudenza di legittimità, applicando detti principi all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico, ha stabilito che grava sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto

civ. commentata 2002, I, 349 (nota di: MEOLDI)

dell'intervento, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente (ai sensi dell'art. 1176, comma II c.c. e, se necessario, la difficoltà dell'intervento, se vuole invocare il parametro di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.), che l'inadempimento non vi è stato (ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante) e/o che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

Porre a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento della prestazione medica soddisfa in pieno quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova che va accentuando il principio della "*vicinanza della prova*", inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla.

Secondo detto principio, l'onere della prova va posto *a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore.*

Infatti, poiché l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia "*vicina*" a chi ha eseguito la prestazione; per l'obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto¹²⁰.

Tribunale di Lanusei, 19/05/2009, secondo cui: "*In base al principio di riferibilità o vicinanza della prova compete al medico, che sia in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, provare l'incolpevolezza dell'inadempimento, ossia l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore e la diligenza nell'adempimento, tanto più se l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore, nella specie specialista di una*

L'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni sanitarie non è peraltro qualunque inadempimento, ma “...solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno”¹²¹.

Il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale è infatti identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione (*ex art. 1453, c.c.*), sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale (*ex art. 1218, c.c.*), senza richiamarsi alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La giurisprudenza ha poi per lungo tempo distinto tra prestazioni di facile e di difficile esecuzione ai fini di stabilire su chi grava l'onere probatorio.

Secondo tale consolidato orientamento l'onere probatorio era così ripartito:

professione protetta, mentre compete al paziente l'onere di allegare l'inesattezza dell'inadempimento”. Tribunale di Piacenza, 19/11/2009; Tribunale di Bari, Sez. II, 08/07/2009; Corte di Appello di Roma Sez. III, 09/06/2009; Cass. civ., Sez. I, 15/05/2009, n. 11309; Tribunale di Chieti, 20/02/2009; Cass. civ., Sez. Unite, 11/01/2008, n. 577. Va detto che è stato criticamente osservato che il principio di riferibilità o di vicinanza della prova può condurre a soluzioni differenti in funzione della concreta prestazione presa in esame e che non sempre la prova dell'esattezza dell'adempimento è più agevole per il debitore di quanto non sia per il creditore la prova della inesattezza dello stesso, è tuttavia certo che la prova dalla incolpevolezza dell'inadempimento (*recte*: della impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile) e della diligenza nell'adempimento è sempre riferibile alla sfera d'azione del debitore; in misura, inoltre, tanto più marcata quanto più l'esecuzione dalla prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore siccome estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore, nella specie specialista nell'esercizio di una professione protetta.

¹²¹ Cass. Civ., Sez. Unite, 11/01/2008, n. 577, in *Mass. Giur. It.*, 2008

3. negli interventi di c.d. *facile esecuzione*, caratterizzati da regole precise e di dominio comune in ambito medico, l'inosservanza di tali regole configurava *tout-court* la colpa del medico: operava, in altri termini, una presunzione di colpa. Provato dal creditore-paziente che l'intervento richiesto era di facile o *routinaria* esecuzione, si presumeva la colpa del professionista che, se voleva andare esente da responsabilità, doveva dimostrare che l'insuccesso dell'operazione chirurgica non era dipeso dalla propria negligenza o imperizia, ma da eventi imprevisi e imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale, ovvero dall'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale;
4. negli interventi di *difficile esecuzione*, il medico – se voleva limitare la propria responsabilità – aveva l'onere di provare soltanto la natura complessa dell'operazione, mentre ricadeva sul paziente l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee. In sostanza, una volta provato dal professionista che la prestazione implicava problemi tecnici di particolare difficoltà, era il paziente a dover dimostrare, in modo preciso e specifico, quali fossero state le modalità di esecuzione ritenute inidonee.

Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza è ormai unanime nello stabilire che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione o implicante problemi tecnici di particolare complessità non rileva ai fini del riparto dell'onere probatorio, dovendo essere apprezzata unicamente per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà.

Responsabilità colposa da accanimento terapeutico “consentito”

La sentenza della Corte di Cassazione n.13746/2001¹²² ha posto l'accento su un' altra problematica strettamente connessa all'argomento da noi trattato, vale a dire la possibilità di configurare un'ipotesi di (vero o presunto) accanimento terapeutico consentito dal paziente fondare una responsabilità per omicidio colposo a carico del medico.

Questa sentenza pone sul tappeto del diritto penale della medicina un problema ulteriore e per certi aspetti nuovo, connesso ai doveri ascrivibili al medico ed ai confini della sua posizione di garanzia, anche con riferimento al ruolo del consenso del paziente: quello degli eventuali profili di responsabilità penale di colui che su espressa richiesta del malato intervenga chirurgicamente nel tentativo di procrastinare il momento della morte, nonostante per la scienza medica da quel trattamento "non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente".

Alla pronuncia va riconosciuto il merito di aver offerto un *input* alla riflessione circa la possibile individuazione di una responsabilità penale colposa ascrivibile al medico per quello che potremmo definire come 'accanimento terapeutico consentito' .

La sentenza lo individua in un ibrido tra responsabilità per colpa generica (violazione delle regole di prudenza, applicabili nella fattispecie, nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza dell'operatore) e

¹²² Cass.pen sez.IV n.13746, 13 gennaio 2011 in *Diritto & Giustizia* 2011, 12 aprile, Guida al diritto 2011, 24, 76 (s.m.) (nota di: AMATO)

colpa specifica (violazione del "codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico": la norma di riferimento è l'art. 16, a tenore della quale "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").

Questo argomento difatti è pregnante per la nostra trattazione in quanto problematicità rispetto all'individuazione dei limiti dei doveri del medico è confermata anche nella previsione contenuta all'art. 1, comma 1, lett. *f*) del disegno di legge in tema di "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento", ove si legge che "in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente, il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura". Si tratta, come appare da subito evidente, di una soluzione non risolutiva, dal momento che occorre ancora una volta sciogliere in via preliminare il nodo di cosa debba esattamente intendersi per trattamenti "straordinari non proporzionati" e di quale sia il peso da assegnare alla volontà del paziente nel giudizio di 'proporzione' del trattamento.

Importante svolta in campo di responsabilità medica è stata data la legge 8 novembre 2012, n. 189¹²³ (meglio noto come legge sulla tutela della salute) che ha convertito il Decreto Legge Balduzzi, n.

¹²³ LEGGE 08/11/2012 , n. 189 in Gazzetta Uff. 10/11/2012 , n.263

158/2012.¹²⁴

La cosiddetta "colpa lieve" dell'esercente una professione sanitaria ne risulta, in certo qual senso, depenalizzata.¹²⁵

Infatti, il dato testuale dell'art. 3, 1° co., il sanitario che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.

L'art. 3 della L. 189/2012 consta di quattro previsioni particolari:

il primo enuncia principi della colpa medica, in secondo luogo prevede la costituzione di un fondo assicurativo a copertura degli esercenti professioni sanitarie. Ancora, spiega i criteri alla base della liquidazione e della compensazione del danno alla persona facendo riferimento agli schemi ed alle tabelle già vigenti per i danni da circolazione stradale e i danni da colpa professionale in campo sanitario ed in fine un dato più prettamente tecnico riguardante disposizioni tema di aggiornamento dell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio a disposizione del Giudice in ambito di valutazione dei casi di responsabilità sanitaria

Fondamentale per la nostra trattazione è l'introduzione da parte della legge in esame dell' "esimente per colpa lieve" riportata ,come già specificato ,dal primo comma dell'art. 3. Il legislatore ha modificato sostanzialmente la normativa previgente obbligando il Giudice, in fase di accertamento dell'elemento della colpa in pendenza di processo penale, a tenere in debita

¹²⁴ DECRETO-LEGGE 13/09/2012 , n. 158 in Gazzetta Uff. 13/09/2012 , n.214

¹²⁵ sull'argomento Cass. Pen sez IV n. 11493, 12 gennaio 2013 in Diritto & Giustizia 2013, 22 marzo e T.A.R. Milano lombardia Sez III n.94, 15 gennaio 2013 in Foro amm. TAR 2013, 1, 20

considerazione il comportamento adottato dall'imputato in relazione al caso concreto, prendendo in esame altresì le linee guida e le "buone pratiche" sanitarie mantenute dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale.

Sussistendo questi requisiti, il medico che abbia mantenuto un comportamento in linea con queste convenzioni "non risponde penalmente per colpa lieve", ferma restando la responsabilità da accertarsi in sede civile ex art. 2043. Sul piano pratico dovranno tenersi ben distinti gli elementi di valutazione della colpa medica adottati rispettivamente sul piano civile e su quello penale.

Da ciò consegue che, a seguito di errore professionale, una volta dichiarata la non imputabilità del medico nel procedimento penale, ben potrebbe configurarsi comunque ipotesi risarcitoria in ambito civile.¹²⁶

3.1 Codice deontologico e colpa specifica.

Altra questione penalisticamente rilevante involge la possibilità di riconoscere natura cautelare (e su di essa fondare una responsabilità per omicidio colposo) alla norma del codice deontologico violata dai medici (art. 16), che impone di "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".

Invero, il riferimento al codice deontologico conduce verso un tentativo di assegnare la responsabilità alla sfera della colpa specifica, che tuttavia appare in questo caso priva di taluni dei suoi connotati 'classici'.

¹²⁶ ALBERTAZZI L., *La riforma delle professioni sanitarie: la responsabilità del medico*, in studio Cataldi quotidiano giuridico 2012

E' innegabile che la deontologia medica, oltre ad una "funzione e portata di orientamento culturale all'interno della comunità medica, con valore promozionale e non solo ricettivo dell'esistente nella prassi" e ad una "rilevanza giuridica interna, con eventuali effetti disciplinari", possiede anche "un'intrinseca finalità di interesse pubblico e in particolare di tutela degli interessi degli utenti", che le fa acquisire una indubbia "rilevanza giuridica esterna" e "si fa progressivamente più ricca se non di indicazioni esaurienti, quantomeno di spunti e aperture utili per la ricerca di possibili soluzioni", è altresì vero che "essa non è fonte del diritto, bensì un complesso di norme interne a un'associazione privata qual è l'ordine professionale"

Di recente, anche le Sezioni Unite hanno riconosciuto uno specifico risvolto alla normativa "elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica", giacché "da essa (...) si chiarisce la portata del 'circuito informativo' che deve collegare tra loro medico e paziente in vista di un risultato che - riguardando diritti fondamentali - non può non essere condiviso", rimarcando tuttavia come l'inosservanza delle regole ivi contenute è sì "fonte di responsabilità", ma "non necessariamente penale"¹²⁷¹²⁸ possono nutrirsi seri dubbi che nel codice di deontologia medica sia

¹²⁷ Sez. un., sent. 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, *de jure* 2009, p. 1803, con nota di VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*; in *Foro it.*, 2009, II, c. 305 s., con nota di FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 447 s., con nota di PELLISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, *ivi*, p. 455 s.; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1042 s., con nota di TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso* e in *N. giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 926 s., con nota di PALERMO FABRIS-RIONDATO, *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni unite penali, 21 gennaio 2009, n. 2437)*, *ivi*, II, p. 395 s. Richiama espressamente il passo della sentenza riportato nel testo, LEOTTA, voce *Consenso informato*, in *Dig. d. pen.*, Agg. V, Utet, 2010, p. 107 s.

ravvisabile un contenuto realmente prescrittivo e di divieto, una funzione preventiva nei confronti di eventi tipici, non trattandosi evidentemente di una fonte chiamata a disciplinare veri e propri fattori di rischio.

Dubbi confermati, anche con la previsione del codice richiamata quale espressione di un principio di carattere generale, una sorta di norma etica di comportamento per così dire 'generica', che non consente di muovere un addebito “specifico” al medico.¹²⁹¹³⁰

¹³⁰ In senso analogo, seppure con alcuni distinguo legati alla possibilità che "alcune indicazioni promananti dal codice deontologico possono rivelarsi assai utili per valutare la correttezza o meno dell'operato del medico, anche in sede penale", VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II. I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Cedam, 2003, p. 190 s.

Contra, ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, cit., p. 279, secondo il quale "nel diritto penale le norme deontologiche rappresentano "elementi normativi delle fattispecie", in particolare nell'ambito dei reati colposi, posto che l'art. 43 c.p. definisce la colpa come inosservanza fra l'altro di "discipline"; e non è dubbio che i codici deontologici delle professioni e in specie quello medico costituiscono nei loro rispettivi ambiti modelli organici e dettagliati di "disciplina". Esempi di norme di comportamento di questo genere sono gli artt. 2, 13, 19, 21, 23, 26 del codice deontologico". Pur precisandosi poi che "ciò vale dunque in via di principio, senza sottacere peraltro che costituisce capitolo tutto da studiare il rapporto tra regole di condotta descritte nel codice deontologico e la consueta figura-modello di riferimento penale dell'*homo eiusdem professionis*; se cioè - tanto per fare un esempio - la violazione di una norma deontologica raggiunga già di per sé il livello di rilevanza colposa in ambito penale".

Nello stesso senso, IADECOLA, in IADECOLA-BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili civili e penali*, Giuffrè, 2009, p. 71 s. (ed in IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 554 s.), per il quale è "difficile negare il delinearsi di una rilevanza anche esterna, ossia nello stesso ordinamento generale, della disciplina deontologica, per lo meno con riferimento alle norme che si contrassegnino per la loro destinazione a regolare la condotta del sanitario nei confronti del paziente, o i cui riflessi applicativi possano comunque investire la qualità della prestazione da rendere al medesimo"; in particolare, l'A. ritiene di poter ravvisare la connotazione cautelare o precauzionale in talune norme del codice approvato nel dicembre 2006, quali l'art. 8 (che stabilisce la doverosità degli interventi medici d'urgenza), l'art. 13 (per il quale le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati "ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche" e sussiste il dovere del medico di non far mancare mai al paziente "le sperimentate ed efficaci cure disponibili", l'art. 19 (che impone il dovere di aggiornamento e formazione professionale permanente) e l'art. 23 (ove è stabilito il principio della "continuità delle cure").

È noto infatti che la regola cautelare rilevante ai fini di un rimprovero per colpa deve contenere una prescrizione che indichi i comportamenti ed i mezzi necessari a evitare la lesione del bene giuridico tutelato, dal momento che essa è volta a stabilire condizioni operative di liceità dell'esercizio di attività pericolose; la regola cautelare ha la funzione "di indicare il modo in cui va svolta l'attività pericolosa".

Da ciò ne deriva l'importante conseguenza - recepita anche dalla maggioritaria giurisprudenza della Cassazione in tema di responsabilità medica - di escludere la possibilità "di completare la tipicità colposa per mezzo di qualunque paradigma comportamentale che non abbia ad oggetto una modalità di azione", pena la trasformazione surrettizia per via giudiziaria della norma "in un divieto, ovvero nell'opposto logico e funzionale della regola cautelare", in violazione della riserva di legge in materia penale.

4.Profili risarcitori.

Con riferimento alla tipologia di danno, la giurisprudenza ritiene che la lesione del diritto all'autodeterminazione, non giustifica il risarcimento del danno biologico ma è risarcibile il danno non patrimoniale, posto che la presenza di complicità che il paziente non conosceva per carenze informative, possono causare al paziente un turbamento anche molto significativo, a seconda della gravità delle circostanze concrete.

La rilevanza del danno non patrimoniale richiama quanto elaborato, in merito, dalla giurisprudenza della Suprema corte nell'ultimo decennio: in

sintesi, superando il precedente orientamento, i giudici di legittimità hanno ricostruito il sistema della responsabilità civile delineando due ambiti, quello del danno patrimoniale, sottoposto al regime di cui all'art. 2043 c.c., e quello del danno non patrimoniale, rientrante nell'art. 2059 c.c..

In quest'ultimo caso, il danno derivante dalla lesione di un interesse, inerente alla persona, costituzionalmente garantito e di natura non patrimoniale, va risarcito *ex art. 2059 c.c.* ogni qualvolta sia fornita la prova della sua sussistenza, anche con l'ausilio di valutazioni prognostiche e presuntive¹³¹.

Pertanto, superando la precedente interpretazione, che confinava il danno non patrimoniale nel ristretto ambito del danno morale soggettivo da reato *ex art. 185 c.p.*, la Cassazione afferma che l'art. 2059 c.c., nella parte in cui limita la risarcibilità del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge, va interpretato in senso conforme alla Costituzione, ovvero che l'atto illecito leda un interesse della persona di rango costituzionale, il risarcimento del danno non patrimoniale spetta in ogni caso.

Inoltre, in base a tale lettura costituzionalmente orientata, il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione dei diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato.

In particolare, si è recentemente affermato che non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale, poiché non è configurabile, all'interno della categoria generale del danno non patrimoniale, un'autonoma sottocategoria denominata danno esistenziale; il

¹³¹ Cfr. Cass.civ.sez III n. 4030,19 febbraio 2013, in *Diritto & Giustizia* 2013, 20 febbraio (nota di VALERIO G.)

risarcimento, in tali casi, viene liquidato necessariamente secondo equità, mentre bisogna allegare e provare, anche per presunzioni, il pregiudizio subito, gli effetti negativi di esso sulla vita quotidiana e tutte le circostanze utili del caso .

Alla luce dei principi affermati, pertanto, con riferimento alla lesione del diritto al consenso informato — che rientra tra i diritti inviolabili della persona — è opportuno evidenziare che, perché si possa accogliere l'istanza risarcitoria, deve ricorrere, come presupposto essenziale, anche la gravità dell'offesa, requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili.

Pertanto, il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, ovvero la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, cagionando un pregiudizio serio e non futile, per realizzare un bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza verso il comportamento del danneggiante, anche considerato che, in ambito di responsabilità medica, entra in gioco anche l'utilità sociale della professione sanitaria.

BIBLIOGRAFIA

ALICI L. - ALPA G., <<*Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate*>>, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

ALPA G. *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita. not.*, 2007; ALPA G., *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini*

concettuali, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2000;

ALTZEI R. - FICHERA M.S. *Il sistema normativo vigente. Principi generali*, in AIMERITO F., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, 2008;

AMATO G. - BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997;

ANDRINI M. C., *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministrazione di sostegno*, in *Quaderni famiglia*, n. 4, PATTI S. (a cura di), Milano, 2005;

ANDRONIO A., *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella CEDU e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. merito*, 2011, 2;

ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004;

ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004;

ANGELICI G., <<*La nozione di autonomia: fondamenti*>>, in *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana l'autonomia degli individui*, (a cura di) AA. VV., Milano, 1999; ARAMINI M., *Testamento biologico: spunti per un dibattito*, Ancora, 2007;

ARAMINI M., *Manuale di bioetica per tutti*, Roma, 2008;

AUTORINO G. - STANZIONE P. *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997; AUTORINO G. - STANZIONE P. - ZAMBRANO V., *Amministrazione di sostegno: commento alla legge 9 gennaio 2004*,

Milano, 2004;

AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2008;

AZZONI G. M., *Endoxa e fonti del diritto*, in FERRARI G. A. - MANZIN M. (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004;

BAILO R. - CECCHI P., *Direttive anticipate e diritto di rifiutare le cure*, in *Ras. Dir. Civ.*, 1998;

BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; BALESTRA L., *Efficacia del testamento biologico e del ruolo del medico*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

BALESTRA L., *Commentario del codice civile*, volume 3, Milano, 2009;

BALLARINO T., *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, parte I, Padova, 2008;

BARCARO R., *Eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Milano, 1998; BARNI M., *I testamenti biologici, un dibattito aperto*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1994; BAUZON S., *La personne biojuridique*, Paris, 2006;

BELLELLI A., *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La Nuova Giur. civ. comm.*, 2011, 2.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2° ed., Napoli, 1984;

BIANCA M. C., *Diritto civile*, vol. 2, Milano, 1999;

BILANCETTI M., *Le conseguenze di rilevanza penale e civile del consenso invalido. Il consenso informato: un continente ancora da esplorare?*, *Riv. it. Med. Leg.*, 2003;

- BIN R., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992;
- BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto pubblico*, Torino, 2006
- BINETTI P., *Il consenso informato. Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Roma, 2010;
- BINETTI P., *La vita è uguale per tutti. La legge italiana e la dignità della persona*, Milano, 2009;
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1990;
- BOLOGNA C., *Il caso di Terri Schiavo*, in *Quad. cost.* 2005; 167
- BONILINI *le disposizioni testamentarie Utet 2009*
- BOMPIANI A., *Dichiarazioni anticipate di trattamento ed eutanasia. Rassegna del dibattito bioetico*, Bologna, 2008;
- BONILINI G. e CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007;
- BORASCHI A. e MANCONI L., *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, Milano, 2007;
- BORSELLINO P., *Bioetica tra «moralità» e diritto*, Milano, 2009;
- BORSELLINO P., *I principi etici delle cure palliative e i diritti dei morenti*, in *ID, Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 2000;
- BRIGNONE C., *Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, in *Dir. fam.* 2010;
- BROCH D.W., *Life and death. Philosophical essays in biomedical ethics*, Cambridge, 1993;
- BUSNELLI F. D., *Opzioni e principi per una disciplina normativa delle biotecnologie avanzate*, in *Riv. C. D. P.*, 1991;

- CALO' E., *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008;
- CALO' E., *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in PATTI S. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005;
- CAMPIONE F., *L'etica del morire e l'attualità. Il caso Englaro, il caso Welby, il testamento biologico e l'eutanasia*, Bologna, 2009;
- CANEPA G., *Bioetica e deontologia medica: aspetti problematici e conflittuali*, in Riv. it. Med. Leg., 1990;
- CASINI C. - CASINI M. - DI PIETRO M. L., *Testamento biologico, quale autodeterminazione?*, Firenze, 2007;
- CASINI C., CASINI M. - DI PIETRO M.L., *Eluana è tutti noi. Perché una legge e perché non al <<testamento biologico>>*, Firenze, 2008;
- CARETTI P., *"Diritto dell'informazione e della comunicazione"*, Il Mulino, 2009;
- CARINGELLA F.-DIMATTEO D., *Lezioni e sentenze di diritto civile 2012*, Roma, 2012;
- CASALI P., SANTOSUOSSO A., *Il consenso informato nella sperimentazione clinica*, in SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Il consenso informato, tra giustificazione del medico e diritto del paziente*, Milano, 1996.
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009; CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in Riv. trim. di dir. comp. ed eur., III, Torino, 2009;
- CASONATO C., PICIOCCHI C. e VERONESI P., *Forum BioDiritto 2008:*

Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi, Padova, 2009;

CATALDI S., *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente: formulario, giurisprudenza, normativa*, Santarcangelo di Romagna 2007,

CAVALLA F., *Diritto alla vita e diritto sulla vita. Sulle origini culturali del problema dell'“eutanasia”*, in Riv. Int. Fil. Dir., 1988;

CAVANA P., *La morte ed i suoi riti: mutamenti culturali ed evoluzione legislativa in Italia*, in Dir. eccl., 2009.

CECIONI R., *La carta di autodeterminazione in Canada*, in *Autodeterminarsi nonostante*, (a cura di) DAMENO D., Milano, 2002;

CENDON P., *Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte generale*, Milano, 2009; CENDON P. e ROSSI R., *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2009;

CHIEFFI L., *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000;

CHIMIRRI G., *Trattato filosofico sulla libertà. Etica della persona e teoria dell'agire*, Milano, 2007;

CICORIA M., *Dal diritto di informazione al diritto all'informatizzazione*, in *Giust. civ.*, 2012, 10;

COCO R., *“sapere e non sapere”*, Cedam, Padova, 1999;

COMANDÉ G.- DALLA TORRE G. - PALAZZANI L. (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Saggi e ricerche, Torino, 2004;

CORLETO M. *“Diritto e diritti di fronte alla morte. Dall'eutanasia al*

diritto di morire. Atti del seminario di studi "Edizioni scientifiche italiane 2001;

COSMACINI G., *Testamento biologico. Idee ed esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010;

CRISCUOLI G., *Sul diritto di morire naturalmente. Il Natural death Act della California*, in *Rivista di diritto civile*, 1977;

CUPELLI C., *Responsabilità colposa e " accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. Pen.*, 2011, 9.

D'ANTUONO E., *Bioetica*, Napoli, 2003;

D'AURIA M., *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010;

D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

DE BEAUPRÈ A. C., *La loi sur la fin de vie*, in *Dalloz*, 2005;

DE BELLIS S., *Studi su diritti umani*, Bari, 2010;

DE SEPTIS E., *Questioni biogiuridiche di "fine vita"*, Relazione presentata al corso di formazione del Consiglio Superiore della Magistratura " *Bioetica e diritto: una riflessione interdisciplinare*", Roma 24 maggio 2011;

D'ADDINO C., *Atti di disposizione del Corpo*, in P. Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, 2003;

DE TILLA M. - MILITERNI L. - VERONESI U. (a cura di), *Il testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, 2007;

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007;

DRAGO A. - CHIEFFI L. (a cura di) - *Etica e scienza: una fondazione comune, secondo una visione pluralista*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000;

DWORKIN R., *Il dominio della vita: aborto, eutanasia, e libertà individuale*, Milano, 1994;

ENGLARO B. – A. PANNITTERI, *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, Milano, 2009;

FACCI A., *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006;

FALLETTI E., *Volontà di fine vita: una prospettiva comparata giurisprudenziale e de jure condendo*, in *Corr. Giur.*, 2011.

FELICI A, *Consenso informato. Riflessioni di un medico paziente*, Ascoli Piceno, 2008; FERRANDO G., *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in FERRANDO G. e VISENTINI G., (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003;

FERRANDO G., *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Famiglia e diritto*, 2008;

FERRETTI A., *Esclusa la responsabilità in solido della azienda sanitaria se il medico di servizio viene assolto*, in *Dir.e Gius.*, 2012.

FONTANELLA M., *Il diritto di autodeterminazione del paziente: il consenso informato ed il testamento biologico*. in *Iustitia*, 2003;

FORNERO G., *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005;

FRATI P. - ARCANGELI M., *Facoltà di curare e autodeterminazione del paziente*, Torino, 2002;

FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario: responsabilità civile e penale, consenso informato, colpa e nesso causale, casistica e giurisprudenza*, Milano, 2008.; FUCCI S., *I diritti di Eluana. Prime riflessioni*, in *Bioetica*, 1, 2004;

FURNARI M. G., *Alle frontiere della vita, eutanasia ed etica del morire*, Roma, 2003;

FURNARI M.G., *Il paziente il medico e l'arte della cura*, Roma, 2005;

GALGANO F. *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2010;

GALLETTI M. - ZULLO S., *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, Firenze, 2008;

GALOFARO F., *Eluana Englaro. La contesa sulla fine della vita*, Roma, 2009;

GARUFI C., *Il diritto ad essere informati e la responsabilità del medico*, in *Riv. giur. di merito*, 2011, 6.

GIAMPETRAGLIA R., *L'amministrazione di sostegno. Spunti ricostruttivi e propositivi*, Napoli, 2007;

GIUFFRIDA, *Il diritto all'integrità fisica: art. 5 c.c.*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di CENDON, *Le persone*, III. *Diritti della personalità*, Torino 2000, GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, volume 1, Padova, 2009; GORGONI A., *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008 - GORGONI A., *L'amministratore di sostegno in luogo del testamento biologico*, in *pers. e fam.*, 2008; GORGONI A., *Amministratore di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 2.

GRACIA D., *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, Roma, 1993;

GRECO A., *La complessità dell'intervento non esclude la responsabilità del medico*, in *Dir. e Gius.*, 2012.

IAPICHINO L., *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano, 2000;

IMMACOLATO M., *Le sentenze Riccio e Englaro: perché un fascicolo speciale*, in *Bioetica*, 1/2008;

IMMACOLATO M.- BOCCARDO F., *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la "rivoluzione silenziosa" della medicina.*, *Riv. it. Med. Leg.*, 2004; INTRONA F., *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2005;

KAUFMANN A. *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo millennio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988;

KUNG H.-YENS W., *Della dignità di morire. Una difesa della libera scelta*, Milano, 1996;

LARGHERO E. e ZEPPEGNO G., *Dalla parte della vita*, Torino, 2007;

LECALDANO E., *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999;

IANNONE R.F., *La cura del paziente e l'acquisizione del consenso informato: la Cassazione estende l'obbligo di informazione alle variazioni effettuate nel corso dell'intervento chirurgico*, in *Giust. civ.* 2011, 3.

JUSO R., *Dati sensibili e consenso in formato: profili costituzionali e legislativi*, Ragiusan 2004.

LA FORGIA G. *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Famiglia e diritto* 2004;

LECALDANO E., *I modi di morire. Differenze e analogie in etica*, in *Iride*, Roma- Bari, 1989;

LUCREZI F.- MANCUSO F. *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Roma, 2010;

MACELLARI G., *Il testamento biologico. Una questione di vita e di morte*, Piacenza, 2003;

MALTESE D., *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*, in *Il Foro it.*, 2005;

MALTESE D. *Il "testamento biologico"*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006;

MANCONI L. - DAMENO R., *Dignità nel morire: atti del convegno "Il diritto a una morte dignitosa: terapie contro il dolore, testamento biologico, eutanasia"*, Milano, 2003;

MARISI F., *Il testamento biologico: le problematiche giuridiche connesse con il rifiuto delle cure. Una panoramica tra Stati uniti e Italia*, Monaco , 2008;

MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974;

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 2010;

MASONI R., *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2009;

MENGONI L., *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982;

MILANO G. - RICCIO M., *Storia di una morte opportuna. Il diario del medico che ha fatto la volontà di Welby*, Roma, 2008;

MILONE L., *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita not.*, 1997;

MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1955;

MORI M., *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2010.

NACCI M. G., *Diritto alla vita e ordinamento costituzionale. Profili di diritto italiano e comparato*, Bari, 2008;

NANIA D., *Il testamento biologico. La terza via*, Roma, 2009;

NAPOLI E.-V. PATTI S. (a cura di), *L'interdizione e l'inabilitazione. L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005;

NERI D., *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari, 1995;

NERI D. - BOTTI C. - RUFO F. (a cura di), *La bioetica: storia e problemi, in, Bioetica: discipline a confronto*, Roma, 2002;

OCCHIPINTI A., *Tutela della vita e dignità umana*, Milano, 2008;

PACE A., *Annuario 2007*, Milano;

PALAZZANI L. - DALLA TORRE G., *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma, 1997;

PALAZZO A., SASSI A. - SCAGLIONE F., *Permanenze. Dell'interpretazione civile*, Palermo, 2008;

PALLADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004

PASQUINO T., *Autodeterminazione e dignità della morte. Saggio di diritto civile*, Padova, 2009;

PATRONI GRIFFI A., *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in CHIEFFI L. (a cura di) *Bioetica e diritti dell'Uomo*, Torino, 2000;

PATTI S., *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam., Pers. e Suc.*, 2006; PATTI S., *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

PIANA G., *Testamento biologico*, Perugia, 2010;

PISTORIO G., *Art. 1, La Carta dei diritti dell'Unione Europea*, Taranto, 2009;

PIZZETTI F. G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008;

PIZZORUSSO A., *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di Governo*, in *Pol. dir.*, 1981;

PIZZORUSSO A., *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. Cost.*, II, giugno 2007;

PROTO- PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.* 1990;

PUGLIESE V., *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica deontologia medica*, Padova, 2009;

RANDAZZO S., *Etica e diritto nella medicina di fine vita. Incontri interdisciplinari di biomedicina e biodiritto*. Atti del Convegno (Paternò

22-23 maggio 2003), Roma, 2010;

RESCIGNO G. U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 Cost., al principio di auto determinazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pub.*, I, 2008;

RESTA V., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002;

RICCI S. - MIGLINO A., *Atto medico e consenso informato*, Roma, 2009;

RIOLO A., *Il testamento biologico*, Roma 2009;

RODOTÀ S., *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano, 2007 -

RODOTA' S., *Laicità e potere sulla vita*, in *Lezioni di Laicità*, in *Quaderni Laici*, n.3, Torino 2011;

RUGGIERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale* (prime notazioni), 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

SALITO G., *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, in *Quaderni diretti da STANZIONE P.*, Salerno, 2003;

SALITO G., *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004;

SANTOSUOSSO A., *"A proposito di "living will" e di "advance directives": note per il dibattito"*, in *Pol. del dir.*, n. 3, 1990;

SANTOSUOSSO A., *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007;

SANTOSUOSSO A. *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. Comm.*, 2009;

SASSI A., *L'atto eutanasi al vaglio della cassazione civile:nessuna decisione nel merito*, in *Dir. di fam.*, 2007;

SCALISI A. *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Dir. Fam.*, 1993;

SCARPELLI U., *Il giuramento e la coscienza del medico*, in *ID Bioetica laica*, Baldini e Castoldi, Milano 1998;

SCARPELLI U.-MORI G.(a cura di), *Bioetica prospettive e principi fondamentali*, in *Labioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, Milano, 1991;

SCALISI F. *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano 1990;

SESTA M., *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

SGRECCIA E., *Manuale di bioetica*, IV, Milano, 2007;

SICA S., *Sperimentazione umana. Disciplina francese e esperienza italiana*, Napoli, 1990; SINGER P. A., *Testamento di vita*, Toronto, vers. It. di DEL GROSSO M. e CECIONI R., 1998;

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2005;

SPADARO A., *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. II, Milano, 2006; SPINSANTI S. - PETRELLI F., *Scelte etiche ed eutanasia*, Roma, 2003;

SPINSANTI S., *Accompagnare la morte*, in *La buona morte*, a cura di L. Novati, Brescia, 2009.

- STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, Torino , 2009
- STANZIONE P. - SALITO G., *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 2007;
- STANZIONE P. - SALITO G. , *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, in *Iustitia*, n. 1/2008;
- STANZIONE P - SALITO G., *L'(in)disponibilità del bene vita tra autodeterminazione e norma*, Roma, 2010;
- STANZIONE P. - ZAMBRANO V., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998;
- STEFANINI E., *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006;
- TALLACCHINI M. - TERRAGNI F., *Le biotecnologie: aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, 2004;
- TACCONI R. Sperimentazione clinica e consenso informato. Riv. it. medicina legale 2004,f. 237-8, 541
- TESAURO A., *atti e negozi giuridici*, Padova, 1993.
- TOMMASI S., *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2003;
- TORDINI A. - CAGLI A., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008;
- TRENTANOVI S., *La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del giudice tutelare: poteri e doveri. Problemi organizzativi*, in I,

Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26, gennaio - dicembre 2004, gennaio-giugno 2005;

TRIA E. R., *La protezione giuridica dell'incapace nell'esperienza spagnola*, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di) *Follia e diritto*, Torino, 2003;

TUNDO FERENTE L. (a cura di), *Etica della vita: le nuove frontiere*, Bari, 2006;

TUROLDO F., *Il testamento biologico*, Venezia, 2005;

TRONCONE G., *Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica*, de jure, 2011, II, 191.

TUROLDO F., *Le dichiarazioni anticipate di trattamento. Un testamento per la vita*, Padova, 2006;

VALERIO F., *Femore operato per una caduta, l'intervento è adeguato: la violazione al consenso informato andava sollevata prima*, in *Dir. Giust.*, 2013;

VECCHI P. M., *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999;

VELLA C., *Etica a servizio della persona malata*, Roma, 2007;

VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale*, Padova, 2008;

VERONESI U. e DE TILLA M., *Nessuno deve scegliere per noi: la proposta del testamento biologico*, Milano, 2007;

VERONESI U. (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci*

giuristi, Milano, 2005;

VERONESI U., *Il diritto di morire. Libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Milano, 2006;

VICECONTE N., *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul <<caso Welby >>*, in *Giur. Cost.*, III, 2007;

VIGANÒ F., *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace?" Considerazioni a margine del << Caso Welby >>*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007;

VIGANÒ P., *Limiti e prospettive del consenso informato*, Milano, 2008;

VIGNUTELLI A., *Diritto costituzionale*, Torino, 2008;

VINCENTI AMATO D., *Il silenzio della legge e il testamento di vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992;

ZAMBRANO V., *Eutanasia, diritto alla vita e dignità del paziente*, in *ras. Dir. Civ.*, 1999; ZAMBRANO V., *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano*, Camerino-Napoli, 1993;

ZATTI P., *Oltre la capacità di intendere e volere*, in FERRANDO G. e VISENTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003.

ZANCHI C., *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997.

