

**«Di una sola voce ne abbiamo sentite due»:  
nota a Cass. 15 settembre 2008, n. 23676**

di Stefano Rossi \*  
(15 ottobre 2008)

Il caso trattato nella sentenza della Corte di Cassazione n. 23676 del 15 settembre 2008 ha ad oggetto la causa per risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, intentata da M.G. nei confronti della locale azienda sanitaria, in conseguenza di una serie di trasfusioni di sangue praticategli nell'ospedale nonostante egli, in qualità di testimone di Geova, fosse contrario, per motivi religiosi, a tale pratica terapeutica (circostanza emergente da un cartellino, che egli portava con sé, recante la dicitura «niente sangue»). E' utile osservare in primo luogo come la Cassazione non «intenda negare il più generale principio (di indubbia rilevanza costituzionale, che emerge, tra l'altro, tanto dal codice di deontologia medica quanto dal documento 20.6.1992 del comitato nazionale per la bioetica) in forza del quale va riconosciuto al paziente un vero e proprio *diritto di non curarsi*, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita». Infatti non «pare seriamente contestabile quanto sostenuto da un'attenta dottrina in tema di consenso informato nella trasfusione di sangue, e cioè che, *in subiecta materia*, deve ritenersi diversa, rispetto ai casi ordinari, la fattispecie in cui sia il testimone di Geova, maggiorenne e pienamente capace, a negare il consenso alla terapia trasfusionale essendo in tal caso il medico obbligato alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico. E ciò perché il conflitto tra due beni - entrambi costituzionalmente tutelati - della salute e della libertà di coscienza non può essere risolto *sic et simpliciter* a favore del primo, sicché ogni ipotesi di emotrasfusione obbligatoria diverrebbe per ciò solo illegittima perché in violazione delle norme costituzionali sulla libertà di coscienza e della incoercibilità dei trattamenti sanitari individuali (così, un rifiuto "autentico" della emotrasfusione da parte del testimone di Geova capace - avendo, in base al principio personalistico, ogni individuo il diritto di scegliere tra salvezza del corpo e salvezza dell'anima - esclude che qualsiasi autorità statale - legislativa, amministrativa, giudiziaria - possa imporre tale trattamento: il medico deve fermarsi)».

Tali valutazioni appaiono perfettamente coincidenti con quanto affermato nella sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748 (cd. sentenza Englaro) per cui «il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in 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. Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita».

Stabilito che il punto di avvio del ragionamento operato nelle due pronunce della Cassazione è comune, appare interessante valutare se, considerate le caratteristiche che devono essere proprie del consenso o dissenso del paziente alle terapie sanitarie, il conflitto tra i giudicati sia reale o apparente.

Nella sentenza del settembre 2008, infatti, la Cassazione si fa carico di esaminare la reale efficacia del «non consenso» così come manifestato dal paziente sul piano tanto cronologico quanto contenutistico-formale.

Un primo elemento da prendere in considerazione si ravvisa nel fatto che, nel caso in esame, le determinazioni in merito all'attuazione del trattamento sanitario dovevano essere adottate in un «ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente», il che chiaramente crea un abisso sia in termini di fatto che sotto il profilo giuridico tra la vicenda del sig. M.G. e quella di Eluana Englaro.

In questo senso è utile chiarire <sup>1</sup> come la mancanza attuale della capacità di esprimere un consenso non dia adito a particolari problemi applicativi almeno in tre casi, diversi da quello di nostro immediato interesse: 1) quando il paziente abbia coscientemente accettato l'intervento sanitario, prima di perdere conoscenza; 2) quando, pur mancando la condizione *sub* 1 (o addirittura sussistendo un previo «rifiuto»), le cure non appaiano tuttavia «necessarie» ed «urgenti»; 3) quando l'interessato non abbia precedentemente espresso alcun «dissenso» rispetto al tipo di trattamento che, nella contingenza, appaia indifferibile (o abbia di recente revocato, anche *per facta concludentia*, un dissenso precedentemente manifestato).

Ciò non toglie che, volendo invece valutare la legittimità delle dichiarazioni anticipate di trattamento alla luce della pronuncia commentata, la situazione «emergenziale» - in cui lo stato di incoscienza renda non confermabile un precedente rifiuto relativo a terapie che si rivelino, nella contingenza, assolutamente improcrastinabili ed insostituibili - costituisca il caso tipico su cui testare la fattibilità di tale strumento normativo.

Se infatti la sospensione delle terapie per pazienti in stato vegetativo permanente rappresenta un'ipotesi di rilevante interesse giuridico, morale e scientifico, essa sotto il profilo statistico appare evidentemente residuale, soprattutto se confrontata con le ipotesi in cui il medico debba intervenire d'urgenza su un soggetto privo di coscienza a seguito di un incidente stradale o di altro evento lesivo.

Una premessa prima di immergerci nell'analisi dell'ultima pronuncia della Cassazione, per ribadire che il consenso del paziente costituisce sempre il presupposto di liceità ovvero pre-requisito del trattamento stesso, in

---

<sup>1</sup> A. Vallini, Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, in *Diritto pubbl.*, 2003, 1, 185 ss. a cui rinvio per maggiori approfondimenti

quanto «l'autolegittimazione dell'attività medica non consente che il sanitario possa [...] intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente». «Il consenso [infatti] afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.». Da ciò ne discende che «non è attribuibile al medico un generale “diritto di curare”, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di “soggezione” su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare [...], le quali tuttavia per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi». Cosicché, è la logica conclusione, «la mancanza del consenso [opportunitamente “informato”] del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo». (Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, in Cass. pen., 2002, 2041 ss.)

Sicché – come riportato nel documento del Comitato Nazionale di Bioetica italiano su «Informazione e consenso all'atto medico» del 2 giugno 1992 - «al centro dell'attività medico-chirurgica si colloca il principio del consenso, il quale esprime una scelta di valore nel concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente che sui doveri del medico».

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 23676 del 15 settembre 2008, provvede a definire, aggettivandolo, il consenso e/o dissenso del paziente che deve essere oggetto di manifestazione *espressa, inequivoca, attuale,*

*informatata.*

La volontà manifestata dal paziente non deve essere:

1) «astrattamente ipotetica ma concretamente accertata» - Si tratta di un principio pienamente condivisibile, soprattutto ai fini della tutela di un bene indisponibile quale quello della vita, ed in questo senso è fuor di dubbio che il medico abbia il dovere di ascoltare quanto di utile possono riferire i familiari del paziente in relazione alla volontà di quest'ultimo. «Ma sarebbe francamente eccessivo richiedere al medico di aprire una sorta di istruttoria, facendosi promotore di una ricerca intesa a ricostruire l'intendimento del paziente. Oltre tutto, lo svolgimento di un siffatto compito investigativo da parte di improvvisati *detectives* in camice bianco può ostacolare un sollecito intervento terapeutico e risultare finanche disfunzionale per l'organizzazione complessiva della struttura sanitaria». <sup>2</sup>

Vi sono quindi due strade: o si ammette la legittimità delle direttive anticipate oppure sovviene il consenso presumibile del paziente, fondato sulla base del comune istinto di autoconservazione e, perciò, sulla comune esperienza, sull' *id quod plerumque accidit*, che fa ritenere prevalente la volontà di vivere del paziente e pertanto, integra una presunzione *juris et*

---

<sup>2</sup> F. Giunta, Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 2, 377.

*de jure* che questi avrebbe prestato, se avesse potuto, il proprio consenso all'intervento.<sup>3</sup>

In questo modo ad un dissenso presunto o formulato in modo informale, si sostituisce una *fiction iuris* – il brocardo *in dubio pro vita* – che negando qualsiasi valore al principio dell'autodeterminazione viene a vanificare anche eventuali opzioni del malato per un tipo di intervento piuttosto che per un altro, in quanto ogni sua scelta sarebbe di dubbia validità per il fatto stesso della sua inattualità, e l'atto medico dovrebbe allora ispirarsi esclusivamente ad un *best interest* del tutto eterodeterminato.<sup>4</sup>

2) «un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica» - Anche questo appare un criterio ineccepibile, se non fosse che la pratica del consenso informato (e la stessa enunciazione astratta della Corte) si fonda sull'ideale del paziente ragionevole: un individuo di classe sociale media o alta, con discreta o buona istruzione, capace di districarsi tra le opzioni proposte dai medici e di scegliere razionalmente poiché sa perfettamente cosa è bene per la propria salute. In realtà quest'immagine non è trasferibile nella quotidiana pratica medica, sarebbe sufficiente mettere in evidenza che questo abito va strettissimo alla maggior parte degli anziani malati. «La capacità di decidere del paziente presuppone quella di comprendere l'informazione; ma il rapporto tra il medico ed il paziente è un incontro-scontro tra diseguali; completamente sbilanciato dalla parte del medico, che è il depositario di un sapere esclusivo. D'altro canto, la disponibilità del medico alla comunicazione è condizione necessaria ma non sufficiente. Differenze di cultura, giochi linguistici, capacità di accettare o meno una prospettiva anche dura, o addirittura senza speranze,

---

<sup>3</sup> La dottrina manifesta in generale favore nei confronti delle direttive anticipate: S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, in part. p. 169 ss., il quale esclude l'esistenza di un obbligo di curarsi: «Nel caso di un esplicito rifiuto delle cure, anche manifestato in una fase precedente, non credo che si possa dare al dovere di cura una portata tale da travolgere la volontà dell'interessato. Il diritto alla salute, infatti, non sottintende un obbligo di cura: nel quadro di tale diritto devono ritenersi egualmente ammissibili sia la volontà di consentire che quella di rifiutare la cura»; M. Barni, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, p. 842; R. Milone, *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita not.*, 1997, p. 112; P. Rescigno, *Esperienze e realtà del mondo*, in *Bioetica*, 2001 (suppl.), p. 82; Id., *Il testamento biologico*, in *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Atti del Convegno di Padova, 3-4 novembre 1995, Milano, 1997, p. 67; V. Pocar, *Il testamento biologico e l'autodeterminazione del paziente*, Relazione la convegno «Di che vita morire. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura», Roma, 2 luglio 2003, in [www.abuondiritto.it](http://www.abuondiritto.it); P. Borsellino, *Il testamento biologico: verso quale legge?*, in *Notizie di Politeia*, XXII, 83, 2006, 115; A. Santosuosso, *Novità e remore sullo stato vegetativo persistente*, in *Foro it.*, 2000.

<sup>4</sup> In questo senso L. D'Avack, *Scelte di fine vita*, in AA.VV., *Il testamento biologico*, a cura della Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2006 per cui: «La tesi dell'*immediatezza* implica che la volontà del paziente debba essere rispettata solo nel caso in cui questi, pienamente cosciente, sia in grado di ribadirla fino alla fine senza incertezze. Altrimenti, scatta la presunzione del contrario. La presunzione cioè fondata sul *meccanismo della garanzia di vita*, in linea con quel *paternalismo medico* di dubbia conformità rispetto al più attuale indirizzo bioetico e giuridico che, nell'affermare il principio del rispetto dell'autonomia dell'uomo e della centralità della persona, tiene in debito conto anche la facoltà del soggetto di determinare e regolare la parte biologica della propria esistenza. Il principio dell'*immediatezza* di fatto mette in discussione l'esistenza di una continuità di *identità* tra chi sottoscrive la direttiva anticipata e chi poi sarà oggetto delle decisioni così manifestate».

rappresentano tutti ostacoli ardui da superare per il paziente, anche se aiutato dal medico». <sup>5</sup>

È fin troppo evidente che irrigidire l'aspettativa di informazione del paziente e la sua manifestazione di volontà, mortifica l'esigenza di un'informazione personalizzata e con essa il diritto di ciascun paziente ad essere adeguatamente edotto in modo da poter decidere consapevolmente.

3) «una cognizione dei fatti non soltanto “ideologica”, ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria» - Il criterio enunciato concerne l'oggetto del consenso, che non può essere ridotto esclusivamente alla consapevolezza del paziente di subire l'attività del medico, come attività genericamente caratterizzata da finalità terapeutiche.

Ma quand'è che l'informazione si può dire adeguata? In altri termini: quali e quante informazioni devono essere fornite dal medico al paziente?

Secondo la prassi medica consolidata l'informazione, per dar luogo ad un valido consenso, deve essere «onesta», cioè prestata: a) con chiarezza e comprensibilità del linguaggio; b) con essenzialità dei contenuti, dovendo essa avere come oggetto tutto ciò che è necessario per una decisione consapevole del malato: diagnosi, prognosi, possibilità e strumenti terapeutici; eventuali alternative terapeutiche; benefici e rischi; decorso postoperatorio e tempi di degenza; incidenza del trattamento sulla qualità della vita; strutture sanitarie più idonee allo scopo terapeutico; rischi in caso di rifiuto della cura. Il contenuto informativo naturalmente si specifica in rapporto al tipo di intervento.<sup>6</sup>

Il contenuto del consenso – com'è evidente - costituisce uno dei limiti, ma anche delle sfide lanciate al legislatore, nella disciplina delle direttive anticipate; in questo la Cassazione si fa portavoce dei dubbi già sollevati da Paolo Cendon - peraltro schierato tra i fautori del testamento biologico - che ha sottolineato non solo la sproporzione, in termini di precisione e previsione, tra ciò che può essere determinato nel testamento biologico e la molteplicità dei problemi che la situazione concreta può prospettare, ma anche il problema dei contenuti che, per quanto astrattamente minuziosi, si rivelerebbero nella gran parte dei casi generici, imprecisi, non sempre pertinenti, rispetto alle peculiarità della situazione da affrontare, ciò a prescindere dalla sfasatura che può venirsi a determinare per la diversità del contesto temporale-ambientale in cui la volontà è manifestata rispetto al momento cui tale volontà deve trovare attuazione. <sup>7</sup>

Ma come sostenuto dallo stesso illustre Autore vi è la necessità di procedere in materia «senza vincoli troppo stringenti sul terreno formale tanto più in quanto il panorama è complesso», poichè il vero obiettivo è quello di costruire uno statuto del paziente in cui mettere tutto quello che lo riguarda: il diritto alla dignità, l'autodeterminazione, la cura e l'assistenza.

---

<sup>5</sup> L. De Caprio, R. Prodrorno, P. Ricci, A. Di Palma, A. Bove, Consenso informato e decadimento cognitivo, in Riv. it. med. legale, 1998, 6, 901.

<sup>6</sup> F. Mantovano, Il consenso informato: pratiche consensuali, in Riv. it. med. legale, 2000,1, 9.

<sup>7</sup> P. Cendon, Il testamento per morire in pace, in «Testamento biologico, direttive anticipate di trattamento», Atti del Convegno di Trieste, 6 aprile 2005, in [www.debanfield.it](http://www.debanfield.it).

4) «un giudizio e non una precomprensione» - Con quest'ultimo criterio la Corte di Cassazione passa dal solido terreno dell'esperienza all'infido elemento del pensiero critico, della filosofia ermeneutica.<sup>8</sup>

Il concetto di precomprensione, così come sviluppato da Gadamer in «*Wahrheit und Methode*», rinvia infatti alla storicità della comprensione, alla presa d'atto che essa muta nel tempo, e dunque anche alla specifica storicità che caratterizza la comprensione della realtà.

Nel nostro caso la contrapposizione tra precomprensione e giudizio, cela il conflitto tra volontà «ora per allora» e volontà attuale, ma tale impostazione non è del tutto corretta in quanto la «storicità» non è intesa da Gadamer come un ostacolo alla comprensione e al giudizio, ma assume piuttosto una valenza «produttiva», poiché conduce ad arricchire il senso di un enunciato mediante la sua armonizzazione con le esigenze del presente.<sup>9</sup>

Proseguendo il discorso con i piedi ben piantati a terra, si deve sottolineare l'ambivalente rilevanza delle conclusioni della Cassazione che ritiene necessario «un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute».

E' interessante la finezza adoperata nella costruzione della frase e nell'uso sapiente dei termini, che sembrerebbero, a prima vista, censurare ogni ipotesi di introduzione del testamento biologico, ma ad uno sguardo attento non potrà sfuggire come in realtà si richieda: 1) che l'informazione sia successiva (e non precedente) alla «rappresentazione» - e non alla sussistenza o concretizzazione attuale - di un pericolo imminente ed inevitabile (il che quindi potrebbe realizzarsi anche nella formulazione del testo delle direttive anticipate); 2) un dissenso che «suoni» (non che sia effettivamente) attuale e non preventivo, in quanto il principio consensualistico mantiene intatta la propria vigenza anche nei confronti di un paziente incosciente, inerendo a fattori la cui salvaguardia non appare affatto priva di senso sol perché le potenzialità intellettive del soggetto siano temporaneamente venute meno. Non si può infatti ragionevolmente affermare che un interesse - quale quello «rivelato» da un'inequivoca manifestazione di volontà - non sia più tale nel momento in cui il titolare non ne possa più avvertire «sensorialmente» la consistenza: così ragionando, si finirebbe con il riconoscere, nell'uomo privo di conoscenza, una «non-persona» sfornita di qualsiasi garanzia giuridica, perché, in simile prospettiva, nessun bene potrebbe ormai competergli.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Sulla categoria della precomprensione, come momento dell'interpretazione preesistente all'esame del dato concreto, K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. di Baratta e Giuffrida Rapaci, Milano, 1970, 92 ss.; J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. di Patti e Zaccaria, Esi, 1983; F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Milano, 2002, 187 ss.

<sup>9</sup> D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria ?*, in *Etica&Politica*, 2006, 4 ss.

<sup>10</sup> A. Vallini, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1998, 4, 1422.

In questo senso – come ha sostenuto D'Avack <sup>11</sup> - «il concetto di attualità esprime un requisito logico e non meramente cronologico-temporale. Se così non fosse potrebbe diventare complesso giustificare gran parte degli interventi chirurgici, in quanto in tali ipotesi il consenso viene espresso dal paziente prima e non durante tutto il corso dell'intervento, sicché in questi casi le manifestazioni di volontà espresse non risultano essere in concomitanza temporale con la lesione e l'intervento medico», ossia non sono strettamente «attuali».

Si è sostenuto così che la legge sui trapianti di organi (legge n. 91/1999) abbia già da tempo aperto la strada a una vera e propria rivoluzione in tema di validità del *living will*, fondandosi sulla volontà espressa, anche mediante il silenzio, dal soggetto in vita, ritenendo preferibile la volontà espressa dell'interessato, seppure priva del requisito della contestualità, rispetto a una volontà presunta, resa da familiari o da medici.

Rimane infine lo scoglio rappresentato dalla frase finale del citato capoverso della sentenza per cui testualmente si richiede «un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute». Tuttavia quest'ultima proposizione è intrinsecamente contraddittoria, non solo perché, dopo l'effettuazione del trattamento sanitario invasivo in una situazione di emergenza, un rifiuto *ex post* è influente ed inefficace (salvo stabilire una pericolosa responsabilità postuma a carico del sanitario), ma anche perché se il paziente è in stato di incoscienza, se il malore o la lesione sono improvvisi, non vi potrà essere una consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni, il che ci riporta alle due alternative o si riconoscono le direttive anticipate o ci si abbandona alla presunzione di consenso.

Ma la Corte sembra propendere per la prima soluzione (sia pure non facendone un manifesto programmatico) laddove – dopo aver sostenuto che «come la validità di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza della doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso, così la efficacia di uno speculare dissenso *ex ante*, privo di qualsiasi informazione medico-terapeutica, deve ritenersi altrettanto impredicabile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita» - sottolinea come sia «innegabile [...] l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari».

Credo che la migliore definizione che si possa dare di quell' «articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita» sia «documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere

---

<sup>11</sup> L. D'Avack, Scelte di fine vita, cit.

sottoposto nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato». (Definizione di testamento biologico data nel documento del CNB, «Dichiarazioni anticipate di trattamento», 18 dicembre 2003).

Si può quindi asserire che la sentenza della Cassazione commentata sia in aperto contrasto con la sentenza «Englaro»? <sup>12</sup> Modestamente direi di no.

Riporto solo la massima della sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748 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 nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

Come è stato acutamente rilevato <sup>13</sup> la Corte facendo uso dello strumento della rappresentanza attributiva o *substituted judgement*, ha concesso al rappresentante di «agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del "best interest", [di] decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

Si consente in tal modo l'esplicazione, da parte del paziente in stato di incoscienza (irreversibile), di una manifestazione di volontà, altrimenti preclusa dal suo stato fisiologico, realizzata in maniera *espresa, inequivoca, attuale, informata* per il tramite del rappresentante.

---

<sup>12</sup> A. Gambino, Anche per la Cassazione ora il testamento biologico è inammissibile, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>13</sup> G. Gennari, La Corte Suprema scopre il substituted judgement, in RCP, 2008, 5, 1119.

Tale indirizzo viene confermato dalla sentenza del 2008 per cui «innegabile [...] l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia [...] un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari».

Credo quindi che qualora si desse (finalmente) esecuzione alla sentenza adottata dalla Corte d'appello di Milano, resa in data 9 luglio 2008, ciò non avverrebbe certo in applicazione di un indirizzo «alieno» e minoritario nella nostra giurisprudenza.

\* Cultore di diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo