

Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*

di Giorgio Grasso*

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi: alcune citazioni d'autore, tanto per cominciare. – 2. Delimitazione del tema, obiettivi della relazione e piano di lavoro. – 3. Alle origini del consenso informato: qualche cenno comparatistico alla luce dell'esperienza statunitense. – 4. L'art. 32 Cost.: tracce del consenso e del consenso informato nella più risalente dottrina costituzionalistica (e civilistica) italiana. – 5. La discussione sull'art. 5 c.c. ed una ricognizione del formante normativo di riferimento. La mancanza di una legge generale sul consenso informato e la disciplina del consenso e del consenso informato in numerose leggi e normative di settore. – 6. Alla ricerca di una disciplina generale del consenso informato: la Convenzione di Oviedo del 1997 e il Codice di deontologia medica del 2006. Il testo unificato in discussione in Parlamento. – 7. Gli esiti della giurisprudenza della Corte di cassazione: Cassazione civile e Cassazione penale non vanno sempre “a braccetto”? – 8. La giurisprudenza della Corte costituzionale. In particolare: il consenso informato nella sent. n. 438 del 2008, tra art. 32 ed art. 13 Cost. – 9. Un primo tentativo di risposta, alla luce della ricostruzione compiuta, alle due domande formulate all'inizio della ricerca: a) il consenso informato è un obiettivo davvero raggiungibile? Il possibile contributo del diritto (costituzionale). – 10. b) Consenso informato e libertà di scelta: le ragioni dell'autodeterminazione e della rinuncia a curarsi. I limiti e le incognite dell'impiego del principio di maggioranza nelle questioni eticamente controverse. Una critica alle concezioni unilaterali dell'autodeterminazione. C'è uno spazio per la doverosità delle cure? – 11. Problemi vicini e lontani: consenso informato e direttive anticipate di trattamento. – 12. Ancora una citazione *d'antan*, così per concludere.

1. *Rilievi introduttivi: alcune citazioni d'autore, tanto per cominciare*

Occuparsi di “consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo”, come suggerisce il titolo della relazione che mi è stata assegnata, porta intuitivamente ad aprire lo sguardo a profili di ricerca che esulano dalla semplice angolazione del diritto costituzionale, lambendo, per rimanere solo nel campo della scienza giuridica, profili penalistici e civilistici di assoluto rilievo, e consente, al contempo, di introdurre meglio lo studio del tema, anche sotto un profilo culturale più generale, ricorrendo a qualche citazione “accattivante” presa in prestito da altre scienze o da generi letterari estranei al mondo del diritto.

* In corso di stampa in G. Cocco (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, Milano 2012, 19 ss. Il testo conserva largamente l'impostazione della relazione presentata al Convegno, di cui si pubblicano ora gli *Atti*, con qualche successivo aggiornamento, ed è stato chiuso definitivamente per la stampa il 20 maggio 2011.

· Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi dell'Insubria. E-mail: giorgio.grasso@uninsubria.it.

Si tratta, in particolare, di cinque riferimenti, quasi fossero camei cinematografici, non sempre del tutto originali invero, perché già utilizzati dalla letteratura scientifica (giuridica e non) che ha affrontato questo argomento di indagine, ma che mi sono parsi, a vario titolo, carichi di un qualche significato, per l'impostazione complessiva del presente lavoro. Nell'ordine, con incursioni, nel tempo e nello spazio, tra filosofia, prosa, storiografia, teatro e storia richiamerò allora: Platone, Edgard Allan Poe, Alessandro Magno, Molière e il processo di Norimberga ai medici nazisti.

Nel IV libro delle Leggi, Platone, affrontando il problema dei doveri del medico e dopo aver distinto tra la posizione degli schiavi e quella degli uomini liberi, sostiene che “a curare le malattie degli uomini liberi è (...) il medico libero, il quale segue il decorso del morbo, lo inquadra fin dall'inizio secondo il giusto metodo, mette a parte della diagnosi lo stesso malato e i suoi cari e così facendo nel medesimo tempo impara qualcosa dal paziente e, per quanto gli riesce, anche gli insegna qualcosa. A tale scopo egli non farà alcuna prescrizione prima di averlo in qualche modo convinto, ma cercherà di portare a termine la sua missione che è quella di risanarlo, ogni volta preparandolo e predisponendolo con un'opera di convincimento”¹.

Al di là di tutti i limiti di correlare “la pratica dell'informazione e del consenso con la qualità e la posizione di una persona definita libera”², che sembra denotare un'interpretazione un po' classista del ruolo del medico, certo legata ai tempi e alle differenze, nella società ateniese, tra uomini liberi e schiavi, si tratta in tutta evidenza di un approccio molto attuale e moderno in tema di consenso e di persuasione, che Platone utilizzerebbe anche nel Gorgia, mentre nel Politico sembrerebbe prevalere in lui un'idea più tradizionale di medicina di tipo “paternalistico”, vicina e in aderenza ai principi del *Corpus ippocratico*³.

Edgard Allan Poe, in un conosciuto racconto del 1845, “The Fact in the Case of M. Valdemar”, narra una storia fantastica, pur creduta vera dai lettori dell'epoca, di un esperimento compiuto su una persona in fin di vita, utilizzando le teorie sul c.d. mesmerismo o magnetismo animale, elaborate dal medico tedesco Franz Anton Mesmer e che in quegli anni, prima di essere del tutto smentite dalla scienza medica, avevano trovato qualche credito nella comunità scientifica.

¹ Vedi M. TAVANI, M. PICOZZI, G. SALVATI, *Manuale di deontologia medica*, Giuffrè, Milano 2007, 341, da cui è la citazione, nonché V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, in *ACTA Otorhinolaryngologica Italica*, 2005, vol. 25, 316, P. DALLA-VORGIA, J. LASCARATOS, P. SKIADAS, T. GARANIS-PAPADOTOS, *Is consent in medicine a concept only of modern times?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2001, vol. 27, 59 ss., G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano 2008, 3 e C.D. LEOTTA, *Consenso informato*, in *Digesto discipline penalistiche, Aggiornamento*, Vol. V, UTET, Torino 2010, 100 e 103, nota n. 6.

² Così V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 316.

³ Per tale ricostruzione v. P. DALLA-VORGIA, J. LASCARATOS, P. SKIADAS, T. GARANIS-PAPADOTOS, *Is consent in medicine a concept only of modern times?*, cit., 59. Ma per un richiamo alle tesi di Ippocrate cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, cit., 4.

Il protagonista del racconto, il signor P., prima di iniziare tale esperimento, chiede al paziente (il signor Ernest Valdemar) di dare il suo consenso, alla presenza di testimoni; “lo pregai” – scrive Poe, immaginando un dialogo in prima persona tra il signor P. e il signor Valdemar – “di dichiarare con la massima chiarezza possibile se egli, signor Valdemar, era assolutamente consenziente a che io eseguiessi l’esperimento di mesmerizzarlo nelle condizioni in cui si trovava in quel momento”, ottenendo il consenso del signor Valdemar (“Sì, desidero essere mesmerizzato”)⁴.

In un breve articolo del 2003, pubblicato su *Lancet*, una delle riviste mediche più prestigiose e con più alto *impact factor*, lo stralcio di tale racconto viene considerato una delle prime descrizioni di consenso informato⁵.

Le malattie di Alessandro Magno, raccontate dagli storici del tempo (Arriano, Diodoro, Plutarco, Quinto Curzio), risultano molto interessanti relativamente ai profili della medicina difensiva, intimamente collegata al tema del consenso informato.

In due circostanze almeno, Alessandro Magno, gravemente malato e poi ferito in battaglia, è a rischio della vita; i suoi medici personali sono molto dubbiosi se e come curarlo, e se operarlo, temendo di essere puniti, col sacrificio della loro stessa vita, nel caso di insuccesso della terapia e di morte dell’Imperatore. Poi Alessandro Magno li autorizza, assicurando loro una sorta di immunità, e quindi viene curato e operato, ottenendo la guarigione⁶.

Molière, ne “Il malato immaginario”, descrive un dialogo tra il protagonista, Argante, e il dottor Diarroicus; il primo chiede al secondo se ha intenzione di mandare il figlio, anch’egli medico, a lavorare a corte. La risposta di Diarroicus è la seguente: “non è mai stato di mio gradimento esercitare la professione nell’ambito dei potenti; ho sempre pensato che fosse meglio per noi dedicarci alla gente comune. La gente comune è di tutto comodo. Non dovete rispondere delle vostre azioni; e, purché si seguano le regole correnti dell’arte, non ci si preoccupa di quel che può capitare. Quel che dà fastidio nei potenti è che quando sono malati pretendono assolutamente che i medici li guariscano”.

Si intuiscono, da queste due ultime vicende, con un’eco già presente in Platone, il rilievo che ha, per la professione del medico, il livello socio-economico del paziente e la circostanza che se il paziente è

⁴ Il richiamo a Poe è di E.L. ALTSCHULER, *Informed consent in an Edgar Allen Poe tale*, in *The Lancet*, 2003, vol. 362, 1504, ed è stato poi ripreso da V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 322 e da F. CEMBRANI, *Ancora in tema di “consenso informato” all’atto medico: da autorizzazione formale a cultura della condivisione*, in http://www.jus.unitn.it/biodiritto/pubblicazioni/docs/Consenso_cembrani.pdf, nonché in *Rassegna giuridica della sanità (RAGIUSAN)*, 2004, vol. 245-246, 216 ss.

⁵ Cfr. E.L. ALTSCHULER, *Informed consent*, cit., 1504.

⁶ Cfr. P. DALLA-VORGIA, J. LASCARATOS, P. SKIADAS, T. GARANIS-PAPADOTOS, *Is consent in medicine a concept only of modern times?*, cit., 60; V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 317.

nobile, aristocratico o potente vi è una subalternità del medico, mentre in tutti gli altri casi si delinea quella connotazione paternalistica-autoritaria del ruolo del medico, che arriverà sino ai giorni nostri: il medico ha la responsabilità morale e giuridica di curare il malato, quest'ultimo ha il dovere di obbedire, accettando “completamente le decisioni, le scelte e l'opera del curante”⁷.

Infine, come ultimo rimando, il processo di Norimberga ai medici nazisti, che si conclude il 20 agosto del 1947 con la sentenza “U.S.A. *versus* Karl Brandt” (commissario del Reich per la sanità), che fissa dieci principi fondamentali che devono guidare gli esperimenti medici, dando vita a quello che è chiamato comunemente il Codice di Norimberga.

Il primo di questi principi stabilisce quanto segue: “Il consenso volontario del soggetto da esperimento è assolutamente indispensabile. Ciò significa che l'interessato deve avere la facoltà di dare o negare il suo consenso; deve essere in condizione di decidere liberamente, senza che la decisione gli sia estorta con la violenza, l'inganno, l'astuzia, le pressioni, le illusioni o qualsiasi altra forma d'influenzamento o di costrizione; e deve avere un'idea chiara di che cosa si tratta, in modo da poter prendere una decisione ragionevole e veramente cosciente. Quest'ultima condizione significa che, prima di accettare il sì dell'interessato, questi deve essere informato sulla natura, la durata e lo scopo dell'esperimento, nonché sui metodi e sui mezzi che saranno adoperati, sugli effetti spiacevoli e sui pericoli che si ha ragione di prevedere, e sulle possibili conseguenze per la sua salute o per la sua persona. Chiunque ordini, diriga o esegua un esperimento, ha il preciso dovere di accertarsi della validità del consenso. Si tratta di un dovere personale e di una responsabilità personale che non si possono impunemente trasferire ad altri”⁸.

Su quello che accadde in questo processo va segnalato quanto segue.

Tutti i giudici erano statunitensi, a differenza del collegio giudicante del processo “principale” ai gerarchi nazisti (i c.d. *major war criminals*), nel quale vi erano giudici di nazionalità delle quattro potenze vincitrici, in virtù di un'apposita disciplina che autorizzava i comandi delle quattro zone di occupazione della Germania ad istituire, singolarmente, tribunali militari competenti “a processare per reati di aggressione, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e filiazione a organizzazioni aventi come fine detti crimini”⁹; i giudici si servirono della consulenza e della perizia tecnica di

⁷ Così ancora V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 317. Ma per un'altra citazione d'autore, questa volta da Tolstoj, a sostegno di quanto si viene a dire nel testo cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, cit., 5, nota n. 7: al capezzale di Ivan Il'ic, gravemente malato, accorrono numerosi medici che lo trattano come un bambino, “prescrivono la terapia e benevolmente spiegano che, seguendola, tutto si può aggiustare, ma non informano il paziente sul suo effettivo stato di salute né gli comunicano la cattiva prognosi”.

⁸ Vedi il brano citato in A. MITSCHERLICH, F. MIELKE, *Medicina disumana. Documenti del “Processo dei medici” di Norimberga* (1949), Feltrinelli editore, Milano 1967, 216.

⁹ Cfr. M. CATTARUZZA, I. DEAK, *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, UTET, Torino 2006, 64.

medici americani (in particolare di Andrew Conway Ivy e di Leo Alexander) ed anzi proprio i principi enunciati nella sentenza “U.S.A. *versus* Karl Brandt”, probabilmente, devono la loro formulazione a un dibattito praticamente coevo sorto all’interno dell’*American Medical Association*¹⁰, dimostrando quindi che, se i tremendi esperimenti svolti a Dacau, Auschwitz ed in altri campi di concentramento furono il frutto di un’aberrante strategia del regime nazista, in quegli anni, altrove, compresi gli Stati Uniti d’America, si facevano esperimenti clinici, non solo senza alcun consenso, ma anche praticando continui abusi e violazioni dei diritti fondamentali dell’uomo. Molto inquietante, ma non lontana dal vero appare, in proposito, la deposizione di uno degli imputati, Gerhard Rose, poi condannato all’ergastolo, che cercando di difendere strenuamente e di giustificare il suo operato venne a sostenere che la volontarietà delle persone sottoposte a sperimentazione, in Germania come negli Stati Uniti, fosse frutto di un inganno dei medici, basato su uno “sfruttamento dell’ignoranza, della frivolezza, delle difficoltà economiche o di altra emergenza in cui si trovano i soggetti alla sperimentazione”, e concludendo che “ogni sincero e decente scienziato confermerà questi fatti in una conversazione privata, ma non farebbe mai una simile dichiarazione in pubblico”¹¹.

Si deve anche dire che dopo Norimberga, l’illusione di Norimberga, secondo qualcuno¹², non finirono per molto tempo le sperimentazioni cliniche “sospette”, in giro per il Mondo¹³!

¹⁰ Vedi P. WENDLING, *The Origins of Informed Consent: The International Scientific Commission on Medical War Crimes, and the Nuremberg Code*, in *Bulletin of the History of Medicine*, 2001, vol. 75, 37 ss.

¹¹ Il passo è riportato in A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2001, 177; v. anche A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di trattamenti sanitari*, in www.astridonline.it, 2009.

¹² Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, cit., 165. In tale contesto, altri tre elementi non vanno, probabilmente, trascurati: il primo è che paradossalmente la Germania, allora Impero Prussiano, era stato il primo Paese già all’alba del Novecento a dotarsi di norme e direttive in tema di sperimentazione (v. R. DE FRANCO, *In nome di Ippocrate. Dall’“olocausto medico” nazista all’etica della sperimentazione contemporanea*, Franco Angeli, Milano 2001, 149 ss. e A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, cit., 174); il secondo è che atti internazionali successivi, come la Dichiarazione di Helsinki del 1964, dell’Associazione medica mondiale, non hanno sempre sviluppato adeguatamente i principi del Codice di Norimberga, anche facendo qualche passo indietro in tema di consenso informato in ambito di sperimentazioni cliniche (v. ancora R. DE FRANCO, *In nome di Ippocrate*, cit., 168 ss.), che pure esige una tutela rafforzata rispetto al “normale” consenso informato ai trattamenti sanitari; il terzo è che i risultati degli esperimenti di Norimberga, senza citarne prudentemente la fonte, furono a lungo utilizzati dalla scienza medica tedesca, almeno sino alla fine degli anni Ottanta del Novecento.

¹³ Per recenti, assai inquietanti, indicazioni su sperimentazioni cliniche condotte da case farmaceutiche in Paesi poveri e sottosviluppati, fuori dai limiti della Dichiarazione di Helsinki, anche con il “salvacondotto” dei Paesi ricchi, nel caso gli Stati Uniti d’America, cfr. M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano 2011, 193, nota n. 7.

2. *Delimitazione del tema, obiettivi della relazione e piano di lavoro*

Ma, rinviando al prosieguo della relazione la verifica dell'utilità di questi riferimenti iniziali, in base all'argomento che mi è stato affidato, in un Convegno dedicato a "Lo Statuto giuridico delle informazioni", credo che, se ho ben colto le intenzioni dei curatori, sia mio compito sondare (e interrogarmi) su due questioni principali.

La prima: il consenso informato, per quanto coscientemente e liberamente acquisito, all'interno del rapporto relazionale tra medico e paziente (vera e propria alleanza terapeutica), è davvero in grado di superare la naturale asimmetria informativa tra i due soggetti? Oppure anche nelle migliori condizioni possibili, quelle che rispettano tutti i dettami normativi esistenti (l'art. 32 Cost. e/o altre disposizioni costituzionali che fanno da cornice al tema; il Trattato di Oviedo e la Carta di Nizza; la legislazione settoriale; il codice di deontologia medica; le "norme" originate dalla prassi medica), il consenso informato è destinato a rimanere un'utopia, non riuscendo a colmare il *deficit* di conoscenza di chi deve subire un intervento medico e/o medico-chirurgico rispetto a chi ha la competenza tecnico-scientifica dell'*ars medica*?

Vale, cioè, rispetto a tale nozione, l'equazione apparentemente scontata: più conosco (e più sono informato), più posso scegliere consapevolmente? Oppure permane, sotto l'ombrello (e lo schermo) di un paternalismo di matrice illuminista che fatica ad essere accantonato, una condizione inevitabile di non parità tra le due parti del rapporto, o comunque il consenso informato finisce per sfumare in un rapporto meramente fiduciario tra paziente e medico, dove quello che conta, in fondo, è solo l'affidamento totale ed esclusivo del primo nei confronti del secondo?

La seconda: il consenso informato implica, intuitivamente e con pochi dubbi davvero, anche la possibilità di rifiutare (e/o interrompere) un determinato trattamento sanitario, una cura, un intervento chirurgico (quando il consenso diventa dissenso, si potrebbe dire). In tale situazione, al di là di non poche ipotesi nelle quali è molto difficile, se non impossibile, acquisire il consenso in modo davvero consapevole (e non ci si riferisce, come si dirà, soltanto ai casi, più conosciuti dalle cronache, ma numericamente marginali, di chi conduce la sua esistenza in uno stato vegetativo persistente non reversibile), come viene a risolversi (se viene a risolversi) l'inevitabile dilemma tra principio di piena autodeterminazione (la "libera autodeterminazione del soggetto in ordine alla propria persona"¹⁴) e tutte le diverse conseguenze che possono derivare dal mancato trattamento sanitario, e che riguardano la vita e spesso anche la morte di una persona? Quale è (se vi è) il punto di bilanciamento, di giusto equilibrio, da cogliere mediante un "giudizio di meritevolezza degli

¹⁴ Così F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, 303.

interessi perseguiti”¹⁵? Che fare, poi, quando oggettivamente il consenso non può essere (più) dato, perché la volontà della persona “non è coscientemente espressa o esprimibile”¹⁶, in assenza di un’idonea disciplina normativa? Quale spazio lasciare ai giudici? E’ opportuno (e costituzionalmente ammissibile) ricorrere a direttive anticipate di trattamento? E che cosa si può provare a suggerire a un legislatore che non potrà continuare “all’infinito” ad essere recalcitrante, rispetto a quello che pare un doveroso intervento sulla materia: l’opzione per una regola di approccio caso a caso, *fattispecie per fattispecie*¹⁷, o le premesse per costruire una dettagliata e pervasiva disciplina generale?

Le due domande intrecciano, come ben traspare, altri numerosi quesiti e presuppongono che si individuino, preliminarmente, il significato più profondo del concetto che sta alla base della relazione, quello di consenso informato appunto.

Con l’avvertenza che, se non si potrà prescindere da un esame di profili anche non strettamente giuridici dell’argomento, già evidenziati con le citazioni di esordio, così come dall’indagine di problemi di natura prettamente civilistica e/o penalistica, è chiaro tuttavia che la prospettiva lungo cui ci si muoverà sarà soprattutto quella giuspubblicistica, del diritto costituzionale in particolare.

Il punto nodale (e nevralgico) sarà allora quello di ragionare sul fondamento costituzionale del consenso informato, per poi articolare la relazione secondo la seguente scansione.

Dopo aver fornito qualche ulteriore cenno sulle origini del consenso informato, anche da una visuale comparatistica (con particolare allusione all’esperienza statunitense), mi concentrerò in modo specifico sulle vicende italiane.

Il naturale, primo, riferimento di ogni discorso sarà l’art. 32 Cost., nel primo e soprattutto nel secondo comma, osservando subito però, già da questi rilievi iniziali, che la piena padronanza concettuale del tema deriva nel nostro Paese prevalentemente da fenomeni di importazione, trovando nel formante giurisprudenziale della Corte di cassazione le sue matrici essenziali (a partire dalla discussa e conosciuta sentenza Massimo del 1992: v. par. 7) e via a via richiami sempre più consapevoli nel dato normativo internazionale e comunitario (Convenzione di Oviedo del 1997, ratificata con l. 28 marzo 2001, n. 145, ma che continua a rimanere inoperante in Italia, per il

¹⁵ Così R. ROMBOLI, *Art. 5 (Atti di disposizione del proprio corpo)*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Art. 1-10. Persone fisiche*, Zanichelli-il Foro italiano, Bologna-Roma 1988, 243.

¹⁶ Così B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 40.

¹⁷ L’uso della tecnica della *fattispecie*, che porta a “distinguere le situazioni descrivendole analiticamente, piuttosto che limitarsi ad applicare principi astratti, e in generale [a] ricercare soluzioni che armonizzino i valori in gioco, vita solidarietà libertà autonomia, senza sacrificare l’uno o l’altro sull’altare di uno solo”, e senza “assoggettare situazioni differenti alla tirannia di un unico valore”, è giustamente auspicato da A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 270 e 279 e *passim*.

mancato deposito degli strumenti di ratifica presso il Consiglio d'Europa, e Carta dei diritti dell'Unione europea: v. par. 6) ed interno (varie leggi settoriali, che saranno successivamente esaminate: v. par. 5).

Sulla giurisprudenza di legittimità (e di merito), più recentemente si è innestata anche la giurisprudenza costituzionale, già con precedenti pronunce e poi soprattutto con la fondamentale sent. n. 438 del 2008, di cui si dirà più avanti (al par. 8).

Ma proprio l'immediato richiamo all'art. 32 (e ad altre disposizioni costituzionali che risultano centrali per la discussione: l'art. 13, in primo luogo, ma anche l'art. 2) rende non superflua una preliminare ricognizione nella dottrina costituzionalistica, soprattutto, in questo primo corno d'analisi, di quella antecedente temporalmente al momento in cui il problema del consenso informato diventa discriminante nel dibattito del nostro Paese, cioè gli anni Novanta del Secolo scorso, che rappresentano un vero e proprio spartiacque della riflessione sul consenso informato.

Grandi maestri si sono occupati, infatti, in tempi "non sospetti", dell'interpretazione dell'art. 32, specie del suo secondo comma: mi riferisco a noti contributi di Mortati, Crisafulli, Sandulli, Modugno, Carlassare, Onida (v. il par. 4) e quello che si cercherà di sostenere, per questa parte, è che, anche se in modo a volte indiretto e senza la piena cognizione della riflessione *post* Oviedo o forse almeno *post* sentenza Massimo, alcuni dei nodi salienti del consenso informato erano già tutti lì. Senza dubbio, del resto, gli esiti di quelli che poi sarebbero stati gli elementi essenziali della futura discussione erano ben presenti in certa letteratura civilistica degli anni Cinquanta del Novecento, specificamente interessata a interrogarsi sulla liceità del trattamento medico-chirurgico (v. in particolare Cattaneo, di cui si darà conto più avanti, ancora al par. 4).

Dalla dottrina sull'art. 32 Cost., all'indagine del quadro normativo sub-costituzionale sull'argomento, a lungo incentrata sul significato dell'art. 5 del c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che "cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica" (v. il par. 5), e poi rivolta a rinvenire in variegata disposizioni di legge o in specifiche normative di settore "traccia" di una qualche disciplina sul consenso informato.

Anche qui emerge una constatazione non irrilevante, già in queste battute introduttive: l'assenza di una normativa generale che regolamenti le modalità di rilascio del consenso informato, non potendosi considerare certamente tale, nella sua pienezza, l'art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, e rimanendo in *stand-by* quella Convenzione di Oviedo, cui si è già fatto cenno e che pure sarà presa in considerazione (al par. 6), che invece potrebbe rappresentare proprio quell'essenziale cornice di riferimento che, tuttora, manca nel nostro ordinamento.

Infine, come ausilio per la definizione del fondamento (costituzionale) del consenso informato, la giurisprudenza: con una Corte costituzionale, come si è già accennato, fortemente debitrice delle

risultanze della giurisprudenza della Corte di cassazione civile e penale, in un dialogo costante che lascia aperte, però, alcune potenziali contraddizioni e numerosi problemi insoluti (v. i par. 7 e 8)

Con il concetto di consenso informato che si andrà a ricavare da tutti i passaggi che ho qui brevemente descritto, nella parte conclusiva della relazione (par. 9, 10 e 11), proverò a rispondere alle due domande che poco sopra sono venute a porre all'attenzione.

3. *Alle origini del consenso informato: qualche cenno comparatistico alla luce dell'esperienza statunitense*

Non vi è dubbio che vi sia una matrice statunitense del consenso informato, in una giurisprudenza risalente già almeno all'inizio del Novecento¹⁸ e che, poi, trova nel noto caso Salgo del 1957 ("Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees et al.") una sua decisiva formulazione.

La Corte d'appello della California condannò l'Università di Stanford per i danni subiti dal signor Martin Salgo, un cinquantenne affetto da problemi di vasculopatia, che dopo aver effettuato un'aortografia translombare rimase paralizzato agli arti inferiori.

La Corte d'appello, in particolare, contestò ai medici di aver compiuto l'intervento in mancanza di una preventiva informazione nei confronti del paziente dei rischi insiti nell'operazione, sostenendo che: "A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to the proposed treatment", riferendosi, appunto, a un *intelligent consent*, consenso consapevole da parte del paziente al trattamento proposto, che nel corso della sentenza viene definito poi, due volte, *informed consent*.

In successive decisioni, anche della Corte suprema federale¹⁹, si è affermato il conseguente diritto costituzionale del paziente di rifiutare un determinato trattamento sanitario (caso *In re Quinlan* del 1976, della Corte suprema del New Jersey; soprattutto caso *Cruzan v. Director* del 1990, della Corte suprema federale, nel quale si afferma che: "A competent person has a liberty interest under the Due Process Clause in refusing unwanted medical treatment")²⁰.

¹⁸ Vedi indicazioni già in G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, 950, note n. 1 e 2, nonché, tra gli altri, ora in C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 1055-1056; ma per più antichi spunti ancora, addirittura con una casistica di fine Settecento, v. pure V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 320-321 e M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 210 e ss.

¹⁹ Vedi C. CASONATO, *Il consenso informato*, cit., 1056, nonché A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 17 ss.

²⁰ Si noti anche che, in questa seconda decisione, la Corte suprema considera conforme a Costituzione la legge statale del Missouri che, "in riferimento a persone divenute incapaci di esprimere la propria volontà, condizionava l'interruzione di

Informed consent, come elemento chiave, dunque, che comprende al suo interno anche il diritto di rifiutare un trattamento sanitario, fosse pure salvavita (di idratazione o nutrizione in particolare).

Ma qui, proprio alle radici della nascita del concetto, si pone un problema di traduzione, nel momento in cui, perlomeno, la nozione migra nel diritto italiano.

Si è sostenuto, infatti, non senza qualche ragione, che la traslitterazione dell'espressione *informed consent* sia avvenuta in modo grossolano e ambiguo, essendo probabilmente più coerente e corrispondente al testo (e all'etimologia) della lingua inglese la locuzione "informazione per il consenso"²¹. Il consenso, di conseguenza, avrebbe assorbito l'elemento informativo, ridotto al rango di mero aggettivo, mentre consenso e informazione sarebbero da tenere distinti, potendo essere paragonati "alle due facce della stessa medaglia"²².

Lo spunto, solo accennato, potrà essere di qualche utilità più avanti, quando, commentando la sent. n. 438 del 2008, con cui la Corte costituzionale italiana è venuta a definire il consenso informato nella sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, si guarderà ai rapporti tra la libertà di cura del cittadino e il diritto ad essere informato sulle cure e i trattamenti sanitari, che lo riguardano (v. il par. 8).

4. *L'art. 32 Cost.: tracce del consenso e del consenso informato nella più risalente dottrina costituzionalistica (e civilistica) italiana*

In quale modo la dottrina, non solo costituzionalistica, italiana ha affrontato il tema oggetto della presente relazione?

Secondo quanto si è accennato poco sopra, assume una qualche rilevanza compiere una sintetica ricognizione di alcune risalenti elaborazioni dottrinali, proposte già a partire degli anni Sessanta del Novecento, al fine di ricostruire il significato dell'art. 32 Cost., sia nel suo primo comma, dove la salute è considerata come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, sia, in trattamenti di sostegno vitale ad un onere probatorio particolarmente rigoroso", basato su prove chiare e convincenti (così ancora C. CASONATO, *Il consenso informato*, cit., 1056, di cui è la citazione, nonché A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci*, cit., 20).

²¹ Così V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 322. Cfr. anche M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 205, che rileva che tale calco dalla lingua inglese rischia di far pensare, erroneamente, che a essere informato è il consenso, piuttosto che il paziente che lo presta.

²² Cfr. sempre V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 322. Ma nel contributo di quest'A. (pag. 324), v. anche la sottolineatura, nel trapianto del concetto dagli Stati Uniti all'Italia, delle "dissimili tradizioni culturali e radici religiose", dei "differenti patrimoni dottrinali", delle "particolari origini storiche" e della profonda diversità tra i singoli ordinamenti giuridici.

modo più specifico, nel suo secondo comma, che richiede la riserva di legge (considerata quasi unanimemente relativa), per poter sottoporre un individuo a un trattamento sanitario obbligatorio, ponendo come ulteriore vincolo per la legge di non poter violare, in nessun caso, i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

In un contributo del 1961, pubblicato sulla *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Costantino Mortati, mettendo in correlazione l'art. 32 e l'art. 4, sembra negare, inizialmente, "l'esistenza di un diritto di libertà configurabile come "diritto ad essere malato", allorché il suo esercizio importi il venire meno di un qualsiasi rendimento sociale", ammettendo, di converso, "il dovere di subire gli interventi dell'autorità, quando essa venga a conoscenza della situazione, sostitutivi di quelli omessi dall'interessato"²³. Poi, correggendo in parte il suo approccio e constatando la mancanza nella legislazione vigente di disposizioni che abbinino sanzioni giuridiche alla doverosità del lavoro dell'art. 4, Mortati è costretto a riconoscere che "l'interesse sociale collegato con la prestazione dell'attività lavorativa" non è "di per sé sufficiente a giustificare l'imposizione dell'obbligo di mantenersi in buona salute e di assoggettarsi a quanto si renda necessario a tale fine"²⁴.

La prospettiva, poco generosa nei confronti del principio di autodeterminazione di chi rifiuta di essere sottoposto a cure mediche, e alla quale si accompagnano, tra l'altro, anche alcune prese di posizione abbastanza discutibili (e un po' imbarazzanti) in tema di trattamenti sanitari obbligatori (come quando Mortati non ritiene vietati dall'art. 32, c. 2, trattamenti rivolti a eliminare "la propagazione di determinate anomalie ad altri soggetti, anche se solo potenziali, come per esempio

²³ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana* (1961), ora in C. MORTATI, *Raccolta di studi*, Giuffrè, Milano 1972, vol. III, 437.

²⁴ Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute*, cit., 438-439; ma sulla mancata configurazione nell'art. 32 di un dovere alla salute, anche guardando alle tesi di Mortati, v. tra gli altri, negli anni successivi, G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, 251 ss. e F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori"*, cit., 312.

la prole generabile da alienati”)²⁵, rimane carica di ambiguità e certo pare abbastanza distante da qualsiasi discorso in tema di consenso, pure “non informato” si potrebbe dire.

Eppure dalla dottrina civilista e penalistica erano emersi, per tempo, già alcuni spunti davvero rilevanti.

A parte il precedente piuttosto isolato di Federico Grispi che, in due successivi contributi del 1914 e del 1921²⁶, aveva considerato, in particolare, come civilmente illecito, e quindi fonte di responsabilità per danni, “un trattamento medico-chirurgico, compiuto bensì secondo le regole dell’arte medica, ma senza il valido consenso del paziente”, spicca per originalità e capacità di anticipare i tempi un lavoro di Giovanni Cattaneo, allora assistente all’Università di Milano, risalente al 1957, il medesimo anno della citata sentenza Salgo, lavoro dedicato a studiare la liceità del trattamento medico-chirurgico.

In tale articolo²⁷, Cattaneo, dopo aver fondato la costituzionalità del consenso dell’interessato al trattamento sanitario sugli artt. 13 e 32 Cost., collega indissolubilmente il consenso all’obbligo del medico di informare l’interessato, specie dei rischi del trattamento sanitario, proprio perché “il paziente è di regola un profano dell’arte medica, per cui il suo consenso non avrebbe senso, se egli non ricevesse dal medico stesso le informazioni e le spiegazioni opportune”²⁸. L’informazione, le spiegazioni, i chiarimenti sono un obbligo del medico, anche se i codici deontologici del tempo puntavano generalmente a nascondere al paziente il diritto alla verità, relativa al suo stato di salute.

Il richiamo al nesso tra consenso e spiegazioni che il medico deve comunicare al paziente torna, ripetutamente, per tutto il lavoro e lambisce anche profili come quello del paziente che non è in grado di consentire, perché incosciente, nel qual caso la decisione di intervenire da parte del medico,

²⁵ Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute*, cit., 443. Vale la pena osservare che i margini di equivocità della posizione di Mortati, che pure a un certo punto, richiamando l’art. 5 c.c., sembra ritenere “vietata ogni violazione del diritto alla disponibilità del proprio corpo: diritto che come implica il consenso ad atti di disposizione su di esso a favore degli altri (in quanto mantenuti nell’ambito prescritto dall’art. 5 c.c.), così li esclude, anche se compiuti a salvaguardia del corpo stesso, allorché il consenso stesso manchi” (C. MORTATI, *La tutela della salute*, cit., 437), sono stati spesso trascurati da successivi autori, che hanno generalmente “perdonato” all’autorevole Maestro le oscillazioni sull’esistenza in particolare di un dovere costituzionale di curarsi. Così, ad esempio F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori”*, cit., 311, quando respinge le tesi di chi sostiene l’esistenza di un dovere del singolo alla salute e all’integrità fisica, cita il volume di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli 1972, e non il contributo di Mortati. Critico sulle tesi di Mortati, in ordine ad alcuni trattamenti sanitari coercitivi, di cui si è detto nel testo, è invece, in modo netto e del tutto condivisibile, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 780, nota n. 46.

²⁶ Sui quali v. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, cit., 172-173 e F.F. MONTI, *Responsabilità civile e penale del medico: luci ed ombre sul consenso informato nell’analisi della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1999, 214.

²⁷ Cfr. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente*, cit., 949 ss.

²⁸ Cfr. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente*, cit., 959.

oltre che dallo stato di necessità, dipende anche dal “consiglio delle persone della famiglia, le quali possono essere d’aiuto per conoscere l’eventuale volontà tacitamente o espressamente manifestata dal paziente, prima di cadere nello stato di incoscienza”²⁹, oppure quello del trattamento medico, contro la volontà del paziente del tutto cosciente, sulla base dello stato di necessità, ritenendosi vigente “la regola generale dell’autodeterminazione”, per la quale “la valutazione degli interessi in gioco, che il medico può fare in luogo del malato solo in caso di impossibilità di consentire, qui è fatta dal paziente stesso, il quale ha concluso che per lui la vita non ha più valore”³⁰.

Ma, tornando alla scienza costituzionalistica, già nel 1967, Lorenza Carlassare, in un saggio pubblicato in uno dei volumi degli *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, dedicato all’*Amministrazione sanitaria*, risolve negativamente la questione dell’esistenza di un dovere di curarsi a carico del singolo, in particolare sottoponendosi “a quei trattamenti che il sanitario ritenga necessari nel singolo caso, a meno che non siano previsti come obbligatori da un atto legislativo del Parlamento”³¹. Ne consegue allora che, se “solo un interesse *diretto* della collettività può giustificare l’imposizione di un obbligo da parte del legislatore”, risulta invece “illegittima l’imposizione di obblighi al singolo in relazione alla sua (...) salute, in mancanza di ripercussioni dirette sugli altri membri del corpo sociale”³², e, per quel che qui più interessa, sono vietati, fuori dai trattamenti sanitari imposti per legge, quelli “non consentiti dal soggetto anche se rivolti al suo personale interesse”³³.

Il consenso (informato) non c’è ancora, evidentemente, ma se ne individuano alcune prime avvisaglie.

Pochi anno dopo, nel 1973, un grande penalista, Giuliano Vassalli, commentando due sentenze originate da casi di “sterilizzazione tubarica operata dal medico chirurgo in occasione del parto cesareo, senza espresso previo consenso della partoriente, e tuttavia ispirata ad una ragionevole

²⁹ Cfr. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente*, cit., 958.

³⁰ G. CATTANEO, *Il consenso del paziente*, cit., 970. La posizione di Cattaneo appare tanto più “rivoluzionaria”, se confrontata con altre più tradizionali impostazioni, come quella di Alberto Musatti che, in un commento sempre del 1957 di una pronuncia della Corte di Appello di Venezia, sulla quale chiuderò la mia relazione (v. par. 12), ragionando del rapporto tra medico e paziente e pur riconoscendo necessaria l’adesione dell’interessato alle cure, parla del paziente come di un soggetto passivo, oltre che “interamente profano”, che si adeguerà alle prescrizioni del medico, “nel concreto delle quali la volontà del malato non entra per nulla (*ignoti nulla voluntas*), salvo che essa vi riconosca l’autorità del tecnico che le prescrive e le adotta”, in un itinerario “lungo il quale l’infermo ha accettato di farsi condurre per mano” (cfr. A. MUSATTI, *Contratto del sanitario col cliente*, in *Foro italiano*, 1957, I, 282 e 283).

³¹ L. CARLASSARE, *L’art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L’Amministrazione sanitaria*, Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza 1967, 109.

³² L. CARLASSARE, *L’art. 32 della Costituzione*, cit., 111, corsivo dell’A.

³³ L. CARLASSARE, *L’art. 32 della Costituzione*, cit., 110.

convinzione della necessità della sterilizzazione medesima, per evitare in caso di successiva gravidanza la rottura dell'utero e la morte della donna"³⁴, entra direttamente nel tema, suggerendo una soluzione che ben evidenzia l'inadeguatezza dello stato della riflessione di quel momento.

“Il criterio del consenso” – osserva Vassalli – “offre (...) una quantità di difetti”: in particolare, “a proposito della manifestazione di volontà del paziente, giustamente, soprattutto negli ultimi tempi, si è molto insistito, anche in Italia, sul dovere del medico di informare il paziente; ma la possibilità di valutazione del paziente, e per le sue scarse cognizioni e per il suo stato emotivo, restano necessariamente limitatissime. Come si può pretendere, salvo in alcuni casi-limite, di rimettere la discriminazione dell'intervento sanitario all'indagine sul contenuto di codesta manifestazione di volontà, quand'anche questa vi sia stata?”³⁵.

E poco più avanti Vassalli s'interroga se davvero il medico possa contenersi ad esercitare la sua funzione tipica “nell'ambito rigoroso e invalicabile di quel consenso, che non può quasi mai esser chiaro, libero e maturo”³⁶, concludendo che “è il medico che ad un certo punto deve potere assumere su di sé la responsabilità del trattamento”, con una valutazione realistica dell'interesse del paziente, “come interesse alla effettiva conservazione della vita e della salute”, così da considerare (secondo un profilo che si esaminerà tra poco: v. il par. 7) l'attività medico-chirurgica esercitata secondo le regole dell'arte come “autentica causa di esclusione del reato”³⁷.

E' agevole rilevare, anche da questa lunga citazione, quanto sia stato scivoloso il percorso di avvicinamento all'idea di consenso informato che, invece, in altri lidi (vedi in particolare l'esperienza statunitense, in precedenza ricordata) si è smarcata molto prima da certe sue possibili ambivalenze.

Ma, per continuare e poi terminare questa prima panoramica sulle posizioni della dottrina costituzionalistica, è in un gruppo di contributi usciti tra la fine degli anni Settanta e il primo scorcio degli anni Ottanta che si perfeziona il ragionamento sui caratteri del consenso informato ai trattamenti sanitari o medico-chirurgici, che dir si voglia, anche nella prospettiva del riconoscimento del diritto di rifiutare un certo trattamento e/o del c.d. diritto ad essere malati.

Il solo lavoro, qui preso in considerazione, non scritto da un costituzionalista è la voce dedicata all'art. 32, c. 2, del *Commentario Branca*, di Diana Vincenzi Amato, del 1976, all'interno di un volume dedicato ai rapporti etico-sociali, nel quale curiosamente l'apporto degli studiosi del diritto costituzionale è del tutto marginale. Di consenso e consenso informato, in tale lavoro, non si discute,

³⁴ G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico chirurgico*, in *Archivio penale*, 1973, I, 82.

³⁵ G. VASSALLI, *Alcune considerazioni*, cit., 96.

³⁶ G. VASSALLI, *Alcune considerazioni*, cit., 98.

³⁷ G. VASSALLI, *Alcune considerazioni*, cit., 99.

ma si affronta il problema se esista “un dovere del singolo di provvedere alla propria salute quando questa non abbia riflessi diretti su quella degli altri cittadini”³⁸, riconoscendo “ammissibile, non in contrasto cioè con il rispetto della persona, che la legge stimoli nei singoli la cura della propria salute, attraverso anche la comminazione di pene pecuniarie e la privazione di certi vantaggi a chi si sottragga a determinati controlli o cure”³⁹.

In questa carrellata ideale, si devono citare, poi, in particolare: Sandulli che parla espressamente della necessità del consenso informato, studiando criticamente una serie di leggi regionali che, rispetto a una legislazione statale del tutto carente, in ordine alla disciplina delle ricerche cliniche e della sperimentazione sull’uomo, stavano cercando di dettare un primo quadro di regolamentazione, e che collega il profilo attinente “alle ricerche cliniche da effettuare *col consenso* del paziente (sia questo o no un infermo da curare)” alle norme costituzionali “nelle quali affondano le radici il diritto alla vita e quello alla salute”⁴⁰; Panunzio che ribadisce la sussistenza di “una situazione di libertà costituzionalmente garantita, che efficacemente (seppure non propriamente) si è anche definita come “diritto ad essere malato” (...), cioè a non sottoporsi a trattamento curativo”, e pure di “un diritto “a rischiare di ammalarsi” (cioè a non sottoporsi a trattamento sanitario preventivo), ove questo non determini un pericolo per la salute dei terzi”⁴¹; Luciani che sostiene “l’esistenza di un diritto d’esser malato o – meglio e più precisamente – l’assenza di un dovere di salute”⁴²; Crisafulli che, occupandosi del rifiuto dei Testimoni di Geova di sottoporsi a trasfusione di sangue, rileva che, in mancanza della legge che impone un certo trattamento sanitario, “la materia è dominata (...) dal principio del consenso, validamente espresso, del paziente”⁴³ e che la libertà del singolo di rifiutare un trattamento sanitario “ha gravi riflessi anche sulla posizione giuridica del sanitario, il quale rischia di incorrere in responsabilità, sia nell’ipotesi in cui non provvedesse ad effettuare un trattamento obbligatorio, come del pari nell’ipotesi opposta di trattamento praticato contro il

³⁸ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali, Art. 29-34*, Zanichelli-il Foro italiano, Bologna-Roma 1976, 174.

³⁹ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., 175-176. Mentre si esclude la possibilità di imporre “al singolo qualsiasi trattamento atto a modificare in senso positivo la sua salute”, nel nome del “raggiungimento del maggior ordine e benessere sociale, giustificando così qualsiasi intervento: dalla evirazione del maniaco sessuale alla sterilizzazione di chiunque, anche per il sol fatto della età, abbia possibilità notevoli di generare prole non sana; dalla emarginazione di portatori di malattie semplicemente ripugnanti, alla somministrazione di psicofarmaci e stimolanti per il miglior rendimento nel lavoro e nello studio” (D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., 175 e 175, nota n. 8).

⁴⁰ A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull’uomo (profili costituzionali)*, in *Diritto e società*, 1978, 509, corsivo dell’A.

⁴¹ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, 904.

⁴² M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 781-782.

⁴³ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 560.

dissenso validamente manifestato dal paziente, ove non sussista l'obbligatorietà"⁴⁴; sempre Crisafulli, soprattutto, che, in una frase che si riporta integralmente, anticipa profili oggi di grande attualità: "Consenso e dissenso devono, naturalmente, essere validamente espressi da chi sia capace di intendere e di volere; essendo inoltre, per definizione, revocabili in qualsiasi momento, devono intervenire nell'imminenza del trattamento"⁴⁵.

Modugno, a sua volta, in uno scritto praticamente coevo (siamo nel 1982), sempre esaminando il problema dell'ammissibilità del rifiuto della emotrasfusione, inquadra "il trattamento sanitario in un più complesso rapporto tra sanitario e paziente, originato da un contratto atipico che comporta obblighi per entrambe le parti (per il medico, ad es., quello di esperire ogni mezzo per ottenere la guarigione o la sopravvivenza del malato)", ma, al contempo, proprio per la natura contrattuale del rapporto, basato sulla libera volontà delle parti, riconosce al paziente il diritto di decidere "di assoggettarsi di volta in volta al trattamento sanitario e, più specificamente (...), ad ogni singolo trattamento o accertamento che non rappresenti quel *minimum* assolutamente necessario per la stessa configurabilità del rapporto sanitario-paziente (esami, controlli, misurazioni, acquisizioni di dati, ecc.)"⁴⁶. Modugno richiama il codice deontologico allora vigente, che restringeva la necessità del consenso valido del malato ai soli atti medici comportanti un rischio per il paziente, "in evidente contrasto" con l'art. 32, c. 2, Cost., codice deontologico, peraltro, "tutto incentrato sul presupposto del consenso", e cita le prime Carte dei diritti del malato, che rinviavano "sempre alla indisponibilità o inderogabilità del consenso"⁴⁷.

"Il consenso" – conclude Modugno – "rimane l'unico fondamento giustificativo del trattamento sanitario, senza che né l'autorità sanitaria né l'autorità giudiziaria possano intervenire per imporlo a chi si rifiuti di esserne sottoposto", mentre il dissenso del paziente a eseguire un certo trattamento risulterebbe sempre insuperabile⁴⁸.

⁴⁴ V. CRISAFULLI, *In tema*, cit., 558.

⁴⁵ V. CRISAFULLI, *In tema*, cit., 564. Mentre, dice ancora Crisafulli, qualora "il paziente non sia in grado di manifestare una consapevole volontà, la decisione spetta unicamente al medico (sia pure dopo aver sentito – come *di fatto* normalmente avviene – i prossimi congiunti)": così V. CRISAFULLI, *In tema*, cit., 564, corsivo dell'A.

⁴⁶ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori"*, cit., 304.

⁴⁷ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori"*, cit., 304 e 305.

⁴⁸ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori"*, cit., 321 e 328. Merito di Modugno è quello di cogliere molte questioni che negli anni successivi sarebbero emerse prepotentemente, come nella critica alle tesi penalistiche "rivolte alla giustificazione del trattamento medico eseguito *lege artis*, ma senza il consenso del paziente", che finiscono per depotenziare "il consenso espresso e cosciente del paziente quale unica vera e propria giustificazione del trattamento sanitario", non imposto per legge, magari solo perché l'esito risulta fausto per il paziente (F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori"*, cit., 322 e 323). Su tale problema v. la giurisprudenza della Cassazione penale citata *infra* al par. 7.

La chiarezza argomentativa di questa posizione porta peraltro a sopravvalutare lo stato effettivo del dibattito sul tema, nel nostro Paese, in quegli anni: pare, infatti, troppo entusiasta in Modugno l'affermazione per la quale “tutta la tradizione del settore e del rapporto medico-paziente (...) è incentrata sul consenso di quest'ultimo, sulla libertà di farsi curare come manifestazione intellettualmente mediata di quell'istinto di conservazione che è immanente in ogni animale”⁴⁹, e quindi anche nell'uomo. Ripetutamente, infatti, si è potuto riscontrare il divario culturale e temporale della “via italiana” al consenso informato.

E ancora si può citare Onida che, in un breve scritto che traeva spunto dal problema della liceità o meno di un'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame, ricava dall'art. 32 Cost. “una sorta di vero e proprio diritto ad essere malato”⁵⁰, e, rispetto al tema, oggi più che mai dibattuto, di come valutare la persistente attualità di dichiarazioni di volontà di rifiuto del trattamento sanitario, pure riferendosi a un profilo parzialmente diverso, rileva: “Né ci si potrebbe fare ingannare dal rifiuto espresso e magari a lungo mantenuto in precedenza. Una volontà di suicidio non si può, infatti, mai presumere, nemmeno in base a ciò che l'interessato abbia detto o fatto fino a un momento prima; l'assenza di volontà attuale realizza una situazione nuova e diversa”⁵¹.

Infine⁵², a una Barbara Pezzini agli esordi della carriera scientifica si deve, probabilmente, la più compiuta sistemazione teorica dell'argomento, con spunti che preludono a quasi tutte le questioni dibattute in questi ultimi anni⁵³.

Qui siamo davvero nel cuore del consenso informato, di un consenso liberamente prestato che “impone di circondare di valide garanzie sia il momento della manifestazione della *volontà di parte del paziente*, sia l'effettiva possibilità di uno svolgimento corretto e compiuto del *procedimento di formazione* della volontà stessa”⁵⁴; ciò comporta “l'inderogabile esigenza di fornire al singolo un'informazione completa e comprensibile, con il superamento del meccanismo della *delega al tecnico* come unico modello di rapporto prospettabile a livello singolo, e con l'avvio di forme di controllo e di gestione partecipativa a livello collettivo”⁵⁵.

⁴⁹ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori”*, cit., 305.

⁵⁰ V. ONIDA, *Dignità della persona e “diritto di essere malati”*, in *Questione giustizia*, 1982, 364 e 367.

⁵¹ V. ONIDA, *Dignità della persona*, cit., 362.

⁵² Può citarsi, tra i lavori del periodo, ancora Caravita che, senza prendere partito tra chi sostiene il diritto ad essere malati e chi, invece, il dovere alla salute, conferma l'insuperabilità del consenso del paziente al trattamento sanitario, anche attraverso l'intervento della magistratura, ma non sviluppa ulteriormente la problematica (B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 30-31 e 57).

⁵³ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit.

⁵⁴ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 42, corsivo dell'A.

⁵⁵ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 42-43, corsivo dell'A.

A parte quest'ultimo profilo, di non agevole realizzazione pratica, viene fuori con grande nettezza il momento relazionale/procedimentale del rapporto tra paziente e medico, davvero essenziale nella manifestazione del consenso/rifiuto al trattamento, accertamento o intervento medico-chirurgico.

E, al contempo, sostenendo che, in presenza di rifiuto delle cure, “la responsabilità che in linea generale fa carico a chi – principalmente il personale medico – agisca, prescindendo dalla volontà dell'interessato o in contrasto con essa, può cessare o attenuarsi in tutte quelle situazioni in cui (...) la stessa disponibilità del soggetto interessato incontra limitazioni, quanto meno nel senso di una *non protezione* dell'autodeterminazione; vale a dire in quei casi in cui l'intervento ed il trattamento si impongono per garantire la vita stessa della persona”⁵⁶, si dà anche una chiara indicazione di metodo (e di merito) sull'alternativa che forse la Costituzione, come si vedrà più avanti, non risolve sempre sino in fondo tra un principio di piena autodeterminazione e di assoluta libertà di scelta, da un lato, e quello che potremmo chiamare, dall'altro, un ambito irrinunciabile in cui, anche a fini solidaristici, si profila la necessità, o per lo meno una forte inclinazione, da parte della Costituzione, di proteggere il valore della vita (ma su questo punto v. il par. 10).

Quasi a voler affermare che, se non c'è un dovere di vivere, che “troverebbe fondamento non nella persona in sé, ma in base a principi ed a valori da essa distinti, e ad essa pretesi superiori”, non c'è nemmeno però un diritto di morire “protetto dall'ordinamento, il quale anzi, nel suo complesso, per i suoi stessi principi ispiratori fondamentali deve tendere nella direzione opposta, sia pure senza poter disporre di strumenti direttamente coercitivi”⁵⁷.

5. *La discussione sull'art. 5 c.c. ed una ricognizione del formante normativo di riferimento. La mancanza di una legge generale sul consenso informato e la disciplina del consenso e del consenso informato in numerose leggi e normative di settore*

L'analisi della disciplina normativa in tema di consenso informato, che fa da cornice all'art. 32 Cost., non può non partire dall'art. 5 c.c. che, com'è ben noto, stabilisce che “gli atti di disposizione

⁵⁶ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 43, corsivo dell'A.; ma vedi anche a pag. 43, la nota n. 28.

⁵⁷ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 40. Cfr. in particolare B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 64, corsivo dell'A.: “Quando (...) la condizione patologica del singolo non appare suscettibile di ripercussioni *dirette* nella sfera dei terzi, pur riconoscendo l'esistenza di un *interesse sociale* alla salute nei confronti di ogni membro della collettività, sarebbe tuttavia pericoloso derivare da ciò la legittimità di interventi pubblici tendenti ad imporre all'individuo di preservarsi nelle migliori condizioni psicofisiche”. In questo contesto, riprendendo uno spunto già citato di D. Vincenzi Amato, l'intervento “dello Stato è configurabile solo in una forma *indiretta*, cioè come intervento che tenda a stimolare in via mediata, nei cittadini, la cura di se stessi, nell'interesse anche sociale, ad esempio negando determinati benefici a chi sfugge a cure o controlli”.

del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”.

Si tratta di una disposizione controversa, lungamente studiata prima e dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che ai fini della presente relazione è utile considerare proprio per i suoi rapporti con il citato art. 32 del testo costituzionale, e pur con tutte le cautele di servirsi di una norma, di una “arretratezza (...), forse insuperabile”, dal punto di un'interpretazione evolutiva, perché concepita durante il regime fascista, anche sulla base di un caso giudiziario che appassionò il pubblico e i giuristi dell'epoca, ed improntata, più di altre, su una linea ideologica del tutto inconciliabile con i principi e i valori della Costituzione repubblicana⁵⁸.

In tal senso, non vi è dubbio che l'unica lettura ammissibile dell'art. 5 c.c. sia, allora, quella che, senza poter invertire mai l'ordine valoriale tra legge e Costituzione, ne orienta e ne indirizza il significato rispetto ai principi costituzionali (e non viceversa), così che, come esattamente osservato, tanto per cominciare, sarebbe corretto parlare, prima che di atti di disposizione del proprio corpo, in termini di potere sul corpo ritenuto come un elemento autonomo e separato dalla persona umana, di “libertà di decidere in ordine a comportamenti e ad attività incidenti sul corpo”, rispetto alla persona umana “intesa come qualcosa di assolutamente unico e non separabile, composto di corpo e di mente”⁵⁹.

I due articoli costituzionali di riferimento sono, in tutta evidenza, l'art. 13, sulla libertà personale, e l'art. 32, sulla tutela della salute, mentre i valori costituzionali in gioco sono, da un lato, l'integrità fisica della persona e, dall'altro, la libertà di autodeterminazione rispetto al proprio corpo.

Ma nella ponderazione, nel bilanciamento, da compiere di volta in volta, caso per caso, conta poi, inevitabilmente valutare sia se “l'atto di disposizione del corpo viene esercitato personalmente e direttamente dal soggetto, di modo che gli effetti dello stesso si esauriscono interamente nell'ambito

⁵⁸ Così in modo assai condivisibile B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 45. La vicenda, che costituì il presupposto della disposizione, ricostruita tra gli altri in R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., 227-228 e in A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, cit., 141 ss., riguardava il trapianto di un testicolo, dietro il compenso di diecimila lire, una fortuna per quei tempi (siamo negli anni Trenta del Novecento), secondo un metodo che allora sembrava scientificamente ineccepibile, il c.d. impianto Voronoff, da un giovane e squattrinato studente napoletano ad un anziano e ricco uomo d'affari di nazionalità brasiliana, in cerca “di riacquistare l'ormai perduta virilità” (R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., 227); dopo tre gradi di giudizio, la Corte di cassazione assolse gli imputati, proprio sulla base della scriminante del consenso dato dal giovane, “trattandosi di diritto disponibile in quanto l'ablazione della ghiandola, mentre da un lato non limita sensibilmente la vigoria del corpo e la funzione sessuale e generativa del donatore, dall'altro rinvigorisce la funzione genetica e l'organismo della persona del ricevente”. Questa conclusione si spiega facilmente proprio in conseguenza della spinta ideologica del fascismo che, su questo punto, vedeva fondamentalmente “nell'uomo il guerriero e produttore, e nella donna la riproduttrice della specie” (B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 45).

⁵⁹ R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., 229.

della (sua) sfera soggettiva”, sia se, invece, “gli effetti dell’atto di disposizione del corpo non si esauriscano nella sfera soggettiva dell’individuo interessato, ma toccano in qualche modo anche terzi”, perché l’atto di disponibilità del proprio corpo è eseguito da un medico, ad esempio, o perché l’atto di disposizione vuole appunto “porre il corpo o parte di esso a disposizione, a beneficio di terzi”, cioè la ragione essenziale che portò ad approvare tale disposizione⁶⁰.

Nell’un caso sembra dover prevalere il momento della libertà, nel secondo l’esito del “giudizio” ponderativo dipende anche dalle finalità che determinano l’atto di disposizione del corpo, e cioè se siano o meno costituzionalmente rilevanti: in caso affermativo, dovrebbe imporsi il principio di autodeterminazione, in caso negativo, invece, la tutela dell’integrità fisica⁶¹.

Proprio in ordine a questi ultimi profili, si innesta vigorosamente sulla vecchia disposizione codicistica ed anche su alcune disposizioni del codice penale, che verrò subito a ricordare (v. anche il par. 7), il tema del consenso informato.

Così viene in rilievo l’art. 50 c.p., che prevede che “non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne”, mentre, a sua volta, l’art. 54, c. 1, stabilisce che “non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo”. Lo stato di necessità, quindi, diventa ragione ultima della non necessità del consenso, per usare un gioco di parole!

Ma non è difficile intuire che anche la norma sul consenso dell’avente diritto sembra essere un po’ datata (se non del tutto inadeguata, “sia dal punto di vista ideologico rispetto ai principi della Costituzione repubblicana, sia dal punto di vista culturale e scientifico, rispetto ai progressi attuali della medicina, impensabili negli anni ’30 del secolo passato”⁶²), a confronto del tema del consenso informato propriamente detto, perché un intervento chirurgico, ad esempio, non può essere considerato alla stregua di una lesione o di una messa in pericolo del paziente, ma semmai come un

⁶⁰ Le citazioni sono di R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., 241 e 242; non del tutto coincidente pare la ricostruzione di G. FERRANDO, *Consenso informato*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Il Sole 24 Ore-Pirola, Milano 2007, III, 745, che ritiene che l’art. 5 c.c. non contenga “la disciplina di ogni attività che in qualche modo metta in gioco la corporeità della persona, ma soltanto di quegli atti che costituiscono disposizione a favore di altri del corpo o di una sua parte”, essendo “escluse proprio le attività terapeutiche, che non integrano un atto di disposizione, in quanto dirette alla cura del paziente”.

⁶¹ R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., 243.

⁶² Come rileva F. SORRENTINO, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari: sulla facoltà del malato d’interrompere le cure (tra art. 32 Cost. e c.p.)*, in *Quaderni regionali*, 2007, 442.

tentativo di tutelare la sua salute⁶³, come meglio si dimostrerà, quando si darà conto dei grandi orientamenti della giurisprudenza della Cassazione penale (v. ancora il par. 7).

A parte l'art. 5 c.c. e l'art. 50 c.p., di consenso e consenso informato trattano diverse leggi che hanno cercato di disciplinare, nel corso del tempo, la delicata questione del rapporto tra corpo e libertà, in merito ai profili del consenso e poi del consenso informato.

Nell'ordine, un primo richiamo sarebbe contenuto, secondo qualcuno⁶⁴, già nella l. 25 luglio 1956, n. 837, di riforma della legislazione per la profilassi delle malattie veneree, il cui art. 4 stabilisce che “il sanitario che (...) nell'esercizio professionale riscontri una persona affetta da malattia venerea è tenuto a renderla edotta della natura e della contagiosità della malattia, della obbligatorietà della cura radicale e delle facilitazioni concesse dalla presente legge, delle responsabilità alle quali va incontro nel caso che trasmetta il contagio”.

In due leggi del 1967, poi, la n. 458 del 26 giugno, sul trapianto del rene tra persone viventi, e la n. 592 del 14 luglio, sulla raccolta, conservazione e distribuzione del sangue umano, il tema del consenso è ulteriormente lambito.

L'art. 2 l. n. 458/1967 prevede che “la donazione di un rene può essere autorizzata, a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia del trapianto del rene tra viventi e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta. Il pretore, accertata l'esistenza delle condizioni di cui al precedente comma e accertato altresì che il donatore si è determinato all'atto della donazione di un rene liberamente e spontaneamente, cura la redazione per iscritto delle relative dichiarazioni. L'atto, che è a titolo gratuito e non tollera l'apposizione di condizioni o di altre determinazioni accessorie di volontà, è sempre revocabile sino al momento dell'intervento chirurgico e non fa sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente”⁶⁵; l'art. 9 l. n. 592/1967 recita, a sua volta, che “il prelevamento del sangue umano per uso trasfusionale può essere eseguito soltanto da un medico su persona consenziente e previo accertamento che nessun danno possa a questa derivare per effetto del prelievo”.

Ma è nella l. 22 maggio 1978, n. 194, in tema di tutela sociale della maternità e interruzione volontaria della gravidanza, che si delinea, all'interno del rapporto tra la donna che chiede

⁶³ Vedi anche G. FERRANDO, *Consenso informato*, cit., 745.

⁶⁴ Così A. FIORI, *Informazione e consenso all'atto medico*, in COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Il Comitato nazionale per la bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno*, Atti del Convegno di studio, Roma 30 novembre-3 dicembre 2005, reperibile in <http://www.governo.it/bioetica/eventi/BIOETICA15anni.pdf>, 271.

⁶⁵ Le disposizioni della l. n. 458/1967 si applicano, in quanto compatibili, anche per il trapianto parziale di fegato, ai sensi della successiva l. 16 dicembre 1999, n. 483, che richiama anche l'art. 5 c.c., prevedendo che, “in deroga al divieto di cui all'art. 5 c.c., è ammesso disporre a titolo gratuito di parti di fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi”.

l'interruzione della gravidanza e il suo medico di fiducia, un chiaro percorso di consenso informato: "quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia, questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie" (cfr. art. 5 l. n. 194/1978)⁶⁶.

L'art. 3 l. 4 maggio 1990, n. 107, di disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati, parla espressamente di "consenso informato": la donazione, l'offerta gratuita di sangue intero o plasma, o piastrine, o leucociti, deve avvenire "previo il consenso informato e la verifica dell'idoneità fisica del donatore", stabilendosi poi che quest'ultimo "può consentire ad essere sottoposto indifferentemente ai diversi tipi di donazione, sulla base delle esigenze trasfusionali ed organizzative".

Un decreto ministeriale del 1991, attuativo della legge, aggiunge che, poiché "la trasfusione di sangue, di emocomponenti e di emoderivati costituisce una pratica terapeutica non esente da rischi", necessita del consenso informato del ricevente⁶⁷.

Sempre nel 1990, la l. n. 135 del 5 giugno, dettando il piano degli interventi urgenti in materia di prevenzione e lotta all'AIDS, all'art. 5 stabilisce che "nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse".

In rapida successione, poi, l'art. 7 l. 25 febbraio 1992, n. 210, occupandosi dell'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie e trasfusioni, assegna alle unità sanitarie locali il compito di adottare progetti che assicurino una corretta informazione sull'uso dei vaccini, sui possibili rischi e complicanze e sui metodi di prevenzione, rivolti prioritariamente ai genitori, alle scuole, alle comunità in genere; il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 230, in materia di protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori contro i

⁶⁶ Facile notare che, sempre dall'art. 5 della l. n. 194/1978, emerge anche lo sforzo da parte dell'ordinamento (mediante i compiti assegnati ai consultori e alle strutture socio-sanitarie preposte) di offrire sempre soluzioni alternative alla richiesta di interruzione della gravidanza, specie quando questa "sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante", lungo un percorso nel quale è fondamentale il consenso della donna e in una prospettiva che introduce un chiaro elemento di dissuasione, rispondente a logiche di tipo solidarista, sulle quali mi soffermerò anche in questa relazione (v. in particolare il par. 10).

⁶⁷ Secondo C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli 2004, 142, nota n. 57, questo decreto sarebbe la prima normativa che parla espressamente di consenso informato; ma, come si è appena osservato nel testo, tale decreto attua una legge, di poco precedente, che già parlava di consenso informato.

rischi derivanti dalle radiazioni ionizzanti, all'art. 108, stabilisce che “le esposizioni di persone a scopo di ricerca scientifica clinica possono essere effettuate soltanto con il consenso scritto delle persone medesime, previa informazione sui rischi connessi con l'esposizione alle radiazioni ionizzanti”; la l. 8 aprile 1998, n. 94, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, sul c.d. “multi trattamento Di Bella”, all'art. 3 prevede che “il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata”, rispettando particolari condizioni, e stabilendo anche, a salvezza degli atti del medico, che il paziente deve rendere “per iscritto il proprio consenso dal quale risulti che i medicinali impiegati sono sottoposti a sperimentazione”; la l. 1° aprile 1999, n. 91, che detta disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, allargando la prospettiva oltre i trattamenti sanitari, detta all'art. 4 un'interessante disposizione in tema di silenzio-assenso ai trapianti: “i cittadini sono tenuti” – infatti – “a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione”; il d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, che dà attuazione alla direttiva 2001/20/CE, relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico, fornisce una significativa definizione di consenso informato, almeno ai fini propri del decreto, come “la decisione di un soggetto candidato ad essere incluso in una sperimentazione, scritta, datata e firmata, presa spontaneamente, dopo esaustiva informazione circa la natura, il significato, le conseguenze ed i rischi della sperimentazione e dopo aver ricevuto la relativa documentazione appropriata”; la l. 21 ottobre 2005, n. 219, “Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati”, prevede all'art. 3 che tutte le attività di donazione di sangue o di emocomponenti, nonché il prelievo di cellule staminali emopoietiche periferiche, a scopo di infusione per allotrapianto e per autotrapianto, e di cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale, “possono essere effettuate in persone di almeno diciotto anni di età, previa espressione del consenso informato e verifica della loro idoneità fisica. Per le persone di età inferiore ai diciotto anni il consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare. La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato”.

Particolare considerazione merita, infine, la l. 19 febbraio 2004, n. 40, norme in materia di procreazione medicalmente assistita, in quanto prevede un articolo dedicato appositamente al consenso informato (l'art. 6).

Esso stabilisce che, al fine di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, “prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione” di tali tecniche, “il medico informa in maniera dettagliata i soggetti (richiedenti) sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all’applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l’uomo e per il nascituro”; tutte le informazioni “devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa”; inoltre, la volontà della coppia “di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura”, prevedendosi che, “tra la manifestazione della volontà e l’applicazione della tecnica, deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni”⁶⁸, potendosi revocare la volontà da parte dell’uomo o della donna “fino al momento della fecondazione dell’ovulo”.

6. *Alla ricerca di una disciplina generale del consenso informato: la Convenzione di Oviedo del 1997 e il Codice di deontologia medica del 2006. Il testo unificato in discussione in Parlamento*

Anche alla luce di tutte le disposizioni che si sono finite di richiamare, emerge chiaramente l’assenza, nella normativa italiana di attuazione e d’integrazione della Costituzione, di una disciplina generale sul consenso informato, essendo troppo esile davvero quanto dispone il già citato art. 33 l. n. 833/1978, che in fondo si limita a prevedere che gli accertamenti e i trattamenti sanitari siano di norma volontari, stabilendo poi che quelli obbligatori siano “accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato” (ma in questo contesto si

⁶⁸ La fissazione, al momento della fecondazione dell’ovulo, del limite temporale entro cui recedere dal consenso prestato è stata contestata in dottrina, ritenendola derogatoria dell’art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1997, di cui si andrà subito a parlare (v. il par. 6), e contrastante con la Costituzione, dovendosi ammettere, invece, un ripensamento in qualsiasi tempo, da parte della coppia, dopo l’iniziale assenso dato (così tra gli altri P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, 158 e 159). Tale rilievo, peraltro, sembra provare troppo, perché rispetto a qualsiasi trattamento sanitario esiste oggettivamente una *deadline*, fissata dalla legge, come in questo caso, o dalla pratica medica, nel caso concreto, oltre la quale il ritiro del consenso perderebbe comunque la sua efficacia, perché il consenso è diventato ormai irreversibile. Che significato avrebbe, ad esempio, revocare il consenso all’amputazione di una gamba, dopo che il chirurgo ha compiuto l’operazione di mutilazione?

Per il richiamo di ulteriori atti normativi, di natura secondaria, non citati nel testo, che riguardano il consenso e il consenso informato, v. poi in particolare A. FIORI, *Informazione e consenso all’atto medico*, cit., 271-272.

tratta, ovviamente, di un consenso che ha una finalità molto diversa, tutta circoscritta a non rendere coattivo un trattamento sanitario obbligatorio)⁶⁹.

Questa constatazione aggrava, probabilmente, il mancato deposito degli strumenti di ratifica della Convenzione di Oviedo del 1997 (Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina), pure ratificata tempestivamente con la l. n. 145 del 2001, legge che delegava tra l'altro il Governo ad adottare decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione e a quelli del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, ratificato pure con la l. n. 145/2001.

Ragioni politiche o burocratiche, non importa, del mancato deposito privato, infatti, il nostro Paese di una vera disciplina generale sul consenso informato, che si trova invece nella Convenzione di Oviedo; si tratta di una lacuna molto grave, che con fatica e con qualche forzatura di troppo, come si vedrà più avanti, la giurisprudenza tende a colmare, assegnando alla Convenzione perlomeno un valore ausiliario nell'interpretazione del diritto vigente⁷⁰.

All'interno della Convenzione spiccano, ai fini del nostro discorso, le disposizioni del capitolo II, intitolato appunto "Consenso".

L'art. 5 stabilisce come regola generale che qualsiasi "intervento nel campo della salute non (possa) essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato"; di conseguenza la persona interessata deve ricevere "innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi" e deve poter, "in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso".

Rispetto alle persone che non hanno la capacità di dare il consenso, l'art. 6 fissa particolari cautele e garanzie, finalizzate a procurare "un diretto beneficio" della persona (si tratta, forse, della formula più ambigua di tutta la disciplina della Convenzione in tema di consenso, perché può essere davvero difficile (e relativo) individuare la misura di tale beneficio, specie in tutte le vicende nelle quali si

⁶⁹ Vedi anche, per analoghe finalità, l'art. 1, c. 1 e 5, l. 13 maggio 1978, n. 180, che stabilisce che "gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari" e che gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori, previsti dalla legge relativamente alle malattie mentali, "devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato".

⁷⁰ La Corte costituzionale, in alcune pronunce e in particolare nelle sentenze del 2005, relative al *referendum* abrogativo della l. n. 40/2004, ha citato la Convenzione d'Oviedo considerandola già vigente ed escludendo, nel caso di specie, qualsiasi contrasto della richiesta referendaria con i principi della Convenzione (v. sentt. 45-49 del 2005); nella sent. n. 438/2008, che sarà più avanti esaminata (v. par. 8), ha rilevato più correttamente la mancanza del deposito dello strumento di ratifica.

contrastano idee contrapposte sulla sacralità e/o sulla qualità della vita⁷¹, segnalandosi che l'espressione italiana traduce letteralmente le due versioni ufficiali della Convenzione, quella francese, di "bénéfice direct", e quella inglese, di "direct benefit", che non paiono, peraltro, maggiormente risolutive), e a cercare, per quanto possibile, di coinvolgere nel procedimento che porterà al rilascio del consenso la persona direttamente interessata, come nel caso del minore, il cui parere deve essere "preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità".

Analoghe garanzie riguardano le persone che soffrono di un disturbo mentale grave (art. 7).

Fuori da queste specifiche fattispecie e in una prospettiva più generale, la mancanza di un consenso appropriato può determinare comunque la sottoposizione al trattamento sanitario, solo "in ragione di una situazione d'urgenza", nella quale "si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata" (art. 8).

Inoltre, mostrando grande attenzione per tutti quei casi nei quali la persona interessata, capace a suo tempo di dare il consenso, non risulta più in grado di manifestare la sua volontà, viene fatta espressa menzione, nella Convenzione, dei "desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico", che – dice l'art. 9 – "saranno tenuti in considerazione". La misura e le modalità di tale presa in considerazione sembrano rimesse a valutazioni che il medico, in un confronto "a distanza", per il tempo trascorso, con le precedenti determinazioni assunte dal paziente, dovrà compiere caso a caso, adattandosi alle singole situazioni concrete, senza poter dedurre, probabilmente, da tale disposizione norme di condotta generali, eccessivamente pervasive⁷².

La Convenzione rivolge poi specifica attenzione a due ambiti assai delicati, nei quali si ribadiscono e/o si rafforzano la necessità del consenso informato e le sue modalità di esplicazione, quello della ricerca scientifica nel campo della biologia e della medicina (artt. 15-18), rispetto alla quale si prevede che il consenso sia donato espressamente, specificamente e sia messo per iscritto (v. art. 16,

⁷¹ Per dirla tra gli altri con C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., 168 e *passim*.

⁷² Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 251, che parla di un modello flessibile, nel quale ogni singola decisione presa non deve mai essere astratta "dal peculiare precipitato del caso da decidere, in cui la volontà del diretto interessato (ora incapace) rimane comunque la principale protagonista", impedendo "di poter comunque e furbamente sovrapporre alla volontà del paziente una determinazione altrui", a meno che "i dubbi sulla reale volontà dell'incapace si accavallassero". Quest'A. (P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 251-252) sottolinea poi che "può già oggi concludersi – dati normativi alla mano – per "il carattere non (assolutamente) vincolante, ma nello stesso tempo non (meramente) orientativo" delle dichiarazioni anticipate eventualmente disponibili". Più prudentemente cfr., invece, F. SORRENTINO, *Diritto alla salute*, cit., 445, che rileva come la prescrizione dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo non "renda cogente – peraltro nei limiti della libertà di coscienza del medico – la volontà dell'individuo, anticipatamente manifestata, di rifiutare determinati trattamenti sanitari anche a costo di gravi menomazioni della salute e persino della morte".

c. 5), e quello del prelievo di organi e di tessuti da donatori viventi a fini di trapianto (artt. 19-20), nel qual caso il consenso deve essere dato espressamente e specificamente, sia per iscritto, sia davanti a un organo ufficiale (art. 19, c. 2).

Un cenno, poi, tra gli atti internazionali, va rivolto anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ormai pienamente "costituzionalizzata", a seguito dell'entrata in vigore, nel dicembre 2009, del Trattato di Lisbona. La norma di riferimento è l'art. 3 che, dopo aver stabilito che "ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica", prevede tra i vincoli che devono essere rispettati nell'ambito della medicina e della biologia "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge". La Carta, quindi, rinvia ad altra fonte il compito di dettare una regolamentazione d'insieme del consenso informato.

Un'ultima disciplina, da prendere in esame, per concludere questa ampia rassegna normativa, è evidentemente il Codice di deontologia medica, nella versione risalente al 2006, e influenzato nella sua stesura, come già precedenti versioni, dalla Convenzione di Oviedo del 1997.

Senza poter entrare qui nel merito del problema del valore normativo dei codici deontologici nel loro complesso e di questo specifico codice in particolare, esso "trasuda" di riferimenti al consenso (informato), per usare una metafora, dedicando tra l'altro un intero suo Capo ad "informazione e consenso" (artt. 33-38), che rappresenta, come è stato notato, "l'unica disciplina generale del consenso informato" medesimo⁷³.

L'art. 33 delinea, infatti, una sorta di "processo informativo" nel rapporto tra il medico e il paziente: il primo, infatti, deve fornire al secondo "la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate", e deve comunicare con esso, "tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche"⁷⁴.

Tale processo informativo, comportando per il medico un dovere non formale nei confronti del paziente e creando, invece, per il paziente/cittadino un diritto sostanziale, ha una sua relativa autonomia rispetto al successivo momento dell'acquisizione del consenso. Ai sensi dell'art. 35 del

⁷³ Così G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, cit., 36. Accanto al Codice deontologico devono ricordarsi anche i pareri formulati dal Comitato nazionale di bioetica, che pure avrebbero una "valenza meno impegnativa", come ben rileva M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 199, e che comunque non saranno specifico oggetto di questo contributo.

⁷⁴ Sempre l'art. 33 stabilisce che "le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza. La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata".

Codice, infatti, “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica, senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”, ma il consenso, “espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sull’integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all’art. 33”.

E poiché, inoltre, il consenso include al suo interno anche la possibilità di rifiutare il trattamento diagnostico o terapeutico, la norma prevede che, “in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente”.

Se sussistono delle condizioni d’urgenza (art. 36), “il medico deve attivarsi per assicurare l’assistenza indispensabile”, “tenendo conto delle volontà della persona, se espresse”. Particolare attenzione è rivolta al consenso del legale rappresentante, agli interventi diagnostici e terapeutici, riguardanti il minore o chi sia interdetto, con l’obbligo per il medico di informare l’autorità giudiziaria, “in caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci”, e comunque di “procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili”, “se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell’incapace” (art. 37)⁷⁵.

Il Codice, infine, menziona anche il profilo delle direttive anticipate, punto di equilibrio, si potrebbe dire, tra l’autonomia del cittadino, del paziente, e l’autonomia del medico: in base all’art. 38, “il medico deve attenersi, nell’ambito dell’autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa” e, “se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato”.

Anche da questa rapida disamina, si riscontra, allora, un grande impegno, da parte del Codice di deontologia medica, di fornire una definizione sufficientemente dettagliata di consenso informato,

⁷⁵ Ai sensi del successivo art. 38, “il medico, compatibilmente con l’età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l’obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante, deve segnalare il caso all’autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente” (si noti la diversa disciplina, rispetto all’art. 7 della Convenzione di Oviedo, prima ricordato).

che può aiutare a risolvere alcuni dei punti critici che la sua applicazione concreta comporta, rispetto ai quali ci si soffermerà più avanti nel corso della relazione (v. i par. 9, 10 e 11).

Prima di procedere oltre, passando dal piano del diritto positivo vigente a quello delle proposte *de jure condendo*, va ricordata ancora la proposta di legge, approvata in testo unificato dal Senato della Repubblica il 26 marzo 2009, e che, al momento in cui questo lavoro è stato chiuso definitivamente per la stampa (20 maggio 2011), è all'esame dell'assemblea della Camera dei deputati (*Atti Camera* n. 2350), dal titolo piuttosto ambizioso "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento"⁷⁶.

La proposta di legge riconosce "come prioritaria l'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente" (art. 1, c. 1, lett. *d*)), e dedica un intero articolo, l'art. 2, al consenso informato, stabilendo immediatamente che, "salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso informato esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole".

Il consenso informato ha la forma di un documento scritto, "firmato dal paziente, che diventa parte integrante della cartella clinica", e la cui espressione deve essere "preceduta da corrette informazioni rese dal medico curante al paziente in maniera 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" (art. 2, c. 2), salvo il diritto del paziente di rifiutare di conoscere in tutto o in parte le informazioni che gli competono (art. 2, c. 4).

L'uso sistematico della forma scritta può, tuttavia, diventare controproducente, rispetto all'alleanza terapeutica tra medico e paziente, essendosi esattamente osservato che "può rappresentare un elemento di inutile irrigidimento del rapporto di fiducia medico-paziente, che ostacola la libertà della scelta terapeutica, invece di garantirla"⁷⁷.

La proposta, nel testo emendato in Commissione alla Camera dei deputati, poi, riconosce il diritto di revocare sempre, anche parzialmente, il consenso informato al trattamento sanitario, dovendosi annotare tale revoca nella cartella clinica (art. 2, c. 5), e si occupa di disciplinare le modalità con cui viene prestato il consenso dalla persona interdetta, inabilitata, dal minore emancipato, dal minore *tout court* (art. 2, c. 6 e 7), stabilendo che "per tutti i soggetti minori, interdetti, inabilitati o

⁷⁶ Si segnala che la XII Commissione permanente (Affari sociali) della Camera dei deputati, nella seduta del 28 ottobre 2009, ha adottato come testo base il testo unificato approvato dal Senato della Repubblica e rispetto ad esso sono stati approvati, nel corso dell'esame in sede referente, diversi emendamenti da parte della Commissione, senza però che sia disponibile un testo "integrato" che tenga conto di tutte queste variazioni, che devono quindi, di volta in volta, ricavarsi dalla lettura dei lavori parlamentari; il 9 marzo 2011 è iniziata la discussione in Assemblea.

⁷⁷ Così R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4959.

altrimenti incapaci il personale sanitario è comunque tenuto, in assenza di una dichiarazione anticipata di trattamento, ad operare sempre avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute del paziente” (il testo uscito dal Senato recitava che: “qualora il soggetto sia minore o legalmente incapace o incapace di intendere e di volere e l’urgenza della situazione non consenta di acquisire il consenso informato, così come indicato nei commi precedenti, il medico agisce in scienza e coscienza, conformemente ai principi della deontologia medica nonché della presente legge”), e che “il consenso informato al trattamento sanitario non è richiesto quando la vita della persona incapace di intendere o di volere sia in pericolo per il verificarsi di una grave complicanza o di un evento acuto” (art. 2, c. 8 e 9).

La proposta di legge interviene anche sulla disciplina della c.d. dichiarazione anticipata di trattamento, regolandone contenuti e limiti (art. 3), forma e durata (art. 4); istituisce la figura del fiduciario (art. 6) e definisce il ruolo del medico (art. 7), questioni sulle quali si tornerà più avanti nel corso del lavoro (v. in particolare *infra* il par. 11).

7. *Gli esiti della giurisprudenza della Corte di cassazione: Cassazione civile e Cassazione penale non vanno sempre “a braccetto”?*

E’ tempo, infatti, come si era già sottolineato introducendo questa relazione e poi compiendo rapidi cenni sulle origini del consenso informato nell’esperienza statunitense, di dare conto del ruolo nodale svolto in questo campo dalla giurisprudenza.

Quella della Cassazione penale, in primo luogo, tutta incentrata sulla verifica della rilevanza penale dell’intervento medico compiuto in assenza di consenso o di mancato dissenso espresso del paziente e, nel caso di riconoscimento dell’ipotesi delittuosa, rivolta a individuare quale reato configuri la condotta del sanitario che sottoponga, in tali condizioni, la persona a un trattamento sanitario o a un intervento chirurgico.

Con il seguente quadro normativo di riferimento: il già citato art. 50 c.p., sul consenso dell’avente diritto (“non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne”), l’art. 54 c.p. sullo stato di necessità, l’art. 582 c.p., che punisce il reato di lesione personale compiuto da chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, l’art. 610 c.p., che disciplina, a sua volta, il reato di violenza privata, nei confronti di chi con violenza o minaccia costringa altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa.

In proposito, senza poter dare conto di tutti i diversi orientamenti della giurisprudenza della Corte di cassazione e dei giudici di merito⁷⁸, il discorso si può condensare, ai nostri fini, su tre pronunce fondamentali, che aprono e chiudono idealmente l'evoluzione di tutta questa giurisprudenza: la sent. n. 5639/1992 sul c.d. caso Massimo, che ha affrontato per la prima volta in modo diretto il tema del trattamento medico-chirurgico e del consenso del paziente, la sent. n. 2437/2009, appena citata, e la sent. n. 13746/2011, depositata mentre questo lavoro era nella sua fase di stesura finale, che rappresenta l'ultima, assai rilevante, pronuncia della Corte di cassazione in materia.

Nella sentenza Massimo (Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo), la Cassazione aveva stabilito che “il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità, del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale, se da quelle lesioni derivi la morte”⁷⁹.

Nella sentenza del 1992, quindi, il trattamento sanitario prestato senza consenso configura comunque il reato di lesioni personali, sia che l'esito sia favorevole, sia che l'esito sia sfavorevole, e anche se il trattamento ha uno scopo non illecito, ma terapeutico: “soltanto il consenso, quale manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo” – infatti – “può escludere in concreto la antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo”.

La sentenza, peraltro, sembra aprire anche alla possibilità di considerare “soltanto il trattamento medico senza il consenso, che pur sempre non cagioni lesioni”, come diversa fattispecie del reato di violenza privata.

Completamente capovolta è l'impostazione della sentenza del 2009; il caso nasce da un trattamento di laparoscopia operativa che si trasforma, durante l'intervento, in una salpingectomia che determina l'asportazione della tuba sinistra della paziente. Questo intervento demolitorio viene realizzato, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia.

⁷⁸ Ma per un utilissimo *excursus* v. in ultimo Cass. Penale, Sezioni Unite, 18 dicembre 2008, n. 2437, depositata il 21 gennaio 2009, nonché in dottrina C.D. LEOTTA, *Consenso informato*, cit., 118 ss.; per indicazioni più risalenti v., tra i molti, F.F. MONTI, *Responsabilità civile*, cit., 213 ss.

⁷⁹ Nella fattispecie, la parte offesa, un'anziana signora ottuagenaria, era stata sottoposta ad intervento chirurgico, da parte di un primario chirurgico ospedaliero, il prof. Carlo Massimo, di amputazione totale addominoperineale di retto, anziché a quello preventivo di asportazione transanale di un adenoma villosa benigno, in completa assenza di necessità ed urgenza terapeutiche che giustificassero un tale tipo di intervento e soprattutto senza preventivamente informare la paziente o i suoi familiari che non erano stati interpellati in proposito né minimamente informati dell'entità e dei concreti rischi del più grave atto operatorio eseguito, sul quale non vi era stata espressa alcuna forma di consenso. Due mesi dopo, la paziente era deceduta, quale conseguenza dell'intervento estremamente traumatico e cruento.

In base alle conclusioni della pronuncia del 1992, appena esaminata, il tribunale di Rimini aveva ritenuto colpevole il medico, che aveva compiuto l'intervento, del reato di lesioni personali volontarie aggravate, "poiché, già in fase di programmazione della laparoscopia, erano prevedibili l'evoluzione di tale intervento in operativo (...), l'elevata probabilità di asportazione della salpinge, la non opportunità dell'interruzione dell'intervento e la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto dello stato di necessità, ai fini dell'acquisizione del consenso", e quindi "l'omissione sarebbe stata da ascrivere, in ragione della elevata prevedibilità dell'intervento chirurgico, ad una scelta consapevole e volontaria dell'imputato e non a colpa". La Corte di appello di Bologna aveva poi rilevato la prescrizione del reato e tale decisione era stata impugnata per ricorso in Cassazione.

Con una lunghissima ed articolata motivazione, che porta la Cassazione a fare un po' la storia del consenso informato nel nostro Paese, il supremo giudice nega che l'intervento compiuto dal medico integri sia il reato di violenza privata, non essendovi una costrizione della volontà della paziente, anestetizzata, nel caso in cui il chirurgo si sia semplicemente discostato dall'intervento operatorio precedentemente concordato con lei, sia quello di lesioni personali, non potendosi mettere sullo stesso piano la condotta del medico, istituzionalmente rivolta a curare e quindi a rimuovere un male, dalla condotta di chi quel male intenzionalmente lo vuole provocare o cagionare.

Rispetto al delitto di lesione personale di cui all'art. 582 del c.p., la Cassazione insiste sulla finalità della condotta del medico di "realizzare un beneficio per la salute del paziente", trovandosi in tale risalto "la copertura costituzionale alla legittimazione dell'atto medico".

"Il chirurgo" – in particolare – "non potrà rispondere del delitto di lesioni, per il sol fatto di essere "chirurgicamente" intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento "coatto"; sebbene, proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'agere, in rapporto, anche, alle regole dell'arte. E', quindi, in questo contesto che andrà verificato l'esito, fausto o infausto, dell'intervento e quindi parametrato ad esso il concetto di malattia", di cui parla l'art. 582 del c.p.

In presenza di esito fausto, non c'è malattia, e quindi la mancanza del "consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo, rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale"; in presenza, invece, di esito sfavorevole, infausto, c'è una malattia, causata dalla condotta del sanitario, "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".

Qui la Cassazione sembra avere, però, un piccolo cedimento, nel suo ragionamento, ammettendo l'esistenza di un relativo margine di "opinabilità" dell'apprezzamento e della "valutazione dei risultati conseguiti dall'intervento chirurgico effettuato per fini terapeutici", rispetto ai quali anche

considerare pacificamente fausto o infausto un determinato trattamento chirurgico dipende dall'idea di salute che ha il paziente e che può non coincidere affatto con quella del medico, ma che, "trattandosi di diritto inviolabile della persona", deve essere adeguatamente cautelata e rispettata.

Questo rilievo di "una parte significativa della dottrina" – dice ancora la Corte, evitando più insidiose argomentazioni – "coglie senz'altro nel segno, ma soltanto in una (auspicabile) prospettiva *de iure condendo*. Sul piano del fatto tipico descritto dall'art. 582 c.p., infatti, il concetto di malattia – e di tutela della salute – non può che ricevere una lettura "obiettiva", quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa. E' evidente, comunque, che per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare – quindi – che possa essere soltanto la "monologante" scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo"⁸⁰.

Nella terza pronuncia della Cassazione penale, qui presa in particolare considerazione (Cass. Penale, IV, 13 gennaio 2011, n. 13746, depositata il 7 aprile 2011), una paziente, affetta da neoplasia pancreaticata con diffusione generalizzata, alla quale restavano pochi mesi di vita, viene sottoposta a un intervento chirurgico di laparotomia tradizionale per asportare le ovaie, intervento che conduce a un'emorragia letale. La Cassazione, confermando quanto già sostenuto dalla Corte d'appello di Roma, rileva che, nella fattispecie concreta, in base alle condizioni di salute della paziente, senza speranza alcuna di guarigione, ma anzi con una previsione di vita di soli sei mesi, "non era possibile attendersi dall'intervento (pur eseguito in presenza di consenso informato della donna quarantatreenne, madre di due bambine e dunque disposta a tutto pur di ottenere un sia pur breve prolungamento della vita) un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. I chirurghi pertanto avevano agito in dispregio al codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico"⁸¹. Il consenso informato viene

⁸⁰ Una significativa critica a tale pronuncia è in C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 627 ss. e 630, che ritiene che, così argomentando, la Cassazione penale abbia depotenziato la portata della sentenza della Corte costituzionale n. 438/2008, che sarà esaminata nel par. che segue, perché divergendo dalle conclusioni della Cassazione civile (caso Englaro, di cui si viene a parlare nel testo) subordinerebbe la rilevanza penale dell'intervento del medico all'esito fausto o infausto dell'operazione chirurgica, indebolendo però il principio costituzionale del consenso informato.

⁸¹ La Corte conferma in pieno la colpevolezza dei tre chirurghi imputati, uno dei quali Cristiano Huscher, assai discusso e con numerose denunce e procedimenti penali a suo carico, per omicidio colposo, per la morte di pazienti durante o a seguito di interventi chirurgici "estremi", compiuti quando la scienza stessa non dà speranze, anche se il reato risulta

considerato allora come un requisito necessario, ma non sufficiente⁸², dovendosi cercare un difficile punto di equilibrio, all'interno del rapporto tra medico e paziente, tra la decisione del primo, tenuto a rispettare le regole del codice deontologico, e l'eventuale "desiderio" del malato di vedersi curato comunque, anche contro ciò che il codice deontologico (e forse il buonsenso) prevede.

Per quello che riguarda la giurisprudenza della Cassazione civile, a parte i profili di natura squisitamente risarcitoria, spicca la tutela di diritti fondamentali della persona e in particolare, proprio nel prisma del principio del consenso informato, di realizzare una delicata composizione tra valori costituzionali potenzialmente confliggenti, quali quello di autodeterminazione del paziente e di dovere di cura e di assistenza da parte del medico, nonché di possibilità di rifiutare un determinato trattamento sanitario e di accettare, conseguentemente, di sacrificare il bene stesso della propria vita. Anche in questo caso, la scelta di questo contributo ricade su decisioni che si potrebbero definire "esemplari", ma che esprimono però le più recenti tendenze della giurisprudenza di legittimità (e di merito).

Su tutte, vanno menzionate in questa sede la sent. n. 21748/2007 (c.d. sentenza Eluana Englaro: Cass. Civile, Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748) e la sent. n. 23676/2008 (c.d. sentenza del cartellino "niente sangue": Cass. Civile, Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676).

Nella conosciutissima sentenza n. 21748/2007, l'ampia e profonda disamina del principio del consenso informato compiuta dalla Corte risulta strumentale ad accertare l'effettivo convincimento manifestato da Eluana Englaro, quando era in piena salute, che sarebbe stato preferibile morire piuttosto che vivere nelle condizioni in cui poi ella si trovò effettivamente, dopo l'incidente in cui rimase coinvolta, convincimento ritenuto valere, passati molti anni, "come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale dai trattamenti che ella subisce".

Senza il consenso informato, rileva ripetutamente la Corte, "l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi"; il consenso informato "esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico", con un sicuro fondamento costituzionale (gli artt. 2, 13, 32), con richiami nella legislazione ordinaria, riconoscimento in fonti sopranazionali, oltre che nel Codice di deontologia medica, e nella precedente giurisprudenza.

estinto per maturata prescrizione.

⁸² Così anche l'opinione del sottosegretario alla salute Eugenia Roccella, riportata da vari quotidiani (e in particolare dal *Corriere della Sera*, 9 aprile 2011, 22), dopo il deposito della sentenza ricordata nel testo.

E, correttamente, il consenso informato implica “non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche, eventualmente, di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”, in conformità “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”. Nemmeno può costituire limite al diritto all’autodeterminazione terapeutica del paziente una scelta da cui consegua il sacrificio del bene della vita, respingendosi le tesi che ragionano di un dovere di curarsi, come principio di ordine pubblico. Nell’ambito dell’alleanza terapeutica che tiene uniti il malato e il medico, vi è spazio esclusivamente “per una strategia della persuasione, perché il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”; il medico ha il dovere “di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale”, ma se il rifiuto ha tali caratteristiche non è possibile disattenderlo. La Corte, quindi, si sofferma sul risvolto negativo del diritto alla salute, inteso, secondo quanto già osservato, come “il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire”. Quel “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”; la circostanza che, come nel caso di Eluana, una persona adulta non sia più “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 (...) avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare, nel caso in cui fosse venuta a trovarsi in uno stato di incoscienza”, non può esentare da offrire una tutela ai diritti fondamentali coinvolti, tutela che, a fronte della carenza di una specifica disciplina legislativa, spetta al giudice, che deve compiere “una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”⁸³.

⁸³ Ma su questi ultimi risvolti della sentenza v. più avanti, al par. 11, ulteriori considerazioni. Si ricordi, anche, che la Corte costituzionale, nell’ord. n. 334/2008, non è entrata nel merito delle questioni poste dalla sentenza della Cassazione qui in considerazione, dichiarando, infatti, inammissibile il conflitto di poteri sollevato dalla Camera dei deputati e dal

Assai diversa è la vicenda che dà origine alla sent. n. 23676/2008: un paziente in stato di perdita di conoscenza ed in pericolo di vita viene trasportato d'urgenza in ospedale. Attraverso una trasfusione di sangue gli viene salvata la vita, nonostante la sua totale contrarietà per motivi religiosi, in quanto testimone di Geova, a tale pratica terapeutica, come provato anche da un cartellino che portava con sé, recante la dicitura "niente sangue". Il paziente che tra l'altro, a seguito della trasfusione, viene a contrarre l'epatite B, chiede il risarcimento dei danni morali e biologici subiti.

La Corte di cassazione riconosce, pacificamente, "al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita". Ma, nel caso di specie, la Corte contesta "la reale efficacia del "non consenso", sì come manifestato dal paziente sul piano tanto cronologico quanto contenutistico-formale". Qualora, infatti, vi sia un pericolo grave e immediato per la vita del paziente, il suo dissenso deve "essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata"⁸⁴.

Tali condizioni non sono rispettate dal cartellino che il paziente portava con sé, al momento in cui venne trasportato in ospedale, "perché, a fronte di un sibillino sintagma "niente sangue" vergato su un cartellino, sul medico curante graverebbe in definitiva il compito (invero insostenibile) di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, e di presumere induttivamente la reale "resistenza" delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue".

Infatti, "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 l'efficacia di uno speculare dissenso *ex ante*, privo di qualsiasi informazione medicoterapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, 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"⁸⁵.

Senato della Repubblica contro la Corte di cassazione e il Tribunale di Milano, e limitandosi a rilevare che "il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti".

⁸⁴ "Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica, ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica, ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione 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".

En passant si può notare che la Corte di cassazione è venuta però a dichiarare fondato il motivo relativo alla trasmissione al paziente del virus dell'epatite B.

8. *La giurisprudenza della Corte costituzionale. In particolare: il consenso informato nella sent. n. 438 del 2008, tra art. 32 ed art. 13 Cost.*

Anche la Corte costituzionale ha affrontato il tema del consenso informato, in particolare in modo diretto, compiuto e con ampie motivazioni, nella più recente sent. n. 438 del 2008 (e poi sulla medesima falsariga nella successiva sent. n. 253 del 2009), ma in modo laterale già in precedenti pronunce, quali la sent. n. 471/1990, la sent. n. 307 del 1990, la sent. n. 282/2002, la sent. n. 338/2003, la sent. n. 253/2006 e poi ancora la sent. n. 151/2009.

Pare utile scorrere rapidamente quest'ultimo fascio di decisioni.

La sent. n. 471/1990, in primo luogo, nella quale la Corte, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 696, c. 1, del c.p.c., nella parte in cui non consente ad un soggetto di ottenere che sia disposto accertamento tecnico od ispezione giudiziale sulla propria persona (nel caso un privato, assumendo di avere subito danno fisico a seguito di intervento chirurgico, chiedeva accertamento tecnico preventivo sulla propria persona, per poter dare sostegno alla pretesa risarcitoria), compie un'indagine sul "valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, c. 1, Cost., come "libertà", nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo".

Per la Corte, "la previsione di atti coercitivi di ispezione personale di cui all'art. 13, c. 2, Cost., eseguibili solo per provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, non esclude *a fortiori* atti di accertamento preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo nell'ambito di un procedimento civile".

⁸⁵ Aggiunge la Cassazione: "Con ciò non si vuole, peraltro, sostenere che, in tutti i casi in cui il paziente portatore di forti convinzioni etico-religiose (come è appunto il caso dei testimoni di Geova) si trovi in stato di incoscienza, debba per ciò solo subire un trattamento terapeutico contrario alla sua fede. Ma è innegabile, in tal caso, l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé un'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".

Il tema del diritto alla salute (e del consenso ai trattamenti sanitari) non è, però, toccato espressamente⁸⁶, se non nel richiamo alla dignità della figura umana, dell'art. 32, c. 2, vista come un limite alla libertà di disporre del proprio corpo, “della propria persona”, recita la Corte⁸⁷.

Di autodeterminazione, nel campo del diritto della salute, parla invece la Corte, nella sent. n. 307 dello stesso anno, in tema di trattamenti sanitari obbligatori: “la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost., se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”.

Nel nome dello spirito di solidarietà che anima la Costituzione, l'obbligo di sottoporsi a un dato trattamento sanitario limita legittimamente l'autodeterminazione della persona, “anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri” (nel caso, la legge sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica non prevedeva un sistema di indennizzo e un equo ristoro, in caso di incidenti vaccinali)⁸⁸.

La Corte si avvicina ulteriormente alle questioni oggetto della presente relazione, nella sent. n. 282 del 2002, sui livelli essenziali delle prestazioni: la pratica terapeutica – ricorda la Corte – si pone “all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, c. 2, secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica”.

In questa materia, continua la Corte, “la regola di fondo (...) è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”⁸⁹.

⁸⁶ Vedi anche R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale*, cit., 4961.

⁸⁷ Si veda anche la sent. n. 257/1996, in cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale, ancora, dell'art. 696, c.p.c., nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale anche sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta, dopo averne acquisito il consenso, che deve essere liberamente manifestato da chi accetta di sottoporre il proprio corpo ad accertamento o ispezione.

⁸⁸ Un'altra successiva pronuncia, in tema di vaccinazioni obbligatorie, che conferma l'approccio della sent. n. 307/1990, è la sent. n. 118/1996, ricordata anche da F. SORRENTINO, *Diritto alla salute*, cit., 443-444.

⁸⁹ Anche nella successiva sent. n. 151/2009, relativa al giudizio di costituzionalità sulla legge n. 40/2004, la Corte ha confermato una volta di più che, “in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali”, e che, di conseguenza, “le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle

Ancora più incisiva è la sent. n. 338/2003: la Corte, in un giudizio sulla legittimità costituzionale di due leggi regionali del Piemonte e della Toscana, in materia di applicazione della terapia elettroconvulsivante, di lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri simili interventi di psicoturgia, ribadisce quanto già statuito nella citata sent. n. 282/2002, sull'autonomia e responsabilità del medico e sul consenso informato del paziente (nella sent. n. 282 si parlava di consenso *tout court*), ritenendo costituzionalmente illegittimi interventi legislativi regionali, che “pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche, in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione”.

Ma, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale, “nulla vieta invece che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura, o norme concernenti l'uso delle risorse pubbliche in questo campo”, tra le quali, secondo la Corte, “possono collocarsi discipline sul consenso informato (...), quali quelle contenute anche in disposizioni delle leggi di cui è giudizio, estranee all'oggetto delle impugnazioni ritualmente proposte”. La portata di quest'ultimo richiamo, nella sent. n. 338/2003, risulterà di grande utilità tra breve, commentando la sent. n. 438/2008.

Il sottile filo tra competenza statale e competenza regionale in tema di consenso (informato) è, però, spezzato a favore dello Stato nella sent. n. 253 del 2006, avente ad oggetto una legge toscana che, tra l'altro, cercava di risolvere la questione del rilascio del consenso “a un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e indifferibilità della decisione”, stabilendo la possibilità di designare a tempo debito un idoneo rappresentante. Ma la Corte annulla questa disposizione, sul rilievo che il legislatore regionale avrebbe “ecceduto dalle proprie competenze, regolando l'istituto della rappresentanza che rientra nella materia dell'ordinamento civile, riservata allo Stato, in via esclusiva, dall'art. 117, c. 2, lett. l), Cost.”, nonostante la difesa della Regione ritenesse la norma censurata “una mera specificazione della regola del consenso informato”, prevista dalla Convenzione di Oviedo del 1997, ratificata dallo Stato italiano⁹⁰.

Ma è nella sent. n. 438/2008 che la Corte ha l'occasione di affrontare in profondità il tema del consenso informato.

quali si fonda l'arte medica”, rappresentano un limite per la discrezionalità legislativa, anche del legislatore.

⁹⁰ La difesa della Regione aveva osservato anche “che la norma impugnata non prevede(va) che il soggetto così designato si (sostituisse) al paziente, esprimendo in sua vece il consenso informato, ma solo la sua partecipazione al processo decisionale, spettando comunque al medico la scelta definitiva”.

Il giudizio nasceva dall'impugnazione di una legge piemontese, in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti, che subordinava la somministrazione di tali farmaci, finalizzati in particolare alla cura della sindrome nota come Disturbo da Deficit dell'Attenzione e Iperattività (ADHD), al consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto del genitore o del tutore nominato (art. 3).

In base al ricorso statale, tale disciplina violava "l'art. 117, c. 3, Cost., in quanto il consenso informato in materia di trattamenti sanitari costituisce un principio fondamentale in materia di tutela della salute e, pertanto, la determinazione di esso sarebbe rimessa al legislatore statale"; inoltre, secondo il ricorrente, "la norma impugnata, nel subordinare al consenso del paziente la possibilità per il medico di somministrare determinati farmaci, (poneva) un limite al diritto alla salute e, più in generale, alla fruizione delle prestazioni sanitarie, con ciò violando gli artt. 32 e 117, c. 2, lett. m), Cost."

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata, ma, pur potendo probabilmente chiudere la questione in modo molto più asciutto e stringato, ne ha approfittato per spingersi in un'estesa (e forse non del tutto richiesta) ricognizione sul tema.

Proviamo a capire perché.

Tutto il punto 4 del *Considerato in diritto* della sent. n. 438/2008 è dedicato a scandagliare il principio del consenso informato.

La Corte rileva, preliminarmente, "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", sulla base degli artt. 2, 13 e 32 Cost., per poi elencare, in modo abbastanza esauriente, norme internazionali e nazionali, che si riferiscono alla necessità per il paziente di avere piena coscienza del trattamento terapeutico, cui sarà sottoposto⁹¹.

Dal composito fondamento costituzionale del consenso informato, la Corte ricava "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,

⁹¹ Rispetto alla ricognizione svolta in precedenza (par. 5 e 6), si segnala il richiamo, abbastanza eccentrico, all'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, che, dopo aver 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", e la mancata menzione, invece, del Codice di deontologia medica (che questa sia una scelta forse criticabile è sostenuto tra gli altri da R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4959). Si segnala inoltre che la Corte menziona la Convenzione di Oviedo, anche se ne evidenzia, al contempo, come già rilevato, il mancato deposito dello strumento di ratifica.

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, c. 2, Cost.”.

In questa prospettiva, “il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale”. La normativa regionale può soltanto “fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio del suddetto consenso” e non intervenire su “aspetti di primario rilievo dell’istituto nell’ambito considerato, sempre in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale”, quali, secondo la Corte, possono essere l’individuazione dei soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati) o le modalità con le quali esso deve essere prestato (scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto)⁹².

Ma l’approccio seguito dalla Corte non è andato esente da obiezioni.

Certo c’è chi ha riconosciuto a tale pronuncia una doppia “primogenitura”: quella di essere “il primo caso in cui il giudice delle leggi affronta compiutamente il tema del consenso informato e ne riconosce il fondamento costituzionale”; quella di affermare per la prima volta, e in modo del tutto inedito, “l’esistenza di un autonomo diritto all’autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stessa”, con la conseguenza di ampliare la portata del primo rispetto al secondo⁹³.

Mettendo a mezzo l’art. 13 Cost. e tenendolo separato dall’art. 32, la Corte ha voluto forse “lanciare un messaggio” alla politica e al Parlamento, impegnati ad approvare, finora senza alcun esito, la già citata proposta di legge unificata sulle questioni di fine vita⁹⁴, tentando di risolvere a monte alcune delle problematiche più controverse di tale progetto di legge: a che servirebbe, infatti e in particolare, non qualificare come trattamenti sanitari le pratiche di nutrizione e di idratazione artificiale, per imporne comunque la prosecuzione anche

⁹² La Corte è tornata sul problema, in una sentenza “quasi fotocopia”, la n. 253/2009, avente come parametro però il solo art. 117, c. 3, Cost., oltre che le disposizioni dello Statuto del Trentino Alto Adige (ad essere impugnata, infatti, era una legge della Provincia autonoma di Trento, praticamente uguale nei suoi contenuti a quella piemontese). Va segnalato che, in questa seconda pronuncia, la Corte enfatizza il profilo per cui il legislatore regionale non può disciplinare aspetti afferenti ai soggetti legittimati a dare il consenso e alle forme del rilascio del consenso stesso, “in quanto essi non assumono il carattere di disciplina di dettaglio del principio in esame, ma valgono alla sua stessa conformazione che, in quanto tale, è rimessa alla competenza del legislatore statale”.

⁹³ Vedi in particolare R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4956 e 4960.

⁹⁴ Cfr. sempre R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4963.

contro la volontà del diretto interessato, come vuole fare la proposta di legge, se l'autodeterminazione è espressione della libertà personale, i cui confini sono ben più ampi ed estesi rispetto a quelli del diritto al rifiuto delle cure, dell'art. 32 Cost.⁹⁵?

Tuttavia, rispetto a tale pronuncia, vi è anche chi, forse un po' ingenerosamente per lo sforzo compiuto dalla Corte, ha parlato della persistenza "di un'innequivocabile confusione nel definire il quadro costituzionale di riferimento del diritto al consenso informato"⁹⁶.

A parte la considerazione abbastanza condivisibile dell'inutilità di aver richiamato l'art. 2, "in presenza di specifiche disposizioni costituzionali alle quali ancorare il riconoscimento di un diritto"⁹⁷, si è obiettato a tale sentenza di inserirsi in "una giurisprudenza poco attenta alla distinzione concettuale e normativa, cui corrisponde una differente qualificazione costituzionale, tra inviolabilità e fundamentalità dei diritti, nella direzione di un integrale assorbimento della seconda nozione nella prima"⁹⁸, e, soprattutto, si è contestato vigorosamente l'impiego dell'art. 13 Cost., per offrire fondamento al consenso informato, ritenendo sufficiente il solo art. 32.

Sulla base di tale impostazione, infatti, "la *consensualità* è un corollario necessario della regola della volontarietà" di sottoporsi a un trattamento sanitario, e il consenso o il dissenso al trattamento "non è (...) il contenuto di un diritto autonomo, distinto o distinguibile da quello alla salute"⁹⁹, essendo immanente all'art. 32 Cost.

Se "la tutela della salute individuale si fonda sulla regola della volontarietà dei trattamenti sanitari, il cui risvolto "negativo" comprende il diritto di ammalarsi e di rifiutare le cure (o di interromperle), quindi la facoltà di scegliere se, quando e come curarsi. Di esprimere, cioè, un consenso (o un dissenso)"¹⁰⁰, entrambi, consenso e dissenso, devono essere consapevoli, avendo cioè come presupposto la "possibilità di accedere alle informazioni necessarie ad una serena ponderazione dei

⁹⁵ L'impostazione è ancora di R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4963-4964. *Contra* C.D. LEOTTA, *Consenso informato*, cit., 106, secondo il quale la Corte avrebbe "inteso sottolineare il profilo positivo di libertà di scelta della cura e non tanto quello negativo di libertà dalla cura".

⁹⁶ D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4971.

⁹⁷ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4971 e 4972, nota n. 2, anche citando adesivamente conosciute tesi di Alessandro Pace.

⁹⁸ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4972, richiamando questa volta il pensiero di Pierfrancesco Grossi.

⁹⁹ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4973, corsivo dell'A. Del resto, secondo questa A. (D. MORANA, *A proposito*, cit., 4974, nota n. 9), il trattamento sanitario obbligatorio si configurerebbe "come una particolare "prestazione personale imposta", sottratta al regime (meno garantistico) dell'art. 23 Cost. e riconducibile (...) alla disciplina dettata dall'art. 32 Cost."

¹⁰⁰ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4974.

rischi e dei benefici connessi ad un determinato trattamento ed alla valutazione meditata delle possibilità terapeutiche alternative”¹⁰¹.

Il “diritto all’informazione per la tutela della salute” sarebbe, allora, un “diritto strutturalmente relativo, che non può confondersi nella libertà di cura e che tuttavia appare strumentale al godimento di quest’ultima”; un diritto “servente rispetto alla formazione del consenso (o del dissenso) consapevole ad un trattamento sanitario”¹⁰², ma con il medesimo fondamento costituzionale, l’art. 32 Cost.

Dall’art. 32, ma solo dall’art. 32, secondo tale ricostruzione, emergerebbero due “diritti di diversa natura e struttura”, “il diritto alla salute come diritto di libertà, o più precisamente la libertà di cura come *libertà di acconsentire alle cure* (o rifiutare le stesse)”, e “il diritto alla salute come diritto a ricevere informazioni sulle cure, cioè il *diritto ad essere informato sulle cure* (ma più in generale su tutti i trattamenti, anche non curativi in senso stretto)”¹⁰³.

Il “coinvolgimento dell’art. 13 Cost., in tema di trattamenti sanitari”, si avrebbe “soltanto qualora gli stessi assumano il carattere di interventi coercitivi e cioè nelle limitate ipotesi in cui il legislatore ritenga necessario assicurarne la realizzazione anche senza, o contro, il consenso degli interessati e dunque preveda la possibilità di un ricorso all’uso della forza nel sottoporre il paziente ad una determinata terapia”¹⁰⁴; per concludere, allora, sarebbe “contraddittorio ritenere che l’art. 13 concorra a dare fondamento al diritto al “consenso informato”, quando, ancora una volta ed in forma ancora più radicale, si prescinde dal consenso in ragione del carattere coercitivo del trattamento”, e comunque anche in tali situazioni “il paziente non perde il diritto a ricevere informazioni sui medesimi trattamenti: un diritto che deriva (...) dal riconoscimento del diritto alla salute disposto dall’art. 32”¹⁰⁵.

Ma tale pur pregevole approccio non può essere pienamente condiviso, già nell’iniziale sottolineatura della necessità di non confondere fundamentalità e inviolabilità del diritto in esame, se è vero che l’art. 32, c. 1, Cost., definendo la salute diritto fondamentale dell’individuo, viene con ciò stesso a collocarlo “al medesimo livello degli altri diritti “inviolabili”, ritenuti, nell’ordine costituzionale, in una posizione prioritaria rispetto ad altri diritti, quali, specialmente, quelli inerenti

¹⁰¹ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4974.

¹⁰² D. MORANA, *A proposito*, cit., 4975.

¹⁰³ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4976, corsivo dell’A., che osserva anche, esattamente (pag. 4977), che, quando c’è un trattamento sanitario obbligatorio, rimane comunque il diritto ad essere informati sulle cure (obbligatorie a questo punto!).

¹⁰⁴ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4979.

¹⁰⁵ D. MORANA, *A proposito*, cit., 4979. Il richiamo della Corte costituzionale all’art. 13 Cost. risentirebbe della consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, esaminata nel par. precedente (v. D. MORANA, *A proposito*, cit., 4978).

alla sfera patrimoniale, suscettibili di varia conformazione ad opera delle leggi e, dunque, sottordinati, nella scala dei valori, ai diritti inviolabili”¹⁰⁶.

Fondamentalità e inviolabilità, quindi, non sarebbero in opposizione, e la prima non sfumerebbe comunque nella seconda.

Poi pare che il ricorso della Corte all’art. 13, per situare la base costituzionale del consenso informato, non sia del tutto peregrino e non solo per le ragioni di politica costituzionale cui si è fatto prima cenno. Richiamando l’art. 13 Cost. e il principio di autodeterminazione, nel campo del consenso informato, la Corte compie, infatti, non inutilmente, “una generale sottolineatura del profilo attivo della libertà di scelta rispetto a quello negativo del diritto al rifiuto delle cure”¹⁰⁷, cui si riferisce l’art. 32, c. 2, Cost.

Tuttavia è altrove (nel ruolo del consenso informato all’interno dei rapporti tra Stato e Regioni e nella conseguente dichiarazione d’incostituzionalità della legge piemontese) che si mostra tutta la debolezza della pronuncia costituzionale, che trascura, abilmente, i diversi precedenti in materia, e in particolare le sentt. n. 282/2002 e 338/2003, appena menzionate.

Richiamare la sent. n. 338/2003, in particolare, avrebbe potuto rivelarsi controproducente per un successivo annullamento della legge impugnata, visto che in tale pronuncia la Corte aveva indicato, tra gli ambiti potenziali di intervento regionale, proprio le discipline del consenso informato¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Vedi A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica*, cit., 509-510.

¹⁰⁷ Così R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4963, che pure, a pag. 4964, rilevano che la Corte avrebbe potuto giungere alle stesse conclusioni riferendosi al solo art. 32 Cost., con una soluzione meno impegnativa di quella che l’ha portata ad affermare l’esistenza di un autonomo diritto all’autodeterminazione; il duplice fondamento del consenso informato al trattamento sanitario negli artt. 13 e 32 è sostenuto anche da C. MAINARDIS, *Art. 13*, in *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova 2008, 2ª ed., 111; al solo art. 32 si riferiscono, invece, A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino 2006, I, 665-666.

Sul profilo discusso nel testo, v. inoltre G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, c. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, 91, che parla di un “diritto alla sufficiente informazione (...), implicitamente contenuto nella Costituzione”, e in particolare nell’art. 32, diritto che “riguarda tutti i momenti significativi attraverso i quali si realizza il diritto fondamentale alla salute previsto in generale dall’art. 32 Cost.”, ma poi ragionando del principio di autodeterminazione e pur senza citare l’art. 13 Cost. ne rileva la capacità di andare ben oltre alla materia delle prestazioni sanitarie. Ma sulle tesi di G.U. Rescigno v. ampiamente, *infra*, il par. 10.

¹⁰⁸ Il rilievo è pressoché unanime tra i commentatori: v. R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4965; C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4987; C. CASONATO, *Il principio*, cit., 634; F. CORVAJA, *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, in *Le Regioni*, 2009, 640; del resto, come notano A. SIMONCINI,

Negare qualsiasi spazio alle Regioni su questo tema, anche di tipo suppletivo e cedevole alla successiva determinazione da parte della legge statale dei principi fondamentali, in mancanza di una normativa generale statale¹⁰⁹, determina un'irragionevole compressione delle loro competenze, in una lettura complessiva della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute, che finisce per dilatare, esageratamente, la categoria dei principi fondamentali¹¹⁰.

Ma, anche a chi¹¹¹ sembra che esista già una disciplina statale sufficientemente consolidata del principio del consenso informato, non sfugge la completa riduzione della potestà legislativa concorrente regionale a poco più che mera potestà regolamentare.

La questione della forma scritta del consenso pare dirimente: al di là di quanto prevede la già ricordata proposta di legge unificata, all'esame delle aule parlamentari, si può davvero sostenere che si tratti di un profilo che si deve far rientrare necessariamente tra i principi fondamentali della materia¹¹²?

Ma la Corte non ha scelto la strada di una sentenza di rigetto, che pure sarebbe stata davvero percorribile¹¹³, né ha optato per una pronuncia più articolata, in parte di rigetto, in parte di accoglimento, ancora di accoglimento parziale, o nella forma dell'additiva di principio¹¹⁴.

E. LONGO, *Art. 32*, cit., 666 e nota n. 86, non mancano già ora nella legislazione regionale disposizioni che riconoscono perlomeno il diritto all'informazione degli utenti del servizio sanitario.

¹⁰⁹ Vedi anche C. CORAGGIO, *Il consenso informato*, cit., 4994.

¹¹⁰ Vedi anche R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4968, nonché C. CORAGGIO, *Il consenso informato*, cit., 4989.

¹¹¹ Come C. CASONATO, *Il principio*, cit., 635, ricorrendo alle sentt. n. 348 e 349 del 2007, sul vincolo per il legislatore statale e regionale degli obblighi internazionali e comunitari, dato, nel caso in esame, dalle previsioni del già citato art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹¹² R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4966; C. CASONATO, *Il principio*, cit., 634. Cfr. anche F. CORVAJA, *Principi fondamentali*, cit., 643, per il quale risulta piuttosto "singolare (...) l'affermazione circa l'incompetenza della legge regionale – non contrastante con alcun principio fondamentale, espresso o desumibile dalle leggi statali vigenti sulla materia, e addirittura coerente con i principi enucleabili in relazione all'oggetto disciplinato – ad intervenire in un'area che viene individuata come riservata *a priori* ai principi fondamentali e quindi alla legislazione dello Stato".

¹¹³ Vedi R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4966; C. CASONATO, *Il principio*, cit., 634, nonché F. CORVAJA, *Principi fondamentali*, cit., 639, che parla di un esito cassatorio inatteso.

¹¹⁴ In relazione, ad esempio, alla mancata previsione nella legge regionale di qualsiasi riferimento alla volontà del minore, secondo qualcuno – v. C. CASONATO, *Il principio*, cit., 635 – già principio generale della legislazione statale, e alla circostanza che la legge non contemplava "l'eventuale intervento dei professionisti (medici e autorità giudiziaria) a tutela dei loro interessi" (sempre C. CASONATO, *Il principio*, cit., 636). Ma per altri rilievi puntuali sulle diverse disposizioni della legge piemontese, non tutte suscettibili di una secca dichiarazione d'illegittimità costituzionale, v. ancora, e per tutti, R. BALDUZZI, D. PARIS, *La Corte costituzionale*, cit., 4966.

9. *Un primo tentativo di risposta, alla luce della ricostruzione compiuta, alle due domande formulate all'inizio della ricerca: a) il consenso informato è un obiettivo davvero raggiungibile? Il possibile contributo del diritto (costituzionale)*

Con il piccolo bagaglio accumulato con la ricostruzione che si è finita di compiere, lungo un volo davvero pindarico che dalla concezione dei doveri del medico in Platone mi ha portato alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, si deve cercare ora di fornire un primo tentativo di risposta ai due quesiti che si erano posti introducendo questa ricerca.

La prima domanda si può facilmente sintetizzare nel modo seguente: il consenso informato è un obiettivo realisticamente raggiungibile, all'interno del rapporto dialettico tra paziente e medico o, se si preferisce, tra cittadino e medico, valorizzando ulteriormente la dimensione personalistica e costituzionalistica di quella relazione?¹¹⁵

La risposta a tale profilo interrogativo parte del presupposto che il sistema normativo di un dato ordinamento, come può essere il nostro, metta a disposizione di quella relazione tutti gli strumenti, le misure e le condizioni di cui dispone.

In tale contesto, si sono sottolineati ad esempio i notevoli margini di incertezza legati alla possibilità di far valere le disposizioni della Convenzione di Oviedo che, più di tutte, sembrano rappresentare i cardini di quella disciplina generale che ancora manca; e, nello stesso tempo, si sono analizzate, pur nella necessità di condensare il discorso, quelle discipline settoriali più recenti che hanno il merito di disegnare (il riferimento corre alla disciplina della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico, di cui al d.lgs. n. 211/2003; alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, di cui alla l. n. 40/2004, pur con i rilievi critici avanzati da parte della dottrina; alla disciplina delle attività trasfusionali e della produzione di emoderivati, di cui alla l. n. 219/2005) percorsi di consenso informato molto chiari e "ben strutturati", si potrebbe dire (v. rispettivamente i par. 6 e 5).

Ancora si è dato conto del ruolo che ha svolto e che continua a svolgere la giurisprudenza, di legittimità in particolare, che ha amplificato il suo raggio d'azione, anche in conseguenza di un dato normativo non del tutto coerente o comunque lacunoso e che soprattutto non risponde a chiare domande di giustizia provenienti da problemi concreti e tragedie del quotidiano (v. il par. 7). Giurisprudenza che, in alcune circostanze, e penso esemplarmente alla sentenza del 2007 della Corte di cassazione sul caso di Eluana Englaro, ha tracciato anch'essa un itinerario di ragionevolezza del consenso informato, che per certi aspetti pare difficilmente migliorabile (ma v. il par. 11).

¹¹⁵ Come suggeriscono di fare ad esempio G. FERRANDO, *Consenso informato*, cit., 742 e M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 192.

Ma immaginiamo per un momento che arrivi a compimento, senza più alcuna esitazione, il processo di esecuzione della Convenzione di Oviedo; che un legislatore previdente e provvido risolva tutte le criticità che ancora il consenso informato pone (con opzioni anche diverse da quelle della proposta di legge, ricordata nel par. 6); che si riduca la casistica di vicende risolte davanti ai giudici, per mancanza di una buona legge o anche di una legge qualsiasi; e che comunque, essendoci sempre un giudice a Berlino e al Palazzo della Consulta, quel giudice avrebbe modo o maniera di definire anche quei casi, pochi o tanti, forse comunque irriducibili alla regolamentazione legislativa¹¹⁶.

In questa situazione ideale, quasi da camera iperbarica del diritto, per usare una metafora, che ne sarebbe del consenso informato, o meglio quanto migliorerebbe il gradiente del rapporto diseguale tra paziente e medico?

Lo sforzo di fornire una risposta s'innesta su un crinale sul quale la vita e la sua esperienza possono di più del diritto costituzionale, probabilmente, nel senso che il giurista costituzionalista non ha tutti gli strumenti concettuali per farlo, ma, oltre a guardare a se stesso, all'uomo o alla donna che rappresenta, deve rivolgersi umilmente a chi vive giorno per giorno la pratica medica, le sue problematiche, le sue angosce¹¹⁷.

Non bastano cioè buone norme, magari molto pervasive, per superare il diaframma che divide il paziente/cittadino, da una parte, e il medico, dall'altra. Non bastano nemmeno buone disposizioni di principio, come quelle dell'art. 32 della nostra Costituzione o, ancora meglio, come quelle della Convenzione di Oviedo; non basta nemmeno uno strumento di *soft law*, magari molto ricco e denso, come può essere il Codice di deontologia medica del 2006.

Lo scarto è, davvero, insuperabile e può aumentare, paradossalmente, sia quando il trattamento è di *routine*, banale e non impegnativo, sia quando vi è il pericolo, il rischio concreto per la vita stessa della persona.

Nell'un caso, spesso, il consenso informato passa in secondo piano, il paziente non viene informato adeguatamente, tanto il procedimento si burocratizza in una logica di mera medicina difensiva, del medico (e della struttura sanitaria) che si vuole esclusivamente cautelare dall'alea della denuncia, o

¹¹⁶ Il profilo non può essere qui ulteriormente sviluppato, ma è chiaro che il riferimento sotteso è anche a quei "casi limite", probabilmente "eccedenti le determinazioni legali", che pazienti e medici diversi, pur in situazioni simili, potrebbero decidere altrimenti, e rispetto ai quali anche giudici (diversi) potrebbero dare risposte non coincidenti (v. sul punto, ad esempio, A. FUMAGALLI, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, in *Aggiornamenti sociali*, 2007, 355). Ma sui vincoli che incontra la giuridicizzazione del rapporto tra il medico e il paziente, rispetto alle tante situazioni in cui "il diritto, nelle sue varie articolazioni e pieghe, si limiterà a prendere atto di quanto le regole extragiuridiche impongono o suggeriscono", cfr. anche M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 202.

¹¹⁷ Il metodo dell'umiltà e della concretezza in questo campo è ben sottolineato da G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Politica del diritto*, 2009, 510 e *passim*.

in una prospettiva di quotidianità, del paziente che ha fretta e non ha tempo e voglia di sapere; nell'altro caso, l'iper-specializzazione dell'intervento o del trattamento e il rischio che lo circonda, in termini di errore di diagnosi e/o di prognosi (si consideri che, per fare un solo esempio, rilevante per l'argomento che si andrà tra breve ad affrontare – v. i par. 10 e 11 – le alterazioni dello stato di coscienza sono gravate da un tasso di errore diagnostico pari al 40%), anche in presenza della massima informazione possibile, accrescono (e allargano) il divario¹¹⁸.

Non basta, del resto, il mero profilo culturale/sociale a colmare il *deficit* di conoscenza del paziente-cittadino, rispetto al patrimonio di conoscenza del medico, pur essendo facile osservare che il grado di istruzione, la cultura media, il livello sociale, la professione esercitata, l'età hanno una loro incidenza nella riduzione del *gap* che separa il sapere del medico dal sapere del paziente-cittadino.

Ma, per essere un po' provocatori, nemmeno se il paziente fosse un medico, visto il grado di specializzazione che regna in campo medico-chirurgico, la sua differenza (ed "inferiorità") con il medico che compie l'intervento medico-chirurgico o che si adopera per un determinato trattamento sanitario, nei suoi confronti, potrebbe azzerarsi, salvo il caso, forse, di un'identità di specializzazione e di competenza tra il medico che opera e interviene e il medico che viene operato.

Il diritto e in specie il diritto costituzionale devono allora, a questo punto, abdicare¹¹⁹?

No, il diritto ha le sue *chances* da giocare, offrendo alla tematica del consenso informato meccanismi, strumenti e regole che permettano di ottenere una chiara, consapevole e condivisa procedimentalizzazione della relazione medico-paziente (di "processo informativo" parla, non a caso, il citato Codice di deontologia medica, ricordato nel par. 6), che possa creare tra i due soggetti quasi una sorta di complicità, di "mutuo apprendimento" (come già sottintendeva, ad esempio, l'iniziale citazione di Platone)¹²⁰, un filo informativo diretto, genuino, sostanziale, che mai si

¹¹⁸ E sempre che non succeda che il confronto tra medico e paziente, che sta al centro del consenso informato, venga confuso, specie nella *routine* del trattamento sanitario, con le informative e con la modulistica di consenso al trattamento dei dati personali in ambito sanitario, previste dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, nel suo Titolo V. Ma, in ordine alle concrete prassi cliniche di impiego del consenso informato, v. anche le preoccupazioni di P. CATTORINI, *Cenni introduttivi*, in P. CATTORINI (a cura di), *Le direttive anticipate del malato. Esperienze operative e questioni etico-giuridiche*, Masson, Milano 1999, XI, nota n. 4, secondo il quale "una medicina impersonale e meccanica ha spesso salutato i moduli di consenso come la giustificazione notarile del proprio disimpegno umano e come la conferma (siglata – tanto meglio – dagli stessi utenti) dell'estraneità morale teorizzata dal proceduralismo etico".

¹¹⁹ Ciò che si va a sostenere nel testo, a conferma delle tante piste di ricerca, anche fuori dal diritto costituzionale, che il tema può far percorrere, è confluito, in fase di stesura finale, nel documento a cura del MEIC, GRUPPO "GIUSEPPE ALBERIGO" di Varese, *Prendersi cura della persona che muore. Spunti e riflessioni sui temi della bioetica*, Venegono Inferiore (Varese), 4 marzo 2011.

¹²⁰ Il collegamento essenziale tra informazione e libertà di scelta è sottolineato ora anche da L. CARLASSARE, *Un diritto ad essere informati*, relazione orale al Convegno di cui si pubblicano gli *Atti* in questo Volume, che mostra però molti dubbi sul significato della collaborazione medico-paziente, perché il medico non conosce fino in fondo il paziente ed è

interrompe¹²¹, e che sia anche capace di accompagnare il paziente e/o la sua famiglia, tanto nella struttura ospedaliera, quanto altrove, nella sua scelta eventuale di rifiutare un determinato trattamento sanitario, fosse pure al costo della sua vita¹²².

Il consenso informato come procedimento partecipato, allora, che cerca di mantenere insieme, in una posizione diversa, ma di pari dignità, paziente e medico; procedimento partecipato da non intendere solo alla maniera del giurista (si pensi alle logiche del procedimento amministrativo, facilmente evocabili in questo contesto), ma come metodo per realizzare, attingendo a modelli concreti sperimentati dalla pratica clinica¹²³, un'ordinata e consapevole scansione di un percorso "fiduciario" fatto di tappe, momenti, fasi, coerentemente concatenati tra di loro, garantendo sino in fondo, prima

distratto; le scelte difficili e pesanti che riguardano il paziente sono, spesso, decise autoritativamente dal medico; il consenso informato, alla fine, rischia di non essere così informato. Perplexità non minori, sulle forme della relazione tra medico e paziente e sulla difficoltà di costruire, in concreto, percorsi condivisi, dove le sequenze comunicative non si riducano a monologhi del medico, nei confronti di un paziente che non parla, non esprime opinioni e il cui consenso finisce per essere un mero assenso rispetto alla cura raccomandata dal medico, sono manifestate anche da M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 225 ss.

¹²¹ Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 277 e 276, secondo il quale il consenso informato "mira a soddisfare quell'istanza dualistica, ormai diffusa, nella disciplina del trattamento medico, che vuole integrare il punto di vista professionale col punto di vista personale, favorendo "il dialogo tra i punti di vista dell'uno e dell'altro senza ridurre il medico in una posizione di indifferenza verso la soggettività del paziente, e quindi la concreta unicità della sua persona, ma anche senza strumentalizzare l'attività del medico al di là dei confini definiti dall'appropriatezza degli interventi terapeutici".

¹²² In un percorso di consenso informato, con le caratteristiche appena descritte, non si dovrebbe "forzare la mano" al paziente che magari è incerto se consentire o meno un determinato trattamento sanitario, suggerendo ad esempio un ricovero in ospedale o in una struttura sanitaria, piuttosto che seguire una terapia a casa sua, sempre in relazione evidentemente alla tipologia della sua malattia, ma si dovrebbe accompagnarlo, assisterlo, sostenerlo, e mai abbandonarlo, impedendogli di compiere una scelta di sottrarsi all'assistenza medica, nel senso cioè di voler esercitare un "diritto solitario" di rifiutare il trattamento sanitario, magari "in clandestinità, circondato dalla prudente diffidenza di qualsiasi soggetto terzo (familiare, medico, amici, infermieri, ecc.), preoccupato di eventuali conseguenze penali", derivanti dalla sua scelta di non curarsi (come rileva L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2008, 766). Se questo avviene, se cioè il paziente è lasciato solo, nel momento della decisione, vuol dire chiaramente che il percorso di consenso informato ha fallito nel suo compito.

E' evidente, peraltro, che ciò che il diritto non può surrogare è la dimensione ultima del rapporto fiduciario tra medico e paziente, di quel filo che non si può (più) riannodare, nemmeno con il miglior arsenale procedimentale disponibile, se l'uno si mettesse contro l'altro.

¹²³ Per un caso clinico esemplare, relativo a un paziente, con sclerosi laterale amiotrofica avanzata (SLA), che rifiuta la tracheotomia, che è servito per elaborare quanto sostenuto nel testo, v. M. BERTINI E AL., *Quale setting riabilitativo per il paziente "cronicamente critico"? Il recupero di "gestibilità": un nuovo outcome in riabilitazione*, in *Europa Medicophysica*, 2009, vol. 45, suppl. 1 al n. 3, 3-4. Cfr. anche MEIC, GRUPPO "GIUSEPPE ALBERIGO" di Varese, *Prendersi cura della persona che muore*, cit.

di arrivare alla decisione finale, di valutazione del bene superiore, la presa in considerazione di tutti gli interessi e i valori in gioco¹²⁴; procedimento partecipato, infine, che può diventare anche strumento in grado di democratizzare il rapporto tra medico e paziente¹²⁵.

In presenza di gravi malattie neurodegenerative, di stati di alterazione della coscienza, di problematiche poste dallo stato di malato terminale, di questioni di fine vita, questa esigenza di un procedimento “partecipato” diventa davvero irrinunciabile¹²⁶; verso tale prospettiva d’indagine si indirizza ora la nostra attenzione.

10. b) *Consenso informato e libertà di scelta: le ragioni dell’autodeterminazione e della rinuncia a curarsi. I limiti e le incognite dell’impiego del principio di maggioranza nelle questioni eticamente controverse. Una critica alle concezioni unilaterali dell’autodeterminazione. C’è uno spazio per la doverosità delle cure?*

Anche alla luce delle ultime osservazioni svolte, la seconda domanda che mi ero posto, in esordio, porta a ragionare ancora sul tema, ben presente alla scienza costituzionalistica, di ieri e di oggi (v. *supra* il par. 4), dei rapporti tra il diritto di essere malati ed il dovere di curarsi, considerando in particolare il consenso informato nella sua valenza squisitamente “negativa” di rifiuto informato a seguire (e/o a subire) un determinato trattamento sanitario, compresa la possibilità di rinunciare a un trattamento già intrapreso.

Tale domanda, in realtà, si regge su due diverse “gambe”, ovvero su due separati profili interrogativi cui dover rispondere.

Il primo è se il rifiuto informato, espressione della libertà di scelta e del diritto di autodeterminazione intorno alla propria vita e alla disponibilità del proprio corpo, incontri qualche limitazione in Costituzione, o se invece sfugga a qualsiasi bilanciamento valoriale, rendendosi così praticamente

¹²⁴ Anche “procedimento circolare che inizia con l’informazione, tendenzialmente dal medico al paziente, e termina con la scelta di quest’ultimo, in direzione inversa dal paziente al medico”, che valorizza il “carattere morale e non tecnico della scelta terapeutica” finale, come rileva C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 547.

¹²⁵ Come sostiene in particolare F.D. BUSNELLI, *Il rifiuto delle terapie tra autodeterminazione del paziente e ruolo di garanzia del medico*, in P. CATTORINI (a cura di), *Le direttive anticipate del malato*, cit., 12.

¹²⁶ Per qualche cenno, nel solco delle considerazioni svolte nel testo, v. anche il Piano sanitario nazionale 2006-2008, pagg. 50-51, in un paragrafo dal titolo “Dal consenso informato all’*empowerment*”, nel quale si sottolinea la necessità di “implementare i processi di informazione e comunicazione tra cittadino ed operatore, finalizzati a migliorare il consenso informato, e tra cittadino ed istituzioni sanitarie”, e di mettere il cittadino “nelle condizioni di esprimere le proprie volontà sul processo di cura che lo riguarda”.

assoluto, nelle tante vicende che la realtà della vita pone drammaticamente all'attenzione del diritto e ai suoi interpreti.

Il secondo è se l'art. 32 Cost. sia sempre davvero in grado di garantire il rifiuto informato, in assenza di una legge di attuazione concreta delle sue disposizioni.

Capovolgendo l'ordine dei problemi, è in un recente, solidissimo, contributo teorico¹²⁷ che, proprio riflettendo su due casi concreti, conosciuti alle cronache e alla pubblica opinione, quello di Piergiorgio Welby e quello della signora siciliana, malata di diabete, che morì, qualche anno fa, pochi giorni dopo aver rifiutato di subire l'amputazione di un piede, ormai ridotto in cancrena¹²⁸, si colgono nitidamente i nodi critici dell'applicazione dell'art. 32, c. 2, Cost., in mancanza di una sufficiente mediazione legislativa, sino a immaginarne, un po' provocatoriamente, una sua riformulazione, più adatta probabilmente a un codice deontologico, se non a un protocollo ospedaliero, che a una Costituzione, del seguente tenore: "chiunque, se capace di intendere e di volere, ha diritto di non essere sottoposto a un trattamento sanitario, salvo i casi previsti dalla legge, ed ha diritto di interrompere il trattamento sanitario, se è in grado di farlo da solo"¹²⁹.

In ogni altra ipotesi, e in particolare quando la persona "non è in grado materialmente di fare quanto necessario per interrompere il trattamento sanitario", ponendosi di conseguenza a carico di un altro l'esistenza di un obbligo di "compiere quell'azione, se e solo c'è una norma valida e vigente che lo obbliga (o fonda l'ordine di un altro che lo obbliga)"; oppure quando la persona non è capace di intendere e di volere, e quindi "per il diritto (ma prima ancora per la morale e per il senso comune universale) non è in grado di decidere nulla, e quindi neppure di decidere che un trattamento sanitario (...) cominci oppure che venga interrotto, ed al suo posto intervengono tutte quelle norme che impongono di soccorrere le persone e/o di fare quanto è nelle loro capacità professionali per tenere in vita le persone"¹³⁰, sarebbe sempre necessaria una legge (o almeno una norma, già ricavabile dal sistema normativo esistente) di attuazione, mediazione e/o d'integrazione dell'art. 32,

¹²⁷ Quello di G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit.

¹²⁸ A questa seconda vicenda possono assimilarsi anche il caso, ricordato da N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 2370, del malato di tumore, che non voglia accettare le cure di chemioterapia, pur sapendo che il rifiuto di quelle cure comporterà la sua morte, o quello ricordato tra gli altri da F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2008, 109, della persona con un'insufficienza renale cronica, che muore per aver rifiutato la dialisi.

¹²⁹ Quello di G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 88.

¹³⁰ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 89.

c. 2, Cost. L'assenza di una qualsivoglia disposizione attuativa impedisce, in tali circostanze, che vi possa essere un diritto tutelato immediatamente e direttamente dalla Costituzione¹³¹.

Inoltre, mentre nel primo caso, si configurerebbe alla fine il “dovere del giudice (di) dare risposta positiva alla domanda di una persona che richiede il soddisfacimento di un suo diritto, ordinando l'interruzione del trattamento anzitutto a chi lo ha iniziato o ne è attualmente responsabile, e poi, nel caso di impossibilità o rifiuto di questo, a qualunque persona qualificata obbligata a prestare assistenza sanitaria quando viene richiesta”¹³², e comunque nella vicenda concreta di Welby l'intervento volontario del dott. Mario Riccio, che ha interrotto il trattamento sanitario, compiendo “l'azione che l'interessato non è in grado fisicamente di compiere”, ha dato immediata applicazione alla disposizione costituzionale, non essendo applicabili contro di lui né la norma del codice penale sull'omicidio del consenziente, né quella sull'aiuto al suicidio¹³³, un'analoga soluzione non si presterebbe per tutte quelle situazioni nelle quali la persona è incapace di intendere e di volere, perché ad esempio vive un'irreversibile alterazione dello stato di coscienza¹³⁴.

In quest'ultima eventualità, non vi sarebbe, infatti, nell'ordinamento alcuna norma o principio “che dia il potere a qualcuno di decidere, al posto dell'interessato non in grado di decidere, l'esclusione o l'interruzione di un determinato trattamento sanitario, ritenuto invece, dalla scienza medica corrente, utile per la guarigione o comunque la sopravvivenza del paziente”¹³⁵; di conseguenza, il medico deve, in tali situazioni, avere sempre l'obiettivo di “migliorare la condizione del paziente o

¹³¹ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 97.

¹³² G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 96.

¹³³ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 89-90 e 94-96. Cfr. anche pagg. 90-91: “il raggio d'azione diretto dell'art. 32 Cost., senza la mediazione di una legge (o comunque di una norma ricavabile dal sistema), è limitato e non risponde proprio ai casi più drammatici che sempre di più si impongono all'opinione pubblica: da un lato, il caso di chi non è in grado di esprimere una decisione sul trattamento sanitario (a), e dall'altro il caso di chi, pur capace di intendere e di volere, non è materialmente in grado di por fine al trattamento sanitario e nessuno si presta volontariamente a compiere l'azione materialmente necessaria al posto dell'interessato” (b). E cfr. pure pag. 108: “la risposta giuridica a questioni etiche in materia sanitaria diventa problematica, in assenza di specifiche leggi, sia quando l'interessato non è in grado di fare da solo quanto è necessario per esercitare il suo diritto a rifiutare trattamenti sanitari e più in generale il suo diritto di darsi la morte, sia quando l'interessato è incapace di intendere e di volere. Nei casi nei quali, invece, l'interessato è capace di intendere e di volere ed è in grado di fare da solo quanto è sufficiente e necessario, domina il principio dell'autodeterminazione dell'individuo e non vi sono scelte a carattere etico che possono essere imposte a chi non le vuole”.

¹³⁴ E' interessante notare che questo metodo, davvero condivisibile, che porta a separare situazione da situazione, fattispecie da fattispecie, è anche di chi, come A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 279, distinguendo tra la condizione del paziente capace e di quello incapace, tra il rifiuto e la rinuncia ai trattamenti sanitari, è sostenitore, in tema di autodeterminazione, di un approccio per certi aspetti diametralmente opposto da quello di G.U. Rescigno.

¹³⁵ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 98.

comunque di farlo sopravvivere”, non potendo “non iniziare o interrompere un trattamento sanitario nei confronti di un paziente incapace di intendere e di volere, se quel trattamento è previsto dalla scienza medica, vi sono le possibilità strumentali, e dalla decisione del medico di non iniziarlo o di interromperlo discende la morte del paziente”¹³⁶.

Ogni altra diversa soluzione dipende da una valutazione “eminentemente politica, che spetta solo al legislatore (salva la Costituzione)”¹³⁷, così che solo quest’ultimo può dire la parola finale in questo campo.

Le scelte del legislatore sarebbero sempre dominate dalla logica del principio di maggioranza, potendo quindi prevalere, di volta in volta, e a seconda di come si schiera periodicamente il corpo elettorale, diverse e contrapposte concezioni etiche sul diritto alla vita, riconducibili, secondo l’Autore il cui contributo è qui ripetutamente menzionato, a due corni principali, l’uno di matrice laica, l’altro di matrice cattolica¹³⁸.

Tuttavia proprio quest’ultima considerazione, che certo nasce dall’esigenza di restituire al legislatore compiti sempre più di dominio del giudice, non è del tutto soddisfacente e rischia di apparire anche un po’ rinunciataria, perché lo studioso del diritto costituzionale deve tentare di rinvenire piuttosto una concezione etica della Costituzione¹³⁹, che sia di sintesi alle due prospettive indicate e che in questo modo sappia guidare le future scelte del Parlamento, indipendentemente dalle maggioranze uscite dalle elezioni.

Non si può pensare, infatti, che le scelte etiche che la Costituzione ha lasciato (volutamente?) aperte si possano risolvere in base alla sola regola di maggioranza, che rischia di attivare pericolosi conflitti, magari basati su vecchie (e mai sopite) pregiudiziali ideologiche¹⁴⁰.

¹³⁶ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 98 e 99.

¹³⁷ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 99; ma v. anche C. TRIPODINA, *Intervento* (orale) al Seminario di studio, *Tra bioetica e diritto sanitario: il c.d. testamento biologico e la procreazione artificiale*, Alessandria, 17 maggio 2010, nonché M. VILLONE, *Intervento* (orale) al Convegno di cui si pubblicano gli *Atti* in questo Volume.

¹³⁸ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 105 e 111.

¹³⁹ Di etica costituzionale o repubblicana parla, tra gli altri, A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it, 2009.

¹⁴⁰ In tal senso cfr. anche A. D’ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 240: se le “Costituzioni rappresentano un tentativo di giuridicizzare la morale (...), non ci si può meravigliare poi che questa opera di traduzione e di “valorizzazione” dei valori finisca col riflettere il pluralismo di questo dibattito, riportandolo, in pieno, con tutto il suo carico di posizioni inconciliabili, dentro il contesto normativo costituzionale”. Così, “fuori da alcuni punti che sembrano abbastanza “consolidarsi”, esistono e si fronteggiano opzioni interpretative non estranee al “testo”, o almeno al risultato che emerge dal raffronto del testo con il carattere aperto della cornice assiologica. Questo inevitabilmente erode almeno parzialmente la capacità prescrittiva della norma costituzionale, accrescendo i margini per la discrezionalità della decisione politica e degli orientamenti giurisprudenziali”. Ma come si viene a dire nel testo, lo

In tali ambiti, infatti, com'è stato notato in un altrettanto solido lavoro di dottrina, anch'esso di recente pubblicazione, “sono necessarie la disponibilità al dialogo e la capacità di ascoltare le ragioni dell'altro, senza per questo cadere nel relativismo”, compiendo “il massimo sforzo di condivisione”, chiedendo chiarezza al legislatore, senza pretendere da esso, però, “scelte ideologicamente orientate”¹⁴¹, portato inevitabile delle logiche maggioritarie.

La ricerca della “soluzione meno lontana dai comuni valori plurali in cui ci si riconosce”¹⁴² richiede di utilizzare anche dei meccanismi procedurali capaci di favorire al massimo grado il consenso, di disinnescare letture preconcepite su tutti gli argomenti eticamente sensibili e di “impedire” votazioni frutto esclusivamente dell'appartenenza politica a questo o quello schieramento.

Tra le alternative che sono state avanzate, si va dal ricorso ad una legge adottata con le procedure aggravate dell'art. 138 Cost.¹⁴³, legge di revisione che, però, nella situazione politica contingente renderebbe probabilmente impossibile qualunque tipo di accordo; a un voto parlamentare su una legge ordinaria che avvenga in modo del tutto slegato “dalla disciplina di voto richiesta dai capigruppo”¹⁴⁴; alla creazione, *de jure condendo*, di una nuova figura di “legge organica” per le questioni eticamente controverse, da approvarsi a maggioranza qualificata (anche tale atto incontrerebbe peraltro ostacoli non dissimili da quelli derivanti dall'utilizzazione del procedimento di revisione dell'art. 138); all'impiego, soprattutto, di una di quelle leggi permissive, “che consentano di ricorrere a taluni istituti in via del tutto facoltativa”, come segnalava già un Maestro come Leopoldo Elia¹⁴⁵, e che stagioni precedenti della nostra storia politica hanno positivamente conosciuto (si pensi, su tutte, alla l. 194/1978 e alla l. n. 833/1978); leggi permissive di maggioranza

sforzo deve essere quello di non lasciare alla regola di maggioranza il potere di decidere quale opzione interpretativa, non estranea alla formulazione del testo costituzionale, debba di volta in volta prevalere!

¹⁴¹ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 512. Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 291, per il quale “si tratta di avere il coraggio di percorrere un cammino che sappia integrare i punti di vista, anziché imboccare le facili scorciatoie della riduzione di così gravi problematiche al principio assoluto dell'autodeterminazione o a quello dell'obbligatorietà dei trattamenti senza se e senza ma”.

¹⁴² Così R. BALDUZZI, *La biotecnologia tra diritto e politica*, in R. BALDUZZI, C. CIROTTI, I. SANNA, *Le mani sull'uomo. Quali frontiere per la biotecnologia?*, Editrice Ave, Roma 2005, 132.

¹⁴³ Come suggerisce A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit.

¹⁴⁴ L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del Convegno di Napoli, 26-27 ottobre 2007, CEDAM, Padova 2008, 17, e dietro di lui A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit.

¹⁴⁵ Così L. ELIA, *Introduzione*, cit., 14, citando Carlo Esposito.

ma, certo, “non prive di valori”¹⁴⁶ e formulate in modo da favorire e non ostacolare la loro eventuale correzione in sede di giudizio di costituzionalità¹⁴⁷.

D'altra parte, al di là di queste perplessità sull'uso (a volte troppo disinvolto) della regola di maggioranza, a cui si farà ancora qualche cenno tra poco, prendendo in esame la proposta di legge in tema di direttive anticipate di trattamento (v. par. 11), il passaggio più problematico riguarda, in questa e in molte altre ricostruzioni, peraltro largamente condivise in dottrina¹⁴⁸, la definizione ultima del principio di autodeterminazione.

Siamo così arrivati alla seconda “gamba” o quesito interrogativo, cui si faceva cenno poco sopra.

Affermando, infatti, la sovranità assoluta sulla vita, da parte del paziente, e “il principio del diritto alla vita come principio che consacra l'autodeterminazione dell'individuo, anche rispetto alla sua vita, sia quando si intende vivere (come sarà nella stragrande maggioranza dei casi), sia quando si intende morire (e cioè esercitare pur sempre il diritto alla vita)”¹⁴⁹, si finisce per assumere, infatti, una posizione a tratti unilaterale e incondizionata del principio di autodeterminazione, che rischia di sconfinare nel medesimo relativismo di chi pensa, “in presenza di una pluralità di opzioni configgenti, di validarle tutte allo stesso modo, e dunque di astenersi dal legiferare preferendo l'una o l'altra opzione”¹⁵⁰.

Nell'approccio che qui si viene a criticare, non è, allora, tanto in contestazione la circostanza che si riconosca al principio di autodeterminazione “una portata che va oltre la materia delle prestazioni sanitarie”, per la sua capacità di “estendersi, o prima o poi, ad altri casi, non consistenti in trattamenti sanitari, nei quali egualmente qualcuno chiede di morire”¹⁵¹, quanto, forse, un'eccessiva svalutazione del rapporto di identità tra persona e libertà, perché, assumendo l'autodeterminazione

¹⁴⁶ R. BALDUZZI, *Intervento* (orale) al Seminario di studio, *Tra bioetica e diritto sanitario: il c.d. testamento biologico e la procreazione artificiale*, cit.

¹⁴⁷ R. BALDUZZI, *Intervento*, cit.

¹⁴⁸ Vedi tra gli altri A. VALLINI, *Il valore del rifiuto alle cure “non confermabile” dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Diritto pubblico*, 2003, 185 ss.; N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure*, cit., 2359 ss.; L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in www.astrid.eu, 2009 e *Un diritto ad essere informati*, cit.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., *passim*; L. CHIEFFI, *Intervento* (orale) al Seminario di studio, *Tra bioetica e diritto sanitario: il c.d. testamento biologico e la procreazione artificiale*, cit. Cfr. anche, per certi aspetti, l'appello *Autodeterminazione*, in www.autodeterminazione.nobavaglio.it, che ha come primi firmatari G. Ferrando, A. Pace, P. Rescigno, S. Rodotà, e che pure ha il merito di segnalare tutta una serie di criticità del progetto di legge sul fine vita, di cui si parlerà, *infra*, al par. 11.

¹⁴⁹ Ancora G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 110.

¹⁵⁰ Così R. BALDUZZI, *La biotecnologia tra diritto e politica*, cit., 132.

¹⁵¹ Ancora G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 109.

“come parametro ultimo e decisivo, la dignità della persona viene, contraddittoriamente, posta in antitesi alla persona stessa e alla sua sussistenza in vita”¹⁵².

Ma vita e autodeterminazione non vanno contrapposte, perché “proteggere e tutelare la vita vuol dire proteggere e tutelare tutti i valori umani, compreso quello di autodeterminazione”, visto che “la vita è la base della libertà personale, di coscienza, di autodeterminazione”¹⁵³ e “la libertà umana è sempre situata e condizionata”, inserendosi “in un contesto di relazioni che ci collega agli altri: la nostra identità personale è costitutivamente relazionale”¹⁵⁴.

Un’opposizione radicale tra vita e autodeterminazione fa scivolare la seconda verso tentazioni autoreferenziali, quasi che la persona sia un’entità autosufficiente e autarchica¹⁵⁵, e può portare a confondere due prospettive che, invece, vanno tenute rigorosamente distinte, nel contesto delle decisioni di fine vita: quella di chi, nel nome di un’autonomia “irrinunciabile, ma non assoluta”¹⁵⁶, esprime il diritto di astenersi dalle cure, e quella di chi, nel nome di un’autonomia che si assolutizza, chiede in realtà di ricorrere a pratiche di eutanasia (omissiva e/o attiva), “favorendo una normativa giuridica in questo senso”, come, per molti aspetti, ha cercato di fare lo stesso Welby con la sua testimonianza di vita e di morte¹⁵⁷.

¹⁵² Cfr. ancora R. BALDUZZI, *La biotecnologia tra diritto e politica*, cit., 132-133, in un ragionamento che viene esteso alla definizione delle questioni del fine vita e del c.d. diritto di morire, pur riguardando in realtà in modo specifico le problematiche nascenti dalla l. n. 40 del 2004, sulla fecondazione artificiale. Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 296: “la libertà è un valore irrinunciabile ma quando viene ridotta a un’idea di autodeterminazione che fa degradare il corpo a cosa disponibile, un punto di vista si fa tiranno e la c.d. autodeterminazione fagocita ogni altro valore, come la dignità della persona e la solidarietà. L’autodeterminazione, inoltre, si fa veicolo di un dualismo tra persona (anima, coscienza) e corpo (vita, salute), che è regressivo rispetto all’antropologia della nostra Costituzione”.

¹⁵³ Vedi G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 518.

¹⁵⁴ Così C. CASALONE, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, cit., 348; ma v. anche R. BALDUZZI, *La biotecnologia tra diritto e politica*, cit., 132.

¹⁵⁵ Così ancora C. CASALONE, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, cit., 348. Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 294 e 295, corsivo dell’A.: “la pretesa di risolvere le difficili questioni riguardanti la persona assolutizzando l’autonomia in funzione di un ipotetico diritto di disporre di sé non tiene conto che l’autonomia privata conosce sempre dei limiti, e ciò anche nel campo dei rapporti economici dove la categoria atti di disposizione è stata forgiata”, così che “ammettere che il corpo è parte integrante della persona, e non degrada a *res* disponibile, non toglie nulla alla libertà né impedisce di affermare l’intangibilità del corpo e la personalizzazione della cura. Altrimenti se il corpo degrada a *res* disponibile e viene distaccato dalla persona che cosa impedisce che esso come proprietà possa essere espropriato? Il paradigma dell’autodeterminazione tende a declinare il modello proprietario come modello unico di situazione giuridico soggettiva, mentre i diritti *sulle res* devono rimanere distinti dai diritti *della* persona”.

¹⁵⁶ C. CASALONE, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, cit., 349.

¹⁵⁷ Vedi C. CASALONE, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, cit., 349.

L'essenza del principio di autodeterminazione esige, certamente, che sia riconosciuto al singolo il diritto di potersi sottrarre alla vita, rinunciando a un trattamento di cura, "qualunque sia il fine, più o meno nobile, perseguito", ed escludendosi che "nella tutela della vita rientri la prospettiva di un dovere di vivere, prevalente sul diritto all'autodeterminazione"¹⁵⁸; ma, nello stesso tempo, non va taciuto che "la salute della persona, intesa come diritto costituzionale alla tutela dell'autodeterminazione a curarsi, non può essere considerata equivalente a un diritto del singolo a "trascurarsi": e ciò, ovviamente, determina significativi riverberi proprio sul piano della "alleanza terapeutica", che deve caratterizzare (...) i rapporti tra medico e paziente. La sfera della salute

La profonda diversità tra le due prospettive, indicate nel testo, era già stata ben sottolineata, nell'angolazione costituzionalistica, da A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 1998, 614 ss. e 615: se "la scelta (consapevole, e quindi informata) di rinunciare alle terapie mediche, anche a rischio – evidentemente accettato – di accelerazione dell'esito mortale, può comunque essere riportata all'interno dei significati espressi o impliciti del diritto alla salute, implicando una dimensione costituzionale di libertà incoercibile con mezzi giuridici (...), il discorso giuridico si complica, e (...) diventa sempre più difficile (e "pericoloso") parlare di diritto o libertà di scegliere la propria morte, quanto più si va avanti sulla strada della relativizzazione e della disponibilità volontaria del bene vita, ipotizzando situazioni di "aiuto a morire" da parte del medico, di intervento cioè diretto a procurare, agevolare o accelerare il decorso mortale di una malattia che il paziente non ritiene sopportabile". Di quest'A. v. anche il ben più recente contributo *Al limite della vita*, cit., 262 e 248-249, nel quale si conferma l'esistenza di un confine assai vago, tra rifiuto di cure e eutanasia, "tra autodeterminazione astensiva e azione eutanassica (pur sempre "passiva" e "volontaria"), dove la distinzione tra "lasciar morire" (come conseguenza del rifiuto di cure) e "provocare la morte" è veramente incerta, e le due ipotesi quasi si sovrappongono", ma, al contempo, si sostiene senza cedimenti la necessità di non sovrapporre, né confondere mai "l'orizzonte concettuale del consenso informato e del diritto di rifiutare le cure, anche nei casi "estremi", in cui tale scelta può comportare e di fatto determina (più o meno direttamente e rapidamente) una progressione del decorso mortale della malattia o della condizione patologica (...) con la rivendicazione di un preteso «diritto a morire»". Quest'approccio comporta di non poter "fare una distinzione, meno che mai rilevante sul piano giuridico, tra le situazioni di rifiuto/dissenso "originario", e i casi in cui il consenso alle cure sia stato inizialmente dato, ma il soggetto manifesti, successivamente all'avvio della relazione terapeutica, una volontà di interrompere o sospendere il trattamento" (A. D'ALOIA, *Al limite della vita*, cit., 248).

Vedi inoltre G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 519, che rileva che non spetta al legislatore decidere se prevalga la vita o l'autodeterminazione, trattandosi di due concetti inscindibili, così che, "quando l'autodeterminazione del soggetto si risolve in una rinuncia alla vita (...), il legislatore non può che ritrarsi di fronte a una scelta personalissima, che il soggetto ha la possibilità e il diritto di compiere nella propria autonomia e responsabilità", nonché F.D. BUSNELLI, *Il rifiuto delle terapie*, cit., 9-10, che distingue due diversi approcci costituzionali nel modo di concepire la dignità della persona e il principio di autodeterminazione, uno di matrice nord-americana, libertario, utilitarista, che affida "al singolo individuo il compito esclusivo di determinare il senso della propria dignità", l'altro tipico del costituzionalismo europeo, che avrebbe, invece, al suo "vertice il principio inviolabile della dignità della persona e la correlativa regola della indisponibilità della vita umana". Quest'ultimo riferimento rischia, tuttavia, di diventare ambiguo, tanto più che quest'A. ritiene anche che il termine "autodeterminazione" non avrebbe una precisa qualificazione giuridica nel nostro ordinamento (v. F.D. BUSNELLI, *Il rifiuto delle terapie*, cit., 2); l'indisponibilità del bene della vita, infatti, può rappresentare un ostacolo e un impedimento a un riconoscimento dell'eutanasia, ma non

dell'individuo, dunque, in questa prospettiva si socializza, per diventare un valore la cui salvaguardia è valore di tutti¹⁵⁹.

Sul significato di questa socializzazione della salute dell'individuo, che richiama idealmente il carattere dialogico e relazionale del consenso informato, si deve spendere ancora qualche ulteriore rigo.

Si tratta di una prospettiva che anche il tipo di impostazione che si sta contrastando non ignora del tutto, nel momento in cui rileva, ad esempio, che la decisione di rifiutare un trattamento sanitario non ricade soltanto sull'interessato, sul malato, ma “riguarda inevitabilmente il coniuge, il convivente, i figli, i parenti, gli amici”¹⁶⁰. Nessuno di questi soggetti, però, in base al codice morale che caratterizza il nostro ordinamento giuridico, può forzare la mano sul principio di autodeterminazione del singolo: non esistono, infatti, “meccanismi volti ad imporre coattivamente certamente al rifiuto delle cure. Il richiamo al modello americano, d'altra parte, suggerisce proprio di guardare con grande cautela, come si è cercato di fare nel testo, a una nozione di autodeterminazione intesa in modo unilaterale, radicale, utilitaristico.

¹⁵⁸ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 521.

¹⁵⁹ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 521. L'autodeterminazione, osserva ancora molto opportunamente G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 521 e 522, “va” – inoltre – “schermata rispetto ai rischi di inquinamento e di strumentalizzazioni della volontà, legati ad esempio ai riflessi economici di un'opzione legislativa che vada nel senso della “liberalizzazione”: così da evitare disparità di trattamento che potrebbero trasformare, di fatto, il diritto di morire in un dovere verso la famiglia o la società (che non intendono più sopportare il “peso” e il costo)”, punendo in particolare l'omicidio del consenziente e l'istigazione al suicidio, situazioni nelle quali il processo di autodeterminazione risulta inquinato e condizionato dalla volontà e dall'azione di una terza persona. Su quest'ultimo punto v. anche A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 282-283, che muovendo una critica all'impostazione di G.U. RESCIGNO, su cui ci siamo ampiamente soffermati in precedenza, che avrebbe il torto di considerare solo il principio di autodeterminazione, “lasciando in ombra i principi (peraltro connessi) di solidarietà e di rispetto della persona umana, pure nella luce dei quali la norma costituzionale [l'art. 32] dovrebbe essere letta”, sottolinea in particolare, proprio nel nome del principio di solidarietà, che “il c.d. diritto alla scelta terapeutica non può essere costruito come una sorta di diritto borghese trascurando il gran numero dei soggetti deboli nei confronti dei quali è invece opportuno alzare il livello delle garanzie”, visto che “una regola che deresponsabilizzi il medico, autorizzandolo a soluzioni sbrigative, contrasterebbe proprio con l'art. 32, c. 1, Cost.”.

¹⁶⁰ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 102. Cfr. anche A. D'ALOIA, *Al limite della vita*, cit., 244: “la salute è essenzialmente un diritto che l'individuo può ricondurre alla sua sfera più intima di autodeterminazione. E' anche un “interesse della collettività”, come afferma sempre l'art. 32 Cost., ma questo non è sufficiente a trasformarlo in un dovere (verso la collettività o verso la propria famiglia o le persone comunque vicine), almeno in senso giuridico”; ne consegue, contestando anche quanto sostenuto da altra dottrina (S. Mangiameli, citato *infra* in nota n. 163), che, dal qualificare la salute come interesse della collettività, non può “derivare un vincolo, un effetto di doverosità (che funzionerebbe impropriamente alla stregua di uno strumento “morale”) sul primo livello, quello del diritto individuale alla salute”, e che “l'interesse della collettività alla salute di ogni suo singolo componente non è il presupposto di un dovere a curarsi” (A. D'ALOIA, *Al limite della vita*, cit., 245 e 247).

trattamenti sanitari su richiesta del coniuge o dei figli, se questi trattamenti sono necessari per tutelare anche interessi (affettivi e non solo) di questi”¹⁶¹, e, nell’inevitabile conflitto, etico prima che giuridico, che si crea in tutte queste circostanze, il diritto “fa prevalere la decisione di chi rifiuta il trattamento sanitario, anche quando da questa decisione deriva la morte, sulla volontà di coloro che, quali che siano le ragioni, non vogliono questo esito e chiedono dunque che il trattamento venga coattivamente imposto” o non venga interrotto¹⁶².

Tuttavia non pare questo il punto dirimente, alla luce delle considerazioni che si sono appena svolte. Non è in contestazione, infatti, giova ribadirlo con fermezza, il diritto di dedurre dall’autodeterminazione dell’individuo scelte di vita che comportino il rifiuto di un trattamento sanitario, di qualsiasi trattamento sanitario¹⁶³, ma piuttosto l’idea di considerare gli esiti di quelle scelte estranee all’alleanza tra paziente e medico, “uniti in un patto che comporta una fondamentale reciprocità” e che li impegna a non poter decidere senza l’altro¹⁶⁴, così che la decisione, qualsiasi decisione, deve essere inserita in un contesto “che prevede diversi soggetti in relazione: malato, *équipe* curante, medico, familiari, amici”, che impedisce “all’autonomia del malato di essere assoluta, rendendo il medico un (mero) esecutore della sua volontà” e facendo del malato il giudice delle proprie terapie, e che, nello stesso tempo, tiene in un angolo il vecchio paternalismo del medico “che pretenda di sapere meglio del malato il suo bene”¹⁶⁵.

¹⁶¹ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 102.

¹⁶² G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 102-103.

¹⁶³ Così anche L. CHIEFFI, *Intervento*, cit.; sembra negare, invece, che l’autodeterminazione individuale abbia un effettivo spessore costituzionale S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, 18, sostenendo che l’art. 32, c. 2, Cost., “fonda non un diritto di libertà individuale di cura del quale farebbe parte anche il rifiuto delle terapie, ma un “limite” nei confronti del potere pubblico”. A un’obiezione su questo specifico punto non sembra sfuggire nemmeno A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 276 e 277, in un contributo che pure si fa decisamente apprezzare per la capacità di delineare e suggerire un metodo di analisi, basato sulla tecnica della fattispecie e sullo sforzo di integrare e bilanciare, sempre, punti di vista differenti e in potenziale contraddizione, ma che dà dell’art. 32, c. 2, Cost., un’interpretazione troppo riduttiva che, riferendosi ai lavori preparatori, ne fa una norma “immobile”, radicata nelle circostanze storiche che ne determinarono la formulazione (la conoscenza da parte dei Padri Costituenti della tragedia dei campi di sterminio nazisti e del citato Codice di Norimberga e la conseguente volontà di impedire sperimentazioni mediche coattive), e che, nel contesto costituzionale complessivo, cita l’art. 2, ma ignora, forse colpevolmente, l’art. 13.

¹⁶⁴ M. CHIODI, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, cit., 351.

¹⁶⁵ Così M. CHIODI, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, cit., 351. Sempre che, come ben rileva P. CATTORINI, *Cenni introduttivi*, cit., X, nota n. 4, il “dispotismo” del medico di una volta non rientri dalla finestra, in mancanza di una genuina alleanza terapeutica tra medico e paziente, prevalendo il freddo calcolo legalistico che sarebbe per lui, comunque, “comodo (...) prendere acriticamente alla lettera una certa richiesta del paziente e eseguirla immediatamente”. Facile notare, del resto, che un consenso informato eccessivamente “contrattualizzato”

Allo stesso modo non è in discussione (e francamente risulta abbastanza irrilevante), tornando a ragionare della questione dell'alterità tra concezioni etiche della Costituzione e della legge, cogliere se il legislatore italiano stia "applicando un codice etico non ispirato alla dottrina cattolica", non prevedendo trattamenti sanitari obbligatori "per preservare comunque la vita di una persona anche contro la sua volontà"¹⁶⁶, o sostenere che l'art. 32, c. 2, Cost. si ispiri a un codice etico di natura laica, se non quasi liberista¹⁶⁷; il nodo, infatti, è respingere l'idea stessa che dalla Costituzione si possa ricavare, secondo il semplice volere della maggioranza, qualsivoglia concezione etica, fondata ad esempio, oltre che su questa o quella fede religiosa, "sulla difesa della patria o sul dovere del lavoro, così che diventerebbe costituzionalmente ammessa una legge che impone trattamenti sanitari coattivi per la conservazione dell'integrità fisica a fini militari o per fini lavorativi", magari con l'intervento *ad adiuvandum* del giudice costituzionale chiamato a decidere sulla sua legittimità¹⁶⁸.

Di fronte a "un'alternativa, che è anzitutto di ordine etico, e poi diventa di ordine giuridico-costituzionale"¹⁶⁹, non si può, nemmeno per un momento, ipotizzare che sia una legge di maggioranza e non la Costituzione a dover sciogliere il dilemma, Costituzione di cui vanno ricercate le radici etiche, ben oltre l'opinione che essa sia intrisa esclusivamente di un'eticità di matrice laica o di matrice cristiana, anche perché, ad esempio, la prospettiva "che considera la vita un valore in sé, un dono sottratto totalmente alla disponibilità del suo titolare (...), si colloca (...) in una dimensione diversa rispetto al diritto costituzionale"¹⁷⁰.

Quell'eticità della Costituzione, non va mai dimenticato, è frutto dell'alto compromesso, realizzato in Assemblea costituente e incorporato nel testo della Costituzione, tra opzioni culturali e ideologiche molto distanti, così che la scelta etica migliore del caso concreto rimane qualcosa da cercare ogni volta, per approssimazioni, secondo quella logica di condivisione delle diversità, tipiche delle società pluraliste, e di tensione verso il bene possibile, prima che verso il meglio ideale¹⁷¹, che la Costituzione impone alla legge, impedendo che il legislatore possa decidere in base alla sola

("senza alleanza non si dà alcun contratto", segnala ancora P. CATTORINI, *Cenni introduttivi*, cit., X) e spersonalizzato finirebbe per deresponsabilizzare il medico.

¹⁶⁶ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 107.

¹⁶⁷ Come sembra dedursi, per certi aspetti, da L. CHIEFFI, *Intervento*, cit.

¹⁶⁸ Come sembra sostenere, peraltro, alla fine proprio lo stesso G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 107.

¹⁶⁹ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 106.

¹⁷⁰ Così, in modo del tutto condivisibile, G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 518.

¹⁷¹ A. FUMAGALLI, in GRUPPO DI STUDIO SULLA BIOETICA, *Il caso Welby: una rilettura a più voci*, cit., 355, citando anche J. Rawls e P. Ricoeur.

regola di maggioranza o che il giudice sia lasciato in perfetta solitudine, perché il legislatore ha abdicato dal suo ruolo istituzionale di normare una certa materia¹⁷².

Solo come ultima questione, da porre all'attenzione con grandissima prudenza, nella scia di una critica a quelle che ho chiamato, pur con qualche inevitabile forzatura, le teorie unilaterali del principio di autodeterminazione, e con la cautela di evitare i rischi di una possibile funzionalizzazione dei diritti di libertà¹⁷³, si colloca, ovviamente, la necessità di verificare se ci siano margini in Costituzione per bilanciare il principio di autodeterminazione con altri valori e/o principi

¹⁷² Ragioni di economia nella stesura del testo mi hanno suggerito di dedicare molto spazio ai contributi più volte citati di G.U. Rescigno e di G.M. Flick, che sono serviti davvero, nella nettezza delle opinioni sostenute, a dare conto di due tra gli orientamenti prevalenti in questo campo, lasciando, invece, da parte quasi tutte quelle ricostruzioni, che disconoscono di fatto e di diritto la stessa operatività del principio costituzionale di autodeterminazione, capovolgendo a favore della legge l'ordine assiologico con la Costituzione e quindi interpretando quest'ultima funzionalmente all'esistenza di disposizioni, come l'art. 5 c.c. o gli articoli del codice penale che vietano l'omicidio del consenziente e il suicidio assistito, che sancirebbero un'idea assoluta di indisponibilità della vita.

Rispetto alle tesi sostenute, in particolare, da G.U. Rescigno, una variante, per molti aspetti assai più estrema, è quella di A. VALLINI, *Il valore*, cit., 195, corsivo dell'A., che dopo aver sottolineato che “il medico non può *mai* imporre alcuna terapia, alcun accertamento diagnostico, alcuna attività medico-sanitaria in genere, laddove a ciò osti il dissenso del paziente, anche quando tale dissenso significhi, nei fatti, l'accettazione della morte”, affronta il problema del valore del rifiuto di cure, in tutte le “ipotesi di uno “stato di incoscienza” che renda non confermabile un precedente rifiuto relativo a terapie che si rivelino, nella contingenza, assolutamente improcrastinabili ed insostituibili” (A. VALLINI, *Il valore*, cit., 197). Questo A. s'interroga se in tali situazioni, in cui il paziente è privo di coscienza, si possa sempre ricorrere al principio di autodeterminazione o se debba prevalere, invece, il principio solidaristico, declinato in alcune delle sue possibili forme; la sua risposta è di negare che, “in astratto, tutti gli individui sarebbero vincolati ad un insopprimibile istinto di autoconservazione” e di contestare tutte le tesi che, nel dubbio della persistente attualità e validità del dissenso precedentemente manifestato, scelgono a favore del trattamento sanitario che possa salvare la vita della persona (A. VALLINI, *Il valore*, cit., 203 e 203-204). Vallini, in modo abbastanza discutibile, fa leva, poi, sull'art. 9 della Convenzione di Oviedo che, “*dando per scontata la validità assoluta della manifestazione di volontà contraria alla terapia*”, individuerrebbe “a carico del medico, nel caso in cui il paziente versi in stato di incoscienza, una sorta di “onere cautelare”, consistente nel sincerarsi circa l'effettiva riferibilità del dissenso a quelle cure. Il medico “dovrà tenere conto” della precedente dichiarazione del malato, in qualunque modo essa sia stata espressa e formalizzata, per valutare se in essa sia riconoscibile un dissenso *effettivamente riferito al caso concreto, a quella specifica situazione di urgenza terapeutica*” (A. VALLINI, *Il valore*, cit., 209-210, corsivo dell'A.), anche se poi le sue conclusioni sono maggiormente condivisibili, nel punto in cui sostiene che l'art. 32 Cost. “non contempla un'alternativa tra curarsi e lasciarsi morire, tra curarsi e lasciarsi ammalare, ma si riferisce esclusivamente al diritto di rifiutare determinati trattamenti sanitari” (A. VALLINI, *Il valore*, cit., 214). Di conseguenza, “il medico destinatario di un dissenso non già generalizzato, ma riferito soltanto a specifiche cure, non sarà per ciò solo liberato da qualsiasi dovere nei confronti del paziente, ma dovrà comunque ricorrere a tutte le terapie alternative rispetto a quella divenuta impraticabile, purché esse abbiano legittimazione scientifica”, e, “qualora il dissenso sia di così ampia portata da rendere in sostanza impraticabile qualsiasi tipo di intervento (...), a carico del medico residuerà comunque un dovere di dialogare col paziente circa le implicazioni

costituzionali, potenzialmente contrastanti con esso, a partire da quello di solidarietà e/o doverosità (delle cure).

In questa eventuale ponderazione, lo dico con sincerità e senza infingimenti, non c'è il retaggio di una concezione "cristiana" della Costituzione che contraddirebbe quanto ho sostenuto prima, sui pericoli di interpretare il testo costituzionale secondo codici etici unidirezionali, ma la semplice esigenza di considerare i limiti e i confini della sovranità del paziente, di una sovranità che, se si passa la metafora, non può essere probabilmente sempre ritenuta *legibus soluta* (o per meglio dire *Constitutione soluta*...).

Qualche spunto può nascere, intuitivamente, richiamando preliminarmente il principio di solidarietà dell'art. 2 Cost. e poi esaminando quelle altre disposizioni costituzionali che potrebbero spingere verso forme di doverosità delle cure, e per le quali, in particolare, il buon lavoratore e il buon soldato dovrebbero mantenersi in buona salute e così pure, forse, come si dirà, il buon *pater familias*.

In un ordinamento autenticamente solidale e relazionale, il rifiuto di un trattamento sanitario, che porta al sacrificio della vita, non può essere confinato in un limbo di irrilevanza giuridica, dominato esclusivamente dall'autonomia del singolo e dalla sua "onnipotenza", come se l'autodeterminazione del singolo comportasse l'esclusione di ogni intervento e/o dell'interferenza di altre persone; quell'ordinamento, allora, se non potrà certo impedire una scelta di autodeterminazione contraria alla vita, neppure potrà incentivare quella scelta, agevolandola, o collaborare, oltre un certo grado che è compito della legge individuare (una legge che abbia, evidentemente, le caratteristiche più volte ricordate, in questo paragrafo), a frantumare il senso stesso della relazione di solidarietà.

E poiché, inoltre, è la solidarietà a fungere da misura dei doveri costituzionali, rappresentando "il margine contenutistico all'attività di limitazione dell'autonomia individuale"¹⁷⁴, e non viceversa, proprio i successivi articoli della Costituzione che disciplinano il catalogo dei doveri inderogabili

di una tale scelta, essendo un'adeguata informazione, e se opportuno una corretta e sapiente attività di persuasione, gli ultimi mezzi a disposizione per ottemperare al proprio compito di garante" (A. VALLINI, *Il valore*, cit., 214-215).

Anche in N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure*, cit., 2376, 2380 e *passim*, vi è una qualche tentazione di passare, senza mediazione alcuna, da concezioni certamente ingiustificate, non accettabili e non coerenti con il testo costituzionale dell'art. 32, secondo le quali il malato era considerato "mero oggetto della scienza medica", che aveva "esclusiva sovranità sulla sua vita", a concezioni che intendono il diritto di autodeterminazione in un modo che rischia di assolutizzare, questa volta, il principio di sovranità del malato, che diventerebbe, come già rilevato nel testo, giudice delle proprie terapie, senza alcun contraddittorio, si potrebbe dire, con il medico curante. Quasi a transitare, senza colpo ferire, da una situazione di monologo del medico ad una, altrettanto insoddisfacente, di monologo del paziente, dimenticando che il consenso informato è, come si è anche ricordato in precedenza, dialogo partecipante, tra persone tra cui si forma una relazione, un coinvolgimento (P. CATTORINI, *Cenni introduttivi*, cit., X), per certi versi indissolubili.

¹⁷³ Come avverte anche M. MANETTI, *Intervento* (orale), al Convegno di cui si pubblicano gli *Atti* in questo Volume.

¹⁷⁴ Così F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, 225.

possono, eventualmente, costituire elemento indiziario e sintomatico di un'opzione della Costituzione, nella quale la solidarietà si collochi qualche volta in una posizione di relativa prevalenza rispetto all'autodeterminazione, o per lo meno di un'indicazione che esprima un punto di equilibrio e di coesistenza dell'autodeterminazione con altri valori costituzionali¹⁷⁵.

Ma se, in questa prospettiva, sono stati sufficientemente sondati, per poi essere respinti nella loro valenza cogente, tutti quei profili che fondavano un dovere di curarsi e di preservare la propria integrità fisica sull'art. 4 Cost. (dovere di lavorare) e sull'art. 52 Cost. (dovere di difesa della Patria)¹⁷⁶, nessun rilievo o quasi¹⁷⁷ è stato dato alle previsioni dell'art. 30 Cost., relativamente ai doveri, ben più pregnanti e vincolanti, rispetto a quelli appena menzionati, dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori dal matrimonio.

Si tratta, ovviamente, di una questione da trattare con la massima cautela, meritevole di un'ulteriore e più ampia riflessione e dimostrazione critica, ma che, proprio per questo, ha senso iniziare a presentare in una sua prima formulazione: ribadita sino in fondo l'effettività del principio di autodeterminazione, anche quando ciò possa comportare il sacrificio della vita della persona, come scelta fondamentale di libertà della medesima, ci si deve chiedere, infatti, se ad esempio la condizione di genitore con figli in minore età non comporti una diversa valutazione da parte dell'ordinamento, di un ordinamento improntato a canoni di solidarietà, delle modalità che portano a rifiutare un determinato trattamento sanitario, da cui deriva la sicura morte del paziente, per la responsabilità che ha quel paziente di mantenere, istruire e far crescere i propri figli.

Si tratta di una posizione agevolmente falsificabile, si dirà, se solo si pensa che lo stesso ordinamento permette ad un genitore di non riconoscere nemmeno, pur a determinate condizioni, un figlio legittimo, indebolendo la forza di quella doverosità cui fa riferimento l'art. 30; si tratta anche di una posizione che offre il destro a sin troppo facili obiezioni sulla possibilità di legittimare, in questo modo, il nascere di una dimensione etica dello Stato, in grado di condizionare e guidare dall'alto, autoritativamente, le scelte di vita delle persone; ma, lungi da tutto questo, tale richiamo vuole soltanto porre l'accento, anche un po' provocatoriamente, sulla necessità di non slegare integralmente la persona dalle formazioni sociali cui appartiene, formazioni sociali che, accanto al riconoscimento di diritti della persona nella formazione sociale, impongono anche un fascio di

¹⁷⁵ Conclusione negata anche da C. TRIPODINA, *Intervento*, cit., osservando icasticamente che: "l'autodeterminazione o c'è, o non c'è".

¹⁷⁶ Vedi quanto già rilevato *supra* al par. 4 e soprattutto G. GEMMA, *Sterilizzazione*, cit., 256-257 e 258-259, che rileva conclusivamente che né dal dovere al lavoro, né da quello di difesa della Patria può evincersi "alcun vincolo di preservare la propria integrità fisica" o "alcun obbligo alla salute".

¹⁷⁷ Cfr., seppur con esito negativo, A. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., 610 e 612, nonché C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., 144.

doveri, che più facilmente si tende a dimenticare, facendo di quella persona una sorta di monade, nel nome di un individualismo radicale e, a volte, utilitarista, da cui poco sopra si è cercato di prendere le distanze.

Autodeterminazione della persona e solidarietà, anche rispetto alle formazioni sociali, quindi, come pista di ulteriore approfondimento per la ricerca¹⁷⁸.

11. *Problemi vicini e lontani: consenso informato e direttive anticipate di trattamento*

¹⁷⁸ Le tesi sostenute, in ultimo, nel testo trovano anche spazio in altri Autori, pur con differenti sfumature che ne segnano una significativa alterità. Così in S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., 19, si sottolinea che “le decisioni su ciò che si può sollecitare e pressare in termini di cura e terapia e ciò che si deve lasciare alla decisione negativa che pone fine alla vita rappresentano una combinazione tra il diritto alla salute e l’interesse della collettività da valutare al caso concreto”, sfumando sul profilo della solidarietà e comunque in un contesto che deconstituzionalizza in fondo il valore del principio di autodeterminazione; mentre in A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit., corsivo dell’A., si propone la necessità di un continuo bilanciamento tra l’autodeterminazione dell’individuo e altri valori che richiamano in particolare un’ottica di responsabilità, che si appunta “su *tutti*, persino sullo stesso soggetto che dunque avanzi pretesa di piena autodeterminazione”. Ciascuno – sostiene ancora Ruggeri, corsivo dell’A. – “ha il diritto e dovere (fondamentale l’uno e l’altro) di prendersi cura di sé, *fino in fondo*”, dovendosi contemperare ogni volta l’autodeterminazione del soggetto e il dovere del medico di curare. L’approccio di Ruggeri, benché strenuamente considerato laico (v. anche nota n. 36, corsivo dell’A.), rischia però ogni tanto di scivolare fuori dal diritto costituzionale, come nel punto in cui, concludendo il lavoro, si sostiene che, se il ruolo del diritto è quello di “imporre l’esercizio del dovere di solidarietà (...), è l’etica e, ancora prima (e di più), la religione che riesce a *convertire, in modo mirabile*, innalzandola in una sfera non raggiungibile dal diritto, *la solidarietà in fraternità*”, enfatizzando quindi, più che il valore materiale, l’aspetto spirituale della solidarietà. Una qualche prospettiva solidaristica, peraltro con distinta intonazione, è sostenuta anche da C. TRIPODINA, in vari contributi, a partire dalla monografia del 2004 (*Il diritto nell’età della tecnica*, cit., 143 ss.) e in ultimo in *Art. 32, in Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova 2008, 2^a ed., 330, da cui è la citazione che segue, riprendendo, nell’insieme dei suoi lavori, anche spunti del citato contributo di A. D’ALOIA, *Diritto di morire*, cit., 611, 615 e 621-622 e del volume di S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Jovene, Napoli 1986. Questa A. sottolinea che lo Stato, forse meglio dire: la Repubblica, non debba mostrare indifferenza verso la salute e la vita dei cittadini che scelgano di rinunciare, promuovendo invece una vera e propria “strategia della persuasione”, indirizzata “a incentivare l’interesse dei cittadini per la propria salute e per la propria vita, attraverso la liberazione da quelle forme di privazione che potrebbero indurre un cittadino a maturare la scelta della rinuncia alla salute, sotto l’assillante pressione esercitata dalla condizione di bisogno, sofferenza, dolore e dall’impossibilità di assicurare a sé e alla propria famiglia una vita dignitosa, anche nelle condizioni di malattia, invalidità, vecchiaia”. E questo anche garantendo a ogni persona il “diritto di non soffrire, incentivando le cure palliative e le terapie del dolore per consentire di avere pensieri altri dalla propria sofferenza”, come sembrano fare anche la recente l. 15 marzo 2010, n. 38 “Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore” e, pur con qualche eccessiva limitazione, il già ricordato testo unificato in discussione in Parlamento (cfr. in particolare art. 1, c. 2-*bis*, adottato dalla Commissione Affari sociali della Camera dei deputati che stabilisce che “I pazienti terminali o in condizioni di morte prevista come imminente hanno diritto a essere assistiti attraverso un’adeguata terapia contro il dolore secondo quanto

Nel solco di quanto si è finito di osservare, almeno un cenno va rivolto al tema oggi molto *à la page* dei rapporti tra consenso informato e c.d. direttive anticipate di trattamento.

Si tratta, come si è esattamente osservato, di “due problemi concettualmente diversi, anche se nella comune matrice della visione della vita, della dignità, della centralità della persona”, nel senso che “le direttive anticipate, il testamento biologico, non possono essere una specie di succedaneo del consenso informato”¹⁷⁹.

Il consenso e il rifiuto informato si caratterizzano, infatti, lo si è detto anche in questo contributo, per l’attualità della manifestazione della volontà della persona e per la concretezza rispetto a un dato trattamento sanitario; le direttive anticipate sono, invece, appunto anticipate, scusando il bisticcio di parole, e quindi per definizione non sono attuali e “di solito esse vengono formulate in assenza di una patologia, di una previsione o di una consapevolezza di ciò che potrebbe capitare”¹⁸⁰, collocandosi, per certi versi, a metà strada tra il consenso/rifiuto informato e l’obbligo di sottoporsi a un determinato trattamento sanitario¹⁸¹.

Mediante le direttive anticipate o testamento biologico, il principio di autodeterminazione guarda al futuro, con l’obiettivo di spostare in avanti nel tempo la validità di una decisione di consenso o di rifiuto a un certo trattamento sanitario, rispetto al momento in cui quella decisione viene effettivamente presa; il consenso informato si muove invece nel presente o poco più in là.

Uno strumento di questo tipo, se ritenuto costituzionalmente legittimo, sembra richiedere necessariamente l’attuazione da parte di una legge, non potendovi essere un’applicazione immediata e diretta dell’art. 32, c. 2, Cost., e neppure si può chiedere al giudice di (continuare a) decidere sul

previsto dai protocolli delle cure palliative, ai sensi della normativa vigente in materia”).

Profilo ulteriore, da tenere però separato dal tipo di considerazioni che si stanno svolgendo, è quello di rinvenire delle imposizioni legislative alla scelta di non tutelare deliberatamente e in modo volontario “la propria integrità psico-fisica (ad es. non mettendo la cintura di sicurezza, allorquando si sia in un’autovettura)”, determinandosi in tal caso un pregiudizio indiretto per i terzi, rappresentato dall’assistenza sanitaria pubblica prestata all’interessato, “che distrarebbe personale medico e finanziario dalla cura di terzi”; imposizioni legislative poste ai sensi dell’art. 23 Cost. e “riconducibili anche ai doveri di solidarietà economica e sociale dell’art. 2, che solo superficialmente potrebbero essere contestate in nome della libertà individuale” (così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, CEDAM, Padova 2003, 3^a ed. aggiornata e modificata, 99-100). Sui comportamenti che le autorità sanitarie devono suggerire dal punto di vista dell’interesse pubblico e dell’individuo, anche al fine di contenere i costi sociali ricadenti sull’intera collettività, rispetto a profili come l’obbligo dell’uso del casco per i motociclisti, le campagne contro il fumo o altri stili di vita che possono compromettere la salute (obesità in particolare), v. anche S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., 19-20, nota n. 87.

¹⁷⁹ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 528.

¹⁸⁰ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 527.

¹⁸¹ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 527.

caso concreto proposto al suo giudizio¹⁸², come in molte vicende “esemplari” che ho in precedenza esaminato.

Il principio regolatore delle direttive anticipate di trattamento non è, infatti, “sufficientemente chiaro ed esplicito, nel bilanciamento fra i valori in gioco”¹⁸³, “volontà anticipata e volontà attuale, rispetto a una scelta terapeutica, non sono proprio la stessa cosa”¹⁸⁴, così che il ricorso alla legge risulta ineludibile¹⁸⁵.

E’ evidente che un profilo preliminare è, però, quello di contestare quelle tesi che ritengono inammissibile ragionare di testamento biologico, nel nostro ordinamento, sulla base di una semplice, quanto indimostrata, asserzione: se una persona diventa incapace, perché cade, ad esempio, in un grave e irreversibile stato di alterazione della coscienza, perderebbe ogni valore quanto avrebbe eventualmente manifestato in passato, quando quella persona era nel pieno possesso delle sue capacità di intendere e volere.

Questa impostazione, da respingere senza esitazioni, nega irragionevolmente il principio costituzionale di autodeterminazione, lo annulla, e colpisce inoltre la persona nel momento della sua totale debolezza, quando non è in grado di difendersi e di manifestare scelte positive o negative relativamente a una certa cura che lo riguarda¹⁸⁶.

Anche il malato incapace di intendere e di volere, pena la violazione dell’art. 3 Cost.¹⁸⁷, deve trovare nell’art. 32 Cost. una tutela, una protezione che, si ribadisce, con l’intervento di una legge, porti a

¹⁸² G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 511.

¹⁸³ Così G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 517; analogamente L. D’AVACK, *Sul consenso informato*, cit., 788.

¹⁸⁴ Così A. D’ALOIA, *Al limite della vita*, cit., 254, corsivo dell’A., che rileva anche che “c’è (...) nella pianificazione anticipata delle cure un problema di “asimmetria” dei due contesti, di espressione e di attuazione della volontà, e questo agisce come fattore prudenziale e di graduazione del valore della volontà, man mano che il dissenso terapeutico si allontana nel tempo rispetto alla fase della scelta sul *se* e *come* intervenire”, dovendosi allora privilegiare un regime giuridico delle dichiarazioni anticipate privo di qualsiasi automatismo, ma disciplinato in modo da “riconoscere al medico un ruolo che non sia solo quello dell’esecutore, ma sia invece quello dell’interprete della volontà del paziente, che va “attualizzata” e verificata nella sua effettiva corrispondenza alla situazione clinica concreta” (pagg. 255-256).

¹⁸⁵ Così anche il più volte citato lavoro di G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 99-100, A. PIOGGIA, *Consenso informato*, cit. nonché L. CARLASSARE, *La Costituzione*, cit., 3 e 4, che ritiene il diritto sicuro e da garantire in qualunque situazione, ma considera al contempo utile una legge; la non indispensabilità della legge sembra, invece, sostenuta da F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008, 224 ss., che peraltro poi la considera opportuna e di giovamento, per far maggior chiarezza in questa materia.

¹⁸⁶ Così G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 526.

¹⁸⁷ V. anche P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 249.

riconoscere quello che si è chiamato “un diritto alla pianificazione anticipata delle cure, quale logica estensione del diritto alla libertà di cura in caso di incapacità sopravvenuta”¹⁸⁸.

Una volta affermato questo diritto, il legislatore, e non il giudice, deve “compiere in termini generali, fra le tante scelte possibili, quella che garantisca al massimo l’effettività ed eviti effetti indesiderati e controproducenti”¹⁸⁹.

Di fronte, infatti, alle condizioni di chi si trova, ad esempio, nella fase terminale di una malattia neurodegenerativa o in uno stato vegetativo persistente o comunque in un’altra condizione dove la malattia rende impossibile la manifestazione di un atto di volontà, ci vuole una buona legge, scritta con i crismi di una “sana laicità”, si potrebbe dire, una legge che nasca attorno a un nucleo essenziale di principi e di regole di condotta, frutto della massima condivisione possibile tra le diverse forze politiche (respingendo, quindi, al mittente, anche in questo caso, una c.d. legge di maggioranza: ma v. *supra* il par. 10).

Una legge che formalizzi le modalità di formulazione e di manifestazione della volontà anticipata e dei desideri espressi dal paziente, secondo quanto recita la Convenzione di Oviedo all’art. 9 (forma, durata, modalità revoca della dichiarazione, etc.); una legge che individui il suo oggetto e i termini della sua efficacia; una legge capace di trovare un autentico punto di incontro tra la responsabilità del medico e la volontà e i desideri manifestati dal paziente; una legge che cerchi di attualizzare per quanto possibile la volontà espressa dal malato, allora per ora, e che faccia partecipare al procedimento di decifrazione della volontà passata i suoi familiari e le persone che, in piena condizione di salute, aveva designato come suoi rappresentanti, anche sfruttando le virtualità della l. 9 gennaio 2004, n. 6, in tema di amministrazione di sostegno¹⁹⁰; una legge che sappia “tener conto della possibile sopravvenienza di elementi nuovi o sconosciuti al momento in cui furono espresse le direttive anticipate, e che valgano a porre in dubbio queste ultime”¹⁹¹.

¹⁸⁸ Così F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita*, cit., 96.

¹⁸⁹ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 527; v. anche L. D’AVACK, *Sul consenso informato*, cit., 787, che rileva che la decisione giudiziaria fornisce “mere risposte”, mentre l’intervento legislativo dovrebbe offrire “soluzioni”.

¹⁹⁰ Per questo spunto v. anche G. FERRANDO, *Consenso informato*, cit., 753.

¹⁹¹ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 529, cui si deve larga parte di questa impostazione. Ma v. anche analogamente F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita*, cit., 367 ss. e 391, dove si sottolinea conclusivamente che la disciplina sulle direttive anticipate di trattamento deve “prendere atto che il rispetto della vita umana e il dovere di solidarietà nei confronti di tutti gli appartenenti al consorzio civile (specie se in condizioni di debolezza) impongono che tanto la formazione, quanto l’esecuzione della volontà anticipata di trattamento sia sottoposta a garanzie giuridiche particolarmente robuste, al fine di assicurare, alla luce dell’art. 2 Cost., che sia in grado di promuovere la persona umana”. Con tali garanzie “la scelta terapeutica compiuta in anticipo, qualunque essa sia, dovrebbe essere rispettata da parte dei medici e dei terzi, anche quando dall’onorarla derivino conseguenze irreparabili”, compresa evidentemente la

Una legge insomma che confermi in maniera sostanziale quel rapporto dialogico tra paziente e medico, che connota tutta la prospettiva del consenso informato, sulla base di un procedimento consensuale, partecipato, aperto, allargato a più soggetti, che tenga insieme i desideri, la volontà dell'uomo che deve essere curato e la scienza, la competenza, la responsabilità e la coscienza dell'uomo o dell'*équipe* che cura, che presta la sua opera di assistenza sanitaria.

Una legge che non rifiuti mai la cultura del dubbio, che porta a dover riaccertare ogni volta il valore e l'efficacia di quanto a suo tempo dichiarato dal paziente, perché nello scorrere del tempo si deve ridurre drasticamente, pur senza potersi sempre del tutto eliminare, ogni margine di incertezza e di volubilità sulla corrispondenza tra i desideri di ieri e quelli dell'oggi, ma che sappia superare sempre i limiti intrinseci di una cultura del dubbio che diventa ideologia e che nega, ad esempio, che i trattamenti di sostentamento non di tipo squisitamente terapeutico possano diventare oggetto della dichiarazione anticipata di trattamento, così come deve avvenire per i trattamenti sanitari *tout court*.

Una legge di grande equilibrio, diversa, per inciso, dalla già citata proposta di legge unificata, approvata in prima lettura dal Senato della Repubblica nel marzo del 2009 e ora, come già ricordato, all'esame dell'Assemblea della Camera dei deputati, per avviarsi, forse, alla definitiva approvazione, perlomeno per quella disposizione, di probabile incostituzionalità¹⁹², che esclude che possano diventare oggetto di una dichiarazione anticipata di trattamento alimentazione e idratazione (art. 3, c. 5)¹⁹³, essendosi, invece, meglio formulata quell'altra previsione che sembrava rendere operante la morte della persona.

¹⁹² Vedi anche A. PIOGGIA, *Consenso informato*, cit., riferendosi al testo nella sua originaria formulazione, e ora L. CARLASSARE, *Dignità della persona e libertà di cura*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli 2011, volume I, 576.

¹⁹³ Va segnalato, peraltro, che, dopo l'ultimo passaggio in Commissione alla Camera dei deputati, il testo pare migliorativo, rispetto alla versione approvata dal Senato. Al momento, in base agli emendamenti adottati, l'art. 3, c. 5, stabilisce, infatti, che "alimentazione ed idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento. Tale valutazione compete al medico curante secondo scienza e coscienza coinvolgendo i familiari attraverso una completa informazione, chiamati a tutelare, in una compiuta alleanza terapeutica, il miglior interesse della persona incapace", mentre il testo originario prevedeva che "l'alimentazione e l'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 fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento". Un qualche perfezionamento, a seguito degli emendamenti votati in Commissione alla Camera dei deputati, riguarda anche la parte del disegno di legge che disciplina le modalità di soluzione di eventuali controversie tra fiduciario e medico curante, in ordine alle volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento, senza toccare però il ruolo del medico curante e il suo potere di disattendere eventualmente quelle medesime volontà, che tante obiezioni ha suscitato tra i commentatori (v. ad esempio L. CARLASSARE, *Dignità della persona*, cit., 577 ss., nonché E. GALLI DELLA LOGGIA, *I confini della volontà*.

dichiarazione anticipata di trattamento soltanto in presenza di un soggetto in stato vegetativo (art. 3, c. 6)¹⁹⁴, ignorando colpevolmente, nel nome di un disegno orientato ideologicamente sulle emozioni della vicenda umana di Eluana Englaro, che la condizione di stato vegetativo è percentualmente solo un piccolo secchiello d'acqua in un mare di situazioni cliniche (dalla demenza senile, all'Alzheimer, al tumore cerebrale), nelle quali a un certo punto il malato non è più in grado di ricevere alcuna informazione, né di esprimere alcuna forma di consenso¹⁹⁵.

Ma anche, al contempo, una legge che freni le possibili derive di un uso spregiudicato e utilitarista del principio di autodeterminazione, ben comprendendosi allora l'esigenza di confermare il divieto, ai sensi degli artt. 575, 579 e 580 del c.p., "di ogni forma di eutanasia e (di) ogni forma di assistenza o aiuto al suicidio", come fa, questa volta opportunamente, la proposta di legge unificata (art. 1, c. 1, lett. c)), non toccata sostanzialmente dagli emendamenti della Commissione referente alla Camera dei deputati¹⁹⁶.

La legge sul fine vita, in *Corriere della Sera*, 25 febbraio 2011, con la "replica" del Ministro del lavoro e delle politiche sociali Maurizio Sacconi, *Perché la società non rattrappisca*, ancora in *Corriere della Sera*, 26 febbraio 2011).

¹⁹⁴ Il testo approvato dal Senato recitava, infatti, che "la dichiarazione anticipata di trattamento 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"; il testo approvato dalla Camera, in Commissione, stabilisce più opportunamente che "la dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui è accertato che il soggetto si trovi nell'incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze e, per questo motivo, di assumere le decisioni che lo riguardano. La valutazione dello stato clinico del soggetto è formulata da un collegio medico formato da un anestesista rianimatore, un neurologo, il medico curante ed il medico specialista della patologia di cui è affetto il paziente".

¹⁹⁵ Questo dato numerico dovrebbe far riflettere (non solo il legislatore, a questo punto) anche in merito ad un ulteriore profilo: un posizionamento peg, ad esempio, per assicurare la nutrizione e l'idratazione, in un paziente in stato vegetativo persistente irreversibile, in un malato di SLA o in un paziente con demenza senile o con tumore cerebrale in fase terminale ha già di per sé un significato completamente diverso, in presenza o meno di una dichiarazione di volontà antecedente che lo rifiuti o che lo consenta. Nel primo caso la condizione di stato vegetativo può persistere per moltissimi anni e quindi la peg può rappresentare un'essenziale forma di sostentamento vitale; nel secondo, il ricorso a peg può migliorare per quanto possibile e per un buon numero di anni la qualità della vita del malato, visto che l'alimentazione tradizionale gli provoca disagi e risulta comunque insufficiente (in questo tipo di malattia una peg è considerata un trattamento "tutto sommato" non invasivo, rispetto alla tracheotomia e al successivo impiego di ventilatore artificiale); nel terzo caso, eseguire la peg è solo, probabilmente, un inutile accanimento, su una persona alla fine della sua vita, se non il mezzo per accelerare, in reparto, l'incombenza della sua alimentazione quotidiana.

¹⁹⁶ La successiva lett. d), come modificata dalla Commissione Affari sociali della Camera dei deputati, impone al medico l'obbligo di informare il paziente anche sul divieto di qualunque forma di eutanasia, oltre che sui trattamenti sanitari più appropriati, "riconoscendo come prioritaria l'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente, che acquista peculiare valore proprio nella fase di fine vita".

Una legge che ribalti per un momento a favore del cittadino/paziente quell'asimmetria informativa che contraddistingue tutta la tematica del consenso informato, ma che non per questo abbia la superbia di umiliare il medico, la sua responsabilità, i suoi doveri, perché “come non sarebbe giusto azzerare retroattivamente la volontà di *allora* del soggetto, così non si può azzerare la valutazione *attuale* del medico”¹⁹⁷.

Una legge che può trovare, infine, in quella giurisprudenza che ha supplito, suo malgrado, alle mancanze e ai ritardi, sempre meno giustificabili, del legislatore, elementi di ragionevolezza che ben manifestano quella necessità di condivisione, che ne deve rappresentare la cornice ideale.

Tanto che piace terminare questo paragrafo, riportando integralmente il principio di diritto della sentenza della Corte di cassazione n. 21748/2007, più volte menzionata, sul caso di Eluana Englaro (v. in particolare il par. 7), principio di diritto indirizzato alla Corte di appello di Milano, che risulta davvero ineccepibile, per quel “giurista avventuroso” che volesse lavorare seriamente per contribuire ad approvare una legge in tema di direttive anticipate di trattamento¹⁹⁸.

“Ove il malato giaccia da moltissimi anni (...) 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”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., 529, corsivo dell'A.

¹⁹⁸ La definizione, violentemente polemica, è di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., 125, nei confronti di S. Rodotà.

12. *Ancora una citazione d'antan, così per concludere*

Nel 1957, un civilista del calibro di Giovanni Cattaneo, delineando con notevole capacità predittiva un po' tutte le attuali problematiche del consenso informato (v. *supra* il par. 4), osservava ad un certo punto che, “al fine di spiegare la portata dell'intervento, il medico non è tenuto (...) a svolgere per ogni cliente una lezione di scienza medica, che spesso potrebbe non essere neppure capita”, e che “le spiegazioni vanno adeguate al livello di intelligenza e di istruzione del paziente”²⁰⁰.

Riprendendo, poi, un passo di una decisione della Corte di appello di Venezia del 1956²⁰¹, che assolveva da ogni responsabilità il professionista se, senza colpa, nel trattamento terapeutico, il risultato non era stato concretamente raggiunto (una signora, sottoponendosi a un'operazione chirurgica, aveva perso l'occhio per un processo infettivo verificatosi dopo l'asportazione del cristallino), sottolineava che in giurisprudenza “sono stati ritenuti sufficienti, al fine di informare gli interessati della possibilità, sia pur minima di insuccesso in un caso in cui l'operazione non “presentava particolari pericoli all'infuori di quelli insiti in qualsiasi intervento chirurgico”, la frase e

¹⁹⁹ Visto che si è considerato ineccepibile l'approccio seguito nella pronuncia della Corte di cassazione, appena citata, dandole semmai più di una perplessità la sua applicazione concreta, da parte della Corte di appello di Milano, in ordine alle modalità con cui si è ricostruito l'effettivo convincimento che Eluana Englaro avrebbe manifestato, prima di cadere in stato di incoscienza (così anche A. D'ALOIA, *Al limite della vita*, cit., 266, che parla di una “slabbratura” in questo punto della decisione, rilevando che “il legislatore potrebbe circoscrivere questo profilo, valorizzando essenzialmente la volontà (anticipata) espressa o almeno inequivocabilmente testimoniata”), non può che criticarsi l'opinione di chi ha pesantemente attaccato tale decisione, ritenendola oggettivamente eversiva del sistema costituzionale di divisione dei poteri, perché il giudice avrebbe creato una legge al posto del Parlamento, “in un ambito quello della vita e della morte, che solo la legge può disciplinare” (F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., 122 e *passim*). Il confronto scientifico, del resto, per quanto aspro, non dovrebbe lasciare spazio ad affermazioni caustiche, polemiche e offensive, come quelle che proprio F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., 108, nota n. 3, muove a tutti i sostenitori della posizione della Cassazione e, in particolare, a coloro che egli chiama “professori ignoranti messi in cattedra con la logica di Caligola, il quale però, almeno, promuoveva i cavalli e non gli asini”.

Ben diverso il genere di obiezioni che sollevano, ad esempio, A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci*, cit., 14 e 16-17, che, se considerano “del tutto ragionevole” quanto stabilito nel punto *a)* del principio di diritto della sent. n. 21748, sopra riportato, contestano invece le conclusioni del punto *b)*, ritenendo non sufficiente il richiamo alle convinzioni che poteva avere un soggetto (nel caso Eluana Englaro), senza la dimostrazione che “la sua volontà era quella di non essere sottoposto ai trattamenti specifici cui poi è stato sottoposto”.

²⁰⁰ Cfr. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente*, cit., 962.

²⁰¹ In *Foro it.*, 1957, I, 280-284, con commento di A. MUSATTI, ben più legato, come si è visto in precedenza, sempre nel par. 4, nota n. 30, a una concezione tradizionale del rapporto tra medico e paziente.

il gesto del professore che, alla domanda dei familiari, “avrebbe risposto: “ne ho fatte migliaia e non so perché non dovrebbe riuscire questa”, facendo poi le corna in segno di scongiuro”²⁰².

A distanza di tanti anni, tale episodio, a parte l'italica propensione per giochi, scommesse e lotterie, fa un po' sorridere e rischia di semplificare eccessivamente i termini di un ragionamento che, si è visto, rimane invece assai complesso; ecco, credo che anche la ricerca che si va ora a concludere abbia dimostrato che, da allora, il consenso informato ha fatto molti concreti passi avanti, diventando un momento davvero cruciale del rapporto fiduciario tra medico e paziente, pur con tutte le criticità e i “buchi neri” che intimamente gli appartengono.

Ad altri, ed al legislatore in primo luogo, l'onere di affrontare, senza troppe esitazioni, almeno quei nodi che è compito della politica e del diritto tentare di sciogliere.

²⁰² Nella decisione si legge anche che “tale comportamento del chirurgo non può ritenersi indice di una scorrettezza professionale, rientrando nella missione del medico, non solo di consigliare un metodo di cura che egli ritenga utile, ma anche di usare quei mezzi di persuasione fondati sulla propria esperienza che valgano ad indurre l'ammalato a seguire il metodo proposto, specie se questo non presenti in via normale particolari pericoli”, e che peraltro proprio aver fatto quel “significativo gesto di scongiuro (...) era sufficiente a far comprendere agli interessati che, sia pure per deprecata eventualità, un esito infausto non poteva essere escluso in via assoluta”.