

Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione

INTRODUZIONE

Se rimane vero che in molti paesi «few issues affecting the therapeutic professions are as much discussed and as little understood as informed consent»¹, l'Italia si distingueva fino a ieri per un altissimo grado di incertezza legato al riconoscimento stesso del principio del consenso. Su queste basi, si deve segnalare una recente sentenza della prima sezione civile della Corte di Cassazione (4-16 ottobre 2007, n. 21748) che dà una risposta giuridica finalmente chiara ad alcuni quesiti che in Italia, prevalentemente *solo* in Italia, rimanevano ancora aperti.

In questo scritto, si vuole ricostruire il significato del principio del consenso ai trattamenti sanitari e del diritto al rifiuto, suo logico corollario, mettendo in luce come, nonostante parte della giurisprudenza anche di legittimità si mostrasse particolarmente incerta, una serie di indicazioni normative anche di natura costituzionale ne offrì già un riconoscimento sufficientemente sicuro. In quest'ottica, si intende offrire un quadro complessivo del principio del consenso all'interno del quale esaminare criticamente il recente intervento della Cassazione.

1. DALLA NATURA ALLA VOLONTÀ: CENNI SULL'ORIGINE DEL PRINCIPIO DEL CONSENSO

L'emergere del principio del consenso si può ricondurre alla combinazione di uno straordinario sviluppo scientifico e tecnologico in campo medico con un altrettanto importante mutamento di natura culturale e giuridica². Se

¹ J.W. Berg, P.S. Appelbaum, L.S. Parker, C.W. Lidz, *Informed Consent. Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford University Press, 2001, vii.

² In generale, cfr. P. Singer, H. Kuhse, *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in P. Singer, H. Kuhse (ed.), *A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998, 6; D. Callahan, *Bioethics*, in W.T. Reich (chief ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995, 248 ss.; D. Neri, *La bioetica: storia e problemi*,

fino agli anni '60 i ritmi e le cadenze della vita, dall'inizio al suo termine, erano scanditi da fattori di ordine *naturale*, a partire da quel periodo prese piede una medicina capace di interventi sempre più massicci e propriamente decisivi sui processi vitali. Per la prima volta si indagarono, con metodo scientifico, le origini della vita e si cominciò a spostarne in termini quantitativi e qualitativi il limite ultimo³. Ma visto che la disponibilità di una nuova tecnologia non può condurre di per sé all'inevitabilità del suo utilizzo, si aprirono *margini di scelta* prima inesistenti, sia sull'*an* che sul *quomodo* dell'impiego delle nuove apparecchiature. Oltre ad un approfondimento sul significato di vita e di morte, si impose così una riflessione inedita sui poteri del medico e sul ruolo della volontà del paziente nell'accettare o rifiutare le nuove proposte terapeutiche. È su queste basi che si innestò una seconda dinamica fortemente innovativa di carattere più propriamente culturale, la quale fornisce una spiegazione della decisione con cui il principio del consenso iniziò ad emergere. In termini generali, la società, la politica, il diritto cominciarono ad occuparsi con maggior attenzione e profondità dei diritti individuali e del principio di eguaglianza, dando l'avvio ad un processo teso a riconoscere ad ogni soggetto, a prescindere da diversità di genere o di «razza», un tendenziale diritto di scelta sul proprio corpo, sulla propria salute, sulla propria vita⁴. In quegli anni, insomma, la scienza medica mise a punto una serie di tecniche di intervento che permisero che alcuni eventi legati alla salute, alla vita e alla morte rientrassero nella disponibilità di un individuo cui la cultura ed il diritto stavano riconoscendo dimensioni di crescente libertà ed eguaglianza.

Quanto tale processo di emancipazione non sia stato facile né rapido – sempre che possa dirsi concluso – è testimoniato dal fatto che in un primo momento il potere di scelta legato alla disponibilità di nuove tecnologie non venne ascrivito in capo al singolo paziente⁵. Le principali ed oggi più frequenti problematiche legate al ruolo della volontà individuale della persona malata rispetto alle proposte dello staff medico emergeranno solo in un secondo tempo, con il perfezionamento della tecnologia da impiegare nelle situazioni

in C. Botti, F. Rufo (a cura di), *Bioetica: discipline a confronto*, Roma, 2002, 41; M. Mori, *La bioetica: che cos'è, quando è nata e perché?*, in *Bioetica*, 1993, 115 ss.; N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 35 ss.

³ Si pensi alla possibilità di separare la riproduzione dalla sessualità oppure alle tecnologie di rianimazione e di prolungamento artificiale delle funzioni vitali.

⁴ A partire dagli Stati Uniti, si svilupparono proprio in quegli anni il movimento dei *civil rights* ed il femminismo che denunciarono il mancato sviluppo dei principi di autodeterminazione e di eguaglianza e che diedero inizio alle lotte per il riconoscimento della volontà della donna (anche) in materia sessuale e riproduttiva.

⁵ Ragioni legate al costo delle nuove apparecchiature, alla scarsità delle risorse, alle difficoltà ed ai rischi delle prime utilizzazioni tendevano a far prevalere il ruolo decisore dei medici o dei neocostituiti comitati etici, i quali, rispondendo alla necessità di selezionare i (pochi) pazienti più indicati per l'utilizzo delle nuove tecnologie, affiancavano a criteri di natura tecnica principi di natura etica, ma sempre sullo sfondo di ragioni di ordine prevalentemente collettivo.

critiche e con la diffusione delle pratiche di rianimazione e delle apparecchiature di mantenimento artificiale delle funzioni vitali⁶. È in tale mutato contesto che, con intensità e tempi assai differenti a seconda dei diversi Paesi di riferimento, prese piede un processo di trasferimento della scelta terapeutica dal medico al paziente. Il principio del consenso iniziò così ad essere riconosciuto a livello sia giuridico, grazie al formante giurisprudenziale prima che a quello legislativo, sia deontologico.

2. IL SENSO DEL CONSENSO: UNA SCELTA MORALE

Il consenso, in una formula capace di dare conto di un significato complessivo del termine, può definirsi come il risultato di un processo di condivisione degli elementi di certezza e di incertezza legati ad una determinata proposta diagnostica o terapeutica. Più che una traduzione dall'*informed consent*, quindi, pare più convincente il riferimento diretto all'originaria etimologia latina del termine (*con-sentire*: sentire o ritenere assieme) che, appunto, indica la partecipazione di medico e paziente ad una relazione, ad un processo 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. In quest'accezione, il consenso è principio che non deve sostituire una solitudine (quella del medico che decideva in senso paternalistico) con un'altra solitudine (quella del paziente disinformato), ma che punta a fondare un'alleanza terapeutica la quale, senza poter cancellare le asimmetrie del rapporto, garantisce la possibilità dell'incontro delle volontà dei due protagonisti della relazione terapeutica⁷.

Un profilo collegato, che costituirà uno dei fili rossi di tutto il ragionamento, riguarda la natura essenzialmente *morale* della decisione. Se nella maggior parte dei casi, il paziente sarà portato ad acconsentire a quanto proposto dal medico, quando non si troverà un accordo, dovrà prevalere la volontà del primo su quella del secondo. E questo, a motivo del carattere morale e non tecnico della scelta terapeutica, a maggior ragione quando si tratti di cure di sostegno vitale. Decisioni di tale natura e di tale rilevanza sono certamente condizionate dalla conoscenza di informazioni di carattere tecnico,

⁶ Il riferimento va, oltre alle apparecchiature di defibrillazione, agli strumenti di ventilazione e di nutrizione e idratazione artificiale.

⁷ Significativo, al riguardo, l'art. 22 del Codice di deontologia medica secondo cui il medico dovrà informare la persona «al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche». Fra i molti, sul consenso, cfr. A. Santosuosso (a cura di), *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, Giuffrè, 1994; I. Cavicchi, *Autonomia e responsabilità*, Bari, Dedalo, 2007; F. Caringella, *Studi di diritto civile III. Obbligazioni e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2007, 191 ss. Sul permanere di una sorta di «paternalismo moderato», cfr. D. Lamb, *L'etica alle frontiere della vita. Eutanasia e accanimento terapeutico*, Bologna, Il Mulino, 1998, 137 ss.

ma nella loro essenza non sono fondate su dati di carattere solo scientifico e medico-sanitario. Se le percentuali di successo, le alternative, le controindicazioni, gli effetti collaterali, le statistiche di rischio costituiscono variabili informative immancabili per una decisione consapevole, nella sua essenza la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare: in una parola, con la sua *dignità*.

Risulta così logico che la volontà da cui far dipendere la scelta (morale) su un determinato trattamento dovrà essere quella del soggetto (agente morale) cui il trattamento stesso è rivolto⁸.

3. LE FONTI DEL CONSENSO

Se talvolta il fenomeno giuridico, o un suo cattivo utilizzo, è di ostacolo ad alcuni processi ritenuti utili in campo medico (si pensi alla pratica della medicina difensiva) il diritto che si occupa del consenso riflette più di quanto si creda la qualifica morale della scelta sui trattamenti sanitari.

3.1. *Il diritto dell'Unione europea e la convenzione di Oviedo*. Di particolare significato, al riguardo, risulta anzitutto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che espressamente dispone che «[n]ell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge (...)». Piace richiamare la *sedes materiae* di tale disposizione, che si trova fra le prmissime della Carta, all'articolo 3, e significativamente all'interno del Capo Primo, dedicato proprio alla «Dignità». In questi termini, va sottolineato come quello che ai sensi del Trattato di Lisbona dovrebbe diventare il *Bill of Rights* dell'Unione europea⁹ abbia espressamente riconosciuto il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari il quale, a sua volta, si basa sul riconoscimento della natura morale e quindi personale della scelta. E se la Carta non è ancora diritto vigente, va ricordato come venga utilizzata come ausilio interpretativo dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e come, secondo la stessa Corte costituzionale italiana, rivesta «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»¹⁰.

⁸ Approfondiremo *infra*, in riferimento alla sentenza 21748 la possibilità di ricostruire la volontà presunta della persona coinvolta. In termini generali, cfr. già A. Santosuosso, *A proposito di «living will» e di «advance directives»: note per il dibattito*, in *Pol. dir.*, 1990, 3, 477 ss.

⁹ L'art. 6 del Trattato di Lisbona prevede che «[l]'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

¹⁰ Si veda la sentenza della Corte cost. n. 135 del 2002 confermata anche dalla n. 394 del 2006.

Un secondo autorevole sostegno alla ricostruzione qui data al principio del consenso deriva dalla cd. Convenzione di Oviedo adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997¹¹. L'articolo 5 di tale documento dispone espressamente che «[u]n intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato un consenso libero e informato»¹². Anche in merito alla Convenzione di Oviedo, peraltro, va osservato come, nonostante la legge 145 del 28 marzo 2001 di «apparente ratifica», l'Italia non sia ancora parte della stessa e come la Convenzione non possa dirsi diritto vigente. Oltre e più della mancata adozione dei «decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione» (art. 3 della legge 145) pesa in questo senso il mancato deposito dello strumento di ratifica (la legge 145, appunto) presso il Consiglio d'Europa¹³. Nonostante ciò, parte della giurisprudenza, fra cui la Cassazione civile proprio nella sentenza 21748, ne tratta come di un ausilio interpretativo: «esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme» (punto 7.2).

3.2. *L'ordinamento giuridico italiano.* Una legge invece certamente efficace e pienamente in vigore è la n. 833 del 23 dicembre del 1978 di istituzione del servizio sanitario nazionale. Il suo primo articolo dispone che «[I]a tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana» mentre all'art. 33 si legge che «[g]li accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari». Se da tali disposizioni si evince l'esistenza di un principio che favorisce la prevalenza della

Fra gli altri, cfr. P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2006, 360 ss.; A. Celotto, G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, 2; A. Tizzano, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 4, 839; L. Olivieri, *Sovranità popolare, sovranità e statualità tra Carta Europea dei Diritti e Futuro dell'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1, 33.

¹¹ Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina.

¹² L'articolo aggiunge che la stessa persona «riceve una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi». Dando un'indicazione importante su una tematica che tratteremo in seguito, la stessa disposizione della Convenzione precisa che la scelta terapeutica deve permanere nel tempo e non può essere irrevocabile: la persona interessata, infatti, «può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Sul problema, 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 *Dir. pubbl.*, 2003, p. 188.

¹³ Fra gli altri, si veda, S. Penasa, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, paper ospitato nel *Forum di Quaderni costituzionali*: <http://www.forumcostituzionale.it/site>. Solo sulla mancanza dei decreti di attuazione, A. Guazzarotti, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quad. cost.*, 2007, 2, 357.

volontà dell'individuo nei confronti delle proposte terapeutiche, la formula «di norma» ne depotenzia la portata, non permettendo di individuare l'esatta portata ed i limiti del principio stesso. Al riguardo, tuttavia, può riportarsi il primo comma dell'art. 1 della cd. legge Basaglia (legge 180 del 13 maggio 1978) che già disponeva che «[g]li accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari»¹⁴.

A chiarire eventuali dubbi interpretativi, va richiamato con forza un *principio costituzionale* la cui sottovalutazione complessiva, in riferimento per esempio ai casi Welby e Nuvoli, non può che sorprenderci. Se già l'art. 13 della Costituzione elenca tassativamente i casi e le condizioni per la restrizione della libertà personale, il secondo comma dell'art. 32 pare chiarissimo nell'affermare come «[n]essuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»¹⁵. In mancanza di una normativa che disponga l'obbligatorietà dei trattamenti di sostegno vitale, riguardando le leggi esistenti i trattamenti sanitari obbligatori nel campo della salute mentale e quel che rimane delle cd. vaccinazioni obbligatorie, è quindi una precisa disposizione della Costituzione che impedisce di imporre o mantenere un trattamento sanitario contro la volontà della persona cui il trattamento è diretto. In mancanza di una legge specifica, quindi, non pare conforme a Costituzione distinguere, ad esempio, i trattamenti «ordinari» da quelli di sostegno vitale (come nutrizione o idratazione artificiale e ventilazione meccanica), rimanendo la legittimità degli uni e degli altri condizionata all'assenso individuale, a prescindere dalle conseguenze di un eventuale rifiuto.

In questo senso, sembra da rovesciare quanto sostenuto, ad esempio, nella pronuncia del 16 dicembre 2006 della prima sezione civile del Tribunale di Roma, che dichiarava l'inammissibilità del ricorso per l'interruzione della ventilazione meccanica proposto da Welby *ex art.* 700 c.p.c. In tale ordinanza, infatti, facendo riferimento alle incertezze legate al concetto di accanimento terapeutico, si sosteneva che «il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita ed il distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente alla stregua delle osservazioni di cui sopra, ma trattasi di un *diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento*» (corsivo aggiunto) e che «[s]olo la determinazione politica e legislativa, (...) può colmare il vuoto di disciplina». Per quanto già detto e subito si dirà, invece, il diritto al rifiuto pare essere pienamente accolto e concretamente tutelato (anche) nell'ordinamento italiano,

¹⁴ Altri riferimenti legislativi, fra gli altri, in M. Polissero, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. e processo*, 2005, 3, 375.

¹⁵ La riserva di legge è come noto rinforzata: «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

dovendo essere, semmai, l'imposizione di un trattamento non volontario a richiedere l'intervento legislativo¹⁶.

A rafforzare l'esistenza del diritto costituzionale al rifiuto e di una sua concreta tutela sta anche la circostanza che, salvo qualche eccezione su cui *infra*, quanti si esprimono a favore del mantenimento dei trattamenti di sostegno vitale anche contro la volontà delle persone coinvolte non tentano di confutare la ricostruzione fatta in questa sede dell'art. 32, ma tendono a non considerare «trattamento sanitario» la nutrizione artificiale o la ventilazione meccanica, facendoli uscire, attraverso quello che consideriamo un artificio retorico smentito da massima parte della letteratura scientifica internazionale, dalla copertura dell'articolo costituzionale¹⁷. Sul punto, peraltro, la sentenza della Cassazione n. 21748 ha detto una parola definitiva escludendo qualsiasi dubbio riguardo al fatto che «l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche»¹⁸.

Contro la ricostruzione qui sostenuta, si è richiamato l'art. 5 del codice civile, quasi che potesse imporre, «effetto straordinario», un'interpretazione prevalente rispetto al dato costituzionale¹⁹. Secondo alcuni autori e qualche

¹⁶ Cfr. A. Pizzorusso, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, 2007, 2, 355 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 238 ss. in cui una ricostruzione complessiva della tematica. Sul collegamento fra diritto soggettivo e azione, M. Ainis, *Un diritto preso sul serio*, in *Quad. cost.*, 2007, 1, 117. Non altrettanto convinti, G. Alpa, nella *Nota a tribunale di Roma del 16 dicembre 2006*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, 78, oltre che il Procuratore della Repubblica di Sassari che pure, in data 23 gennaio 2008, ha chiesto l'archiviazione per il medico che interrompe la nutrizione artificiale a Giovanni Nuvoli. Cfr. anche G. Iadecola, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del «caso Welby»*, in *Giur. Merito*, 2007, 4, 1002 e in *Professione*, 2007, 2, 31.

¹⁷ Contro la posizione qui criticata, fatta propria dalla maggioranza del Comitato nazionale per la bioetica nel parere su «L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente» del settembre 2005, si vedano le pienamente convincenti riflessioni offerte nella *Postilla* di Mauro Brani: <http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/PEG.pdf>. Un commento critico, da ultimo, in C.A. Defanti, *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, in *Bioetica*, 2007, 4, 109 s. Un inquadramento giuridico in P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 228 ss.; P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, 184.

¹⁸ La decisione continua ricordando come «[s]iffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale; trova il sostegno della giurisprudenza nel caso Cruzan e nel caso Bland; si allinea, infine, agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la quale ricomprende il prelievo ematico – anch'esso “pratica medica di ordinaria amministrazione” – tra le misure di “restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo” (sentenza n. 238 del 1996)» (punto 7.6).

¹⁹ Tale disposto, come noto, vieta gli atti di disposizione del proprio corpo «quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica». «L'effetto straordinario» scrivono in termini generali A. Santosuosso, F. Fieconi, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2005, 1, 38, 49 «è di continuare a interpretare la Costituzione alla luce della legge ordinaria (...), e non viceversa». Sulla giurisprudenza in materia di art. 5, G. Campanelli, *Linee giurisprudenziali della*

sentenza – vedremo – ne deriverebbe un generale divieto di rifiutare terapie nel caso in cui ne possa derivare una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Per sostenere tale posizione, si afferma che a) l'art. 32 della Costituzione sarebbe stato concepito al solo fine di escludere trattamenti sperimentali degradanti quali quelli compiuti nei campi di concentramento nazisti e non potrebbe assumere valenza generale né si potrebbe estendere a trattamenti oggettivamente a favore della salute individuale. Il principio dell'art. 5 del codice civile prevarrebbe così su quello dell'art. 32 della Costituzione in virtù dell'applicazione del criterio della specialità: *lex specialis derogat legi generali*. E se così non fosse, b) la prevalenza della norma costituzionale su quella codicistica dovrebbe essere fatta valere non per semplice via interpretativa, ma solo a seguito di una, per ora inesistente, pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale²⁰.

A fronte di tali considerazioni, in primo luogo, non pare troppo disagevole ricordare a) come il criterio della volontà originaria del costituente non possa essere utilizzato per cristallizzare o pietrificare una disposizione costituzionale e renderne il significato immune da qualsiasi mutamento²¹. Il solo fatto che si tratti di una Costituzione, destinata a durare nel tempo e ad orientare la società anche ad anni di distanza dalle scelte originarie, impone l'utilizzo di criteri interpretativi (cautamente) aperti nei confronti delle esigenze del caso concreto e (prudentemente) flessibili innanzi ai mutamenti di carattere politico, culturale e tecnologico. Non saper leggere il testo anche alla luce del mutato contesto, in quest'ambito, significherebbe non rendersi conto della natura particolare dell'oggetto dell'interpretazione («we must never forget that it is a constitution we are expounding»)²² e dei riflessi che tale natura getta sui caratteri dell'operazione ermeneutica; significherebbe applicare il «metodo dell'ignoranza circa il senso del proprio agire»²³.

Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, 195 ss. Indicazioni di carattere generale in R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 1, 743 ss.

²⁰ Scrive G. Iadecola, *Note critiche in tema di testamento biologico*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2003, 477 come la Costituzione abbia riconosciuto un diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari senza «minimamente intendere che tale rifiuto potesse essere esercitato anche in relazione ai trattamenti medici, non obbligatori, ma indispensabili per il mantenimento in vita». Si vedano anche Id., *Rifiuto delle cure e diritto di morire*, in *Medicina e morale*, 2007, 1, 96; M. Casini, *Il testamento biologico e la rinuncia anticipata a vivere: aspetti giuridici*, in AA.VV., *Né accanimento né eutanasia*, I Quaderni di Scienza & Vita, Roma, 2006, 89 ss.

²¹ Si veda P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 22 ss. In termini generali, fra i più recenti, cfr. R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, 29 ss.; E. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 19 e ss.

²² La nota citazione è tratta da *M'Culloch v. State of Maryland et al.*, 17 U.S. 316 (1819). Per una critica complessiva dell'approccio *originalist* in materie biogiuridiche, J.M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, in *Constitutional Commentary*, 2007, 24, 101.

²³ Riportiamo la altrettanto famosa critica che R. Smend (in *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, trad. it. in *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 213) rivolge al

L'argomento che fa leva sui limiti dell'interpretazione dovuti alla volontà originaria, piuttosto, è facilmente rovesciabile contro la posizione sostenuta da quanti considerano l'art. 5 c.c. prevalente sul 32 Cost., i quali sembrano dimenticare le circostanze a seguito delle quali è nata la disposizione codicistica del – ricordiamolo – 1942. Nell'estate del 1930 un giovane napoletano si era accordato nel cedere il proprio testicolo sinistro, per diecimila lire, a favore di un cittadino brasiliano. A seguito del successo dell'innesto «Voronov», il sudamericano lasciò l'Italia, mentre i medici furono indagati per le lesioni procurate al giovane. Giunto fino in Cassazione, il processo si snodò fra richieste di condanna fondate sulla indisponibilità del corpo e inni alla scienza ed ai suoi progressi²⁴, concludendosi con l'assoluzione dei dottori giustificata dal consenso ad un atto che non aveva procurato disfunzioni gravi, giovando piuttosto al ricevente: «[l]o studente riprese la sua vita consueta. Egli ebbe, come prima, le sue estrinsecazioni sessuali, e nessuna menomazione riscontrò in queste sue funzioni. L'americano, dal canto suo, riebbe la sua antica forza e riprese gli antichi contatti»²⁵. L'art. 5 c.c. – e ne riprendiamo il confronto con l'art. 32 Cost. – nacque quindi con riferimento non ad ogni disposizione del proprio corpo, ma a quelle sole che vedevano una diminuzione della propria integrità a fronte di un contratto di compravendita di organi. Ad applicare lo stesso criterio ermeneutico che lega il significato della disposizione (non costituzionale) all'intento originario, verrebbe quindi da limitare il riferimento codicistico ai soli atti in cui sia presente un rapporto sinallagmatico.

La considerazione riguardo *b)* alla necessità di una pronuncia di incostituzionalità dell'art. 5 c.c., in secondo luogo, può essere superata rinviando alle vicende, e in particolare alla giurisprudenza costituzionale, in materia di transessualismo e di sterilizzazione volontaria²⁶. In sintesi, va registrato come il «diritto

formalismo giuspositivistico di Paul Laband. Al riguardo, cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 40. Se non si riconoscesse l'interpretazione costituzionale una operazione anche «responsabilmente politica» non avrebbe senso, fra l'altro, il carattere composito e plurale della composizione della stessa Corte e l'ordinamento sarebbe privo di componenti importanti come il diritto costituzionale alla riservatezza o la tutela dell'ambiente.

²⁴ Ricostruisce le vicende A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001, 141 ss. Fra i brani citati più interessanti, quelli contrapposti a favore della indisponibilità del corpo («[l]o Stato ha un interesse suo proprio alla conservazione di quel bene, indipendentemente dalla volontà del singolo. L'individuo infatti è un soldato, un procreatore di altri cittadini, un produttore di ricchezza ecc.») e della libertà della scienza («[v]oler porre vincoli alla ricerca scientifica, voler imprigionare il fervore dello sperimentatore che studia, saggia, che tenta perché la speculazione realizzi un vantaggio umano, un beneficio concreto, un'opera di salute e di bene, è quanto di più assurdo si possa concepire, e sarebbe oltretutto, la più anti-giuridica delle pretese»).

²⁵ A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, cit., 144.

²⁶ Al riguardo, si veda la ricostruzione di R. Romboli, *Art. 5*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Persone fisiche*, Bologna, Zanichelli, 1988, 234 ss. A. de Nitto, *Commento agli articoli 1-10 del codice civile*, in C. Ruperto (a cura di), *La giurisprudenza sul codice civile*, Milano, Giuffrè, 2005, 101 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 75 ss. Cfr. anche G.

costituzionale vivente» abbia permesso di interpretare il divieto codicistico nei termini di dare prevalenza al fondamentale principio personalistico, permettendo quegli atti che consentono una più piena realizzazione del soggetto. Ricostruito in questi termini il significato dell'art. 5 c.c., cade la necessità di una dichiarazione di incostituzionalità; è da presumersi, anzi, che un'ordinanza di rimessione avente ad oggetto l'articolo citato sarebbe dichiarata inammissibile, alla luce del consolidato obbligo di interpretazione conforme, il quale richiede che non si sollevi questione di legittimità costituzionale per le disposizioni cui si possa attribuire un significato compatibile con la Carta fondamentale.

Concludendo sui rapporti fra l'art. 32 Cost. e l'art. 5 c.c., va aggiunto come dare la prevalenza al secondo condurrebbe alla trasformazione del diritto alla vita in un obbligo di vivere, posizione che «la Costituzione non dice in nessuna disposizione e che non è ricavabile neppure con la più anarchica delle interpretazioni», conducendo ad un sacrificio completo del diritto di rifiutare trattamenti non desiderati²⁷. Anche da un punto di vista testuale, inoltre, la disposizione civilistica difficilmente può ricondursi all'ipotesi del rifiuto di un trattamento di sostegno vitale. Il mero rifiuto, anzitutto, non comporta una condotta attiva, un «atto», ma richiede solo un non intervento, un'omissione²⁸. La conseguenza del rifiuto di un trattamento di sostegno vitale, infine, consiste nella morte della persona, che è cosa ben diversa dalla «diminuzione permanente della integrità fisica».

3.3. *La deontologia.* Il codice di deontologia medica nella sua ultima versione (dicembre 2006) prevede una serie di disposizioni che trattano in maniera espressa e precisa della posizione in parola. Dopo aver ricordato il dovere del medico alla «tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana» e quello di «improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona» (artt. 3 e 20), il documento è chiarissimo nel condizionare l'attività medica alla volontà della persona coinvolta. L'art. 35, primo comma, dispone che «[i]l medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente» e l'art. 38 aggiunge che «[i]l medico deve attenersi, nell'ambito della 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».

Campanelli, *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, cit., 210.

²⁷ Citiamo dalla richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica di Sassari nel caso Nuvoli del 23 gennaio 2008.

²⁸ Altro tema più complesso – vedi *infra* – riguarda l'interruzione di un trattamento già in corso.

Se alcune disposizioni disciplinano le eccezionali ipotesi di intervento medico in assenza di consenso (minori, incapaci, assistenza d'urgenza), il codice prevede espressamente il rispetto di una opposizione consapevole: «[i]n ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona» (art. 35, quarto comma). E a ribadire anche in termini specifici la tutela della scelta morale di non accedere a trattamenti anche di sostegno vitale, l'art. 53 detta: «[q]uando una persona rifiuta volontariamente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che un digiuno protratto può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima, pur continuando ad assisterla»²⁹.

Se le parole hanno un significato, quanto fin qui ricordato nell'ambito delle fonti normative del principio del consenso³⁰ pare sufficiente a dotare il rifiuto di un trattamento sanitario della veste di diritto soggettivo concretamente ed espressamente tutelato dall'ordinamento giuridico, senza dover attendere una legge specifica o invocare il principio *magis ut valeat*.

4. LE INCERTEZZE DI GIURISPRUDENZA E DOTTRINA (CENNI)

Ciononostante, va registrato come le esitazioni della citata pronuncia del Tribunale di Roma non siano isolate e come la giurisprudenza anche di legittimità abbia talvolta trascurato i dati normativi fin qui proposti concludendo per la sussistenza di un dovere o comunque di una facoltà in capo all'operatore sanitario di intervenire anche in assenza della volontà della persona capace. Se nel noto caso Massimo (Corte d'Assise di Firenze, 18 novembre 1990) venne ipotizzato il reato di omicidio preterintenzionale per il medico che, fuori dallo stato di necessità, avesse agito senza l'esplicito consenso del paziente causandone la morte³¹, la Corte di Cassazione, ispirandosi al

²⁹ Nel 1992, in riferimento all'allora vigente Codice di deontologia medica, lo stesso Comitato nazionale di bioetica oggi diviso, ribadiva il dovere di desistenza del medico di fronte al rifiuto del paziente: cfr. A. Santosuosso, F. Fieconi, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, cit., 47. In generale, P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 259 ss.

³⁰ Sul ruolo della deontologia all'interno del sistema delle fonti (e del biodiritto in particolare) può in questa sede solo farsi rinvio ad una non sempre lineare giurisprudenza della Corte di Cassazione oltre che alla sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002; si veda anche la dottrina segnalata in C. Casonato, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 199 ss., ora scaricabile liberamente in: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001311/>.

³¹ «Qualsiasi forma di intervento medico-chirurgico – continua la sentenza – richiede l'esplicito consenso del paziente (o del suo rappresentante legale), senza che possa avere rilevanza un consenso meramente presunto». In una successiva pronuncia, tuttavia, la Corte di Cassazione (Sezione IV penale, 9 marzo – 12 luglio 2001, n. 585, in *Cassazione Penale*, 2002, 517 con nota di G. Iadecola) decise

principio dell'indisponibilità della vita, ha talvolta sostenuto l'invalidità del consenso dell'individuo agli interventi chirurgici che, pur migliorandone la salute psichica, comportassero permanenti diminuzioni all'integrità del corpo³². Inoltre, la sezione quarta penale della stessa Corte è parsa limitare il rispetto del rifiuto delle cure ai casi in cui non vi fosse pericolo di vita sostenendo il divieto per il medico chirurgo di «manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita o di altro danno irreparabile altrimenti non ovviabile, quando questi abbia espresso il dissenso» (sent. 27 marzo 2001, n. 36519)³³. E la sezione prima civile nel caso Volterrani (sent. 11 luglio 2002, n. 26446) ha sostenuto che «il medico è legittimato a sottoporre il paziente, affidato alle sue cure, al trattamento terapeutico, che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, anche in assenza di un esplicito consenso»³⁴. Vi sono poi casi da cui emerge il principio secondo cui «il mancato consenso del paziente all'intervento o ad un atto preparatorio dell'intervento viene considerato ininfluenza, in quanto il paziente deve essere protetto anche da se stesso»³⁵.

Oltre al riferimento al citato art. 5 del codice civile, quello all'art. 54 del codice penale in materia di stato di necessità ha giocato spesso un ruolo centrale nel riconoscere come di fronte al pericolo di vita, il medico avesse ampia

che nelle situazioni di urgenza terapeutica che concretizzano «l'adempimento di un dovere (ovvero altre cause di giustificazione anche non codificate) qualora siano in gioco non solo la vita fisica del paziente ma anche la sua integrità fisica mai potrà affermarsi che il medico abbia intenzionalmente provocato la lesione della salute del paziente; perché, nelle ipotesi in esame, la condotta è intenzionalmente diretta a tutelare la salute del paziente e non a provocare una menomazione della sua integrità fisica o psichica».

³² Al riguardo, si veda A. Scalisi, *Gli aspetti giuridici della chirurgia sostitutiva*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 3, 257.

³³ Si tratta peraltro di un principio che la Corte afferma con massima cautela, decidendo «senza che sia necessario prendere posizione sul complesso e grave problema dei limiti imposti dall'ordinamento ad atti di (libera) disponibilità del proprio corpo (art. 5 c.c.) e, in reciproco, dell'area dei diritti implicanti siffatta disposizione» (punto 5.4). Altrettanta cautela è espressa da F. De Matteis, *Responsabilità professionale medica: finalità terapeutica e consenso del paziente*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2002, 2, 574 ss.

³⁴ La stessa sentenza continua sostenendo come «l'uomo non è illimitatamente "dominus membrorum quorum", poiché la sua validità ed efficienza fisica e psichica sono considerate dal diritto di importanza fondamentale per l'esplicazione delle funzioni sociali e familiari assegnategli». In una linea di forse non perfetta coerenza, la stessa sentenza continua riconoscendo come «[n]on sembra seriamente discutibile, tuttavia, che in una società ispirata al rispetto e alla tutela della persona umana, quale portatrice di un patrimonio culturale e spirituale prezioso per l'intera collettività, non possa darsi assoluta prevalenza al valore sociale dell'individuo. Sono da condividersi, sul punto, le considerazioni svolte da questa stessa corte nella sentenza n. 731 del 22.3.2001, secondo cui il medico non può "manomettere" l'integrità fisica del paziente, quale si presenta attualmente, quando questi abbia espresso il suo dissenso, perché ciò sarebbe, oltre tutto, in contrasto anche con il principio personalistico». Ricostruisce la vicenda M. Pelissero, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi pensali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 372 ss.; fortemente critico G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003, 1953.

³⁵ Cfr. G. Alpa, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, 1817B, e si vedano anche i casi riportati da G. Facci, *I testimoni di Geova ed il «dissenso» all'atto medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, 175; e da A. Santosuosso e M. Barni, in *Bioetica*, 2000, 3, 454 e 461.

discrezionalità nel considerare superato o non più attuale il rifiuto opposto dal paziente divenuto incapace di esprimersi³⁶.

Tali elementi di incertezza (di «oggettiva incertezza giuridica della materia» parla il Procuratore di Sassari nella citata richiesta di archiviazione del 23 gennaio 2008 in riferimento al caso Nuvoli) hanno condotto parte minoritaria della dottrina ad accentuare oltre misura – ci pare – i limiti del principio del consenso, giungendo a sostenere come reiterate pronunce della Corte di Cassazione, in sede sia civile che penale, avrebbero sostenuto «il principio secondo cui il fondamento della liceità penale dell'attività medico-chirurgica consista non già nel consenso del paziente, bensì nella sua intrinseca utilità e vantaggiosità sociale, poiché essa persegue la finalità, costituzionalmente garantita, della tutela del bene della salute: il trattamento sanitario si «autolegittima», ossia si impone di per sé stesso, quando esista indicazione terapeutica e sia eseguito secondo le «leges artis», come fonte di discriminazione del fatto»³⁷. Ed anche in riferimento al caso Welby, tale ragionamento è stato invocato per richiedere il ripristino della ventilazione una volta che il relativo distacco ne avesse posto in pericolo la sopravvivenza³⁸.

5. LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUL CASO ENGLARO (SEZ. PRIMA CIVILE, 4-16 OTTOBRE 2007, N. 21748)

A fronte di tali esitazioni e incertezze, la sentenza n. 21748 della Corte di Cassazione (prima sezione civile, 4-16 ottobre 2007) riporta chiarezza su una serie di importanti elementi, primi fra tutti sul significato e sul valore vincolante del principio del consenso inteso in termini di scelta morale che rispecchi la dignità della persona.

5.1. *Consenso, dignità e pluralismo dei valori.* I giudici iniziano la disamina del caso di Eluana Englaro³⁹ con una consistente premessa dedicata

³⁶ Si veda, ad esempio, Corte di Cassazione, Sezione terza civile, 4211 del 23 febbraio 2007, su cui V. Carbone, *Risarcimento del danno – dissenso sulle trasfusioni ed esigenze sopravvenute nel corso dell'intervento*, in *Corriere Giur.*, 2007, 5, 615. In generale, fra gli altri, cfr. G. Facci, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 6, 1671; M. D'Auria, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*, in *Giur. it.*, 2005, 7, 1396; M. Del Sante. In termini generali, anche sullo stato di necessità, si veda, fra i più recenti, A. Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 10, 965.

³⁷ Citiamo da G. Iadecola, *Note critiche in tema di «testamento biologico»*, cit., 474. Si vedano inoltre le differenti posizioni riportate da S. Fucci, *Rilevanza giuridica del rifiuto delle cure da parte del paziente*, in *Bioetica*, 2000, 123 ss.

³⁸ Fra gli altri, cfr. R. Campione, *«Caso Welby»: il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazione degli interpreti*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 3, 292.

³⁹ Eluana Englaro è una donna in condizione di stato vegetativo invariata dal gennaio 1992 per cui il padre e tutore aveva invano richiesto l'interruzione dell'alimentazione artificiale prima al Tribunale di Lecco poi alla Corte d'Appello di Milano. Lo stato vegetativo della donna è così descritto al punto 7.1. della sentenza: «pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando

proprio al principio del consenso. Esprimendo «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», tale principio è considerato costituire «di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato 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» (punto 6). Se esistono casi eccezionali in cui il trattamento va eseguito anche in assenza della manifestazione di volontà della persona⁴⁰, la Corte sostiene (con qualche forzatura come abbiamo visto) che il principio del consenso «è ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte»⁴¹. Su queste basi, si precisano anche i confini della responsabilità del medico, il cui intervento cessa di essere obbligatorio ed anzi risulta vietato laddove manchi il consenso⁴².

Tale principio, quindi, viene ricostruito dalla Corte di Cassazione in termini generali come dato collegato alla dignità del malato e vincolante la legittimità e la liceità dell'intervento medico; dato costituzionale basato su un'interpretazione sistematica che congiunge l'articolo 2, che tutela i «diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità», l'articolo 13,

le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare. La sopravvivenza fisica di ..., che versa in uno stato stabile ma non progressivo, è assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministrate attraverso un sondino nasogastrico». Una ricostruzione delle vicende nei contributi raccolti in *Studi e saggi sul caso «E.E.»*, in *Bioetica*, 2000, 29 ss. e in *Lo stato vegetativo permanente: il caso di Eluana Englaro*, in *Bioetica*, 2005, 2.

⁴⁰ Cioè «allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.».

⁴¹ In tale ottica, si richiamano sentenze di sezioni sia penali che civili ai sensi delle quali, ad esempio, si sostiene come la «configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del danno (...) sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni» (Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444), oppure come «[l]a legittimità di per sé dell'attività medica (...) richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico» e come «la facoltà o la potestà di curare [siano] situazioni soggettive (...) derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi» non potendosi attribuire «al medico un generale "diritto di curare"» (Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001-3 ottobre 2001).

⁴² La «responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui» (punto 6.1. della sentenza n. 21748).

che qualifica inviolabile la libertà personale «nella quale “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo” (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990)» e l'articolo 32 che prevede per i trattamenti sanitari obbligatori una riserva di legge «qualificata dal necessario rispetto della persona umana» (punto 6).

Attraverso questa interpretazione, i giudici della prima sezione civile della Corte ricostruiscono in ambito terapeutico un concetto costituzionale di dignità in termini *plurali e soggettivi*. Il suo contenuto, più precisamente, appare non fisso, definito o definibile a priori, sulla base di valutazioni mediche o anche morali di carattere generale ed a prescindere dai convincimenti e dalla volontà della persona, ma va ricostruito in termini variabili, prendendo a riferimento le più profonde convinzioni soggettive del paziente cui il trattamento è proposto⁴³. In merito ai trattamenti di sostegno vitale, così, la sentenza chiarisce che, accanto a quanti ritengono nel proprio miglior interesse essere tenuti in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche in stato vegetativo, «c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno. Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta» (punto 7.5)⁴⁴.

Nell'ambito delle scelte terapeutiche, è uno dei quattro principi fondamentali della Costituzione italiana, quello personalistico, a condurre a respingere l'imposizione di una definizione (scelta a maggioranza?) di cosa sia dignitoso e di cosa non lo sia che sia valida in tutto e per tutti, e a riconoscere il paziente nel suo rapporto dialettico con l'operatore sanitario quale centro attorno a cui coagulare scelte che possono anche portare al rifiuto di trattamenti vitali. Il principio del consenso, utilizzando le parole della sentenza (punto 6.1)

ha come correlato la facoltà (...) anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento soli-

⁴³ Si vedano le riflessioni di S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, 29 ss., 103 ss.; 247 ss.

⁴⁴ In termini generali, si veda V. Baldini, *Introduzione. Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 9.

daristico 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.

Confermando l'espansione della salute «in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé» e richiamandone la tutela del risvolto negativo («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») la Corte può quindi giungere ad escludere che, nell'ambito di cui si tratta, «il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita»⁴⁵.

Tale impostazione, che pare l'unica cui si possa giungere rimanendo aderenti al testo costituzionale ed alla giurisprudenza che vi ha dato attuazione, ha suscitato vivaci critiche da parte di quanti, con approccio che potremmo definire *Constitution-blind*, considerano inaccettabile sia il pluralismo dei valori che un pur limitato diritto della persona di disposizione del proprio corpo e della propria vita⁴⁶.

Confrontandosi con il panorama offerto dalla giurisprudenza costituzionale comparata, viceversa, non sono rare le pronunce in cui il diritto al rifiuto di trattamenti anche di sostegno vitale si intreccia con riferimenti alla dignità ed al pluralismo dei valori. Fra le più note, al riguardo, la Corte ricorda la sentenza *Pretty c. Regno Unito* della Corte europea dei diritti dell'uomo (29 aprile 2002), il caso *Vacco v. Quill* della Corte Suprema degli Stati Uniti (521 U.S. 793 del 1997) ed il caso *Airedale N.H.S. Trust v. Bland* risolto dalla

⁴⁵ In dottrina, può farsi riferimento, oltre ai già citati, a F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 378.

⁴⁶ Per tutti, ci riferiamo ad un articolo apparso sulla prima pagina dell'*Osservatore Romano* del 18 ottobre 2007 le cui ultime tre righe ci paiono condensare tre errori di prospettiva, rispettivamente, logica, giuridica ed etica. Il finale dell'articolo recita: «[a]cettare, pure nel vuoto legislativo, una tale posizione [di relativismo dei valori], significa orientare fatalmente il legislatore verso l'eutanasia. Di più: introdurre il concetto di pluralismo dei valori significa aprire una zona vuota dai confini non più tracciabili. Significherebbe attribuire appunto ad ognuno una potestà indeterminata sulla propria esistenza dalle conseguenze facilmente immaginabili, anche solo ragionando dal punto di vista etico». Anche da un punto di vista di interpretazione religiosa, inoltre, azzardiamo interpretare tali ultime riflessioni come il frutto di una confusione fra principi religiosi e posizioni ideologiche. Sulla pluralità di interpretazioni, al riguardo, cfr. E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *Bioetica e confessioni religiose*, in corso di stampa. Sulla rilevanza costituzionale del pluralismo dei valori, il riferimento non può non andare a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, *passim*; Idem, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 94 ss.; R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., 20 ss. In tutt'altra prospettiva, F. D'Agostino, *Se i soldi sono garantiti più della vita*, articolo dell'*Avvenire* del 18 ottobre 2007, esaminato criticamente da C.A. Defanti, *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, cit., 112 s.

House of Lords (4 febbraio 1993, 2 WLR 316)⁴⁷. Oltre a tali riferimenti, pare in questa sede interessante richiamare la consonanza con una non notissima sentenza della Corte costituzionale colombiana del 1997 che sulla base di una prospettiva costituzionale «*secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo*» afferma che il diritto fondamentale a vivere dignitosamente implica «*el derecho a morir dignamente*», poiché condannare una persona a prolungare per un tempo limitato la sua esistenza, contro la sua volontà e in presenza di gravi sofferenze equivale ad una «*anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto*»⁴⁸.

Al di là di tali spunti, quanto preme riprendere riguarda il fatto che i giudici della Corte di Cassazione italiana abbiano espresso la volontà di marcare la qualifica del consenso quale scelta morale e quella della persona quale agente morale, cui l'ordinamento riconosce un diritto di autodeterminarsi in campo medico tanto più qualificato in termini di rispetto della dignità quanto più cruciale nelle sue conseguenze; diritto di autodeterminarsi, peraltro, non illimitato né incondizionato.

5.2. *I limiti dell'autodeterminazione.* Se, per quanto detto, è corretto sostenere che in Italia l'autodeterminazione in ambito medico è oggetto di tutela, sarebbe d'altro canto errato credere che l'ordinamento riconosca a tale protezione un carattere assoluto. Come in termini generali la legittimità o la tutela di una conduzione di vita o di singoli comportamenti individuali ritenuti dignitosi da parte della persona non possono dirsi illimitate (si pensi alla giurisprudenza in materia di nullità dei contratti dovuta alla illiceità della

⁴⁷ Analisi di carattere comparato in C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 131 ss.; S. Canevrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto fra discipline*, Torino, Giappichelli, 2003; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Novene, 2004, 258 ss.; M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi, *Il testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, Sperling & Kupfer editori, 2007, 184 ss. Le pronunce sono rintracciabili a partire dal sito del progetto *Biodiritto* del DSG dell'Università di Trento: <http://www.jus.unitn.it/biodiritto/home.html>.

⁴⁸ Anche la Corte costituzionale colombiana sottolinea come il contenuto da dare alla dignità nella fase terminale non possa essere definito in via astratta ed imposto contro le convinzioni morali della persona, ma debba da lei dipendere quale «*sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben*». Su queste basi, i pazienti in condizioni estreme non possono essere costretti a vivere in maniera «*compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibile de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral*». Si tratta della sentenza n. 329 del 20 maggio 1997 (anch'essa nei materiali del citato progetto Biodiritto) che tratta della costituzionalità dell'articolo 326 del codice penale in materia di punizione dell'omicidio di paziente grave, sofferente e consenziente. Essa conclude per un'applicazione della disposizione «*con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada*». Alla sentenza si adattano anche le parole di S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 251, secondo cui «[l]a disponibilità della vita trascina con sé la disponibilità del morire».

causa per contrarietà al buon costume, *ex art.* 1343 cod. civ.), così il diritto di disporre del proprio corpo e della propria vita.

5.2.1. *Alcune precisazioni: sacrificio della vita e accanimento «terapeutico».* Anzitutto, può dirsi cosa *non* costituisca un limite da far valere contro le decisioni individuali ed autonome in materia di fine vita. La sentenza in commento è chiara nell'indicare come il mantenimento in vita non costituisca di per sé un elemento prevalente rispetto alla volontà individuale: «[d]eve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita». Se la chiarezza con la quale è espressa tale formula appare insolita all'interno del panorama italiano, va ricordato come in tutti gli ordinamenti appartenenti alla *cd. Western Legal Tradition* sia presente da anni lo stesso principio. Oltre alle decisioni straniere richiamate dai giudici della Cassazione (riguardanti Francia, Stati Uniti, Gran Bretagna), particolarmente eloquenti le parole utilizzate nel già citato caso di Tony Bland: «the principle of the sanctity of life, which it is the concern of the state, and the judiciary as one of the arms of the state (...) is not an absolute one. It does not compel a medical practitioner on pain of criminal sanctions to treat a patient, who will die if he does not, contrary to the express wishes of the patient»⁴⁹.

Un secondo elemento su cui spesso si discute in ambito di decisioni di fine vita riguarda la configurabilità e le conseguenze del *cd.* accanimento terapeutico. Se in termini generali ma generici tale condotta può definirsi come l'applicazione di trattamenti futili, sproporzionati, incapaci di dare alcun beneficio (elementi che in realtà ne escludono il carattere «terapeutico»), è chiaro come l'attribuzione di tale qualifica ad una specifica condotta dipenda da criteri largamente discrezionali legati al significato che si dà di dignità, all'ampiezza che si riconosce alla disponibilità del bene vita, ecc.⁵⁰. Per alcuni, ma non per altri, ad esempio, il mantenimento in vita, anche in uno stato vegetativo irreversibile potrà costituire un beneficio in sé e nessun trattamento di ventilazione meccanica o di nutrizione o idratazione artificiale potrà mai costituire un accanimento. Per alcuni, ma non per altri è possibile e opportuno dare una definizione oggettiva di tale concetto, oppure farne dipendere l'individuazione sulla base di ciò che il singolo paziente coinvolto intenderà per beneficio e futilità. In questa sede, peraltro, non pare necessario affrontare le delicate questioni legate alla definizione di accanimento, e questo per il sem-

⁴⁹ Citiamo dalla opinione di Lord Keith of Kinkel nella decisione *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 2 WLR 316, leggibile anche in http://www.swarb.co.uk/c/hl/1993airedale_bland.html.

⁵⁰ Fra gli altri, G. Alpa, nella Nota a tribunale di Roma del 16 dicembre 2006, cit., 78; M. Barni, *Stato vegetativo persistente: l'ineludibile protagonismo del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 3, 628; S. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 5, 751; F. Mantovani, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, 428.

plice motivo che, qualunque cosa sia, esso è vietato a prescindere ed anche, contro come vedremo più oltre, la volontà del soggetto⁵¹. In casi come quelli in discussione, le ragioni e le basi dell'interruzione di un trattamento sanitario dipendono non dalla valutazione tecnica che di essi si dà in termini di utilità, ma dalla scelta della persona, la quale ha diritto di rifiutare cure che pure si qualificano come efficaci ed adeguate⁵².

5.2.2. *Diritto al rifiuto, divieto di assistenza al suicidio e omicidio del consenziente.* Passando a quanto invece costituisce un effettivo limite al principio di autodeterminazione, vanno anzitutto ricordati i reati di assistenza al suicidio e di omicidio del consenziente i quali, variamente diffusi anche negli ordinamenti che pure riconoscono in via derogatoria la non punibilità del medico che a determinate condizioni provochi la morte del paziente sofferente o lo assista nel suicidio (Olanda, Belgio, Svizzera, Oregon), testimoniano come l'autodeterminazione nel terminare la propria vita in maniera ritenuta soggettivamente dignitosa non venga mai contemplata e tutelata in forma assoluta⁵³.

La sentenza in oggetto tiene ben distinte le condotte direttamente volte a causare la morte del paziente, che rimangono pesantemente sanzionate ai sensi del codice penale (art. 579 per l'omicidio del consenziente e art. 580 per l'istigazione o aiuto al suicidio), dal diritto al rifiuto di trattamenti anche vitali, il quale, costituendo il risvolto negativo di un diritto di libertà, «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» (punto 6.1)⁵⁴.

⁵¹ Si pensi al codice di deontologia medica che, riconoscendo espressamente la rilevanza della volontà del paziente nel definirli, vieta espressamente comportamenti di accanimento. «Il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita»: art. 16.

⁵² È questa un'ulteriore conseguenza della qualifica del consenso in termini di scelta di natura morale più che tecnica. Su questa linea, in presenza di un rifiuto del paziente e a meno di non giungere a dire che è accanimento tutto ciò che il singolo soggetto considera soggettivamente inadeguato, non pare necessario passare attraverso la difficile definizione di accanimento terapeutico per risolvere le questioni di interruzione dei trattamenti.

⁵³ Cfr. già F. Giunta, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 403 ss. In quest'ottica, riteniamo preferibile evitare la formula «diritto di morire», la quale darebbe una rappresentazione troppo ampia del bene effettivamente oggetto di tutela, sia nei singoli paesi ricordati che, tanto più, in Italia: cfr. A. Barbera, *Eutanasia: riflessioni etiche, storiche e comparatistiche*, in S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto fra discipline*, cit., 3.

⁵⁴ Parole analoghe vengono utilizzate da Lord Goff of Chieveley nella citata decisione *Airedale NHS Trust v. Bland*: «in cases of this kind, there is no question of the patient having committed suicide, nor therefore of the doctor having aided or abetted him in doing so. It is simply that the patient has, as

In termini generali la differenza fra il rifiuto e quella che per brevità potremmo chiamare eutanasia attiva (assistenza al suicidio e omicidio del consenziente) è chiaramente visibile, intuitiva⁵⁵. Si tratta di una distinzione che si può basare sull'intenzione del paziente (di morire per l'eutanasia attiva, di non essere oggetto di un trattamento sanitario non voluto per il diritto al rifiuto), sul proposito del medico (indirizzato, nel primo caso, a dare la morte, nel secondo, a interrompere un trattamento che la persona ha il diritto di rifiutare), sul risultato della condotta (consistente direttamente nella morte nell'eutanasia attiva, nell'interruzione del trattamento e nella «liberazione» del paziente nel rifiuto), sul nesso di causalità (la morte del soggetto sarebbe dovuta ad un agente esterno come cloruro di potassio o una dose letale di morfina direttamente o indirettamente veicolato dal medico nell'eutanasia attiva; per il caso di rifiuto, invece, la morte sarebbe causata dalla malattia che, non più trattata, farebbe il suo corso, conducendo il paziente ad una morte per cause naturali).

Tuttavia, alcune riflessioni basate sull'esame di casi concreti possono contribuire a rendere meno certo il confine fra le due posizioni.

Il caso britannico di Ms B vide una donna tetraplegica, paralizzata dal collo in giù e costretta a vivere all'interno di un polmone d'acciaio, chiedere che tale apparecchiatura fosse spenta⁵⁶. A fronte della sua richiesta, i medici e i responsabili dell'ospedale che l'aveva in cura rifiutarono di interrompere la ventilazione. La decisione finale della *Family Division* della *High Court of Justice* confermò come il *common law* disponesse la prevalenza del principio di autonomia su quello, pur «*equally fundamental*», riferito alla *sanctity of life*⁵⁷, per cui la volontà di una paziente capace di interrompere un trattamento anche di sostegno vitale andava rispettata⁵⁸.

A tale caso, che conferma l'esistenza nel *common law* britannico di un diritto al rifiuto di trattamenti anche di sostegno vitale, se ne può accostare uno in materia di divieto di assistenza al suicidio.

Diane Pretty era affetta da una sindrome neuro-degenerativa del sistema nervoso centrale, era paralizzata in varie parti del corpo e le sue condizioni, anche se non lasciavano alcuna speranza di guarigione, le permettevano di respi-

he is entitled to do, declined to consent to treatment which might or would have the effect of prolonging his life, and the doctor has, in accordance with his duty, complied with his patient's wishes». Sulla stessa linea, anche la citata richiesta di archiviazione della Procura di Sassari nel caso Nuvoli (23 gennaio 2008).

⁵⁵ S. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in S. Canestrari (a cura di), *I reati contro la persona. Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, Utet, 2006, p. 129.

⁵⁶ *Ms B v. An NHS Hospital Trust*, [2002] Lloyd's Rep Med 265.

⁵⁷ Principio già contenuto nel *leading case*, *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] AC 789.

⁵⁸ Su queste basi, la sentenza intimò all'ospedale di rispettare la volontà di Ms B oppure, in caso di obiezione di coscienza del personale medico, di trasferirla in altro istituto dove altri medici l'avrebbero potuta rispettare. L'ospedale venne condannato ad un risarcimento simbolico di cento sterline per «*unlawful trespass*». Fra gli altri, cfr. P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, cit., 187 ss.

rare autonomamente. La signora Pretty decise di porre fine alla sua esistenza prima di giungere in condizioni di sofferenza psico-fisica che considerava complessivamente incompatibili con la propria dignità. Le sue condizioni, se non le permettevano di commettere personalmente suicidio, non erano talmente gravi da richiedere un sostegno vitale da poter interrompere. In questa situazione, chiese al *Director of Public Prosecutions* di non perseguire il marito nel momento in cui l'avesse aiutata nel togliersi la vita. In presenza del *Suicide Act*, che condanna espressamente l'aiuto al suicidio, il funzionario rifiutò di concedere l'immunità e la donna intentò causa fino ad arrivare alla *House of Lords*⁵⁹. I *Law Lords* confermarono il divieto penale all'aiuto al suicidio e la legittimità della decisione del *Prosecutor*. Il risultato della vicenda giudiziaria fu che, a differenza di Ms B, Diane Pretty fu costretta a prolungare le proprie sofferenze e ad affrontare una morte in condizioni da lei ritenute non dignitose.

In riferimento a tali casi, può ritenersi come l'intenzione delle donne, il proposito dei medici e il risultato della condotta possano considerarsi complessivamente analoghi. La causa del decesso a seguito delle due volontà, invece, rimane distinta: se le condizioni di Ms B, paradossalmente, le «permettevano» di essere lasciata morire per cause naturali, quelle di Diane Pretty richiedevano un aiuto esterno. Pure a tal proposito, tuttavia, potrebbe emergere una responsabilità per omissione e, comunque, l'intervento richiesto anche nel primo caso, al fine di interrompere la ventilazione meccanica, riduce, secondo alcuni, la distanza fra le due situazioni potendo configurarsi come azione mediante omissione o omissione mediante azione⁶⁰. Se inoltre si ricorda come la dottrina internazionale tenda a considerare leciti, sulla base della dottrina del doppio effetto, anche alcune ipotesi di sedazione terminale in cui la morte potrebbe essere anticipata dall'impiego dei farmaci (causa esterna, quindi)⁶¹, pare che i motivi che stanno alla base della distinzione della

⁵⁹ La sentenza fu emessa il 29 novembre 2001: *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, [2001] UKHL 61 reperibile all'indirizzo <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011129/pretty-1.htm>. Al riguardo, si vedano, fra gli altri, C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, cit., 296 ss.; P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, cit., 210 ss. Il nostro riferimento va alla sentenza della *House of Lords* e non a quella successiva della Corte europea per i diritti dell'uomo, del 29 aprile 2002, caso *Pretty v. Regno Unito*, ricorso 2346/02.

⁶⁰ La configurabilità del delitto di omicidio mediante omissione richiede, peraltro, l'esistenza in capo al medico di un obbligo giuridico di attivarsi, escluso dall'esistenza del diritto al rifiuto. Oltre alla citata richiesta di archiviazione della Procura di Sassari del 23 gennaio 2008, in dottrina si vedano, fra gli altri, F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2006, 61; Id., *Diritto penale, parte speciale*, Padova, Cedam, 2005, 74 ss.; F. Giunta, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 562 ss.; M. Otlowsky, *Voluntary Euthanasia and the Common Law*, Oxford-New York, 2004, 29; K. Volk, *Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, in AA.VV., *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1989, 219 ss.

⁶¹ Su cui P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, cit., 159 ss.; S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 256 che richiama anche riflessioni di Ronald Dworkin. Riflessioni critiche in

disciplina fra eutanasia attiva e rifiuto del trattamento possano in alcuni casi limite non ritenersi inattaccabili, basando le ragioni della distinzione fra un divieto penale ed un diritto fondamentale su un *elemento accidentale* come le caratteristiche della malattia cui si è affetti, le quali determinano la necessità o meno di un sostegno artificiale (interrompibile)⁶².

Vi è infine un secondo ordine di problemi relativo alla distinzione tra eutanasia attiva e diritto al rifiuto, il quale ha a che fare con le motivazioni che, pure all'interno di stati che appartengono alla famiglia di derivazione liberale, conducono alla condanna di un atto (quello eutanasi attivo) che segue la volontà dell'individuo e che non cagiona danni diretti a terzi. Ad un'analisi di diritto comparato cui in questa sede non possiamo che rinviare, emerge come le ragioni per tale apparente forzatura del modello liberale facciano riferimento a tre ordini di considerazioni: il ruolo e la percezione del medico come professionista che cura e non che uccide o aiuta a uccidersi, i timori per le possibili derive legate all'argomento della china scivolosa (*slippery slope*), l'indisponibilità del bene vita (intesa in termini di sacralità o *sanctity*)⁶³. Se tali motivazioni possono essere criticate in sé, sulla base di considerazioni di segno opposto anche di natura giuridico-costituzionale⁶⁴, quanto qui più interessa riguarda il motivo per cui le stesse ragioni vengano applicate a senso unico – per così dire – solo per l'eutanasia attiva e non vengano fatte valere in riferimento al diritto di rifiutare cure vitali. Ammettendo che preservare la vita in termini di «*sanctity*» corrisponda ad un tendenziale e talvolta prevalente interesse dello stato, ad esempio, non risulta chiaro perché tale ragione rilevi solo per le condotte di eutanasia attiva⁶⁵.

AA.VV., *Proposed Definitions for Terminal Sedation*, in *The Lancet*, July 28, 2001, 358, 335; AA.VV., *Sedation in Palliative Care – A Critical analysis of 7 Years Experience*, in *BMC Palliative Care*, 2003, 2, 2 ss.

⁶² Sul tema dell'eguaglianza nel morire, cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 254 ss.; V. Pocar, *Alla fine della vita: un medesimo principio per tre questioni*, in L. Manconi, R. Dameno, *Dignità nel morire*, Milano, Guerini, 2003, 51 ss. Riferimenti allo stesso tema, in ambito statunitense, in P. Teachout, *A Time to Die: A Proposed Constitutional Framework for Dealing with End-of-Life Decisions in a World Transformed by Modern Technology*, in C. Casonato (a cura di), *Life, Technology and Law*, Padova, Cedam, 53 ss.; C.H. Baron, *Bioethics and Law in the United States: A Legal Process Perspective*, nella sezione monografica *Diritto, diritti e bioetica* curata da C. Casonato, T.E. Frosini, T. Groppi in corso di stampa su *Dir. pubbl. comp. ed eur.*

⁶³ C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 242 ss. In generale, cfr. anche G. Dworkin, R.G. Frey, S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, 2001; C.A. Defanti, *Dialoghi fra due medici su vari argomenti inerenti alle cure di fine-vita*, in L. Manconi, R. Dameno, *Dignità nel morire*, Milano, 2003, 23 ss. Sul modello liberale in riferimento alle tematiche bioetiche, si veda M. Charlesworth, *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge, 1993, in particolare 52 ss.

⁶⁴ P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 280, ss.; C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 245 ss.

⁶⁵ Sulla percezione del ruolo del medico da parte dell'opinione pubblica, può dirsi come difficilmente il carattere attivo o omissivo, della condotta, in termini di mera causalità, possa marcare una distinzione agevole dei comportamenti messi in atto nelle singole pratiche. Neppure i motivi legati ai timori della *slippery slope* pare possano giustificarsi in riferimento alla sola eutanasia attiva; anzi. Se i

Tali considerazioni paiono ridurre la distanza che gli ordinamenti che in altra sede abbiamo definito «a tendenza impositiva» (fra cui l'Italia)⁶⁶ fissano fra l'eutanasia attiva ed il diritto al rifiuto di trattamenti vitali, invitando – ci pare – ad una riflessione complessiva sulla tenuta delle ragioni alla base dei divieti di assistenza al suicidio e di omicidio del consenziente; riflessione che, tuttavia, dovrà aspettare tempi più favorevoli al dialogo e al riconoscimento della pluralità di *Weltanschauungen* diverse⁶⁷.

5.2.3. *Il limite della scienza e coscienza.* Un secondo limite all'autodeterminazione del paziente che voglia disporre delle fasi finali della propria vita deriva dalla componente che potremo ricondurre alla scienza e coscienza dell'operatore sanitario coinvolto⁶⁸. Nei casi in cui la decisione del paziente richieda la partecipazione di tale figura professionale, riemerge quel processo di condivisione che abbiamo visto contraddistinguere i presupposti del consenso. In quanto scelta morale, il rifiuto di un trattamento vitale, ad esempio, coinvolgerà la struttura – appunto – morale di tutti i soggetti coinvolti, quindi anche del medico chiamato ad interrompere le cure iniziate e poi non più volute. E chi riterrà contraria alle proprie convinzioni la partecipazione ad un'attività cui comunque segue la morte del paziente potrà esimersi dall'intervenire senza subire alcuna conseguenza discriminatoria.

Le basi normative di tale facoltà – cui in questa sede non si può che dedicare un cenno – si possono trovare, in termini analogici, negli artt. 2, 3 e 19 della Costituzione secondo quanto ritenuto dalla consolidata giurisprudenza

rischi che una disciplina del fine vita sia oggetto di abusi è evidentemente reale (interessi di carattere economico o ereditario, di tentazione eugenetica, ecc.: si pensi al caso di Terry Schiavo), essi valgono sia per l'eutanasia attiva che, a maggior ragione, per il caso in cui la morte sia ottenuta attraverso il rifiuto di trattamenti vitali costosi e che implicano una attenta e costante vigilanza. Oltre a quanto già detto sull'inesistenza di un principio di assoluta indisponibilità del bene vita, infine, le argomentazioni che ruotano attorno alla sacralità della vita paiono rendere ancor più problematica la distinzione fra eutanasia attiva e rifiuto di trattamenti vitali. Ammettendo che preservare la vita, in termini di una sua «*sanctity*», corrisponda ad un tendenziale e talvolta prevalente interesse dello stato, non risulta chiaro perché tale ragione rilevi solo per le condotte di eutanasia attiva. Per quale motivo il carattere «sacro» e indisponibile della vita deve valere solo per quanti, gravemente ammalati e sofferenti, richiedono una morte causata «dall'esterno» e non per quanti possono richiederla, e legittimamente ottenerla, spegnendo un macchinario? La vita di Ms B non vale quanto quella di Diane Pretty?

⁶⁶ Ci si perdoni l'ulteriore rinvio a C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 131 e ss. in generale, S. Rodotà, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. Semplici (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, Il Mulino, 2002, 39 ss.

⁶⁷ Fra gli altri, si consenta il rinvio ai contributi raccolti in C. Casonato, C. Piciocchi (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, Cedam, 2006.

⁶⁸ In riferimento al rapporto fra scienza medica e diritto, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale, si vedano i contributi di Roberto Bin (*La Corte e la scienza*), Michele Ainis (*Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*) e Gladio Gemma (*Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*), oltre che l'*Introduzione (Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive)* di Atonia D'Aloia, raccolti in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., rispettivamente 1, 23, 31, XI.

costituzionale in materia di obiezione di coscienza al servizio militare, oltre che nelle ipotesi legislativamente previste in ambito di interruzione volontaria della gravidanza (art. 9 della legge 194 del 1978) o di sperimentazione animale (legge 413 del 1993). In termini specifici, inoltre, va ricordato il codice di deontologia medica, il cui art. 22 espressamente dispone che «[i]l medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera»⁶⁹.

Su questa linea, la recente sentenza intervenuta sul caso Englaro esclude che possa essere richiesto al giudice di ordinare l'interruzione del trattamento vitale: «una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sé, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale» (punto 8). La Corte di Cassazione, così, adotta una scelta analoga a quella adottata dalla *High Court of Justice* nel caso citato di Ms B. Anche in tale pronuncia, infatti, la giudice condannò l'amministrazione responsabile della struttura ospedaliera (il *Trust*) per non aver adempiuto al «duty to do something effective to resolve the dilemma» sorto fra il coinvolgimento emotivo dei medici curanti e la volontà della paziente, astenendosi dall'imporre ai primi alcun obbligo di intervento specifico (punto 98)⁷⁰. E quanto la dimensione della scienza e coscienza del professionista possa costituire un limite all'autodeterminazione individuale nelle fasi finali della vita si desume anche da un altro caso britannico, del tutto atipico, in cui un paziente affetto da malattia spino-cerebrale degenerativa, Leslie Burke, aveva chiesto ai propri medici di non interrompere la nutrizione e l'idratazione artificiali anche nel caso in cui le sue condizioni si fossero aggravate al punto da condurli, sulla scorta delle linee guide prodotte dal *General Medical Council*, a considerare tali trattamenti un futile accanimento. Nel giudizio che ne seguì, la *Court of Appeal* riconobbe l'autonomia dei medici nel considerare una cura inutile e, quindi, nell'interromperla, stante il divieto di praticare condotte di cd. accanimento terapeutico⁷¹.

⁶⁹ L'articolo termina condizionando il rifiuto al fatto che da esso non derivi «grave e immediato nocumento per la salute della persona assistita». Al medico è comunque imposto il dovere di «fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento».

⁷⁰ La sentenza continua al punto 99: «It is important to draw a careful distinction between the duties of the dedicated team in the ICU of the Hospital caring for Ms B and the Trust responsible for the working of the Hospital. In my view, the latter should have taken steps to deal with the issue. The failure to do so has led me to the conclusion that I should mark my finding that the Claimant has been treated unlawfully by the NHS Hospital Trust by a small award of damages».

⁷¹ Sul caso Burke, P. de Cruz, *The Burke case: The Terminally III Patient and the Right to Life*, in *The Modern Law Review*, 2007, 306; M. Tomasi, *Il caso di L.B.: una prospettiva «atipica» in merito al fine-vita*, in <http://www.jus.unitn.it/biodiritto/home.html>. Per un'opposta visione, si vedano i casi riportati da C. Piciocchi, *Le problematiche giuridiche dell'eutanasia, il dialogo ed il confronto tra individui ed ordinamenti*, in AA.VV., *Diritto di vivere e diritto di morire*, Venezia, Grafiche Veneziane, 2004, 61 s.

Tali spunti, *mutatis mutandis*, possono estendersi anche all'ordinamento italiano, nel senso di ritenere come considerazioni legate alla scienza e coscienza dei professionisti coinvolti nelle decisioni di fine vita pongano un tendenziale limite all'autodeterminazione del paziente. Ma mentre il limite che si basa sulla scienza pare non essere aggirabile nel momento in cui una persona *richieda* un trattamento che si sia dimostrato futile o inefficace⁷², quello che si basa sulla coscienza risulta superabile di fronte ad una volontà del paziente di *rifiutare* una cura astrattamente efficace in virtù dell'obbligo anche in capo all'obiettore di attivarsi per trovare altri professionisti che ritengano compatibile con la propria coscienza adoperarsi per interrompere il trattamento⁷³.

6. L'INCAPACITÀ DELLA PERSONA E LA RICOSTRUZIONE DELLA VOLONTÀ PRESUNTA

Un ulteriore possibile limite all'autodeterminazione nel fine vita, particolarmente rilevante nel caso specifico oggetto della sentenza 21748, consiste nell'incapacità della persona di esprimere la propria volontà. Nel momento in cui la persona non sia in grado di rappresentare in forma diretta ed attuale la propria scelta, infatti, si potrebbe anche ritenere sussistere una prevalenza incondizionata del principio di precauzione, secondo cui la vita dovrebbe essere sempre artificialmente mantenuta anche se ridotta allo stato vegetativo⁷⁴. Una soluzione del genere, tuttavia, escludendo la *possibilità* di una decisione che si basi sulla volontà della persona coinvolta, arriverebbe a cancellarne la cifra morale, riducendone pregiudizialmente il riconoscimento alla dimensione meramente biologica.

A fronte di quella che diventerebbe una presunzione *juris et de jure* di favore incondizionato per il mantenimento in vita per un tempo indefinito, una possibilità per recuperare dignità e potenzialità morali è quella di tentare, dove possibile, la ricostruzione della volontà del soggetto divenuto incapace⁷⁵.

⁷² Discorso a parte potrebbe essere fatto, semmai, per parte della giurisprudenza anche costituzionale che si è occupata della terapia Di Bella. Fra i molti, G. France, *L'accesso alle prestazioni sanitarie e l'efficacia clinica: il caso Di Bella*, in *Le Regioni*, 1998, 6, 1523 ss.; M. Giannuzzi, *Il «multi-trattamento Di Bella» tra sperimentazione ufficiale e tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Riv. Amm.*, 2000, 306; P. Frati, *Diritto alla salute, efficacia terapeutica e libertà di cura: a margine del caso Di Bella*, in *Ragiusan*, 1998, 164, 184. Più in generale, A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul «caso Di Bella»*, in *Giur. cost.*, 1998, 3, 1528.

⁷³ Su questa linea, può leggersi l'intervento del dottor Riccio nella interruzione della ventilazione meccanica accompagnata dalla sedazione di Piergiorgio Welby.

⁷⁴ In questo senso, il Tribunale di Lecco, investito in primo grado del caso Englaro aveva escluso la rappresentanza dei diritti personalissimi. Sulla stessa linea, fra altri, V. Magnini, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, 5, 1985. Una discussione critica della posizione in S. Fucci, *La sospensione del trattamento sanitario. In margine alla posizione di Angelo Fiori sul Rapporto Oleari*, in *Bioetica*, 2001, 3, 503 ss. La descrizione di diversi approcci, in P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, cit., 271 ss.

⁷⁵ Si vedano gli *Atti* del convegno su *Le direttive anticipate: dalla autonomia del paziente alla carta di autodeterminazione*, raccolti in *Bioetica*, 2001, 2.

In questa direzione, anche sulla scorta di giurisprudenza straniera, si sono mossi i giudici della Corte di Cassazione.

La struttura logica della parte di decisione che si occupa di tali profili può essere articolata in una sequenza di tre passaggi: esistenza del diritto al rifiuto, tutela della dignità e dei diritti dell'incapace considerato persona in senso pieno, possibilità di ricostruirne la volontà. Il tutto, venato dalle cautele dettate dal principio di precauzione, cui si collega la prevalenza del mantenimento in vita in presenza di dubbi sulla attendibilità della rappresentazione del rifiuto.

Se sul primo passaggio (esistenza di un diritto al rifiuto di trattamenti anche vitali) ci si è già abbondantemente soffermati, il secondo profilo si collega alla considerazione dell'incapace quale «persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali». Tale impostazione sottolinea la titolarità del diritto alla vita («lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili»: punto 7.5), richiamando anche con forza la possibilità che, attraverso percorsi presuntivi del tutto usuali in ambito processuale, si dia l'opportunità di ricostruire «la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace [considerando] il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce»⁷⁶. E proprio nell'aver «omesso di ricostruire la presunta volontà di E. E. e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti» (punto 9), la Corte di Cassazione individua il vizio di omessa e insufficiente motivazione nella sentenza della Corte d'Appello di Milano del 16 dicembre 2006, atto a giustificare la cassazione ed il rinvio a diversa Sezione.

Sulla scorta di giurisprudenza statunitense, tedesca e britannica, anche la Cassazione italiana arriva così a riconoscere come il diritto al rifiuto possa essere oggetto di ricostruzione da parte, in particolare, del rappresentante legale, tutore, curatore speciale o forse anche amministratore di sostegno (punto 7.2). Trattandosi di un atto le cui conseguenze porteranno alla morte del soggetto rappresentato, tuttavia, la Corte, in questo senso avvicinandosi al caso *Cruzan* risolto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1990⁷⁷, si muove con particolare cautela: «la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi: quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli

⁷⁶ Sulla possibilità di desumere la volontà del malato da comportamenti o dichiarazioni del passato e sul relativo collegamento con dignità e libertà, cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 252.

⁷⁷ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione – tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona» (punto 7.5).

La compresenza di tali due requisiti, ai sensi dei quali pure il giudice – come anticipato – non può ordinare il distacco ma solo esercitare «una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace», non appare facile (né potrebbe esserlo)⁷⁸ ma pare in grado di dare una soluzione con un sostenibile grado di certezza e garanzia a scelte che rimangono comunque tragiche⁷⁹.

Il primo requisito richiede un rigoroso giudizio clinico sul carattere irreversibile dello stato vegetativo; rigore dovuto al fatto che la presunzione del rifiuto potrà essere fatta valere solo nei casi in cui non vi siano elementi per una ripresa di consapevolezza e per una conseguente manifestazione «originale» ed attuale della volontà. Al riguardo, l'incedere delle tecniche diagnostiche ha reso oggi più problematico il giudizio di irreversibilità o permanenza dello stato vegetativo: se in alcuni casi tale giudizio è sicuro (come nell'encefalopatia anossica), in altri si arresta ad una soglia di natura probabilistica, peraltro tipica dell'attuale stato della medicina contemporanea che impone al medico di assumere decisioni in condizioni costanti di relativa incertezza⁸⁰. Se tale condizione non è quindi facile da realizzarsi sul piano della valutazione tecnico-scientifica, non è da escludere che possa porsi alla base di una decisione di interruzione dei trattamenti.

Anche il secondo dei requisiti indicati dalla Corte è di non facile, seppur non impossibile, realizzazione. Si tratta – e veniamo così al terzo dei passaggi indicati, riferito alla possibilità di ricostruzione della volontà dell'incapace – di adottare una scelta che sia «realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta 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» (punto 8). Risulta infatti chiaro che, se non

⁷⁸ Si vedano, al riguardo, le cautele espresse nell'intervista a G. Lombardi, *Il caso Terri Schiavo*, in *Quad. cost.*, 2005, 3, 695, su cui anche C. Bologna, *Il caso di Terri Schiavo*, in *Quad. cost.*, 2005, 2, 404.

⁷⁹ Per un confronto con altre esperienze, E. Stefanini, *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2006, 2, 688 ss.

⁸⁰ Si veda al riguardo, C.A. Defanti, *Stato vegetativo permanente: a proposito del documento della FIAMC*, in *Bioetica*, 2005, 74 ss.

aderente alla struttura morale ed alla volontà della persona coinvolta, una decisione sull'interruzione di un trattamento di sostegno vitale equivarrebbe non al rispetto ed alla promozione della sua dignità, ma, al contrario, ad un suo tradimento dalle conseguenze irreparabili⁸¹.

Oltre alle criticità tipiche di ogni attività di ricostruzione di volontà presunte, si inserisce in questo contesto la questione del carattere vincolante o meno di eventuali direttive o dichiarazioni espresse in forma anticipata⁸². Fino alla sentenza in commento, l'ordinamento italiano si poneva in una situazione particolare: il principio della «considerazione» in cui il medico avrebbe dovuto tenere eventuali direttive anticipate è previsto tanto nel codice di deontologia medica (art. 38, terzo comma)⁸³ quanto nella citata, non ancora ratificata Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina (art. 9)⁸⁴, ma non risulta espresso in alcuna legge vigente. A fronte di tale quadro, la Corte di Cassazione riserva un ruolo assai rilevante alle dichiarazioni precedentemente manifestate. La principale problematica, al riguardo, sta nella verifica dell'attualità della dichiarazione: nel considerare ancora valide al momento dell'incapacità, cioè, le manifestazioni di volontà espresse in un momento precedente di capacità.

Al riguardo, ci sentiamo di criticare sia la posizione di quanti considerano inattuale ogni dichiarazione anticipata per il solo fatto di non essere contestuale al momento dell'atto medico (tale posizione richiederebbe una contemporaneità della manifestazione di volontà impossibile anche nei casi di assenso ed in ogni intervento che richieda l'anestesia, ad esempio) che quella di quanti si accontentano di una dichiarazione generica anche slegata dalle circostanze specifiche della condizione clinica e del trattamento proposto. La ragione di tale posizione intermedia deriva dal considerare sia l'assenso che il rifiuto alle cure parti equivalenti dello stesso principio del consenso. Come ogni accordo all'atto medico deve essere preceduto da un processo informativo, in modo da renderlo una consapevole scelta morale su una determinata proposta, così ogni rifiuto dovrà essere specifico, riferito ad una condizione clinica ed ad una serie di trattamenti individuati⁸⁵. E proprio per mancanza di specificità e

⁸¹ In questo senso, la Corte esclude che il criterio in base al quale interrompere un sostegno vitale possa ricondursi ad un «giudizio di qualità (o di assenza di qualità) della vita formulata da persone diverse dal paziente»: C.A. Defanti, *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, cit., 112.

⁸² Da ultimo, cfr. F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, cit., 63 ss.

⁸³ «Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato».

⁸⁴ «Le volontà precedentemente espresse a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenute in considerazione».

⁸⁵ Il consenso, così, si dice dover essere reale, personale, libero, spontaneo, informato e specifico. Cfr. P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, 139.

per eccessiva astrattezza non ci convince la prospettiva di rendere vincolanti attestati quali i «*do not resuscitate orders*» statunitensi⁸⁶ o documenti rintracciabili anche in internet che, a prescindere dalla situazione concreta, riportano la volontà generica di rifiutare trattamenti di sostegno vitale.

Su questa linea, il codice deontologico medico pone a capo del professionista l'obbligo di tenere in conto manifestazioni espresse «in modo certo e documentato» (art. 38 cit.) e la stessa sentenza 21748 avvicina alla condizione di capacità quella in cui il soggetto adulto abbia «allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, *specificamente indicato*, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza» (punto 7, corsivo dell'autore).

Sulla base del «combinato variamente disposto» offerto dalla Convenzione di Oviedo, dal codice di deontologia medica e dalla sentenza del 16 ottobre 2007, si potrebbe quindi ricostruire una disciplina del cd. testamento biologico i cui punti principali sarebbero riassumibili nel carattere tendenzialmente vincolante delle direttive anticipate redatte in forma specifica, le quali potrebbero essere disattese, con atto motivato e trascritto in cartella clinica, solo in presenza di una modifica delle condizioni cliniche previste o di innovativi strumenti terapeutici. In tal caso, infatti, il rifiuto, come il consenso, sarebbero inattuati non riferendosi più alla situazione prevista.

Su questa linea, inoltre, si potrebbe forse anche considerare non più necessaria una normativa specifica sulle direttive anticipate di trattamento, la quale, se da un lato potrebbe chiarire o confutare le considerazioni svolte, dall'altro è divenuta l'ennesima occasione per un progressivo allontanamento delle posizioni politiche (più che di quelle presenti davvero nella società civile) in materia.

7. CONCLUSIONI: LA SENTENZA 21748 TRA CONFERME E NOVITÀ

Riepilogando quanto appare di maggior interesse nella sentenza 21748 della prima sezione civile della Corte di Cassazione va considerato anzitutto il rilievo dato al principio del consenso, considerato fondamento di legittimità dell'intervento medico. A motivo dello stretto collegamento con il rispetto della dignità del paziente, il consenso viene ricostruito quale scelta morale, non così ampia da porsi alla base di una scelta attiva di carattere eutanasi, ma capace di fondare un diritto costituzionale al rifiuto di trattamenti anche

⁸⁶ Fra i molti, cfr. M.M. Uhlmann (ed.), *Last Rights. Assisted Suicide and Eutanasia Debated*, Eerdmans, Grand Rapids, Michigan, 1998, 409 ss.; S.V. LaFrance, A.M. Leaver, *Advance Directives Revisited Health Care Decision-Making Legislation Approved*, in *New Hampshire Bar Journal*, 2007, 48, 29. Per una critica a largo raggio, A. Pessina, *Direttive anticipate*, in AA.VV., *Né accanimento né eutanasia*, cit., 74.

di sostegno vitale. Il principio di relativa disponibilità del bene vita trova così una saldatura con il riconoscimento dell'istanza personalistica che fonda un prevalente interesse a tutela della dimensione morale della persona anche gravemente malata. Su queste basi, il bene tutelato dal diritto alla salute viene ad essere sistematicamente inserito in un quadro espansivo di cui fanno parte, oltre al benessere fisico e psichico, anche gli aspetti relativi «alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza» (punto 6.1). Il fatto che poi il rifiuto e la salute siano confermati quali diritti personalissimi non esclude che possano essere «presunti», ricostruiti e rappresentanti, con l'attenzione a che «l'estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente» venga presa «non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace» (punto 7.3). In tale ambito, si esclude che possa configurarsi per il singolo medico un obbligo di interrompere il trattamento vitale e si pone in capo al giudice il compito di controllare la legittimità della scelta nell'interesse del paziente. Con queste cautele, si permette che anche il soggetto incapace possa essere considerato «persona in senso pieno» e non «persona ridotta» dall'impossibilità di essere rispettata nei suoi diritti.

Se non esiste ordinamento che permetta piena disponibilità della vita o che imponga una assoluta indisponibilità della stessa, la Corte di Cassazione italiana ha ricostruito, anche grazie ad un'efficace opera di confronto con altre giurisprudenze (confronto non sempre presente nei casi riconducibili al biodiritto)⁸⁷ i due requisiti della irreversibilità della condizione di stato vegetativo e della ricostruzione della «autentica e più genuina voce» dell'incapace quali limiti che paiono ragionevoli e certamente cauti in vista dell'obiettivo di riconoscere dimensione morale e dignità anche alle persone in stato di incapacità.

Oltre a tale più ampia ricostruzione, la Corte pare aver svolto un'apprezzabile opera di chiarimento nei confronti dell'accanimento terapeutico, il quale risulta concetto ricostruibile anche sulla base delle volontà della persona coinvolta e che comunque non può segnare i confini entro cui riconoscere l'autodeterminazione del paziente.

Oltre a richiamare la pur non sempre convincente, ma per ora obbligata, distinzione tra eutanasia attiva e diritto al rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, la Corte precisa come il diritto al rifiuto comprenda anche la decisione di interrompere un trattamento già iniziato, non potendo logicamente la volontà espressa prima porsi in termini irrevocabili.

⁸⁷ Si potrebbe anzi ipotizzare che i diritti in tale materia costituiscano un'eccezione ad un più generale diritto comune su cui G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 1, 7 ss. si veda anche G. Rolla, *Diritti universali e relativismo culturale*, in *Quad. cost.*, 2005, 4, 855.

Ancora, la Corte si assume il compito, che forse si sarebbe potuto assolvere in altra sede⁸⁸, di qualificare la nutrizione ed idratazione artificiali, al pari della ventilazione meccanica – ci sentiamo di aggiungere – in termini di trattamenti sanitari, pienamente assoggettabili al principio del consenso ed all'art. 32 della Costituzione e non di cure moralmente e giuridicamente sempre doverose.

Se i profili della sentenza 21748 fin qui descritti ed interpretati presentano un carattere innovativo piuttosto che una mera conferma dipende dall'interpretazione dello *status quo ante* che ognuno può avere trovato, a suo tempo, più convincente⁸⁹. Analogamente, non appare pacifica la soluzione concreta che, applicando i due requisiti indicati, la Corte d'appello di Milano è chiamata a dare al caso Englaro⁹⁰.

Le posizioni espresse dalla Corte di Cassazione non sono certo destinate a risolvere agevolmente tutte le questioni relative alle persone in stato vegetativo permanente: si pensi solo alla delicatezza del giudizio tecnico sulla irreversibilità ed alla difficoltà di quello psicologico sulla ricostruzione della «autentica e più genuina voce». Paiono tuttavia principi sufficientemente chiari e largamente condivisibili, in una parola *sostenibili*, capaci, da un lato, di «prendere sul serio» le persone in stato vegetativo e di riconoscere ragionevole tutela ai loro diritti e, dall'altro, di dare agli operatori sanitari coinvolti orientamenti meno incerti sulle decisioni che comunque vengono prese nelle situazioni di fine vita⁹¹; e questo anche nella prospettiva di combattere quel tradimento degli scopi della professione sanitaria, spesso alimentato proprio da «cattivo diritto», che va sotto il nome di medicina difensiva⁹². Questa sì sarebbe una novità.

⁸⁸ Il riferimento va alla divisione del Comitato Nazionale per la Bioetica nel citato parere su «L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente» del settembre 2005 o alla professione medica nella sua dimensione ordinistica.

⁸⁹ Si pensi, a quanto già sostenuto nel 1921, nell'interpretazione di Filippo Grisogni: «Un trattamento medico-chirurgico, compiuto bensì secondo le regole dell'arte medica, ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce – a meno che non si verta in stato di necessità – un fatto civilmente illecito e, dal punto di vista penale, se l'esito dell'operazione è sfavorevole, costituisce il delitto di lesione personale o di omicidio colposo, mentre se l'esito è favorevole può dar luogo, ove concorrono altre circostanze, ad un delitto contro la libertà»: *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, Milano, Vallardi, 1921, 493, citato da A. Santosuosso, F. Fieconi, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, cit., 43.

⁹⁰ Paradossalmente, se il requisito della irreversibilità dello stato vegetativo è tendenzialmente favorito dallo scorrere del tempo, lo stesso fattore temporale può giocare a sfavore di una ricostruzione fedele della volontà presunta e a suo tempo, espressa da Eluana.

⁹¹ Si vedano, ad esempio, i risultati di alcune ricerche condotte nel 1995, riportati in M.B. Tessadori, A. Gabelli, *Comunicazione della diagnosi, consenso informato e direttive anticipate. Riflessioni a partire da una ricerca empirica*, in *Bioetica*, 2006, 1, 39 ss.

⁹² Su cui, da ultimo, A. Ricci, N. Nardella, M. Capalbo, C. Cattò, *La medicina difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, 3, 909 e, in particolare, M. Barni, *Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente: crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2006, 2, 399.

