



ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BRESCIA

CONVEGNO DI STUDI

“IL TESTAMENTO BIOLOGICO”

Venerdì 6 marzo 2009 ore 14,30

**“Il caso Englaro: commento alle sentenze
della Suprema Corte di Cassazione”**

Relatore

Dott. Giuseppe Ondei

(Giudice Coordinatore Terza Sezione Civile del Tribunale di Brescia)

INDICE		
Paragrafo	Titolo	Pag.
§ 1.	Introduzione	3
§ 2.	Breve sintesi del caso Englaro	5
§ 3.	Esame di alcune problematiche emerse nel caso Englaro	16
§ 4.	Lo stato vegetativo permanente, l'alimentazione e l'idratazione artificiali	17
§ 5.	Il consenso informato	18
§ 5.1	Il consenso al trattamento medico con riguardo al paziente incapace	25
§ 6.	La legittimazione dei terzi ad assumere determinazioni concernenti la salute o la vita dell'incapace	30
§ 7.	Interventi normativi auspicabili	34
§ 8.	Testo del D.Lg.vo proposto dal sen. Calabrò ed all'esame del Senato	36
Art. 1	Tutela della vita e della salute	40
Art. 2	Divieto di eutanasia e di suicidio assistito	41
Art. 3	Divieto di accanimento terapeutico	41
Art. 4	Consenso informato	42
Art. 5	Contenuti e limiti delle dichiarazioni anticipate di trattamento	43
Art. 6	Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento	44
Art. 7	Fiduciario	44
Art. 8	Ruolo del medico	45
Art. 9	Autorizzazione giudiziaria	46
Art. 10	Disposizioni finali	46

§ 1. – Introduzione.

La vicenda Englaro rappresenta una delle due situazioni di confine - da taluni definite anche stadi intermedi -, drammaticamente attuali, per le quali sorge in maniera evidente la necessità di cercare di affrontare la relazione tra definizione di persona umana e nozione di persona fisica in senso giuridico.

Le due situazioni possono riassumersi:

a) nel caso del neonato anencefalico (ossia di quei neonati che presentano malformazioni del tubo neuronale che comporta l'assenza della volta cranica, degli emisferi cerebrali e del cervelletto cosicché sono assenti i fenomeni della vita psichica, la sensibilità, la motilità e l'integrazione di quasi tutte le funzioni corporee essendo per converso mantenuta una limitata capacità respiratoria e cardiocircolatoria);

b) nello stato vegetativo permanente (SVP) che non esiste in natura ed è indotto dall'applicazione di tecniche di rianimazione (su soggetti traumatizzati o in arresto cardiocircolatorio) le quali, talvolta, non riescono ad ottenere la piena riattivazione delle funzioni organiche determinando il subentro di questo particolare funzione cerebrale che, pertanto, consiste in un vero e proprio effetto collaterale di interventi sanitari di emergenza (sicché è facile prevedere che tanto più l'intervento sanitario aumenterà in efficacia ed estensione territoriale tanti più casi di SVP si verificheranno) e che trova alimento in una definizione di morte anch'essa frutto dell'intervento del legislatore e dell'artificio della tecnica clinica.

Lo SVP è, pertanto, **una condizione di totale inconsapevolezza di sé e dell'ambiente circostante, ove, però, le funzioni respiratorie e cardiocircolatorie, con alternanza di fasi di sonno e di veglia, permangono pressoché intatte: in buona sostanza vi è una dissociazione tra vita vegetativa e vita cosciente.** Non è una fase terminale di vita ma uno stato di vita anche se è andata perduta la funzione che più di ogni altra identifica l'essenza umana (sul punto v. le conclusioni del gruppo lavoro stato vegetativo 17 novembre 2008 del Ministero del Lavoro e della Salute).

Si distingue, poi, lo stato vegetativo persistente - che si riferisce ad una condizione di passata e perdurante disabilità con futuro incerto - dallo stato vegetativo permanente che implica l'irreversibilità (di solito per dichiarare l'irreversibilità bisogna attendere 12 mesi, in quanto, trascorso tale lasso di tempo, la probabilità della ripresa di funzioni superiori è insignificante).

Anche se, in punto, taluno preferisce parlare di “stato vegetale da tot anni”.

Il problema di “gestire” queste ultime frontiere della vita sorse nel corso degli anni cinquanta quando la medicina pose, per la prima volta, il dilemma di individui completamente privi di funzioni encefaliche, il cui organismo continuava a funzionare grazie al supporto costituito dalla ventilazione meccanica cerebrale.

Oggi lo SVP con il trascorrere degli anni diventa una condizione clinicamente sospesa in cui il processo mortale viene impedito da quei trattamenti di sostegno vitale, che si esplicano nella nutrizione e nell'idratazione artificiale (NIA).

§ 1.b - Su entrambe le predette situazioni si scontrano opzioni assiologiche fondamentali, la scelta delle quali comporta inevitabilmente conseguenze nella definizione del perimetro di una soggettività giuridica.

Le opzioni assiologiche opposte, a loro volta, possono compendiarsi:

a) in quelle giudeo-cristiane, per le quali l'immagine di Dio si riflette nell'uomo, il quale è infuso dell'anima sin dal momento del concepimento sicché ogni essere è persona dal principio del concepimento per il solo fatto di appartenere alla specie umana e senza alcuna distinzione in relazione al grado di maturità o di decadimento delle facoltà intellettive;

b) in quelle libertarie, basate sul modello kantiano, per le quali le caratteristiche che definiscono la persona sono la autocoscienza, la razionalità, la libertà ed il senso morale sicché l'attenzione rivolta a soggetti che non possiedono lo status di *full person* deriverebbe non in forza di un imperativo morale ma dalla volontà di ogni singola collettività in base alle tradizioni culturali o alla volontà della maggioranza che riconoscono pieno valore sociale di quell'individuo non appartenente al novero delle persone divenendo così la tutela di tale soggetto un elemento intrinsecamente relativo suscettibile di subire condizionamenti contingenti.

§ 1.c - Sempre con riferimento alle due “situazioni intermedie” sopra illustrate si pone l'ulteriore problematica giuridica riguardante l'applicabilità dei cd. principi generali ed in particolare se i principi generali, l'analogia, le clausole generali, i concetti elastici hanno il compito di aiutare il giudice nella decisione, solo quando si tratta di vicende a carattere patrimoniale o patrimonialmente valutabili, o anche quando vengono in questione addirittura i fondamenti stessi dell'esistenza umana, quali sono quelli della vita e della morte.

§1.d - Ora non è compito di questa relazione affrontare tale problematica morale ed etica, anche se non può ignorarsi che in certe situazioni la netta divisione tra diritto ed etica, da sempre insegnata nelle prime lezioni di diritto delle facoltà di giurisprudenza, vacilla e sarebbe veramente interessante avere il tempo di approfondire tale problematica attraverso, per esempio, la lettura del testo "Diritto e Valori" del prof. Luigi Mengoni a proposito di ermeneutica giuridica e di topica o le più recenti teorie di Habermas in tema di laicità dello Stato.

Sarebbe, addirittura, una buona occasione per esaminare il ruolo dell'ideologia nelle sue interferenze con le scienze giuridiche, e certamente Hans Kelsen, se fosse vissuto in questo periodo, ne avrebbe tratto stimolanti conclusioni. Anzi, a dire il vero, non dovrebbe essere impossibile ricostruire il suo probabile pensiero in casi tragici come questo, laddove considerava che la sentenza è un atto di volontà più che di accertamento. Certo, quella era una conseguenza estrema, ma non è estremo rammentare come ogni norma e ogni provvedimento siano figli dei tempi.

§ 2.- Breve sintesi del caso Englaro

Tornando al nostro argomento, come noto, il caso Englaro nasce dalla triste vicenda del padre tutore della propria figlia, interdetta da lungo tempo per la sopravvenuta incapacità di intendere e di volere causata da un incidente stradale, che ha ripetutamente chiesto all'autorità giudiziaria l'autorizzazione all'interruzione del trattamento artificiale che teneva in vita la tutelata in SVP dal 1992.

Nei primi due procedimenti instaurati dal tutore dell'inferma i giudici di merito, di primo e di secondo grado, respingono il ricorso, ora per l'assoluta prevalenza del diritto alla vita (decr. Trib. Lecco 2 marzo 1999), ora per l'incertezza sulla natura degli atti di alimentazione e di idratazione artificiali (secondo app. Milano decr. 31.12.1999), ora per l'esclusiva legittimazione del legislatore in materia (decr. Corte App. Milano 18.12.2003, dove, in sostanza, si decide di non decidere senza neppure tentare un ricorso ai principi generali un po' come ha fatto Trib. Roma 16.12.2006 nel caso Welby).

La Cassazione, investita con ricorso ex art. 111 cost., ne dichiara l'inammissibilità per la pretermissione di un contraddittore necessario e, in specie, di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c., dato il potenziale conflitto di interessi tra tutore ed interdetta (ord. Cass. 20 aprile 2005 n. 8291).

Integrato il contraddittorio con un curatore speciale, il tutore ripropone la domanda giustificandola, anche, con l'esigenza di rispettare i desideri espressi dalla ragazza, le sue convinzioni sulla vita e sulla dignità individuale, la sua personalità. Il giudice di primo grado si pronunzia ancora per l'inammissibilità del ricorso, in quanto reputa che né il tutore né il curatore speciale abbiano la rappresentanza sostanziale e quindi processuale dell'interdetta.

La domanda, infatti "*coinvolge diritti personalissimi, per i quali non sono ammesse forme di rappresentanza al di fuori dei casi previsti dalla legge, che nella specie non ricorrono*" (Trib. Lecco 2.2.2006). In ogni caso si precisa che, quand'anche il tutore ed il curatore fossero legittimati ad agire, la domanda dovrebbe essere rigettata contrastando con i principi di cui gli artt. 2 e 32 Cost., per i quali il trattamento indispensabile a tenere in vita una persona incapace di prestare il consenso sarebbe, addirittura, un dovere del medico.

Il giudice di appello, invece, ritiene ammissibile il ricorso, perché nel potere di cura della persona, conferito al rappresentante legale dell'incapace ai sensi degli artt. 357 e 424 c.c., non può non ritenersi compreso il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche, ma lo rigetta nel merito perché nel bilanciamento tra il diritto all'autodeterminazione ed il diritto alla vita la prevalenza va al secondo. Inoltre, la corte di appello riferisce che l'attività istruttoria espletata non consentiva di individuare una sicura volontà contraria alla prosecuzione delle cure anche in condizioni simili a quella attuale (Corte Appello Milano 16 dicembre 2006).

La cassazione accoglie i ricorsi presentati dal tutore e dal curatore speciale e cassa con rinvio il provvedimento impugnato.

Nel cassare quel decreto, con sentenza n. 21.748 del 2007, la Suprema Corte:

** a) ha fatto, in premessa, riferimento al principio del "consenso informato", che sta "alla base del rapporto medico paziente" e costituisce "norma di legittimazione del trattamento sanitario" (altrimenti illecito), secondo il consolidato orientamento delle Sezioni civili e penali della Corte di Cassazione [Sez. III^a civile, nn. 10014/94; 364/97; 5444/06; sez. IV^a penale 3/x/2001, *ex plurimis*], quale elaborato in sede interpretativa delle numerose leggi speciali, regolatrici della materia, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978 n. 833, in particolare art. 33), e che trova consonanza nelle fonti sovranazionali [Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata a Nizza il 7 dicembre 2000] e

nel codice di deontologia medica del 2006 (art. 35), oltreché "sicuro fondamento costituzionale".

In particolare: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo" (Corte costituzionale, sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività e per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge e sempre che il provvedimento sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno a quella degli altri (così Corte Costituzionale, sentenza nn. 258/94 e 118/96);

** b) ha posto poi in rilievo l'innegabile correlazione del "consenso informato" con la "facoltà del paziente non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale".

In coerenza al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, *"la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del rispetto della persona umana in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive"*. Stante che "il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, **non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia**, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale". Per cui, correlativamente, "in presenza di una determinazione autentica e genuina" dell'interessato nel senso del rifiuto della cura, il medico "non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte" (come testualmente, già in Sezione I penale 11 luglio 2002);

** c) ha affrontato, quindi, il problema che si presenta nel caso in cui il soggetto (adulto) non sia, come nella specie, in grado di manifestare la

propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza. Ed in coerenza, anche per tal profilo, all'esigenza di tutela dei valori di libertà e dignità della persona realizzabili, in tal caso, in combinato contesto con la normativa codicistica posta a presidio dell'incapace (artt. 357 ss., 424 c.c.) e con equo bilanciamento con il valore della vita - è pervenuta (la citata sentenza n. 21748) alla conclusione che "all'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, **abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale**". Con la necessaria precisazione che "la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consenta di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi". Nel senso che la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli, nel consentire al trattamento sulla persona dell'incapace, dovendo egli "innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest* dovendo decidere non *al posto* dell'incapace né *per l'incapace*, ma *con l'incapace*, quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incoscienza, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza".

Per cui, al Giudice [cui non può essere richiesto di *ordinare* l'interruzione di un trattamento sanitario, non costituente forma di accanimento terapeutico, come quello che si risolve nell'alimentazione artificiale tramite sondino naso-gastrico] spetta propriamente ed unicamente il "controllo della legittimità della scelta (interruttiva) operata (dal tutore) nell'interesse dell'incapace";

** d) ha così conclusivamente enunciato - in risposta ai quesiti formulati dai ricorrenti - il principio di diritto per cui "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 naso-gastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può

autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti:

(1) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standards 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;

(2) e 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. Ed, ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, **dovento 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**".

Con riferimento quindi alla particolare e dolorosa vicenda in esame, quella sentenza - sulla premessa in fatto che "dagli atti risulta pacificamente che nella indicata situazione [di stato vegetativo permanente] si trova, sin dal 1992, la interdetta" [che, in ragione di tale condizione, "pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno", non essendovi in lei "alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni, visivi, uditivi, tattili, dolorifici"] - ha cassato, appunto, il decreto in quella sede impugnato, ritenendo fondata la censura dei ricorrenti quanto all'aver, in tal contesto, il Collegio milanese "omesso di ricostruire la presunta volontà dell'interdetta e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti". Per cui ha stabilito che "tale accertamento dovrà essere effettuato dal giudice di rinvio".

** La Corte di Appello milanese, in diversa composizione, quale designata giudice di rinvio, in esito all'indagine così demandata, ha, sul punto, espresso quindi il convincimento che le prove assunte, "attendibili, univoche, efficaci e conferenti", autorizzassero la conclusione della "correttezza della determinazione volitiva del legale rappresentante dell'incapace nella sua conformità alla presumibile scelta che, nelle condizioni date, avrebbe fatto anche e proprio la rappresentata, di cui il tutore si fa e deve farsi porta-voce".

E ciò in considerazione sia della straordinaria durata dello stato vegetativo permanente (e quindi irreversibile) dell'interdetta, sia della altrettanto straordinaria tensione del suo carattere verso la libertà, nonché della inconciliabilità della sua concezione sulla dignità della vita con la perdita totale ed irrecuperabile delle proprie facoltà motorie e psichiche e con la sopravvivenza solo biologica del suo corpo in uno stato di assoluta soggezione all'altrui volere, tutti fattori che appaiono nella specie prevalenti su una necessità di tutela della vita biologica in sé e per sé considerata (decr. Corte Appello Milano, 9 luglio 2008).

Nel succitato decreto la Corte d'Appello di Milano pur ritenendo estraneo al giudizio di rinvio l'accertamento della precondizione di irreversibilità dello stato vegetativo della interdetta (anche perché già effettuato nella precedente fase di appello e non impugnato, e comunque condiviso dallo stesso P.M. intervenuto in causa nel suo parere conclusivo) - ha, ciò nonostante, reputato "doverosa, data la gravità, importanza e delicatezza della decisione da assumere", una autonoma verifica, in quella sede di rinvio, delle condizioni cliniche dell'interdetta.

Per cui ha analiticamente e approfonditamente vagliato tutta la documentazione al riguardo versata in atti [*dagli accertamenti di diagnostica strumentale e clinica effettuati in occasione del primo ricovero, a seguito dell'incidente stradale, nel 1992, agli ulteriori accertamenti anche di carattere prognostico, effettuati, nel 1996, nel corso di giudizio di interdizione e sfocianti nella certificazione di persistenza della sua condizione vegetativa*];

ha valutato, in particolare, le risultanze della relazione medica redatta dal primario di neurologia dell'Ospedale di Milano, esibita dal tutore nella pregressa fase processuale, leggendole in correlazione anche alle indicazioni contenute nella relazione, "di sicuro valore scientifico", redatta da una task force di esperti del Ministero della Sanità (che, a sua volta, prendeva atto degli studi che in ambito internazionale erano pervenuti a definire gli standards per la definizione di S.V.P.). Ed - anche in considerazione del fatto che, alla stregua di quei parametri, il tempo di attesa per ritenere irreversibile uno stato vegetativo era orientativamente indicato in mesi tre per un bambino e in un anno per un adulto, mentre la condizione negativa della interessata permaneva invariata da ben sedici anni – ha ritenuto appunto quella Corte di merito sussistenti, nella specie, entrambe le condizioni legittimanti l'istanza del tutore.

La stessa Corte d'Appello, poi, andando oltre quanto indicato dalla Suprema Corte ha ritenuto che il tutore può adire l'autorità giudiziaria quando pur non essendo in grado di ricostruire il pregresso quadro personologico del rappresentato incapace comunque ritenga, e riesca a dimostrare, che il diverso trattamento in concreto erogato sia oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo e quindi di qualunque malato incapace, o che sia aliunde non proporzionato e come tale una forma di non consentito accanimento terapeutico contrario al best interest del rappresentato quale fattore diacritico in via surrogatoria per una decisione di interruzione del trattamento.

Infine ha dato disposizioni accessorie cui attenersi nella fase attuativa dell'interruzione del trattamento di sostegno vitale.

Per completezza, va detto che sono poi intervenute:

A) la corte costituzionale con la sentenza 334/2008 per dichiarare inammissibile il conflitto di attribuzione sollevato da Camera e Senato nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte di Appello di Milano che si erano pronunciate in merito alla sospensione dell'alimentazione di Eluana Englaro.

(Nei ricorsi proposti da Camera e Senato si chiedeva alla Consulta di stabilire che "non spetta alla Corte di Cassazione e alla Corte di Appello di Milano esercitare in concreto le attribuzioni proprie del potere legislativo e di interferire con le prerogative del potere medesimo".

Si può comprendere come il ricorso, se accolto, avrebbe avuto riflessi enormi sul nostro ordinamento e sul principio della divisione dei poteri, limitando di fatto il potere interpretativo ed ermeneutico della magistratura e riducendola a "bocca della legge".

Ma la Corte Costituzionale non è entrata nemmeno nel merito della questione, e si è limitata al preliminare giudizio di ammissibilità, che presuppone due requisiti ai sensi dell'art. 37 L. n. 87/1953, uno soggettivo ed uno oggettivo: a) la legittimazione ad essere parte del conflitto da parte dell'organo ricorrente e/o resistente nella misura in cui siano competenti a dichiarare in via definitiva la volontà del potere cui appartengono o che rappresentano; b) deve essere lamentata la lesione di attribuzioni costituzionalmente garantite in conseguenza dell'atto adottato dall'altro potere (menomazione della propria sfera di attribuzione) in quanto pena la violazione delle prerogative spettanti al Parlamento, in quanto titolare del potere legislativo.

La Corte ha ritenuto che non sussistesse questo secondo requisito in quanto "perché si realizzino gli estremi di un conflitto (come nella specie prospettato) per invasione da parte di organi giurisdizionali, occorre in primo luogo che la menomazione lamentata sia riferibile ad un atto o comportamento che si assuma inficiato da un vizio che si concreti nell'esplicazione della giurisdizione fuori dei presupposti che per legge ne condizionano l'esercizio (il che, in precedenti fattispecie, è stato ritenuto in relazione al promovimento dell'azione penale con riguardo a comportamenti coperti dalla garanzia dell'immunità, e ad ipotesi di estensione della giurisdizione contabile a categorie di atti o soggetti che si assumeva esserne esenti" (Corte Cost. n. 98 del 1981; n. 81 del 1975; n. 110 del 1970; n. 211 del 1972).

Nella sentenza n. 276 del 2003, la Corte Costituzionale aveva, in questo senso, sancito principi chiarissimi: " la Corte ha affermato in più occasioni che anche gli atti giurisdizionali sono suscettibili di essere posti a base di un conflitto, non soltanto tra poteri dello Stato, ma anche tra Regioni e Stato: sempre che, tuttavia, il conflitto stesso non si risolva in un improprio strumento di sindacato e di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale, assumendo le connotazioni di un mezzo di impugnazione atipico. Una eventualità, quest'ultima, la cui evidente patologia risulterebbe aggravata dalla circostanza che lo scrutinio, in tal modo impropriamente richiesto a questa Corte, **finirebbe per sovrapporsi a quello già operato in sede giurisdizionale, con un perimetro decisorio peraltro neppure coincidente e nel quadro di un contrasto tra enti, diversi dalle parti del procedimento nel quale è stato adottato l'atto posto a base del conflitto.**

Ove, dunque, relativamente a norme sostanziali o processuali, si intendano far valere vizi o errori di giudizio, gli unici rimedi attivabili possono essere quelli previsti dall'ordinamento processuale nel quale l'atto di giurisdizione concretamente si iscrive. Se così non fosse, il giudizio costituzionale si trasformerebbe in un nuovo grado di

giurisdizione avente portata generale: «avendo infatti per lo più le situazioni soggettive delle Regioni base diretta o almeno indiretta in norme di rango costituzionale attributive di competenza - ha osservato questa Corte - la gran parte dei motivi di doglianza da parte delle stesse contro decisioni giurisdizionali finirebbe per potersi trasformare automaticamente in motivo di ricorso per conflitto di attribuzione, con evidente forzatura dei caratteri propri di quest'ultimo e alterazione dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e quella riconosciuta a istanze giurisdizionali non costituzionali» (sentenza n. 27 del 1999).

Perché sia dunque ammissibile un conflitto di attribuzione, quando a base della vindicatio sia posto un atto giurisdizionale, è necessario che da parte del potere o dell'ente - che da quell'atto pretende di aver subito una lesione nella propria sfera di attribuzioni costituzionali - **«sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale...ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente»**

Alla luce di tali principi, la Corte ribadisce quindi che il potere giudiziario ha piena facoltà di intervenire su una materia come il diritto alla vita e alla morte che ha presupposti legislativi sia nella Carta costituzionale che nel codice civile).

In buona sostanza il giudice delle leggi ha confermato che i provvedimenti impugnati – aventi tutte le caratteristiche dei provvedimenti giurisdizionali – non sono stati utilizzati come meri schermi formali per esercitare funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento¹.

B) - le sezioni unite civili con la sentenza 13 novembre 2008 n. 27.145 che hanno dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione attiva il ricorso per cassazione proposto dalla Procura Generale presso la Corte di Appello di Milano avverso il decreto con il quale la corte territoriale aveva autorizzato il tutore all'interruzione del sostegno vitale artificiale attuato in favore dell'interdetto che si trovi in stato irreversibile di SVP . Tale difetto discende per le S.U. dall'impossibilità di sussumere la fattispecie in alcuna ipotesi per le quali il codice di rito civile ammette il potere di impugnazione da parte del

¹ In punto va ricordato che il problema della natura creativa o meno dell'attività interpretativa o della ricerca e ricostruzione della volontà del legislatore è una "verità banale". I giudici, infatti, nelle forme fissate dall'ordinamento concorrono alla determinazione ed alla produzione del diritto (cfr. Bartole e Rodotà). Ciò non vuol dire porre i giudici sullo stesso piano del legislatore ma che il principio del giudice alla soggezione della legge significa, anzitutto, soggezione al diritto e che il rapporto tra legislatore e giudici non è quello di una assoluta gerarchia ponendosi i due soggetti in una posizione di assoluta parità (Pizzorusso): l'atto legislativo é rivolto a produrre diritto ed ad imporre una regola per il futuro mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti e con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e mentre il primo è fondato sulla volontà politica il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fatto culturale (Pizzorusso).

pubblico ministero. Né tale limitazione presta il fianco al dubbio di legittimità costituzionale essendo ragionevole la scelta del legislatore di trattare diversamente i casi – quale quello concreto – in cui viene in rilievo un diritto personalissimo del soggetto di spessore costituzionale (e cioè il diritto di autodeterminazione terapeutica) e le ipotesi caratterizzate dal prevalente interesse pubblico le sole per le quali si giustifica l'attribuzione al pubblico ministero di più incisivi poteri, di carattere anche impugnatorio.

** Dopo la sentenza delle sezioni unite il tutore aveva richiesto alla Regione di indicare in quale struttura sanitaria potesse procedere alla sospensione del sostegno vitale dell'incapace in stato vegetativo permanente, di cui è genitore e tutore.

La Regione ha negato la possibilità di eseguire, nelle proprie strutture sanitarie, la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti della figlia dell'istante.

Il tutore non ha impugnato l'atto di indirizzo del Ministro Sacconi

(Tale atto di indirizzo richiama le Regioni a garantire l'uniformità dei trattamenti di base come la nutrizione e l'alimentazione e che tali trattamenti in quanto sostentamento ordinario vanno garantiti in quanto eticamente dovuti perché indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base. L'atto fa, poi, riferimento al fatto che lo SVP è una condizione di grave disabilità potenzialmente reversibile e che le persone disabili hanno il diritto di godere del miglior stato di salute sicché va prevenuto ogni rifiuto discriminatorio fondato su valutazioni circa la qualità della vita di una persona).

Il diniego è stato giurisdizionalmente impugnato.

C) E' intervenuta la sentenza de TAR Lombardia sez. III 26 gennaio 2009 n. 214

Al vaglio del Tar era la delicata quanto mai importante questione relativa al diritto del paziente all'interruzione delle cure mediche. Sulla questione, in primis, il Tar evidenzia che sussiste, senza alcun dubbio, la giurisdizione *ratione materiae* del g. a. ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998. Difatti, la valutazione della Amministrazione Regionale, nella qualità di soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del Servizio Pubblico Sanitario Regionale, avente ad oggetto l'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti, si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretatesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato.

Nessun rilievo, sul punto, può avere qualsivoglia considerazione sul formante di diritto soggettivo ovvero sul rango costituzionale della posizione

soggettiva dedotta, dal momento che, in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta Costituzionale, ove si versi nella materie riservate alla giurisdizione esclusiva (come, per l'appunto, in caso di servizio pubblico), compete ai giudici naturali della legittimità l'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al temperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge. Nessun principio e norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

Ritiene, inoltre il Tar che la Suprema Corte di Cassazione ha enunciato importanti principi di diritto ai quali lo stesso T.A.R. rimanda in maniera adesiva aggiungendo, però, che costituisce principio di diritto risalente e radicato nella cultura giuridica, quello secondo cui il Giudice anche in assenza di una norma positiva espressa, non potrebbe mai ritenersi assolto dal dovere di decidere sulla richiesta di accertamento del diritto invocato dal soggetto di diritto (c.d. **divieto del non liquet**) giacché, attraverso la tecnica di interpretazione, egli deve sempre "dare conto" della esistenza o meno del diritto a chi lo interpella. **La regola di diritto, ermeneuticamente desunta dall'ordinamento giuridico ed applicata nel caso concreto della giurisprudenza – secondo il giudice amministrativo - non ha minore effetto conformativo dell'ordinamento generale di quella promanante dalle fonti scritte, almeno sino a quando essa non sia sconfessata dal Legislatore** al quale, chiaramente, non è precluso introdurre una eventuale diversa esplicita previsione, ove ritenuta maggiormente espressiva della sensibilità del popolo italiano, finanche intesa a travolgere i giudicati già formati, contenendo quest'ultimi norme giuridiche aventi lo stesso rango delle norme di legge recanti interpretazione autentica.

Pertanto, osserva il Tar, come, il Parlamento, ovvero l'organo istituzionale preminente ed espressivo della sovranità popolare, non abbia ancora assunto alcuna iniziativa per sconfessare il convincimento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione, ma si è limitato a proporre due ricorsi (sollevati dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica) per conflitto di attribuzione avverso la Corte di Cassazione e la Corte di Appello di Milano.

Sotto altro profilo, il TAR ha precisato che rifiutare il ricovero ospedaliero, dovuto in linea di principio da parte del SSN a chiunque sia affetto da patologie mediche, solo per il fatto che il malato abbia preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto alla

interruzione del trattamento, significa di fatto limitare indebitamente tale diritto.

L'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può infatti essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale.

Spetta, del resto, alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro cui possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca comunque la doverosità dal "satisfacere officio"

Conseguentemente ai principi sopra enunciati, il TAR ha imposto all'Amministrazione Sanitaria, in ossequio dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità e correttezza, di indicare la struttura sanitaria dotata di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, tali da renderla "confacente" agli interventi e alle prestazioni strumentali all'esercizio della libertà costituzionale di rifiutare le cure, onde evitare alla ammalata (ovvero al tutore e curatore di lei) di indagare in prima persona quale struttura sanitaria sia meglio equipaggiata al riguardo.

A tale tesi taluni autori hanno replicato che affinché una prestazione che implica l'applicazione della scienza medica sia riconosciuta come servizio pubblico è necessario che un atto, sia di fonte legislativa o amministrativa – riconosca quel trattamento come rientrante nelle prestazioni del servizio sanitario nazionale.

E siccome la scelta sulla natura o meno di servizio pubblico da erogarsi nell'ambito del servizio sanitario nazionale è una scelta di tipo puramente politico (un servizio è pubblico perché c'è un'istanza politica democraticamente legittimata che lo abbia riconosciuto come tale) vi sono trattamenti sanitari che lo Stato nella sua discrezionalità latamente politica può non garantire né fornire gratuitamente (es. rinoplastica: è lecita ma a pagamento) sicché non è possibile imporre allo Stato di porre in essere nelle strutture pubbliche un trattamento sanitario quale quello chiesto dal tutore della Englaro che seppur lecito conduce alla morte la paziente laddove lo Stato non ritenga di fornire tali trattamenti nelle proprie strutture.

§ 3 – Esame di alcune problematiche emerse nel caso Englaro

Ora numerose e complesse sono le problematiche sorte nel caso Englaro:

il tempo concesso per questa relazione impedisce di scrutinarle in maniera esaustiva e con il necessario approfondimento: verranno, pertanto, trattate quelle più rilevanti con lo scopo di stimolare poi il dibattito.

§ 4. - Lo stato vegetativo permanente, l'alimentazione e l'idratazione artificiali.

In via preliminare va ricordato che lo SVP non è una patologia in evoluzione né uno stadio di vita terminale ma uno stato di vita umana, particolarmente debole e fragile, ove pur mancando una delle funzioni che più qualificano la persona, ossia la funzione della corteccia cerebrale, tuttavia sono conservate le funzioni cardiocircolatorie e respiratorie, la termoregolazione, le funzioni renali e gastrointestinali, il ciclo sonno-veglia e non sono necessarie tecnologie di supporto (dissociazione tra vita vegetativa e vita cosciente).

(Sulla permanenza di tale stato vi sono molti dubbi ed anzi recentemente un gruppo di lavoro del Ministero della Sanità 17 novembre 2008 ha persino proposto di togliere la definizione permanente da tale stato non essendovi certezza in punto).

**** Sempre in tema di SVP è sorto il problema dell'esatta definizione dell'alimentazione, idratazione e ventilazione artificiali:** sono atti di sostegno vitale o trattamenti sanitari? La definizione è importante perché laddove qualificati atti di mero sostegno vitale allora nulla quaestio; se, invece, si definiscono trattamenti di sostegno ma sanitari si deve applicare tutta la disciplina del consenso informato, del rifiuto del trattamento e dell'accanimento terapeutico.

Orbene secondo taluni, poiché la somministrazione di tali trattamenti presuppone specifiche competenze scientifiche, anche se una volta avviati possono essere proseguiti dal personale ausiliario, sono da considerarsi trattamenti sanitari (cfr. Cass. 16.10.2007 n. 21.748 ove si è precisato che tali atti comportano un'invasione del corpo del paziente e, quindi, interferiscono con l'integrità fisica; nello stesso senso si è espresso il gruppo di lavoro su trattamento di nutrizione-idratazione delle persone in stato di perdita irreversibile della coscienza istituito con D.M. 20 ottobre 2000 dal ministro della Salute Veronesi) . Tra l'altro a supporto della tesi si rileva che l'art. 32 cost. parla di trattamenti sanitari non necessariamente terapeutici (si pensi al prelievo ematico) e, quindi, anche di quelli sostitutivi di funzioni fisiologiche.

Anche la storia sembra indicare che il nutrire e l'idratare organismi

denutriti e disidratati sono interventi già da tempo acquisiti all'ambito medico-sanitario perché fanno parte di un bagaglio terapeutico che nel corso ulteriore degli anni, soprattutto a partire dall'avvento delle tecnologie bio-mediche si è sempre più medicalizzato e specializzato.

Si consideri, poi, *ad colorandum*, che già Camillo de Lellis, prototipo dell'infermiere ideale ossequiente alla parola divina, nel 1586 nella regola XXXI della confraternita assistenziale da lui fondata rilevava che l'alimentazione "regolata" e "incitata" era da considerarsi un intervento sanitario responsabilmente da praticarsi "la mattina quando viene il medico". E le prime ipodermoclisi di soluzione fisiologica – ossia le prime applicazioni dell'idratazione forzata - sono state fatte dal clinico napoletano Arnaldo Cantani che per primo nell'ottocento attuò la terapia del colera con iniezioni sottocutanee di acqua salata tiepida.

Contra si reputa che la nutrizione, per sua natura, in qualunque modo praticata, è un normale mezzo di sostentamento, gesto del nostro vivere comune e lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica si è espresso in tal senso pur definendo contraddittoriamente idratazione e nutrizione come sostegno vitale di base **a meno che non sopravvenga uno stato di intolleranza clinicamente rilevabile tale da realizzare l'ipotesi di accanimento terapeutico.**

A ciò si aggiunga che la corte di cassazione nella sentenza 21.748/2007 ha stabilito che quegli interventi sanitari non costituiscono accanimento terapeutico, in quanto il coma vegetativo non conduce, di per sé, alla morte, onde alimentazione e idratazione sono in funzione della vita, sono «un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale».

Ovviamente sarebbe opportuno un intervento legislativo attraverso il quale si includessero o si escludessero tali trattamenti da quelli sanitari e soprattutto si indicasse se gli stessi possono costituire oggetto di dichiarazioni anticipate oppure no con un avvertimento: l'art. 32 cost. afferma che, in ogni caso, non si può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, il che significa che l'etica del rispetto è la nuova pietas.

§ 5. - Il consenso informato

E' ormai consolidato il principio che ogni attività terapeutica – in assenza dei presupposti che giustifichino un trattamento sanitario obbligatorio – necessita del consenso informato, consapevole e cosciente del paziente (ed affinché il consenso medico possa dirsi informato consapevole e cosciente

bisogna tenere conto delle caratteristiche soggettive del destinatario, della terapia, delle circostanze del caso nonché del rapporto tra i rischi, le controindicazioni, i benefici e le finalità dell'attività medica): è quanto viene sancito, tra l'altro, dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo e dall'art. 3 comma lett. A) dalla Carta di Nizza oltre che dal codice di deontologia medica – art. 35 - ma vedi anche corte cost. 15.12.2008 n. 438 ove si è statuito che *«Al riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».*

Numerose norme internazionali, del resto, prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici. In particolare, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore».

L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato»; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge». La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge.

La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione").

La richiesta e la prestazione del predetto consenso, però, devono essere momenti sostanziali e non meri passaggi burocratici. L'operatore sanitario che violi l'autodeterminazione del paziente, se non sussistono gli estremi di uno "stato di necessità" ex art. 54 c.p. potrebbe incorrere in responsabilità civile e penale pur senza aver cagionato un danno alla salute.

(in punto cfr. la stessa cassazione civile ha riconosciuto il risarcimento del danno pur in assenza di negligenza, imperizia ed imprudenza e in presenza di un intervento riuscito e Cass. Sezioni Unite penali 21 gennaio 2009 n. 2437, invece, hanno riconosciuto che in un caso di intervento chirurgico senza consenso informato del paziente andato bene e ove il medico ha fatto con perizia tutto il possibile il medico non risponde di violenza privata e lesioni personali anche se non aveva avvisato il paziente delle possibili conseguenze²).

² Il rapporto tra atto medico e consenso è - dalle SS. UU. - analizzato nella sua portata complessiva. La Suprema Corte, in tale ottica abbandonando nettamente la logica della signoria del consenso del paziente, sposa - all'opposto - l'approccio "...della cosiddetta auto-legittimazione dell'attività medica...", attività che trova la propria ragion d'essere - nonché la fonte della propria liceità - nella stessa finalità che le è connaturata, ossia nella tutela della salute quale bene costituzionalmente garantito. In tale ottica, chiarisce la Pronuncia in esame: "...sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., la base di semplice 'non antiggiuridicità' della condotta del medico...". Insomma: il taglio del bisturi non è in alcun modo equiparabile all'accoltellamento operato da un sicario. E dunque, non necessita di essere "scriminato", poiché teso al perseguimento di un bene - la salute - costituzionalmente riconosciuto e tutelato, attraverso quell'art. 32 Cost. che solo in un passato oramai relegato negli archivi dell'ermeneutica giuridica veniva considerato quale norma esclusivamente programmatica. La fonte di liceità dell'atto medico non è la volontà conforme del paziente, ma la stessa Costituzione. Al riguardo - per evidenti ragioni di intrinseca coerenza argomentativa - deve dunque ritenersi che anche la posizione di garanzia posta in capo al medico sia una posizione di garanzia originaria, la cui fonte è rinvenibile, parimenti, nel disposto costituzionale.

Tale approccio non oblitera affatto il ruolo del paziente. La tutela del consenso informato di questi, infatti, trova a sua volta presidio costituzionale, nella misura in cui l'art. 32, comma 2, Cost. correla strettamente la "ontologia" del trattamento autenticamente sanitario alla conforme, libera ed informata scelta del paziente di sottoporsi al trattamento. **La portata complessiva dell'approccio ermeneutico reso dalle SS. UU. trova riscontro conclusivo - e decisivo - nella "lettura", operata dalla Suprema Corte, dell'ipotesi, diversa rispetto a quella dedotta in giudizio, di un intervento chirurgico con esito, stavolta, infausto.**

È ben chiaro che i termini del problema cambiano. Il fatto posto in essere dal medico al quale - quanto agli effetti dell'operazione - la "fortuna" non arrida, è - sotto il profilo della sussumibilità nel reato di lesioni -

Il consenso, quale punto di equilibrio dell'alleanza terapeutica, deve permanere durante tutta la cura ed il paziente può in ogni momento rifiutare la cura anche nella fase terminale (da ultimo Cass. Pen. 14.3.2008 n. 1133).

Da parte del medico vi è il solo dovere di verificare se il rifiuto sia informato, autentico ed attuale. L'attualità deriva proprio dall'essenzialità dei diritti sui quali il rifiuto è destinato ad incidere e dal collegamento di tali

senz'altro tipico, poiché "macchiato" dalla determinazione della "malattia". Cosicché, facilmente accantonata, con i suddetti esiti, la questione inerente alla traducibilità della fattispecie concreta in una fattispecie astratta sanzionata, emerge nella sua centralità la problematica generale afferente alla fonte di legittimazione dell'atto medico. Volgarmente: il sanitario che non può più ancorare la propria serenità al riscontrato buon esito dell'operazione, e che anzi deve convivere con l'amarezza di un intervento finito male, in quale istituto giuridico potrà individuare la tavoletta di legno cui aggrapparsi per non affogare nelle perigliose acque del processo penale?

Va ribadito, in premessa: il "problema" investe ancora una volta il bravo medico, il medico perito, prudente e diligente: colui che, intervenendo, non ottiene l'esito sperato pur avendo rispettato le *leges artis*. E che - tuttavia - alla luce delle riflessioni consegnateci dalle SS. UU., ha - egli sì - determinato, persino con dolo, una lesione.

Ebbene, merita, sul punto, riportare integralmente quanto affermato dalla Suprema Corte: "...Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei sensi dinanzi delineati, la condotta del sanitario, avendo cagionato una 'malattia', realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata 'copertura costituzionale'. Ciò non toglie, peraltro, che... potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui... si possa configurare un errore sull'esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati...".

L'ultimo inciso del passaggio della Pronuncia poc'anzi riproposto deve essere sottolineato. "ricompare" il richiamo ad una scriminante.

Ossia: in un'apparente contraddizione, la Suprema Corte ripropone proprio il riferimento a quella componente negativa del fatto poco prima espunta con decisione dal quadro ermeneutico: "...l'attività sanitaria... ha base di legittimazione direttamente nelle norme costituzionali... Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di 'scriminante costituzionale'...". In verità, non di contraddizione si tratta, ma di naturale traduzione del condivisibile assunto generale - fatto proprio dai Giudici - nell'ambito dell'ordinamento penale. La "scriminante costituzionale", che la sentenza evoca, esiste: è l'art. 51 c.p. Proprio questa è la *ratio* della causa di giustificazione in esame: un fatto - pur corrispondente, nella propria manifestazione, ad una delle ipotesi di reato contemplate dalla legge - si pone, tuttavia, quale espressione autentica di un diritto (o di un dovere qualificato) che, nel giuoco del bilanciamento con il bene giuridico tutelato dalla norma penale, assume portata prevalente.

Nell'ipotesi oggetto di analisi, un "fatto di lesione" - completo sotto il profilo naturalistico - non costituisce, dunque, reato, poiché - in realtà - espressione di quel diritto-dovere di cura strumentale alla tutela di un bene - la salute - costituzionalmente tutelato.

Dunque, nessuna discrasia: ed anzi, un'ulteriore conferma di come l'attività medica trovi giuridico presidio non già nella scriminante del consenso dell'avente diritto, bensì "...nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute...". L'art. 51 c.p. è il canale attraverso il quale - nell'ordinamento penale - la norma costituzionale assume portata autenticamente cogente.

Ciò, tuttavia, non può che condurre ad un'ulteriore riflessione.

L'atto medico è "scriminato" poiché espressione di un diritto-dovere di cura.

Dunque: perché espressione di una potestà, peraltro radicata nel dettato costituzionale.

Posto un tanto, assume portata centrale l'analisi dei confini caratterizzanti tale potestà.

decisioni a condizioni, anche interiori, mutevoli. (in tal senso cfr. **Cass. 15.9.2008 n. 23.676** che ha affermato che il rifiuto di trattamenti medici, per essere efficace, **deve risultare da una manifestazione espressa in equivoca, informata ed attuale che quindi segua e non preceda l’informazione** - di qui l’irrilevanza del cartellino portato dal paziente con la scritta “niente sangue” ma da epoca ben precedente l’evento patologico che giustifica la trasfusione. Infatti, secondo il supremo collegio, tale cartellino **espressione di una scelta ideologica e di fede non è reale espressione di un consenso informato** a quella trasfusione. Anche se poi la corte afferma a livello di obiter che il consenso può essere espresso in caso di attuale incapacità dell’interessato da un suo rappresentante ad acta che possa confermare il dissenso al trattamento medico.)

Allorché il rifiuto abbia tale connotati non c’è possibilità di disattenderlo in nome **di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico** (Cass. civ. 15.9.2008 n. 23676 e Cass. Pen. 30.9.2008 n. 3077 ma vedi anche in senso conforme il parere del Comitato Nazionale per la bioetica del 24 ottobre 2008).

Nessuna discussione è sorta nel caso della donna che ha rifiutato l’amputazione della gamba ed è deceduta come nessun problema potrebbe sorgere nel caso in cui un malato colpito da metastasi interrompa la chemioterapia decedendo.

Quasi più nessuno ormai in nome dell’indisponibilità del diritto alla vita costringerebbe un soggetto malato a rischio di vita a sottoporsi a terapia medica. La coscienza civile sul punto è molto sensibile. (cfr. anche Cass. Pen. 11335/08, “Huscer” “...*il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario...*”);

Solo taluno in nome della sacralità della vita e dell’indisponibilità dell’integrità fisica e della vita (*l’art. 5 cod. civ., in tema di atti dispositivi del proprio corpo, e gli artt. 575, 576, 577, 579, 580 cod. pen., in tema di omicidio, dovrebbero imporre all’Autorità giudiziaria di concludere che nel nostro ordinamento vige «un principio ispiratore di fondo che è quello della indisponibilità del bene della vita», tutelato dall’art. 2 della Costituzione,³*)

³ L’archetipo e la ratio di norma precostituzionale dell’art. 5 c.c., si saldavano all’esigenza di circoscrivere il diritto dell’individuo di poter fare illimitato “mercimonio” del proprio corpo. E’ infatti significativa, a tal proposito, la circostanza che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 471 del 1990, nella quale ebbe a dichiarare

ritiene che il medico avrebbe il dovere/diritto di salvare il paziente indipendentemente dal suo consenso. Ma ciò, nonostante si tratti di principio adottato in non recenti arresti anche dal supremo collegio, appare in evidente contrasto con i principi costituzionali: la vita è un diritto e non un obbligo, il dovere di curarsi può scaturire da obblighi morali, responsabilità verso altre persone o che può attingere a valori trascendenti ma non si traduce in un obbligo giuridico di preservare ad ogni costo la propria vita essendo prevalente il rispetto della libertà della persona e della dignità.

Per la teoria che propugna la sacralità della vita sarebbe scorretto ricondurre il riconoscimento del "diritto di morire" al principio di autodeterminazione - dato che se quel principio impone il mutuo rispetto tra gli esseri umani, quali soggetti morali dotati di autonomia, appare del tutto contraddittorio giustificare in base a tale principio l'intento di vedere realizzata la soppressione del proprio esistere in quanto soggetto morale e con ciò della propria autonomia.

A tale posizione si può agevolmente replicare che se è vero che ammessa la disponibilità del bene vita nell'ambito del rapporto medico diviene labile il confine con logiche di eutanasia tout court involontaria é anche vero, per contro, che esasperare il principio di prevalenza comunque della vita sull'autonomia si rischia di imporre sempre coattivamente terapie mediche invasive ad un soggetto in nome della tutela della vita di quel soggetto secondo criteri stabiliti da terzi: e ciò in contrasto con l'art. 32 cost..

Tra l'altro la situazione di urgenza giustifica l'intervento del medico su paziente inconsapevole ma non autorizza il medico ad intervenire nonostante il rifiuto espresso in modo consapevole.

Insomma il medico deve attivarsi in modo risoluto ma la sua azione non può sfociare in un'azione impositiva contro la volontà della persona ammalata

la illegittimità costituzionale dell'art. 696, primo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui non consentiva di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante, ebbe a fornire una ricostruzione del valore costituzionale dell'inviolabilità della persona come "libertà", nella quale è postulata e attratta la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. Il che ha consentito alla dottrina di desumere che l'entrata in vigore della Carta costituzionale avrebbe prodotto "modifiche tacite" all'art. 5 cod. civ., in particolare **attraverso la sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute, di cui all'art. 32 Cost.**, riconducendo, poi, il concetto ed il limite dell'ordine pubblico ai principi generali dell'ordinamento, come tali non superabili dal singolo, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale. Con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermarsi del principio personalista ivi enunciato, la quaestio relativa alla portata dell'art. 5 del codice civile non andrebbe più impostata in termini di "potere" di disporre, ma di "libertà" di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo.

(Cass. Pen. 21.10.2005 n. 38852): il medico non ha un generale diritto a curare a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato (Cass. 14.3.2008 n. 11.335). E anche recentemente la corte di cassazione ha ribadito che solo specifiche esigenze di interesse pubblico possono fare cadere l'obbligo del consenso (v. Cass. civ. 30 gennaio 2009 n. 2.468).

A questo proposito va ricordato che l'**articolo 51 del Codice italiano di deontologia medica** recita: *«Quando una persona, sana di mente, rifiuta volontariamente e consapevolmente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle possibili conseguenze della propria decisione. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale»*. Se dunque una persona, in piena consapevolezza, è libera di rifiutare la nutrizione artificiale, non è possibile sottrarre alla medesima persona la libertà di esprimere lo stesso rifiuto nelle disposizioni anticipate.

Vi è, poi, la questione del paziente cosciente ma che abbisogna dell'aiuto di un terzo (generalmente un medico) per porre termine alla cura in corso (caso Welby).

Qui vi è il problema di valutare se l'azione del medico che interrompa la cura rifiutata dal paziente vada interpretata come azione volta a determinare un esito letale attraverso la rimozione degli effetti del trattamento già instaurato (omicidio del consenziente) o invece come mera desistenza dalla condotta attiva di somministrazione di quel trattamento in quanto non più sorretto dal consenso del paziente (con estinzione dell'obbligo di garanzia in capo al medico e limitazione del medico a non impedire più l'inesorabile decorso di una patologia seppur sino all'esito letale per il malato ed eventuale illiceità della condotta volta alla protrazione della cura senza il consenso del paziente).

(Vi sono anche problematiche penalistiche in relazione alla esatta qualificazione – ovverossia se omissiva o commissiva - nel caso di interruzione della cura. A titolo di esempio si ricorda che la condotta omissiva del medico che non impedisce il decorso naturale della patologia in ottemperanza al volere del paziente – eutanasia passiva – non potrà mai essere qualificata come causa del decesso essendo la malattia la causa del decesso. Tuttavia secondo alcuni autori l'intervento del medico sarebbe sempre concausa della morte - cfr. Gazzoni – anche se non può non rilevarsi che il medico agirebbe nell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p. perché esiste nell'ordinamento una norma prevalente su quella incriminatrice in particolare l'art. 32 Cost che considera doverosa la condotta contestata: la responsabilità del medico sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando il paziente rifiuta la terapia).

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che dal diritto alla vita sancito dalla Convenzione di Roma non può ricavarsi un opposto diritto a morire (Corte Europea Dir. Uomo 29 aprile 2002) Per altro verso il diritto alla vita pur se irrinunciabile come diritto, per restare un diritto deve essere libero nei suoi atti di esercizio: questi non possono che essere rimessi alla libera determinazione del suo titolare che potrà scegliere anche di rifiutare i trattamenti salva vita.

De iure condendo un modello di riferimento potrebbe essere la legge francese n. 2005/370 del 22 aprile 1005 relativa *aux droits des malades et la fin de vie* che distingue tra *laissez mourir e donner la mort* (condotta illecita) contempera attraverso una proceduralizzazione delle fasi di formazione e di esternazione della volontà del paziente il diritto individuale a morire dignitosamente con una finalità di tutela personale del personale sanitario il quale adesso può fare affidamento su regole più certe di fronte al rifiuto o alla richiesta di interruzione di un trattamento salvavita. Il legislatore francese impone al medico di fare il possibile per convincere il paziente ad accettare il trattamento e quale unica cautela pretende che il paziente rinnovi la decisione dopo un lasso di tempo ragionevole e quest'ultima definitiva volontà deve essere riportata in cartella clinica.

Laddove il paziente rifiuti la cura salvavita ma richieda cure palliative (es. terapia del dolore) non può certo parlarsi, come vorrebbe taluno, di atteggiamento latamente eutanasi, in quanto il codice di deontologia medico attribuisce esplicitamente al medico il compito non solo di prestare cure atte a procurare al malato ove possibile la guarigione ma anche di dargli sollievo nella sofferenza che termina con la morte naturale sebbene ciò possa comportare l'impiego di trattamenti (es. uso di droghe) che indirettamente sono tali da anticipare il momento del decesso (v. artt. 3, 18 e 3 cod. deontologico medico).

§ 5.1. - Il consenso al trattamento medico con riguardo al paziente incapace

La capacità di esprimere il consenso ai trattamenti sanitari a volte può essere assistita, non sostituita, da quella di un terzo: ad es. al requisito della maggiore età è spesso da preferire – in armonia con il diritto internazionale pattizio ed il diritto comunitario in materia di minori (es. art. 12 Convenzione O.N.U. sui Diritti del Fanciullo) – la capacità di intendere e di volere oppure al capacità di discernimento: così come a rafforzare la volontà di un soggetto debole – un minore ma anche un anziano o un malato di mente – può intervenire

il genitore o l'amministratore di sostegno o il tutore.

Nell'ipotesi in cui una persona perda la propria capacità il problema della scelta tra più alternative si risolve in quello del ruolo da attribuire alle cd. direttive anticipate di trattamento o al testamento biologico (neologismo giuridicamente errato e fonte di confusione : infatti il testamento contiene disposizioni da far valere dopo la morte della persona mentre qui si parla di decisioni su trattamenti su persona vivente).

Ovviamente è escluso il caso in cui si sia verificato **un effettivo stato di necessità** nei confronti di paziente che non abbia espresso alcuna volontà in ordine all'ipotesi che si rendano opportuni nei suoi confronti determinati trattamenti sanitari oppure quando sebbene egli abbia impartito talune direttive prima di perdere le facoltà intellettive le sue condizioni appaiano diverse ed in particolari più gravi o bisognose di interventi imprevisti rispetto a quelle considerate al momento in cui ha maturato ed esternato i propri intendimenti)

La funzione delle direttive sanitarie anticipate consiste nel fornire al medico - in conformità all'art. 9 della convenzione di Oviedo – elementi di valutazione per orientarsi nelle scelte terapeutiche da compiere precipuamente nell'interesse di un paziente in stato di incoscienza o di ottundimento mentale.

La corte di cassazione, invece, nella famosa sentenza n. 21.748/2007 sembra aver considerato per acquisito un dato in realtà ancora dubbio: ossia il carattere vincolante delle direttive anticipate.

Le direttive anticipate pongono anche l'esigenza di temperare l'autodeterminazione del paziente con l'attualità e l'informazione.

Secondo taluni la perdita della capacità di intendere e di volere di per sé determinerebbe l'inattualità e, pertanto, l'irrilevanza delle direttive precedentemente impartite (dalle quali il medico potrebbe essere totalmente svincolato) in quanto deve presumersi che il paziente in tutti i casi di incapacità preferisca accettare la sottoposizione ad ogni trattamento sanitario. Il requisito dell'attualità della volontà è, in tal caso, inteso come necessaria stretta contestualità.

Secondo altri il principio consensualistico deve rimanere anche nei confronti di un paziente incosciente perché non si può affermare che un interesse cessi di essere tale nel momento in cui il titolare non ne avverta più sensorialmente la consistenza, altrimenti si finirebbe con il riconoscere

nell'uomo privo di conoscenza una non persona sfornita di qualsiasi garanzia giuridica.

Ora il vero problema non è tanto legato all'astratta ammissibilità dell'istituto bensì alla sua vincolatività, perché la volontà del paziente, in quanto espressa anteriormente alla patologia, mancherebbe o potrebbe mancare di alcuni requisiti del consenso informato: libertà di revoca una volta sopravvenuta l'incapacità; adeguata informazione poiché solo con riferimento ad una data concreta situazione di fatto e al processo evolutivo di una determinata patologia possono essere forniti precisi elementi in grado di condurre ad una scelta ponderata con conseguente difetto di specificità e di attualità senza tenere conto poi del progresso sopravvenuto della scienza medica.

Nelle disposizioni legislative che prevedono tali direttive significativamente si prevede che le stesse non hanno natura assolutamente vincolante perché il personale sanitario adeguatamente motivando, può disattenderle quando non siano espresse in modo certo, documentato ovvero difettino di uno dei requisiti sopra indicati.

La stessa Corte di Cassazione nella sentenza 23 febbraio 2007 n. 4211 ha giudicato non censurabile la sentenza di secondo grado che considerando non più attuale il precedente e cosciente rifiuto espresso da un testimone di Geova di essere sottoposto a trasfusione di sangue aveva ritenuta fondata la scelta dei sanitari di effettuare la trasfusione di sangue resa necessaria da un quadro clinico imprevedibilmente mutato con imminente pericolo di vita: la circostanza che il paziente prima dell'operazione avesse chiesto ai medici di essere trasferito in ospedale attrezzato per l'autotrasfusione, qualora questa si fosse resa indispensabile era stata interpretata come desiderio implicito di essere curato. La Cassazione in particolare ha rilevato come il diritto all'identità personale può mutare nel tempo e che l'individuo può trasmettere convinzioni diverse da quelle che lo contraddistinguono, ma soprattutto che il procedimento fondato su presunzioni di volontà male si adatta ai diritti extrapatrimoniali, di talché ha espressamente statuito che: *"Il paziente che, per motivi religiosi (o di diversa natura), intendesse far constare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche, per l'ipotesi in cui dovesse trovarsi in stato di incapacità naturale, ha l'onere di conferire ad un terzo una procura "ad hoc" nelle forme di legge, ovvero manifestare la propria volontà attraverso una dichiarazione scritta che sia puntuale ed inequivoca, nella quale affermi*

espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita".

In questo assente quadro normativo e nella costante affermazione del carattere non vincolante di eventuali direttive anticipate espresse dal paziente prima di cadere in stato di incoscienza la Cassazione nel caso Englaro non solo ammette la ricerca nel passato di quella volontà non espressa ma consente, altresì, che tale volontà sia ricostruita anche con facili strumenti presuntivi.

a) Anzitutto non richiede alcun formalismo (sarebbe opportuno, de iure condito, un sistema pubblicitario di registrazione e un limite di efficacia contenuto che ne garantiscano l'attualità) e ciò male si concilia con il fatto che il rifiuto delle cure deve essere informato, specifico e consapevole dello stato vegetativo permanente, dei protocolli medici e delle conseguenze della mancanza di terapia, manifestato in modo chiaro ed inequivoco, nonché libero ed attuale dovendosi, anche, dimostrare che non è sopravvenuto alcun mutamento dell'opinione in precedenza manifestata.

Si pensi alla distonia ordinamentale ove in una fattispecie meno grave, l'art. 408 c.c. consente la designazione in via anticipata dell'amministratore di sostegno ma con la forma dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata. In verità si sarebbe dovuta pretendere almeno la scrittura, se si considera che non solo le disposizioni testamentarie a contenuto patrimoniale, ma anche quelle c.d. atipiche (art.587² c.c.) pretendono tale formalità minima. Di qui l'assurdità che per chiedere di poter morire è sufficiente un comportamento che esprima anche solo idealità, mentre se si vuole essere certi, quanto al cadavere, che la propria volontà in ordine, ad esempio, alla cremazione o ad una data scelta del sepolcro o alla c.d. donazione degli organi sarà rispettata è necessario esprimerla per iscritto, essendo altrimenti la decisione presa da terzi in piena libertà.

Inoltre, i casi stranieri citati dalla corte sul punto non appaiono corretti sol che si consideri che:

**** nella giurisprudenza inglese è irrilevante l'accertamento della volontà presunta** (qui è il medico a decidere, sia pure con il controllo delle Corti, esclusivamente nel miglior interesse del paziente; cfr. House of Lords 4.2.1993 Airedale NHS Trust vs Balnd)

**** ed anche in quella statunitense** la soluzione adottata il 31 marzo 1976 dalla Corte del New Jersey nel caso Nancy, la quale ha riconosciuto il consenso presunto, è stata notevolmente ridimensionata nel caso Cruzan dalla

Corte Suprema degli Usa del 25.6.1990, la quale pretese maggior rigore nella ricostruzione della volontà, non ritenendo sufficienti la dichiarazione del paziente a un familiare, qualche tempo prima dell'incidente, di non volere vivere come un vegetale ed infine **abbandonata nel caso Glucksberg della Corte Suprema degli USA 26 giugno 1997 dove si nega la possibilità di esprimere il consenso in luogo del paziente incapace.**

E poi è agevole rilevare che in materia di diritto di famiglia e delle persone, in particolare per quel che riguarda i temi della vita e della morte, il diritto altro non è se non l'espressione o meglio la sintesi del diverso modo di essere e della prevalenza di taluni valori su altri nelle diverse società civili, onde l'impossibilità di argomentare dall'una quel che dovrebbe valere per l'altra.

b) Ma di più: **da una presunta volontà si passa, addirittura, ad una volontà solo ipotetica** in quanto fondata non più neppure su dichiarazioni (anche non formali) del paziente ma semplicemente sulla personalità, sullo stile di vita e sui convincimenti del medesimo: a seguire la Corte sarebbe sufficiente presumere, sulla base di elementi per nulla gravi, precisi e concordanti, la volontà passata di sospendere le cure per poi presumere una seconda volta che tale volontà sia ancor presente. Una volontà ricostruita in base ad opinioni e dichiarazioni fornite da terzi, oggetto inevitabilmente di interpretazione soggettiva e difficilmente verificabili. E' pericoloso rimettere la decisione alle sensibilità altrui, tanto più che talvolta gli altri consociati non riescono a cogliere in maniera compiuta al complessità della persona.

c) **La cassazione, poi, sembra contraddirsi anche laddove richiede una ricostruzione della presumibile volontà del soggetto in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti** : e tali non sono certo né la prova della personalità del paziente caratterizzata da indipendenza, intolleranza delle regole amore per la libertà e fermezza nelle proprie decisioni; né la prova che precedentemente il malato di fronte a casi simili occorsi a terzi aveva manifestato il rifiuto di quei trattamenti medici in quanto è profondamente diverso esprimersi riguardo agli altri e a titoli discorsivo dall'esprimersi per se stessi quando le conseguenze delle proprie affermazioni sono immediate e drammatiche.

E che anche laddove vi siano state delle indicazioni vi possono essere diverse interpretazioni delle stesse lo dimostra lo stesso caso Englaro ove quegli indizi ritenuti chiari, in equivoci e convincenti nell'evidenziare una volontà sicura dell'incapace dalla seconda ordinanza della Corte di Appello di Milano

non furono ritenuti tali nella prima ordinanza della Corte di Appello di Milano.

Il profilo dove il giudice del rinvio si è discostato dalla prima ordinanza della Corte di Appello di Milano è stato proprio quello dell'attualità: per il giudice del rinvio la concezione della vita era così radicata da apparire non soggetta facilmente a ipotetici ripensamenti.

In ogni caso non può dimenticarsi che la stessa corte di cassazione ha esplicitamente statuito che la mancanza della possibilità di ricostruire la volontà presunta comporta sempre la prevalenza del diritto alla vita.

d) Quale deve essere il contenuto delle direttive?

Qui non può ignorarsi che la corte di cassazione ha dato rilievo alla dignità con riferimento ad una condizione di per sé non mortale e non frutto di accanimento terapeutico, quale è quella del coma vegetativo, onde a maggior ragione essa dovrebbe rilevare in presenza di una malattia che mortale sia.

Certo è che le direttive anticipate devono avere come oggetto i trattamenti sanitari e non altre forme di volontà (es. non è ammissibile che una persona nella previsione di contrarre la malattia di Alzheimer disponga di non essere più alimentata naturalmente da terzi).

§ 6. - La legittimazione dei terzi ad assumere determinazioni concernenti la salute o la vita dell'incapace

Ma l'incapacità originaria o sopravvenuta di un persona quando non sia superabile con interventi di sostegno induce ad interrogarsi sulle possibilità che un terzo (non insieme bensì per conto dell'interessato) assuma determinazioni che riguardano la vita o la salute dell'interessato.

Il caso Englaro è emblematico di una iniziale inclinazione restrittiva dei giudici – gli atti personalissimi non possono essere posti in essere dal tutore e da terzi (il tutore può ed anzi deve sostituirsi all'incapace quando si tratta di salvare la sua vita, nessun potere sostitutivo può essergli riconosciuto quando si tratta di decidere sulla sua morte) – e di una successiva lente e progressiva inversione di tendenza tanto che la cassazione da ultimo dopo aver riconosciuto in capo al tutore ed all'A.D.S. un potere di cura nei confronti dell'incapace e come il carattere personalissimo del diritto alla salute comporti solo che il rappresentante non possa essere attribuito un potere incondizionato di disposizione di quel bene in nome del rappresentato, **ha statuito che il rappresentante sotto il controllo giudiziale possa domandare sia pure in casi estremi l'interruzione delle terapie necessarie a mantenere in vita il paziente purché ciò avvenga in conformità all'identità personale**

dell'interessato. In tal modo una persona in SVP non perde i diritti che spettano a chiunque sia senziente.

Ma vi sono alcune perplessità:

- a) come distinguere gli atti personalissimi da quelli che, invece, sono delegabili ad un rappresentante legale o magari, per l'eventualità di un'incapacità sopravvenuta, volontario;
- b) quali opzioni devono rimanere appannaggio della deontologia professionale o della coscienza personale di cui si occupa della cura dell'infermo
- c) quando è opportuno l'intervento dell'Autorità Giudiziaria nella decisione sul compimento dell'atto;
- d) quale ruolo gioca l'irreversibilità delle conseguenze di una scelta;
- e) la vantaggiosità dell'atto deve essere manifesta o basta che sia probabile

Ora la rappresentanza ovviamente spazia

**** dalla rappresentanza di interesse** – che legittima il rappresentante ad agire secondo una valutazione obiettiva in funzione del miglior interesse del soggetto disabile **in base al comune apprezzamento** (teoria cd. del best interest oggettivo, quale criterio da utilizzare come dirimente **fattore diacritico, in via surrogatoria, per una decisione di interruzione del trattamento**)

**** ad una rappresentanza attributiva** che legittima il sostituto ad attuare la scelta che ragionevolmente sarebbe stata adottata dall'incapace qualora fosse capace di intendere e volere (teoria del substituted judgement – o best interest soggettivo) .

Per taluni autori (v. Gazzoni), però, deve trattarsi pur sempre di cure, cioè di interventi volti a mantenere o a migliorare le condizioni di vita dell'incapace sicché il *best interest* dell'incapace in termini di morte può concepirsi solo in presenza di accanimento terapeutico, cioè di inutilità delle cure. La morte infatti non è mai misurabile con i criteri propri della qualità della vita, cioè di cura, quasi potesse migliorarla, così come, *mutatis mutandis*, il c.d. danno tanatologico come massimo danno biologico, è un'invenzione concettuale paradossale, giustificata solo come *escamotage* probatorio per il risarcimento, perché il danno alla salute suppone che la vita continui, onde la diversità dei due diritti, alla salute e alla vita. Anche le cure sono quindi solo quelle che migliorano la salute e non già quelle che causano la morte.

A supporto di tale tesi si rileva che il tutore può sostituirsi alla volontà dell'incapace, in presenza di un suo rifiuto alle cure ospedaliere, determinato da infermità psichica. Parimenti, in funzione della tutela della salute della donna, il tutore può sostituirsi alla incapace nel chiedere l'interruzione della gravidanza. Egualmente la sostituzione è possibile per l'amministratore di sostegno. Ed anche nella scelta delle cure, il tutore non può orientarsi se non secondo i protocolli medici ufficiali, a tutela dell'incapace. Non c'è dunque una sola sentenza che possa essere richiamata nel senso di legittimare l'idea che la cura della salute dell'incapace consista anche nel non curare o nell'interrompere la cura, salvo il limite dell'accanimento terapeutico, tant'è che il rifiuto dei genitori, testimoni di Geova, ad emotrasfusioni per il proprio figlio minore, giustifica la sospensione della potestà e l'intervento del giudice, possibile, più in generale, in virtù degli ampi poteri sostitutivi di cui all'art. 333 c.c., ogni qualvolta si constati che le decisioni dei genitori sono pregiudizievoli per la salute del figlio, ad esempio in punto di vaccinazioni obbligatorie.

Senonché, nel caso Englaro l'intervento del tutore conduceva a provocare la morte.

Tuttavia occorre replicare che **anche il cd. best interest oggettivo si fonda sulla presunzione che la scelta migliore da assumere per conto altrui sia quella conforme al comune apprezzamento** e, posto che tra **due ragionamenti egualmente presuntivi** dovrebbe essere privilegiato quello che si avvalga degli elementi di giudizio più gravi, precisi e concordanti, e la rappresentanza attribuita ispirata alla salvaguardia dell'identità dell'incapace sembrerebbe criterio di scelta maggiormente affidabile.

In merito si potrebbe obiettare che il criterio di scelta fondato sullo stile di vita e sul modo di essere dell'incapace in mancanza di sue precedenti dichiarazioni anche solo verbali appare **difficilmente conciliabile con la più significativa delle peculiarità di quell'identità personale** che si intende tutelare ossia la sua mutevolezza la quale comporta che nel corso del tempo l'individuo sia libero di cambiare idea e finanche contraddirla.

Ma l'alternativa a tale obiezione è un immobilismo che, ancora un volta, lascia prevalere un'astratta eventualità sulla ben più corposa probabilità che il disabile, se potesse, sceglierebbe in conformità a come la propria identità si è atteggiata di recente giacché è raro un repentino cambio di mentalità. Anche le volontà esplicite proferite ora per allora dovrebbero subire la medesima sorte.

La cassazione nel caso Englaro ha ritenuto preferibile la rappresentanza

attributiva ma non si è avveduta dei limiti della stessa.

In primo luogo occorre considerare il lasso temporale intercorrente tra il momento in cui è emersa una certa volontà (sia pur generica o presunta) della persona non ancora capace ed il momento in cui quella volontà dopo l'intervenuta incapacità dovrebbe essere applicata (es. validità triennale o quinquennale delle direttive anticipate)

In secondo luogo la decisione da assumere potrebbe concernere una persona che non ha avuto occasione di esprimere qualsivoglia preferenza (né specifica né generica) oppure delle convinzioni (magari evincibili dal suo stile di vita) che il rappresentante possa valorizzare in sede di giudizio sostitutivo, ad esempio perché si tratta di un disabile che non è mai stato capace di intendere e di volere.

In questa ultima evenienza la Corte di Appello di Milano ha espressamente spiegato che nulla impedisce al tutore di adire l'Autorità Giudiziaria quando ritenga e riesca a dimostrare che il trattamento medico in concreto erogato sia oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo e quindi di qualunque malato incapace o che sia aliunde non proporzionato e come tale una forma di non consentito accanimento terapeutico e, quindi, in ogni caso contrario al best interest del rappresentato quale criterio ultimo da utilizzare.

Ad ogni modo non può non rilevarsi che il rappresentante dovrà sempre agire nell'esclusivo interesse dell'incapace sebbene la chiarezza teorica di tale criterio non si abbini affatto alla semplicità delle sue applicazioni pratiche.

In terzo luogo, la corte di cassazione fonda tale rappresentanza attributiva sull'art. 5 d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211 in tema di sperimentazione di medicinali per uso clinico e sull'art. 6 della Convenzione di Oviedo ma in nessuna delle fonti legislative citate dalla corte di cassazione il legale rappresentante deve svolgere la funzione di mero nuncius e ciò ben si spiega con il fatto che **la legittimazione dei genitori, del tutore, dell'amministratore di sostegno dipende non già da una loro rappresentanza nell'esercizio di un diritto personalissimo dell'incapace, bensì dalla cura della sua persona contro atti invasivi della sua sfera psico-fisica e della sua dignità.**

In buona sostanza il potere decisionale del rappresentante scaturisce proprio dall'esigenza di tutela della dignità umana che si manifesta in tutta la sua portata quando dal trattamento non si possa fondatamente attendere un

beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita e tale potere deve essere rafforzato in assenza di una diversa e documentata volontà del paziente: il limite che non esiste, invece, per il malato capace è dato, quindi, dalla presenza di un accanimento terapeutico nella prosecuzione della terapia anche di sostegno vitale.

[Quanto alla definizione di accanimento terapeutico trattasi di clausola generale che, nell'assenza di una definizione da parte del legislatore (il Consiglio Superiore di Sanità parere 20 dicembre 2006 definisce accanimento terapeutico la somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado di assicurare a paziente una più elevata qualità della vita residua in situazioni in cui la morte si preannuncia immediata e inevitabile e la cassazione ha pur aggiunto un elemento soggettivo, ossia che nell'imminenza della morte l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o sopraggiunga uno stato di intolleranza clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione) andrà individuata dal Giudice nel suo contenuto tenendo conto, per le ragioni già esposte, dei criteri indicati dal codice deontologico ma che per questo non può dirsi indeterminata anche se è auspicabile un intervento legislativo].

§ 7. - Interventi normativi auspicabili

La tragica frequenza con la quale sono presentate ai giudici istanze di interruzione di trattamenti sanitari e la “silenziosa” presenza di numerosi pazienti in SVP che va sempre più aumentando rendono evidenti la necessità e l'urgenza di un intervento legislativo su una pluralità di fronti che si indicano sommariamente.

I) Deve essere data una definizione puntuale di trattamento sanitario decidendo soprattutto se includervi o no trattamenti quali l'alimentazione e l'idratazione artificiali nonché la ventilazione meccanica; e stabilire contestualmente quali trattamenti siano riconducibili all'accanimento terapeutico;

II) disciplinare le direttive anticipate di trattamento sanitario indicando il valore giuridico delle stesse, prevedendo un tempo limitato di efficacia e la redazione con atto scritto e l'intervento di un medico. Indicare, poi, quali sono i casi più gravi da sottoporre a controllo giudiziale e prevedere quando le stesse possano essere disattese dal medico con adeguata motivazione

III) definire su basi normative la nozione di stato vegetativo permanente e creare un sistema più garantista per accertarne l'eventuale sussistenza nel caso concreto (es. istituzione di una commissione medica estranea a i medici curanti e la previsione dell'obbligatorietà del suo parere ad

ogni richiesta di interruzione del trattamento sanitario;

IV) Nel caso di mancanza di direttive anticipate vanno individuati i casi nei quali i soggetti che abbiano la cura dell'incapace possano intervenire per chiedere l'interruzione del trattamento sanitario definito come sopra, fermo restando che dare incondizionata prevalenza al diritto alla vita (es. va effettuata la cura anche in presenza dei diniego o di chiare ed in equivoche direttive anticipate negative) sarebbe scelta non coerente con i principi costituzionali e con le regole del codice deontologico che disciplinano i limiti della responsabilità professionale del medico e i diritti del malato.

V) Rivisitare le disposizioni penali relative al caso del medico che attuando la volontà del paziente manifestata con precise modalità cagioni la morte di quest'ultimo e disciplinare la facoltà di **obiezione di coscienza** anche in tale settore.

Il tutto con una precisazione: è rischioso affidare alla supplenza giudiziaria il compito di risolvere questioni del genere per caso per caso dal momento che la materia *"è di altissimo risalto costituzionale e solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco soprattutto di fronte all'esplosione dei nuovi diritti determinata dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica"*⁴ ben sapendo, comunque, che:

a) non c'è una soluzione indiscutibile ed esclusiva ma l'impegnativa ricerca in una società pluralista di discipline ragionevoli e il più possibile condivise e sempre purché le regole del contratto sociale devono rimanere entro confini almeno accettabili da ogni individuo.

b) quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale – ossia nella sua dignità - , siamo di fronte all'**indecidibile** nel senso che nessuna volontà esterna fosse pure quella coralmemente espressa da tutti i cittadini o da un parlamento unanime può prendere il posto di quella dell'interessato.

Giuseppe Ondeì
Giudice del Tribunale di Brescia

⁴ Carl Schmitt nel testo "La tirannia dei valori" ha chiaramente osservato che *"All'interno di una comunità la cui Costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui decretate stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili per impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori: la tirannia dei valori"*

§ 8. - Testo del decreto legislativo proposto dal senatore Calabrò ed all'esame del Senato

Onorevoli senatori

- I notevoli progressi nelle conoscenze scientifiche in campo medico e l'utilizzo sempre più avanzato di sofisticate biotecnologie hanno reso possibile la cura, il miglioramento ed il controllo di molte e gravi patologie o disabilità. Tali nuove possibilità hanno sollevato problematiche e dubbi di difficile soluzione riguardanti l'equità dell'allocazione di risorse sempre più limitate, la definizione del limite terapeutico e della sua proporzione rispetto al risultato atteso, il riconoscimento ed il significato delle disabilità particolarmente avanzate, il limite della libertà e bontà della ricerca scientifica e dell'applicazione delle sue conquiste.

Tutto ciò, come hanno evidenziato le recenti cronache giudiziarie, ha anche sollevato nell'uomo contemporaneo ulteriori dubbi di ordine etico attinenti al trattamento sanitario cui sottoporsi nella fase di fine vita. Ma se l'impatto della scienza e della tecnica nella nostra vita ha destato nuovi interrogativi cui non è facile dare soluzioni, è pur vero che una storia millenaria ci insegna che il diritto alla vita, in quanto espressione del diritto naturale, è sempre stato garantito in tutte le società, trattandosi di un principio profondamente laico, comune a tutte le tradizioni e civiltà.

Si ravvisa, dunque, la necessità di elaborare una legge che contemperi il rispetto dell'esercizio della libertà del soggetto con la tutela della dignità di ogni uomo e del valore dell'inviolabilità della vita.

In ossequio a quanto sancito nella Costituzione italiana che riconosce al principio di autodeterminazione del paziente il valore di diritto fondamentale, si vuole riconoscere al cittadino siffatto potere decisionale anche per il momento in cui dovrebbe eventualmente trovarsi privo della capacità di intendere e di volere, attraverso le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento. Ma come già avviene nella stesura del consenso informato, quando il soggetto decide in piena scienza, si ritiene che anche nella redazione delle Dichiarazioni Anticipate di Trattamento, debba in qualche forma sussistere quel rapporto di fiducia tra medico e paziente, che determina una vera e propria alleanza terapeutica tra i due. E questo soprattutto perché si vuole in tal modo recuperare idealmente il rapporto medico-paziente anche in una situazione estrema, in cui il soggetto non è più in grado di esprimersi. In tal modo quel rapporto di fiducia che fin dalla nascita lega direttamente o indirettamente il paziente al medico, continua anche davanti all'impossibilità del malato di interagire, concretizzandosi nel dovere del medico di prestare tutte le cure di fine vita, agendo sempre nell'interesse esclusivo del bene del paziente. Non si

può inoltre non tenere in debita considerazione che le dichiarazioni anticipate sono sì espressione della libertà del soggetto di esprimere i propri orientamenti circa i trattamenti sanitari e di fine vita cui essere sottoposto, nell'eventualità di trovarsi in condizioni di incapacità di intendere e di volere, ma di contro lo privano della possibilità di contestualizzare e attualizzare la sua scelta, in virtù di eventuali cambiamenti scientifici intervenuti. Il diritto di autodeterminazione per non divenire costrizione tirannica che può esplicare i suoi effetti contro gli interessi della persona stessa, deve sempre lasciare uno spiraglio alla revisione e persino alla contraddizione. In caso contrario, esso si trasforma nella "presunzione fatale" di poter determinare il proprio destino una volta per tutte, senza tener conto dei mutamenti, delle trasformazioni, delle sorprese che la vita sa riservare ogni giorno. Questa concezione di libertà aperta all'empiria, e per questo mai perfetta e assoluta, interpreta un'idea della laicità comune a credenti e non credenti che s'ispirano a principi di autentico liberalismo. Si è ritenuto, dunque, che il concetto di "alleanza terapeutica" al fondamento di questo disegno di legge rappresenti la possibile traduzione di tale concezione della libertà, conferendo al paziente l'autonomia di orientare le scelte terapeutiche in un contesto - di fatto e psicologico - per lui ignoto; e al medico la responsabilità, nella situazione data, di attualizzarne le indicazioni. In questo contesto, il medico può assumere in maniera corretta le decisioni più opportune per il paziente, tenendo conto attentamente della sua volontà, alla luce delle nuove circostanze venutesi a creare e sempre in applicazione del principio della tutela della salute e della vita umana, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza.

Ciò premesso, il presente disegno di legge intende nel pieno rispetto del diritto positivo e in primis della Costituzione italiana, riaffermare il valore inviolabile dell'indisponibilità della vita. Si ritiene, infatti, che il soggetto nella Dichiarazione anticipata di trattamento non possa in alcun modo esprimere desideri che siano contrari alle norme giuridiche vigenti nel nostro Paese, chiedendo ed ottenendo interventi eutanasici o che possano configurarsi come suicidio assistito. Allo stesso modo si intende vietare ogni forma di accanimento terapeutico, sottoponendo il soggetto a trattamenti futili, sproporzionati, rischiosi o invasivi. A tal proposito non appare pleonastico sottolineare che siffatti divieti sono già enunciati in diverse norme nazionali ed europee in materia di bioetica. Così all'art. 9 la Convenzione europea sui diritti umani e la biomedicina, nota come Convenzione di Oviedo, sancisce che nel caso in cui il paziente non sia in grado di esprimere i propri desideri, si deve tener conto di quelli espressi precedentemente. Principio già recepito dal Codice di deontologia

medica italiano, il quale inoltre precisa all'art. 36 che il medico, anche se su richiesta del malato, non deve effettuare o favorire trattamenti diretti a provocarne la morte, riferimenti normativi non a caso ripresi dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento del 2003 intitolato "Dichiarazioni anticipate di Trattamento"

In questo documento, il CNB, riprendendo la Convenzione di Oviedo e le norme di deontologia medica, ribadisce che mediante le dichiarazioni anticipate di trattamento, non si intende in alcun modo riconoscere, al paziente - una volta divenuto incapace – il diritto all'eutanasia. La funzione giuridica delle DAT è invece quella di garantire al malato esclusivamente l'esercizio della libertà di decidere circa quei trattamenti sanitari che, se fosse capace, avrebbe il diritto morale e giuridico di scegliere. Ne consegue che l'alimentazione e l'idratazione artificiale non possono essere oggetto di Dichiarazione Anticipata di Trattamento, trattandosi di atti eticamente e deontologicamente dovuti, in quanto forme di sostegno vitale, necessari e fisiologicamente indirizzati ad alleviare le sofferenze del soggetto in stato terminale e la cui sospensione configurerebbero un'ipotesi di eutanasia passiva.

Inoltre è opportuno specificare ancora una volta che una legge che voglia disciplinare in maniera esauriente le dichiarazioni anticipate di trattamento debba prendere in considerazione la distanza psicologica e temporale tra il momento in cui il soggetto esprime la sua volontà circa i trattamenti sanitari cui vorrà essere sottoposto nella fase di fine vita e il momento in cui realmente verranno attuati. Non è superfluo notare la difficoltà di dare attuazione a decisioni assunte ora per allora, considerato che la visione della vita potrebbe mutare a seconda che il soggetto goda o meno di ottima salute fisica e psichica allorché esprime la sua volontà. Né va tralasciato che dal momento della redazione delle DAT, possono essere nel frattempo intervenuti nuovi progressi scientifici che renderebbero inattuali i desideri precedentemente manifestati dal paziente. Per queste ragioni, il CNB ha sottolineato che il carattere non assolutamente vincolante, ma non per questo meramente orientativo delle dichiarazioni, non viola in nessun modo l'autonomia del soggetto, presumendo che nessun paziente si priverebbe della possibilità di beneficiare di quei trattamenti che si rendessero disponibili in un periodo successivo alla manifestazione della sua volontà. Ed è esattamente in questo ambito che deve essere inquadrato il ruolo del medico, che non deve limitarsi a eseguire meccanicamente, come un burocrate, i desideri del paziente, ma ha l'obbligo morale di valutarne l'attualità in relazione alla situazione clinica e ai nuovi sviluppi scientifici. Un'interpretazione conforme al più volte citato art. 9 della Convenzione di Oviedo, così come chiarito dal punto 62 del Rapporto

esplicativo, il quale dopo aver ribadito che: "i desideri manifestati precedentemente dal paziente devono essere tenuti in considerazione, ma se sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza ha da allora fatto progressi, potrebbero esserci le basi per non essere presi in considerazione dal medico. Il medico dovrebbe, per quanto possibile, essere convinto che i desideri del malato si applicano alla situazione presente e sono ancora validi". E' opportuno allora che le Dichiarazioni anticipate, prevedano anche la presenza di una persona di fiducia, che sappia nella fase attuativa valutare, insieme al medico, la volontà del malato impossibilitato ad esprimersi, attualizzando i desideri alla luce dei mutamenti intervenuti.

Ciò a cui si deve mirare è un'alleanza terapeutica tra medico e paziente, in cui il malato sia considerato come un attore attivo e responsabile del trattamento terapeutico, rispettando la sua libertà decisionale, senza dimenticare i rischi insiti nell'esaltazione acritica dell'autonomia dell'individuo. Mentre al medico è richiesto di mirare sempre al bene vero del paziente, ricordando che ogni malato porta con sé un valore incondizionato, fondamento di ogni agire medico.

Illustrazione degli articoli

Nei primi tre articoli, si delineano in maniera chiara le finalità della proposta di legge che vuole garantire l'inviolabilità e l'indisponibilità della vita umana, nonché la tutela della salute, come fondamentale diritto del cittadino e della collettività, garantendo la partecipazione del paziente all'identificazione delle cure mediche nell'ambito dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente. Agli art. 2 e 3 si precisa infatti, il divieto di ogni forma di eutanasia attiva e di suicidio assistito, nonché il divieto di forme di accanimento terapeutico. All'art. 4 si disciplina il consenso informato, prevedendo che il dichiarante debba essere informato in maniera completa e comprensibile su diagnosi, prognosi, natura, rischi e benefici del trattamento proposto. Il consenso può essere sempre revocato, anche solo parzialmente.

L'art. 5 disciplina i contenuti e i limiti delle Dichiarazioni Anticipate di trattamento, (DAT) attraverso le quali il dichiarante esprime il proprio orientamento circa i trattamenti medico-sanitari e di fine vita, in previsione di una futura perdita della capacità di intendere e di volere. Si chiarisce, inoltre, che il redattore può rendere manifesta la propria volontà su quei trattamenti terapeutico-sanitari, che egli, in stato di piena capacità di intendere e dopo compiuta informazione clinica, è legittimato dalla legge a sottoporre al proprio medico curante. Ne deriva che nel testo non possono essere inserite indicazioni finalizzate all'eutanasia attiva od omissiva. Si specifica, quindi, che l'idratazione e l'alimentazione artificiale, in quanto forme di sostegno vitale, non

possono formare oggetto di dichiarazioni anticipate. Si determina altresì che la DAT acquista efficacia dal momento in cui, il paziente in stato neurovegetativo sia incapace di intendere e di volere. La valutazione dello stato clinico spetta a un collegio formato da cinque medici (neurologo, neurofisiologo, neuroradiologo, medico curante e medico specialista della patologia).

Agli art. 6, 7 e 8, si afferma che la DAT debba essere redatta in forma scritta, da persona maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere, accolta da un notaio a titolo gratuito. La DAT, sempre revocabile e modificabile, ha validità di tre anni, termine oltre il quale perde ogni efficacia. L'art. 7 prevede la nomina di un fiduciario che, in collaborazione con il medico curante, si impegna a far sì che si tenga conto delle indicazioni sottoscritte dal paziente. L'art 8 garantisce al medico la possibilità di disattendere le DAT, sentito il fiduciario, qualora non siano più corrispondenti agli sviluppi delle conoscenze tecnico-scientifiche e terapeutiche, motivando la decisione nella cartella clinica. Si stabilisce inoltre che nel caso di controversia tra il fiduciario ed il medico curante, la questione sia sottoposta alla valutazione di un collegio di medici: medico legale, neurofisiologo, neuroradiologo, medico curante e medico specialista della patologia, designati dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero. Tale parere non è vincolante per il medico curante, il quale non sarà tenuto a porre in essere personalmente prestazioni contrarie alle sue convinzioni di carattere scientifico e deontologico.

Agli art 9 e 10, si disciplina l'ipotesi di contrasto tra soggetti parimenti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento sanitario, stabilendo che la decisione è assunta, su istanza del pubblico ministero, dal giudice tutelare o, in caso di urgenza, da quest'ultimo sentito il medico curante. Nelle disposizioni finali è prevista l'istituzione di un registro delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell'ambito di un archivio unico nazionale informatico presso il Consiglio nazionale del notariato, consultabile, in via telematica, unicamente dai notai, dall'autorità giudiziaria, dai dirigenti sanitari e dai medici responsabili del trattamento sanitario di soggetti in caso di incapacità.

Art. 1

(TUTELA DELLA VITA E DELLA SALUTE)

1. La Repubblica tutela la vita umana fino alla morte, accertata ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578
2. La Repubblica, in attuazione degli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della

collettività e garantisce la dignità della persona umana riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina.

3. La Repubblica riconosce come prioritaria rispetto all'interesse della società e della scienza la salvaguardia della persona umana.

4. La Repubblica riconosce il diritto alla vita inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui il titolare non sia più in grado di intendere e di volere.

5. La Repubblica, nel riconoscere la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, garantisce la partecipazione del paziente all'identificazione delle cure mediche più appropriate, riconoscendo come prioritaria l'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente, che acquista peculiare valore proprio nella fase di fine vita.

Art. 2

(DIVIETO DI EUTANASIA E DI SUICIDIO ASSISTITO)

1. Ogni forma di eutanasia, anche attraverso condotte omissive, e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio sono vietate ai sensi degli articoli 575, 579, 580 del codice penale.
2. L'attività medica, in quanto esclusivamente finalizzata alla tutela della vita e della salute, nonché all'alleviamento della sofferenza **non può in nessun caso essere orientata al prodursi o consentirsi della morte del paziente, attraverso la non attivazione o disattivazione di trattamenti sanitari ordinari** e proporzionati alla salvaguardia della sua vita o della sua salute, da cui in scienza e coscienza si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente.

Art. 3

(DIVIETO DI ACCANIMENTO TERAPEUTICO)

1. Soprattutto in condizioni di morte prevista come imminente, il medico deve astenersi da trattamenti sanitari straordinari, non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura e/o di sostegno vitale del medesimo.
2. Il divieto di accanimento terapeutico non può legittimare attività che direttamente o indirettamente, per loro natura o nelle intenzioni di chi li richiede o li pone in essere, configurino pratiche di carattere eutanasi o di abbandono terapeutico.

Art. 4

(CONSENSO INFORMATO)

1. Salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole.
2. L'espressione del consenso è preceduta da accurate informazioni rese in maniera completa e comprensibile circa diagnosi, prognosi, scopo e natura del trattamento sanitario proposto, benefici e rischi prospettabili, eventuali effetti collaterali, nonché circa le possibili alternative e le conseguenze del rifiuto del trattamento.
3. L'alleanza terapeutica così costituitasi all'interno della relazione medico paziente è rappresentata da un documento di consenso, firmato dal paziente, che diventa parte integrante della cartella clinica.
 4. E' fatto salvo il diritto del soggetto interessato che presti o non presti il consenso al trattamento sanitario, di rifiutare in tutto o in parte le informazioni che gli competono. Il rifiuto può intervenire in qualunque momento e deve essere adeguatamente documentato.
 5. Il consenso al trattamento sanitario può essere sempre revocato, anche parzialmente.
 6. In caso di interdizione ai sensi dell'articolo 414 del codice civile, il consenso è prestato dal tutore che appone la firma in calce al documento. In caso di inabilitazione, ai sensi dell'art.415 del codice civile, si applicano le disposizioni di cui all'art.349, comma 3 del codice civile relative agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Qualora vi sia un amministratore di sostegno ai sensi dell'articolo 404 del codice civile e il decreto di nomina preveda l'assistenza in ordine alle situazioni di carattere sanitario, il consenso è prestato dall'amministratore di sostegno. **La decisione di tali soggetti è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute dell'incapace e non può pertanto riguardare trattamenti sanitari in pregiudizio della vita dell'incapace stesso.**
 7. Il consenso al trattamento medico del minore è accordato o rifiutato dagli esercenti la potestà parentale o la tutela; la decisione di tali soggetti è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute psico-fisica del minore e non può pertanto riguardare trattamenti sanitari in pregiudizio della vita del minore.
 8. Qualora il soggetto sia minore o incapace di intendere e di volere e l'urgenza della situazione non consenta di acquisire il consenso così

come indicato nei commi precedenti, il medico agisce in scienza e coscienza, conformemente ai principi dell'etica e della deontologia medica.

Art. 5

(CONTENUTI E LIMITI DELLE DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO)

1. Nella Dichiarazione Anticipata di Trattamento il dichiarante esprime il proprio orientamento in merito ai **trattamenti sanitari e di fine vita** in previsione di una eventuale futura perdita della propria capacità di intendere e di volere
2. Nella Dichiarazione Anticipata di Trattamento il soggetto dichiara il proprio orientamento circa l'attivazione e non attivazione di specifici trattamenti sanitari, che egli, in stato di piena capacità di intendere e di volere e in situazione di compiuta informazione medico-clinica, è legittimato dalla legge e dal codice di deontologia medica a sottoporre al proprio medico curante.
3. Il soggetto può, in stato di piena capacità di intendere e di volere e in situazione di compiuta informazione medico-clinica, dichiarare di accettare o meno di essere sottoposto a trattamenti sanitari sperimentali invasivi o ad alta rischiosità, che il medico ritenga possano essergli di giovamento, può altresì dichiarare di accettare o meno trattamenti sanitari che, anche a giudizio del medico avessero potenziale, ma non sicuro carattere di accanimento terapeutico.
4. Nella DAT può essere esplicitata la rinuncia da parte del soggetto ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti sanitari in quanto di carattere sproporzionato, futili, sperimentali, altamente invasive e invalidanti. Possono essere altresì inserite indicazioni da parte del redattore favorevoli o contrarie all'assistenza religiosa e alla donazione post mortem di tutti o di alcuni suoi organi.
5. Nella DAT il soggetto non può inserire indicazioni finalizzate all'eutanasia attiva o omissiva.
6. **Alimentazione ed idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze e non possono formare oggetto di Dichiarazione Anticipata di Trattamento.**
7. La DAT assume rilievo nel momento in cui è accertato che il soggetto in stato vegetativo non è più in grado di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze e per questo motivo non può assumere decisioni che lo riguardano. La valutazione dello stato clinico va formulata da un collegio medico

formato da cinque medici (neurologo, neurofisiologo, neuroradiologo, medico curante e medico specialista della patologia) designati dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero.

Art. 6

(FORMA E DURATA DELLA DICHIARAZIONE ANTICIPATA DI TRATTAMENTO)

1. Le Dichiarazioni Anticipate di trattamento (DAT) non sono obbligatorie né vincolanti, sono redatte in forma scritta con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere dopo una compiuta e puntuale informazione medico clinica, e sono raccolte esclusivamente da un notaio a titolo gratuito. Alla redazione della dichiarazione interviene un medico abilitato all'esercizio della professione che sottoscrive la Dichiarazione Anticipata di Trattamento.

2. Il notaio ne certifica l'autenticità ed attesta che il medico abbia informato con chiarezza il paziente delle possibili situazioni cliniche e dei possibili trattamenti di fine vita, al fine di rendere pienamente consapevole la dichiarazione di questi.

3. Le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento devono essere formulate in modo chiaro, libero e consapevole, manoscritte o dattiloscritte, nonché sottoscritte con firma autografa.

4. Salvo che il soggetto sia divenuto incapace, la Dichiarazione ha validità di tre anni, termine oltre il quale perde ogni efficacia. La DAT può essere indefinitivamente rinnovata, con la forma prescritta nei commi precedenti.

5. La DAT può essere revocata o modificata in ogni momento dal soggetto interessato. La revoca, anche parziale, della dichiarazione deve essere sottoscritta dal soggetto interessato

6. La DAT deve essere inserita nella cartella clinica dal momento in cui assume rilievo dal punto di vista clinico

7. In condizioni di urgenza, la DAT non si applica ove non ne sia possibile una immediata acquisizione.

Art. 7

(FIDUCIARIO)

1. Nella DAT è possibile la nomina di un fiduciario, maggiorenne, capace di intendere e di volere, che opera sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente esplicitate dal soggetto nelle dichiarazioni anticipate, per farle conoscere e contribuire a realizzarne le volontà.

-
2. Il fiduciario appone la propria firma autografa al testo contenente le dichiarazioni anticipate.
 3. Il fiduciario si impegna ad agire nell'esclusivo e migliore interesse del paziente.
 4. Il fiduciario, in stretta collaborazione con il medico curante con il quale realizza l'alleanza terapeutica, si impegna a garantire che si tenga conto delle indicazioni sottoscritte dalla persona nella Dichiarazione Anticipata di Trattamento.
 5. Il fiduciario si impegna a vigilare perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie palliative disponibili, evitando che si creino situazioni sia di accanimento terapeutico, sia di abbandono terapeutico.
 6. Il fiduciario si impegna a verificare attentamente che il paziente non sia sottoposto a nessuna forma di eutanasia esplicita o surrettizia.
 7. Il fiduciario può rinunciare per iscritto all'incarico, comunicandolo direttamente al dichiarante o, ove quest'ultimo fosse incapace di intendere e di volere, al medico responsabile del trattamento sanitario.

Art. 8

(RUOLO DEL MEDICO)

1. **La volontà espressa dal soggetto nella sua Dichiarazione Anticipata di Trattamento è attentamente presa in considerazione** dal medico curante che, sentito il fiduciario, annoterà nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirle.
2. **Il medico non può prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica.** Le indicazioni sono valutate dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza.
3. Il medico, nel caso di situazioni d'urgenza, sentito ove possibile il fiduciario, assume le decisioni di carattere terapeutico, in scienza e coscienza, secondo la propria competenza scientifico-professionale
4. **Nel caso in cui le DAT non siano più corrispondenti agli sviluppi delle conoscenze tecnico-scientifiche e terapeutiche, il**

medico, sentito il fiduciario, può disattenderle, motivando la decisione nella cartella clinica.

5. Nel caso di controversia tra fiduciario ed il medico curante, la questione è sottoposta alla valutazione di un collegio di medici: medico legale, neurofisiologo, neuroradiologo, medico curante e medico specialista della patologia, designati dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero. **Tale parere non è vincolante per il medico curante, il quale non sarà tenuto a porre in essere prestazioni contrarie alle sue convinzioni di carattere scientifico e deontologico.**

Art. 9

(AUTORIZZAZIONE GIUDIZIARIA)

1. In caso di contrasto tra soggetti parimenti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento sanitario, la decisione è assunta, su istanza del pubblico ministero o da chiunque vi abbia interesse, dal giudice tutelare o, in caso di urgenza, da quest'ultimo sentito il medico curante.

2. L'autorizzazione giudiziaria è necessaria anche in caso di inadempimento o di rifiuto ingiustificato di prestazione del consenso o del dissenso ad un trattamento sanitario da parte di soggetti legittimati ad esprimerlo nei confronti di incapaci.

3. Nei casi di cui al comma precedenti, il medico è tenuto a darne immediata segnalazione al pubblico ministero.

Art. 10

(DISPOSIZIONI FINALI)

1. Il contenuto della Dichiarazione Anticipata di Trattamento non configura, ai fini della presente legge, dato sensibile ai sensi del codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196.

2. E' istituito il registro delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell'ambito di un archivio unico nazionale informatico presso il Consiglio nazionale del notariato.

3. L'archivio unico nazionale informatico e' consultabile, in via telematica, unicamente dai notai, dall'autorità giudiziaria, dai dirigenti sanitari e dai medici responsabili del trattamento sanitario di soggetti in caso di incapacità.

4. Con decreto del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e d'intesa con il presidente del consiglio del notariato, (da adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore

della presente legge) sono stabilite le regole tecniche e le modalità di tenuta e consultazione del registro di cui al comma 2.

5. La Dichiarazione Anticipata di Trattamento, le copie degli stessi, le formalità, le certificazioni, e qualsiasi altro documento sia cartaceo sia elettronico ad essi connessi e da essi dipendenti non sono soggetti all'obbligo di registrazione e sono esenti dall'imposta di bollo e da qualunque altro tributo