

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXII
N. 6 NOVEMBRE-DICEMBRE 2006

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

diretti da Francesco Galgano

- **Contratto**
Acquisto di immobili da costruire; contratti di negoziazione e di gestione di portafoglio; responsabilità dell'intermediario finanziario; i vincoli di destinazione; il *pactum de tractando*
- **Diritti della personalità**
Trattamento di dati personali; consenso ai trattamenti sanitari
- **Società**
Diritto societario e diritto comune; il sistema dualistico; i patrimoni di destinazione; responsabilità degli amministratori di s.r.l.; fusioni bancarie
- **Indici generali 2006**

CEDAM

DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

GIOVANNI FACCI

Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti

SOMMARIO: 1. Il diritto del paziente di rifiutare un trattamento medico. – 2. Il rifiuto delle trasfusioni di sangue. – 3. *Segue*: il rifiuto delle trasfusioni di sangue sul paziente in stato di incoscienza e le direttive anticipate. – 4. *Segue*: il rifiuto delle trasfusioni di sangue sul paziente minore di età. – 5. Il rifiuto dell'alimentazione e dell'idratazione di pazienti in stato vegetativo permanente. – 6. Il rifiuto della vaccinazione obbligatoria. – 7. Il rifiuto del trattamento psichiatrico.

1. – Nel corso degli ultimi decenni, il tema del consenso informato al trattamento sanitario ha assunto un ruolo fondamentale nel rapporto medico-paziente, determinando la rottura dello schema che attribuiva, sostanzialmente, il potere di decisione al primo, anziché al secondo ⁽¹⁾. Si è assistito, infatti, ad un passaggio da una concezione di tipo paternalistico del rapporto medico-paziente, rispetto al quale quest'ultimo era considerato mero destinatario di scelte di stretta competenza del medico, ad una visione di tipo « collaborativo » del rapporto ⁽²⁾; in particolare, il sanitario è chiamato a colmare il *gap* conoscitivo del paziente e, così, ad illustrare, informare, prospettare al paziente le possibili soluzioni ed alternative diagnostiche e terapeutiche, affinché quest'ultimo possa esprimere, consapevolmente, il proprio consenso ⁽³⁾.

L'importanza assunta dal consenso informato è ben testimoniata non solo dall'attenzione della dottrina al riguardo ⁽⁴⁾, ma soprattutto dalle

⁽¹⁾ Al riguardo, RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 166; ID., *Dai diritti sociali ai diritti dell'individuo*, in *Bioetica*, 2003, p. 217.

⁽²⁾ Sull'evoluzione del rapporto medico-paziente, si segnala PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 341, il quale sottolinea il passaggio da una visione di tipo paternalistico ad una concezione in linea di principio paritaria, di collaborazione.

⁽³⁾ BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Testamento biologico*, www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/8_Balestra.pdf, p. 92.

⁽⁴⁾ Tra gli altri, SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, Milano, 1996; ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; NANNINI, *Il consenso al trattamento*

sempre più numerose pronunce giurisprudenziali che affermano la responsabilità del sanitario per violazione del dovere di informazione, a prescindere dalla correttezza o meno del trattamento eseguito ⁽⁵⁾. L'esito infausto del trattamento, infatti, non è un elemento necessario ai fini del sorgere della responsabilità, venendo in rilievo il semplice fatto che il paziente non ha potuto accettare o rifiutare il trattamento ⁽⁶⁾.

Un altro indice rilevante del ruolo assunto dal consenso informato è rappresentato dall'evoluzione della normativa deontologica al riguardo ⁽⁷⁾

medico, Milano, 1989; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1996; IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998; CASTRONOVO, *Profili di responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, p. 1228; FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37; CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 861; STILLO, *Malpractice: il consenso informato*, in *Contratti*, 2001, p. 1173; FRATI, MONTANARI VERGALLO, DI LUCA, *Gli effetti del consenso informato nella prospettiva civilistica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2002, p. 1036; BOLOGNA, *Le nuove frontiere della responsabilità medica. La questione del consenso informato*, in *Vita not.*, 2005, p. 401; GENNARI, *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 760; FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 41; DALLA, *Informazione adeguata al paziente anche quando la malattia è mentale*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2006, IV, p. 9; PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *questa rivista*, 2006, p. 598.

⁽⁵⁾ Di recente, tra le altre, Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *La responsabilità civile*, 2006, p. 566; Trib. Venezia, 4 ottobre 2005, in *Resp. civ.*, 2005, p. 519, con nota di BORDON, *Chi non informa paga: danno esistenziale da inadempimento del contratto di assistenza sanitaria*; Trib. Varese, 20 febbraio 2006, in www.personaedanno.it/site/sez_browse1.php?campo1=24&campo2=216&browse_id=3780&pre=1; Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, C. 894; Trib. Reggio Emilia, 20 luglio 2004, n. 924, in *Resp. civ.*, 2005, p. 904, con nota di PRIMICERI, *La responsabilità medica per omessa informazione*.

⁽⁶⁾ Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, cit.

⁽⁷⁾ Nel codice deontologico del 1978 e nella successiva versione del 1989, infatti, era attribuita una importanza marginale al consenso informato. In particolare, l'art. 39 del codice del 1978 prevedeva il divieto per il medico di agire senza il consenso del malato, con riferimento ai soli atti comportanti un rischio per il paziente («il medico non deve intraprendere alcun atto medico che comporti un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato o delle persone da cui questo è rappresentato se minorenne o incapace, salvo che lo stato di necessità e sempre che il paziente non sia in grado di dare un valido consenso»). Allo stesso modo, il codice del 1989 prevedeva l'esistenza di un consenso implicito al trattamento sanitario: «il medico non può intraprendere alcuna attività diagnostica terapeutica senza il valido consenso del paziente, che, se sostanzialmente implicito nel rapporto di fiducia, deve essere invece consapevole ed esplicito allorché l'atto medico comporti rischio e permanente diminuzione dell'integrità fisica» (art. 40). Si ammetteva, inoltre, la possibilità di non rivelare al malato una prognosi infausta o grave (sul punto, art. 30 c. deontologico

nonché dall'attenzione crescente del legislatore al problema del consenso al trattamento medico (8).

1978: «una prognosi grave o infausta può essere nascosta al malato ma non alla sua famiglia»; art. 39 codice deontologico 1989: «il medico potrà valutare, segnatamente in rapporto con la reattività del paziente, l'opportunità di non rivelare al malato o di attenuare una prognosi grave o infausta, nel qual caso questa dovrà essere comunicata ai congiunti»).

L'impostazione muta profondamente con il codice deontologico del 1995 e con la versione successiva del 1998, nei quali il consenso informato svolge un ruolo importantissimo; tale importanza è ben rappresentata dall'art. 32 codice del 1998, secondo il quale «il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà della persona, è integrativa e non sostitutiva del processo informativo di cui all'articolo 30. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo articolo 34».

(8) Così ad esempio si segnala l'art. 3, comma 2°, l. 21 ottobre 2005, n. 219, sulla donazione di sangue; l'art. 6 l. 19 febbraio 2004, n. 40, in tema di procreazione medicalmente assistita, l'art. 3, lett. d), d. lgs. 24 giugno 2003, n. 211 sulla sperimentazione clinica; l'art. 3, l. 4 maggio 1990, n. 107, sulla donazione di sangue, cellule midollari e staminali; l'art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833, sull'istituzione del Servizio sanitario nazionale. Allo stesso modo, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina di Oviedo del 4 aprile 1997, ratificata in Italia con la l. n. 145 del 28 marzo 2001, prevede all'art. 5 che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato». Il principio del consenso informato è espressamente riconosciuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, varata a Nizza il 7 dicembre 2000, recentemente trasferita all'interno del Trattato costituzionale europeo; in particolare, l'art. 3 della Carta - riguardante il diritto all'integrità fisica della persona, posto nel capo dedicato alla dignità - prevede che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettato «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

Di recente anche il legislatore regionale si è interessato alla problematica, al riguardo si segnala l'art. 7, l. della regione Toscana del 15 novembre 2004, n. 63, il quale prevede che «ciascuno ha diritto di designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso ad un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizioni di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e l'indifferibilità della decisione». Tale disposizione, tuttavia, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost., 4 luglio 2006, n. 253; si è sostenuto, infatti, che il legislatore regionale «ha ecceduto dalle proprie compe-

La ragione che ha condotto ad una trasformazione del consenso informato da semplice «dovere etico» a momento fondamentale della regolamentazione giuridica dell'attività medica può individuarsi non solo nel mutamento di rapporti tra medico e paziente nonché nell'inevitabile progresso della medicina – che ha permesso di determinare la possibile molteplicità delle cause delle malattie nonché dei percorsi terapeutici praticabili, con conseguente necessità di coinvolgere il paziente nell'assunzione delle scelte ⁽⁹⁾ – ma soprattutto nel fatto che negli anni 90 si è evidenziato lo stretto collegamento tra il consenso all'atto medico e l'art. 13 Cost.: con la pronuncia n. 471 del 1990, la Corte costituzionale ⁽¹⁰⁾, pur partendo da un problema del tutto estraneo alla relazione medico-paziente, è arrivata ad affermare, per la prima volta, che la «libertà» di cui all'art. 13 Cost. comprende anche la libertà di ciascuno di disporre del proprio corpo.

Si è, così, giuridicamente riconosciuto che la libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo ha un diretto fondamento costituzionale nel principio di libertà personale, con la conseguenza che il diritto di autodeterminazione in riferimento a trattamenti di natura sanitaria non è più collegato al solo diritto alla salute ma è espressione del generale diritto di libertà dell'individuo, rispetto al quale il consenso informato costituisce il necessario corollario ⁽¹¹⁾.

In questo modo, il paziente che esprime il proprio consenso all'atto medico non rende lecita la lesione di un diritto disponibile, bensì esercita un proprio diritto di rilievo costituzionale ⁽¹²⁾; dall'altro lato, il medico che cura una persona non viola la sua integrità anatomico-funzionale, sia pure con il consenso, bensì esegue ed attua la sua libera volontà, espressione del diritto di autodeterminazione ⁽¹³⁾.

Si tenga in considerazione che negli anni 90 vi è stato un rinnovato interesse per la persona e per i diritti della stessa di rilievo costituzionale,

tenze, regolando l'istituto della rappresentanza che rientra nella materia dell'ordinamento civile, riservata allo Stato, in via esclusiva, dall'art. 117, comma 2°, lett. I), Cost. ».

⁽⁹⁾ Al riguardo, BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 92.

⁽¹⁰⁾ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, c. 14.

⁽¹¹⁾ MAGLIONA, *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del Tribunale di Milano*, in *Resp. civ.*, 1998, p. 1635; GENNARI, *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*, cit.

⁽¹²⁾ Sulla distinzione tra consenso al contratto e consenso al trattamento, si segnala TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, I, p. 556.

⁽¹³⁾ DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, cit., p. 222; sul punto anche CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 952.

nel segno di una progressiva riscoperta della Costituzione; come è noto, tale orientamento ha portato, nel campo del danno alla persona, alla nascita di nuove voci di danno e più in generale, ad un ripensamento della categoria del danno non patrimoniale, culminato con le sentenze n. 233 del 2003 della Corte costituzionale ⁽¹⁴⁾ e della S.C. nn. 8827 e 8828 del maggio 2003 ⁽¹⁵⁾.

Nell'ambito della responsabilità medica, il rinnovato interesse per i diritti della personalità ha fatto in modo che il consenso all'atto medico, quale espressione dell'art. 13 Cost., assumesse un ruolo fondamentale nel rapporto medico paziente ⁽¹⁶⁾; inoltre, con il «nuovo corso» del danno non patrimoniale, basato sulla rilettura costituzionale dell'art. 2059 c.c., la violazione del dovere di informazione, inteso come lesione di un interesse di rango costituzionale del paziente, ha assunto un rilievo autonomo, a prescindere da una vera e propria lesione alla salute, cagionata dall'impegnazione del sanitario.

Siffatta impostazione conferma che il consenso informato tutela il diritto all'autodeterminazione e non il diritto alla salute e che questi due beni sono diversi l'uno dall'altro; di conseguenza, appaiono errate quelle sentenze che, nel caso di intervento eseguito correttamente, ma da cui sia derivata una invalidità, effettuano una liquidazione del danno, facendo esclusivo riferimento al danno biologico subito ⁽¹⁷⁾, senza accertare se

⁽¹⁴⁾ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1028, con nota di FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*.

⁽¹⁵⁾ Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *Resp. civ.*, 2003, p. 675, con note di CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass., 8828/2003*; di BARGELLI, *Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059*; di ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 816; con note di BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La corte di cassazione e il danno alla persona*; di PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della corte di cassazione*; di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 va in paradiso*.

⁽¹⁶⁾ Si può rilevare che già negli anni 20 si era teorizzato, senza successo, il concetto di consenso del paziente all'atto medico come manifestazione di libertà, prendendo spunto da alcuni orientamenti presenti nella dottrina tedesca; al riguardo GRISPIGNI, *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico, La scuola positiva*, 1921, p. 493, secondo il quale «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 - 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 concorrano altre circostanze, a un delitto contro la libertà».

⁽¹⁷⁾ In questo senso paiono orientate Trib. Reggio Emilia, 20 luglio 2004, n. 924, in *La responsabilità civile*, 2005, p. 904, con nota di PRIMICERI, *La responsabilità medica per omissione di informazione*; Trib. Varese, 20 febbraio 2006, cit.

l'informazione lacunosa abbia effettivamente inciso sulla decisione del paziente ed a prescindere da qualsiasi valutazione circa le conseguenze della mancata sottoposizione a cure ⁽¹⁸⁾.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza ha «alleggerito» l'onere probatorio a carico del paziente: la prova di avere correttamente adempiuto il dovere di informazione spetta al sanitario, a prescindere dalle difficoltà dell'attività professionale ⁽¹⁹⁾. È stata definitivamente superata, infatti, la precedente impostazione secondo la quale l'onere di provare il mancato assolvimento degli obblighi di informazione incombe sul paziente che agisce in giudizio per ottenere l'affermazione di responsabilità del medico ⁽²⁰⁾. Tale ricostruzione rispecchiava l'orientamento tradizionale in base al quale, in materia di obbligazioni contrattuali, allorché si agisce per la risoluzione del contratto o per il risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento, il creditore deve dimostrare l'inadempimento, mentre il debitore è tenuto, dopo tale prova, a giustificare *ex art. 1218 c.c.* l'inadempimento che il creditore gli attribuisce ⁽²¹⁾.

Questo schema, tuttavia, è stato abbandonato definitivamente dalla giurisprudenza della S.C., la quale ha sottolineato che, in tema di onere della prova in caso di inesatto adempimento dell'obbligazione, per il creditore è sufficiente allegare l'inesattezza dell'adempimento, mentre il debitore è gravato dall'onere di provare l'esatto adempimento ⁽²²⁾.

Dopo aver sottolineato le ragioni che hanno portato ad attribuire una crescente importanza al consenso informato, appare opportuno doman-

⁽¹⁸⁾ Sul punto sia consentito il rinvio a FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 41.

⁽¹⁹⁾ Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2506; ed in *Danno e resp.*, 2001, p. 1165, con nota di ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*; Trib. Roma, 30 giugno 2003, in *Contratti*, 2004, p. 505; Trib. Milano, 25 febbraio 2005, in FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p. 289.

⁽²⁰⁾ Al riguardo si v. la motivazione di Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913. Al riguardo anche Trib. Firenze, 7 gennaio 1999, in *Resp. civ.*, 2000, p. 157, con nota di Bellanova; Trib. Napoli, 12 ottobre 2001, in *Giur. napoletana*, 2002, p. 36; App. Milano, 30 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2855. In dottrina, per tutti, MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 761; MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 784.

⁽²¹⁾ Tra le tante, Cass., 9 gennaio 1997, n. 124, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 23; Cass., 24 settembre 1996, n. 8435, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1309; Cass., 17 novembre 1990, n. 11115, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, p. 11; Cass., 17 agosto 1990, n. 8336, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, p. 8.

⁽²²⁾ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769; Cass., 27 marzo 1998, n. 3232, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 676.

darsi se il diritto di autodeterminazione del malato rispetto all'atto medico sia assoluto oppure incontri delle limitazioni, tenuto conto dei limiti posti dall'art. 5 c.c. agli atti di disposizione del proprio corpo, nonché del riferimento nell'art. 32 Cost. alla salute, non solo come diritto dell'individuo ma anche come interesse della collettività (23).

In altri termini, se il consenso all'atto medico è espressione del diritto di autodeterminazione del paziente – da intendersi, in senso positivo, come diritto di decidere liberamente in ordine ad attività che coinvolgono il proprio corpo ed, in senso negativo, come diritto a non subire, contro la propria volontà, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi – si deve valutare, con riguardo all'aspetto negativo, se vi sono limiti al diritto del paziente di rifiutare un trattamento medico sul proprio corpo, non previsto dalla legge come obbligatorio (24).

Tale indagine prende le mosse da un caso alquanto emblematico: l'ammissibilità o meno del rifiuto, per motivi religiosi, delle trasfusioni di sangue, allorché il paziente sia in pericolo di vita.

2. – È noto che il credo religioso professato dai Testimoni di Geova proibisce le trasfusioni di sangue, anche quando queste sono assolutamente essenziali per la sopravvivenza (25); pertanto, può accadere che i sanitari si trovino di fronte a pazienti che rifiutano trasfusioni, mettendo così a repentaglio la propria vita.

Tale dichiarazione di volontà è esternata, spesso, attraverso una medaglietta od un tesserino in cui è contenuto il rifiuto, al fine di ottenere il rispetto della direttiva anticipata, anche qualora l'interessato si trovi in stato di incoscienza e non sia in grado di rifiutare espressamente il trattamento. Si consideri, a tal proposito, che la volontà manifestata dal familiare è giuridicamente irrilevante, potendo al più assumere il valore di una « testimonianza qualificata » della volontà e delle opinioni del diretto interessato (26).

(23) Sul punto BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 94.

(24) ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub art. 5, Bologna-Roma, 1988, p. 237; CHERUBINI, *Tutela della salute e cd. atti di disposizione del corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di Busnelli, Breccia, Milano, 1978, p. 88.

(25) Tale precetto deriva dall'interpretazione di diversi brani biblici, tra cui Genesi 9:3,4 « solo non dovete mangiare la carne con la sua anima, col suo sangue ».

(26) SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, in *Dir. proc.*, 1996, p. 207; IADECOLA-FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. medicina legale*, 1996, p. 307.

In questo senso pare orientata anche Trib. Roma, 20 dicembre 2005, in *Dir. fam.*, 2006, IV, con nota di CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di*

In questo modo, si pone il problema di quale condotta deve assumere il sanitario di fronte al rifiuto di una trasfusione di sangue indispensabile per salvare la vita del paziente; il medico, infatti, si viene a trovare in una situazione «paradossale» (27), in quanto se omette l'intervento rischia di essere sottoposto a procedimento penale per omicidio doloso (28) o colposo (29), mentre se si interviene può trovarsi esposto ad una azione risarcitoria da parte del paziente (30).

Si deve, pertanto, individuare un punto di equilibrio tra il diritto del paziente di rifiutare il trattamento ed il dovere dei sanitari di tutelare la salute e la vita dello stesso. A ciò si aggiunga che la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova è una minoranza religiosa con pieno riconoscimento dello Stato, la cui identità e libertà di professione, secondo il dettato costituzionale, debbono essere riconosciute e garantite, in quanto non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato (31). Di conseguenza, negare rilievo ad un siffatto dissenso rischia di

sostegno, riguardante la nomina di un amministratore di sostegno a beneficio di un appartenente alla Congregazione dei Testimoni di Geova rimasto gravemente ferito nel corso di una rapina, nella quale era stato sottratto anche il portafoglio contenente il documento recante il rifiuto delle trasfusioni. Nella fattispecie, l'amministratore di sostegno viene autorizzato a «manifestare ai sanitari la volontà a suo tempo espressa dal beneficiario in merito ad atti trasfusionali di sangue ed emoderivati».

(27) Sulla drammatica alternativa in cui si viene a trovare il sanitario, VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubb.*, 2003, p. 185; RUGGIERO, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in *Riv. it. medicina legale*, 1996, p. 205.

(28) Trib. Messina, ufficio G.i.p., 26 luglio 1995, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 203, con nota di SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari*. Nel caso di specie, si è esclusa la responsabilità del sanitario che ha ommesso di effettuare un intervento ad alto rischio su un paziente, in stato di incapacità, Testimone di Geova. Al riguardo, si è sottolineato che è difficilmente condivisibile l'assunto circa l'esistenza di un obbligo dei sanitari di attivarsi per impedire l'evento, in presenza di un dissenso espresso del paziente capace o delle persone che lo rappresentano.

(29) Al riguardo, Pret. Roma, 3 aprile 1997, in *Dir. eccles.*, 1997, II, p. 323, con nota di LACROCE, *Dulce et decorum esto pro iure mori?*, secondo la quale «rispondono ipoteticamente del delitto di omicidio colposo e non di omicidio volontario i sanitari di un ospedale pubblico in cui sia morto un testimone di Geova ivi ricoverato, a causa della mancata esecuzione delle necessarie trasfusioni di sangue rifiutate dal paziente». Nel caso di specie, si è esclusa la responsabilità dei medici, sulla base della motivazione che la volontà del paziente non è superabile, non essendo le trasfusioni di sangue ricomprese tra i trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge a norma dell'art. 32, comma 2°, Cost.

(30) App. Trieste, 25 ottobre 2003 e App. Trento, 19 dicembre 2003, in *Nuova giur. civ.*, 2005, p. 145.

(31) In data 20 marzo 2000 è stata siglata una apposita Intesa ai sensi dell'art. 8, comma

violare non solo il diritto all'autodeterminazione del paziente ma anche il diritto costituzionale alle proprie convinzioni religiose e spirituali (art. 19 Cost.), tenuto conto che il rifiuto delle trasfusioni deriva dall'adempimento di un precetto religioso, mentre il diritto di professione religiosa e la relativa libertà di culto si manifestano, d'altro canto, anche vivendo ed operando nell'osservanza dei precetti religiosi ⁽³²⁾.

In ogni caso, in base alla attuale concezione di consenso informato all'atto medico, quale espressione del diritto di autodeterminazione del paziente – da intendersi in senso negativo anche come diritto a non subire, contro la propria volontà, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi – dovrebbe essere indubbio che il Testimone di Geova fino a quando conserva la capacità di esprimere un libero dissenso non dovrebbe mai andare incontro a coercizioni fisiche ⁽³³⁾.

L'imposizione di un determinato trattamento sanitario, infatti, si giustifica soltanto se previsto da una legge che lo prescrive in funzione di tutela, non solo della salute individuale, ma anche di quella della collettività.

In tal modo, il diritto di autodeterminazione ed il diritto alle proprie convinzioni religiose dovrebbe portare ad attribuire validità ad un dissenso espresso in base a consolidate concezioni di vita fino a momenti prossimi alla perdita di coscienza, allorché il paziente abbia espressamente manifestato al medico la volontà di accettare anche le conseguenze estreme del suo rifiuto ⁽³⁴⁾.

Merita, pertanto, di essere segnalato un recente precedente che ha escluso la responsabilità dei sanitari che avevano sottoposto a trasfusioni un paziente Testimone di Geova, nonostante il rifiuto espresso, sulla base della motivazione che il dissenso era stato prestato in un momento in cui le condizioni di salute non erano così gravi da far temere un imminente pericolo di vita ⁽³⁵⁾; in particolare, è accaduto che i sanitari erano ragionevolmente convinti, in base agli esami effettuati, di dover eseguire una

3°, della Carta costituzionale, ancorché non approvata, tra lo Stato e la Congregazione dei Testimoni di Geova.

⁽³²⁾ Trib. Roma, 20 dicembre 2005, cit.

⁽³³⁾ Tra gli altri, BARNI, *Sul dissenso attuale e anticipato ad un trattamento medico. Dal rispetto dell'autonomia all'amministrazione di sostegno*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 1005.

In senso diverso, invece, il caso occorso a Milano, riguardante una trasfusione coattiva su un paziente giudicato « ancora cosciente » e in grado di fornire « risposte orientate e corrette », citato in SANTOSUOSSO, *Le parole e le cose: a proposito di violenza etica su un paziente*, in *Bioetica, Rivista interdisciplinare*, 2000, p. 454. Tale caso è stato archiviato dal Gip.

⁽³⁴⁾ SANTOSUOSSO e FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, cit., p. 48.

⁽³⁵⁾ App. Trento, 19 dicembre 2003, in *Nuova giur. civ.*, 2005, p. 145.

operazione che avrebbe comportato una perdita di sangue assai minore rispetto a quella poi verificatasi in concreto, una volta iniziata l'operazione e riscontrata l'effettiva gravità della lesione. Per questo motivo, si afferma l'invalidità del rifiuto, in quanto anche se rilasciato da persona maggiorenne e lucida al momento del ricovero, tuttavia, in quel momento la situazione clinica era sicuramente meno grave di quella poi concretamente riscontrata in sala operatoria.

Tale ricostruzione, tuttavia, appare poco convincente, in quanto, nel caso di specie, non sembra ravvisarsi « discontinuità » tra la manifestazione della volontà del paziente e l'evento al quale si riferiscono i trattamenti rifiutati ⁽³⁶⁾, tant'è che la vera *ratio* della pronuncia è individuabile nello « stato di necessità ».

Si afferma, infatti, che anche in caso di validità del dissenso, la condotta dei sanitari dovrebbe ritenersi ugualmente scriminata dall'esistenza di uno stato di necessità, operante in tutte le situazioni di pericolo attuale per la vita del paziente: « il dissenso del paziente rende senz'altro l'atto terapeutico praticato un'indebita violazione della sua libertà di autodeterminarsi (garantita dall'art. 32 Cost.) ed anche della sua integrità a meno che, condizione fondamentale, non si versi in situazione di pericolo attuale e grave per la vita del paziente. La situazione di urgenza terapeutica concretizza, infatti, lo stato di necessità qualora sia in gioco la vita del paziente. Diritto, quest'ultimo, considerato, dalla nostra cultura giuridica, personalissimo ed indisponibile » ⁽³⁷⁾.

In tal modo, si sostiene che, tenuto conto dell'indisponibilità del bene salute, il diritto di autodeterminazione del paziente sarebbe limitato ogni volta che entra in gioco il diritto alla vita, con la conseguenza che il paziente non avrebbe alcun diritto di rifiutare i trattamenti sanitari « salvavita ».

Sembra così riproporsi una concezione di consenso all'atto medico, elaborata molto tempo addietro, prima dell'entrata in vigore della Costituzione ⁽³⁸⁾, che porterebbe a giustificare la condotta dei sanitari an-

⁽³⁶⁾ SANTOSUOSSO e FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, cit., p. 45, i quali sottolineano la prevedibilità dell'evento: la situazione intraoperatoria anche se era oggettivamente diversa rispetto a quella iniziale era, in ogni caso, verosimilmente prevedibile.

⁽³⁷⁾ App. Trento, 19 dicembre 2003, cit.

⁽³⁸⁾ GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, Società Editrice Libreria, 1914, p. 878, il quale scriveva: « nel caso in cui la malattia costituisca 'un pericolo grave e imminente' alla persona, si può compiere il trattamento medico chirurgico, nonostante che manchi il consenso, ovvero nonostante che questo sia invalido, e perfino nonostante che il paziente opponga un divieto e questo, magari, cerchi di far valere ricorrendo alla resistenza ».

che in ipotesi «estreme» come quella relativa al cd. caso *Massimo* ⁽³⁹⁾.

È indubbio che la risoluzione della fattispecie dipende da un altro problema: se il diritto di autodeterminazione della persona ed il diritto di libertà di religione dello stesso possa prevalere sulla tutela della vita umana; se la volontà, anche anticipata del paziente, possa prevalere sullo stato di necessità individuato dai sanitari allorché in gioco vi sia il bene vita.

Più in generale si deve accertare se il principio di autodeterminazione del paziente debba essere inteso in assoluto oppure se debba essere inteso in senso restrittivo e subordinato al bene vita, tenuto conto che, come già sottolineato, l'art. 32 Cost. prende in considerazione la salute non solo come diritto dell'individuo ma anche come interesse della collettività e che l'art. 5 c.c. pone limiti agli atti di disposizione del proprio corpo.

Se si sostiene la legittimità della imposizione della trasfusione di sangue al testimone di Geova, il quale coscientemente la rifiuta, si giunge, inevitabilmente, ad una concezione della salute come «diritto dovere» del cittadino, teso prevalentemente alla soddisfazione dell'interesse collettivo, con conseguente obbligo del singolo di curarsi.

In questo modo, si corre il rischio di arrivare ad affermare l'esistenza di un dovere per ogni persona «di realizzare il suo pieno sviluppo, di rispettare e conservare la propria integrità fisica» ⁽⁴⁰⁾, in quanto – seguendo questa impostazione – la salute e la vita non riguardano il singolo ma interessano tutta la società, la cui vita è tanto migliore quanto migliore sarà la condizione fisica dei soggetti che la compongono ⁽⁴¹⁾.

Questa ricostruzione – comportante il passaggio da un diritto alla salute ad un «dovere» dell'individuo alla salute – tuttavia aprirebbe pericolose prospettive di imposizioni, di divieti, di controlli del tutto inaccettabili, poiché porterebbero a stravolgere l'intero modo di vita del soggetto nelle sue più diverse manifestazioni ⁽⁴²⁾. Il tenore letterale del comma 1°

⁽³⁹⁾ Corte d'assise Firenze, 18 ottobre 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 163; ed in *Riv. it. medicina legale*, 1991, p. 1333; Cass. pen., sez. V, 13 maggio 1992, in *Dir. fam.*, 1992, p. 1007; in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 550; in *Riv. pen.*, 1993, p. 42, con nota di Postorino; in *Riv. it. medicina legale*, 1993, p. 460, con nota di Rodriguez.

⁽⁴⁰⁾ PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici di mutamento di sesso*, in *Dir. e giur.*, 1970, p. 830; CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1974, p. 29; SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ.*, 1977, p. 413.

⁽⁴¹⁾ In senso critico nei confronti di tale orientamento, ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, cit., p. 337. Al riguardo, CARNELUTTI, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 91, secondo il quale la tutela della vita e della salute del singolo non può essere rimessa alla sua volontà ed egli non ha un diritto ad essere lasciato morire.

⁽⁴²⁾ MANTOVANI, *Aspetti penalistici, in Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, in *Atti del convegno di studi di Roma 1° dicembre 1982*, Napoli, 1983, p. 157.

dell'art. 32 Cost., inoltre, nel configurare la salute come diritto dell'individuo prima e come interesse della collettività poi, lascia intendere una netta priorità della tutela del bene individuale, rispetto all'interesse della collettività che per il suo tramite si realizza ⁽⁴³⁾. Tale conclusione è suffragata dalla constatazione che il nostro ordinamento costituzionale, nel rapporto tra l'interesse della collettività e l'interesse dell'individuo, attribuisce prevalenza a quest'ultimo ⁽⁴⁴⁾, senza tralasciare che nelle norme della Costituzione che fanno riferimento al principio di solidarietà non è possibile dedurre l'esistenza di un obbligo generale dell'individuo di curarsi ⁽⁴⁵⁾.

La trasformazione del diritto alla salute in un dovere alla salute appare, altresì, inconciliabile, con il contenuto stesso dell'art. 32 Cost., il quale, nell'affermare espressamente la non obbligatorietà dei trattamenti sanitari, sancisce chiaramente criteri e limiti entro i quali, in via di eccezione, la tutela del bene salute può essere sottratta, per fini sociali, alla disponibilità del singolo ⁽⁴⁶⁾.

La sussistenza di un dovere giuridico per il singolo di curarsi non può essere affermata nemmeno attraverso il richiamo all'art. 5 c.c., interpretato nel senso che sarebbero vietati non solo gli atti di disposizione in positivo, ma anche i comportamenti negativi od omissivi, che si traducano in un danno permanente all'integrità fisica ⁽⁴⁷⁾. Tale interpretazione, tuttavia,

⁽⁴³⁾ VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, cit., p. 21.

Al riguardo anche Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053, con commento di PONZANELLI, in *Giur. it.*, I, 1, 1986, c. 394, con nota di Pulvirenti; in *Nuova giur. civ.*, 1986, p. 534, con annotazione di Alpa; in *Dir. e pratica assic.*, 1986, p. 735, con nota di Antinozzi, sottolinea come «non a caso» la lettera del comma 1° dell'art. 32 Cost. faccia precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute all'interesse della collettività alla medesima.

⁽⁴⁴⁾ Sull'ispirazione «personalistica» sottesa al sistema costituzionale vigente, alla cui luce è sicuramente più corretto concepire la vita quale bene in sé della persona umana considerata nella sua irripetibile individualità, a prescindere da ogni possibile risvolto a vantaggio della società e dello Stato, si veda FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Bologna, 2006, p. 3; PALAZZO, *Persona (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 298.

⁽⁴⁵⁾ LARICCIA, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, cit., p. 110; ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub art. 5, Bologna-Roma, 1988, p. 337.

⁽⁴⁶⁾ VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, cit., p. 194, il quale sottolinea come una diversa ricostruzione trasformerebbe apoditticamente l'eccezione nella regola, ampliandone i presupposti applicativi oltre quelli espressamente previsti.

⁽⁴⁷⁾ In questo senso, SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, cit., p. 402; BENVICINI, *Il danno a persona. Il danno risarcibile e il suo accertamento*, Milano, 1958, p. 169.

appare non solo in contrasto con la lettera e lo spirito dell'art. 5 c.c., volto a colpire gli atti di disposizione a favore di terzi, ma anche in contrasto con l'art. 32 Cost. ⁽⁴⁸⁾; seguendo questa impostazione, infatti, l'art. 5 c.c. verrebbe ad operare, in dispregio alla gerarchia delle fonti, in conflitto con l'indicazione univoca dell'art. 32 Cost. ⁽⁴⁹⁾.

In questo modo, esclusa l'esistenza di un « dovere giuridico » di curarsi, il conflitto tra il diritto all'autodeterminazione del paziente ed il dovere del sanitario di intervenire non può che essere risolto sulla base dell'art. 32, comma 2°, Cost., il quale – nel disporre che i trattamenti sanitari possono fondarsi esclusivamente sul consenso oppure sulla espressa previsione di un legge – prevede una riserva di legge in materia, rinforzata dall'imposizione per il legislatore del rispetto della « persona umana » ⁽⁵⁰⁾.

Neppure convincente appare il riferimento all'indisponibilità del bene vita, sulla base dell'art. 579 c.p., che punisce l'omicidio del consenziente e dell'art. 580 c.p., che, a sua volta, punisce la condotta di chi agevola in qualsiasi modo l'aiuto al suicidio ⁽⁵¹⁾; in proposito, si sostiene che il medi-

⁽⁴⁸⁾ Tra i tanti, VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, cit., p. 35; RAMACCI, RIZ, BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. legale*, 1983, p. 852; BARNI, DELL'OSSO, MARTINI, *Aspetti medicolegali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. legale*, 1981, p. 36; D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari*, in *Dir. soc.*, 1981, p. 529; CRISCUOLI, *Sul diritto di morire naturalmente; il Natural Death Act della California*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 89; RESCIGNO, *Libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Asquini*, vol. IV, Padova, 1965, p. 1657.

Sulla *ratio* dell'art. 5 c.c., si v. ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, cit., p. 228, il quale ricorda come l'*occasio* per l'approvazione dell'articolo è stata un clamoroso caso giudiziario (Trib. Napoli, 28 novembre 1931, in *Giust. pen.*, 1932, II, p. 592; e App. Napoli, 30 aprile 1932, in *Giust. pen.*, 1962, II, p. 1679; ed in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, p. 757; Cass., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, c. 303), riguardante un trapianto, dietro compenso, di un testicolo da un giovane studente ad una persona anziana e facoltosa, che cercava di riacquistare la perdita virilità. Il caso pose il problema della responsabilità penale dei medici per l'operazione di trapianto e del valore scriminante del consenso prestato dal giovane; la Cassazione, in ogni caso, assolse gli imputati in considerazione della scriminante del consenso dell'avente diritto, trattandosi di diritto disponibile, in quanto l'ablazione della ghiandola non altera l'ordinaria funzionalità dell'apparato genitale.

⁽⁴⁹⁾ RAMACCI, RIZ, BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, cit., p. 852. Al riguardo anche GALGANO, *Diritto civile*, Padova, 2004, p. 169, il quale sottolinea come una interpretazione estensiva dell'art. 5 c.c. renderebbe la norma incostituzionale, siccome lesiva di fondamentali diritti di autodeterminazione della persona.

⁽⁵⁰⁾ Sul carattere della riserva si veda ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, cit., p. 341.

⁽⁵¹⁾ IADECOLA, *Il trattamento medico chirurgico di emergenza ed il dissenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 126; IADECOLA-FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in

co non può essere esonerato dal proprio dovere in forza di un rifiuto da parte del paziente, pur in pericolo di vita, in quanto tale dissenso, implicando un atto dispositivo di un bene indisponibile, si pone contro l'ordinamento, con la conseguenza che il sanitario che omette di praticare una trasfusione salvavita realizza in pieno l'omicidio del consenziente⁽⁵²⁾.

Tale impostazione, tuttavia, si presenta ancora una volta in contrasto con i principi di fondo del sistema costituzionale desumibili dall'art. 32, comma 2°, Cost., che impongono una reinterpretazione costituzionalmente orientata dei limiti della tutela penale della vita, sulla base del principio della «incoercibilità del vivere»⁽⁵³⁾. Ne consegue che allorché vi sia stato un rifiuto consapevole da parte del malato non sussiste più alcun obbligo giuridico di intervento da parte del sanitario, ma anzi sorge l'obbligo di non iniziare o di sospendere le cure, poiché il suo intervento si scontrerebbe con l'opposta volontà del titolare e costituirebbe fonte di responsabilità⁽⁵⁴⁾.

Alla luce di queste considerazioni, emerge che il dovere di curarsi che

Riv. it. med. legale, 1996, p. 314; AVECONE, *Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale dal decesso. Aspetti medico legali e giuridici*, in *Giust. pen.*, 1998, II, p. 663; CATALANO, *I delitti contro la vita*, 1984, pp. 16 e 192; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, 1981, 348; RUGGIERO, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. legale*, 1996, p. 203; LACROCE, *Dulce et decorum esto pro iure mori?*, in *Dir. eccles.*, 1997, II, p. 323.

⁽⁵²⁾ AVECONE, *Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale dal decesso. Aspetti medico legali e giuridici*, cit., p. 663.

⁽⁵³⁾ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Bologna, 2006, p. 38, il quale sottolinea che l'art. 32 Cost. «sancendo la libertà di autodeterminazione in ordine alla propria salute (tranne che una legge imponga un determinato trattamento per la tutela della salute collettiva), comporta implicitamente il riconoscimento del diritto individuale a non curarsi e a lasciarsi morire come un indubbio valore del nostro ordinamento costituzionale». Al riguardo, anche CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Eutanasia e diritto*, a cura di CANESTRARI, CIMBALO, PAPPALARDO, Torino, 2003, p. 224; ID., *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *I reati contro la persona*, Trattato diretto da CADOPPI, CANESTRARI e PAPA, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, p. 129; VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubb.*, 2003, p. 191; ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di Stortoni, Trento, 1992, p. 34. Sul principio della disponibilità della vita anche RODOTA, *Dai diritti sociali ai diritti dell'individuo*, in *Bioetica*, 2003, p. 221.

⁽⁵⁴⁾ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2005, p. 65; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. medicina legale*, 1984, p. 1018; SEMINARA, *Riflessioni in tema di omicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 693.

può scaturire da obblighi morali e da responsabilità verso altre persone non si traduce in alcun obbligo giuridico, essendo prevalente il rispetto della libertà della persona e della sua dignità⁽⁵⁵⁾; in caso contrario, si giungerebbe a conclusioni inammissibili (respinte anche dalla giurisprudenza più recente) che legittimerebbero l'imposizione di trattamenti sanitari, contro la volontà del paziente, ogni volta che quest'ultimo versi in pericolo di vita⁽⁵⁶⁾.

Siffatta impostazione è confermata dal principio cardine su cui si fonda l'attuale concezione del consenso informato: «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato» (art. 5 Conv. Oviedo).

Allo stesso modo, l'attuale codice di deontologia medica dopo aver previsto che «il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente», dispone che «in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona» (art. 32 codice di deontologia medica).

A ciò si aggiunga che il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sul consenso informato prende espressamente in considerazione la fattispecie del rifiuto dell'emotrasfusione da parte dei Testimoni di Geova sottolineando che «nonostante la sofferenza del sanitario che vede morire il proprio assistito senza poter espletare l'atto terapeutico probabilmente risolutivo, egli deve ispirare il proprio comportamento» al principio secondo il quale «il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto

⁽⁵⁵⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, II, p. 1177.

⁽⁵⁶⁾ Significativo è il caso di Cass. pen., sez. IV, 4 luglio – 21 ottobre 2005, n. 38852, riportata in FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 283; nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno confermato la pronuncia di merito che aveva assolto dal delitto di omicidio colposo, un medico di base per il decesso di un proprio paziente. Quest'ultimo si era presentato nell'ambulatorio del sanitario, lamentando forti dolori al petto. Il medico diagnosticava che era in atto un infarto «grave» ed invitava più volte il paziente a ricoverarsi immediatamente in ospedale, ottenendo, tuttavia, reiterati rifiuti.

Al riguardo, la S.C. nel respingere la censura del Pm – secondo il quale il medico aveva l'obbligo di chiamare l'autoambulanza o di trasportare egli stesso, con la propria autovettura, il paziente in ospedale – evidenzia che davanti al rifiuto del paziente, dopo un prolungato tentativo di convincimento, solo un'azione violenta «nel senso di caricarlo a forza contro la sua volontà nell'autoambulanza ovvero nell'autovettura avrebbe sortito l'effetto richiesto, e certamente, pur versando in pericolo di vita, il trattamento terapeutico, e, ancor meno, le modalità di trasporto, non potevano essere imposte contro la volontà del paziente».

diagnostico e terapeutico non essendo consentito alcun trattamento sanitario contro la volontà del paziente» (57).

Se si sostiene, invece, l'esistenza di un obbligo dei sanitari di attivarsi per impedire l'evento pur in presenza di un dissenso espresso del paziente, si ridimensiona notevolmente il ruolo del consenso informato e si finisce per riproporre una concezione – oramai del tutto superata – del rapporto medico paziente, in cui lo stato di necessità giustifica l'intervento «nonostante che il paziente opponga divieto e questo, magari, cerchi di far valere ricorrendo alla resistenza» (58).

Tale ricostruzione sembra presente nei precedenti che – ravvisando, con una sorta di forzatura, una impossibilità di esprimere un consenso valido e consapevole in quei pazienti anziani che rifiutano un intervento chirurgico demolitivo – provvedono alla nomina di un amministratore di sostegno al fine di esprimere il consenso all'intervento (59).

Una impostazione coerente con l'accezione attuale di consenso all'atto medico, tuttavia, non può portare ad imporre un trattamento medico al solo fine di salvare la vita del paziente, tenuto conto che l'imposizione di un trattamento sanitario nei confronti di un paziente adulto e capace trae la propria giustificazione non solo nell'esigenza di tutelare la salute dell'interessato ma anche in quella di preservare lo stato di salute della collettività. Il nostro ordinamento, infatti, prevede ipotesi in cui il consenso dell'avente diritto è posto in secondo piano (60); tuttavia si tratta di situa-

(57) Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Informazione e consenso all'atto medico*, del 20 giugno 1992, p. 24.

A nulla invece vale il disposto di cui all'art. 4, comma 3°, d. Ministero della sanità del 1° settembre 1995, secondo il quale «quando vi sia pericolo imminente di vita, il medico può procedere a trasfusioni di sangue anche senza il consenso del paziente. Devono essere indicate nella cartella clinica, in modo particolareggiato, le condizioni che determinano tale stato di necessità». Infatti, la previsione, nonostante l'ambiguità della formulazione, facendo riferimento non al «dissenso» ma alla mancanza di consenso, riguarda le situazioni di consenso presumibile del soggetto in stato di incoscienza (al riguardo, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2001, p. 66; LACROCE, *Dulce et decorum esto pro iure mori?*, in *Dir. eccles.*, 1997, II, p. 331).

(58) GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, 1914, p. 878.

(59) Trib. Roma, 19 marzo 2004, in *Not.*, 2004, p. 249, con nota di CALÒ, *L'amministrazione di sostegno fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*. Nella fattispecie, il giudice ha nominato un amministratore di sostegno ad una paziente affetta da cancro alle gambe, la quale preferiva morire piuttosto che essere operata, ritenendo che la stessa non fosse in condizioni di esprimere validamente e consapevolmente un consenso all'intervento chirurgico proposto dai sanitari.

(60) Al riguardo, si segnalano i provvedimenti legislativi che prevedono l'obbligo di vac-

zioni in cui vengono in rilievo non solo le condizioni di salute del singolo, ma soprattutto interessi pubblici non altrimenti garantibili, con la conseguenza che l'imposizione di un trattamento terapeutico trova il suo fondamento giuridico legittimante nella esigenza pubblica di tutelare un interesse collettivo, di fronte al quale deve cedere il diritto del singolo sul proprio corpo, operante invece in tutti gli altri casi ⁽⁶¹⁾.

In altri termini, l'emotrasfusione coattiva sembra rappresentare tutto ciò che la nostra Costituzione ha voluto escludere con l'art. 32, comma 2°, Cost., in quanto, sulla base di tale disposto, i trattamenti sanitari obbligatori debbono essere necessariamente previsti da una legge, non possono essere imposti ed eseguiti coattivamente, debbono coinvolgere non solo la salute individuale ma anche quella collettiva ⁽⁶²⁾; pertanto, una emotrasfusione eseguita coartando la volontà del paziente si configura, in tutto e per tutto, come un atto lesivo della libertà e della dignità dello stesso ⁽⁶³⁾.

cinazioni: la l. 27 maggio 1991, n. 165, la l. 4 febbraio 1966, n. 51, la l. 6 giugno 1939, n. 89, la l. 5 marzo 1963, n. 292 dispongono espressamente l'obbligo della vaccinazione anti-epatite B, antipolio, antidifterica e antitetanica. Si segnalano, inoltre, l'art. 254, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (T.U. leggi sanitarie), riguardante le malattie infettive; l'art. 286, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (T.U. leggi sanitarie), riguardante la lebbra; l'art. 6, 25 luglio 1956, n. 837, riguardante il trattamento delle malattie veneree. Si segnala, altresì, la pronuncia della Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, secondo la quale «è costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 32 Cost., l'art. 5, comma 3°, l. 5 giugno 1990, n. 135, nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività dall'infezione da Hiv come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi».

⁽⁶¹⁾ Così BARNI, DELL'OSSO, MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. legale*, 1981, p. 35; secondo DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 116, nell'ambito della disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori talora (specie nelle disposizioni più risalenti) prevale la tutela collettiva della salute, talora (nella normativa più recente) quella della salute del singolo, specie quando questo, a causa della malattia non sia in grado di «autodeterminarsi» pienamente.

⁽⁶²⁾ ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, cit., p. 353, il quale sottolinea l'illegittimità dei provvedimenti giurisdizionali che hanno autorizzato l'emotrasfusione obbligatoria ad un soggetto maggiorenne che la rifiutava, non potendo il giudice sostituirsi alla legge in una materia che la Costituzione ha riservato a quest'ultima; nello stesso senso, RIZ, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. legale*, 1983, p. 863. In giurisprudenza, hanno imposto trasfusioni rifiutate da persone adulte e coscienti: Pret. Ischia, 7 agosto 1979, cit. in ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, p. 353, nota 13; Pret. Pescara, 8 novembre 1974, in *Nuovo dir.*, 1975, II, p. 253, secondo la quale «il giudice può autorizzare l'uso della terapia trasfusionale quando ricorra il pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile, anche se il paziente obbedendo ai principi della propria fede religiosa, abbia rifiutato di sottoporsi a tale trattamento».

⁽⁶³⁾ BARNI, DELL'OSSO, MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, cit., p. 37.

In ogni caso, a prescindere dalla soluzione che può essere data al problema dei limiti al diritto di autodeterminazione del paziente, appare alquanto discutibile che la soluzione sulla «prevalenza o meno della volontà del paziente sullo stato di necessità» debba essere rimessa al medico. Tale impostazione è stata seguita in un recente precedente, riguardante la nomina di un Amministratore di sostegno a favore di un Testimone di Geova, non in grado di esprimere la propria volontà, ma che in precedenza aveva manifestato il proprio rifiuto alle emotrasfusioni. Per questo motivo, il giudice nomina Amministratore di sostegno il figlio, anch'egli Testimone di Geova, con l'autorizzazione «a manifestare ai sanitari la volontà a suo tempo espressa dal Beneficiario in merito ad atti trasfusionali di sangue ed emoderivati . . . fatta salva ed impregiudicata ogni decisione dei medici che lo hanno in cura in merito alla prevalenza o meno della volontà del paziente sullo stato di necessità».

Se si attribuisce al medico il compito di decidere quale degli interessi in conflitto debba prevalere (il diritto all'autodeterminazione ed il diritto alla libertà di religione od il diritto alla vita), si grava lo stesso di una responsabilità troppo pesante in assenza di alcuna garanzia giuridica ⁽⁶⁴⁾, in quanto se il sanitario ritiene prevalente lo stato di necessità corre il rischio di trovarsi esposto ad una azione da parte del paziente perché è stato leso il proprio diritto di autodeterminazione; d'altro canto, il medico se decide in senso contrario, rischia conseguenze ancor più gravi, come l'incriminazione per omicidio volontario.

Ancor più problematico, si presenta l'ipotesi allorché venga in rilievo non solo la tutela della salute del paziente che rifiuta il trattamento, ma anche quella di altri soggetti, come ad esempio nel caso in cui vi sia la necessità di trasfondere la gestante, al fine di non recare alcun pregiudizio al nascituro ⁽⁶⁵⁾.

Tale ipotesi investe la questione più generale riguardante la legittimità del rifiuto da parte della madre di trattamenti terapeutici volti a salvaguar-

⁽⁶⁴⁾ Sottolinea come il medico possa assumersi una simile responsabilità solo se vi sono garanzie giuridiche, BARNI, *Sul dissenso attuale e anticipato ad un trattamento medico. Dal rispetto dell'autonomia all'amministrazione di sostegno*, cit., p. 1007.

Allo stesso modo, CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*, cit., evidenzia l'incerta posizione in cui si trovano i sanitari i quali non sono in grado di conoscere quale sia, sul piano giuridico, la scelta più corretta da intraprendere ove ricorrano situazioni di urgenza e sia opposto un diniego di terapie.

⁽⁶⁵⁾ In un caso particolare (*Stamford Hospital v Vega*, 236 S.C. del Connecticut 646, 1996) riguardante una madre testimone di Geova che sanguinava copiosamente dopo il parto, si esclude che la trasfusione contro la volontà della madre, al fine di preservare la famiglia e di provvedere al bambino, fosse legittima.

dare la salute del concepito; siffatta situazione è resa attuale dai continui progressi della medicina nella diagnosi e nella terapia di malattie nella fase prenatale. Al riguardo, la questione si pone nel caso in cui la gestante decida di portare a termine la gravidanza, poiché in caso contrario non ha più alcun interesse la salute del concepito ⁽⁶⁶⁾.

In questa fattispecie, vengono a collidere il diritto della gestante all'autodeterminazione in ordine al proprio corpo ed il diritto del nascituro a nascere sano, da intendersi come diritto a non subire lesioni della propria salute ⁽⁶⁷⁾, tenuto conto che lo stato di gravidanza impone alla gestante di assumere un comportamento adeguato a preservare la nascita e la salute del feto ⁽⁶⁸⁾.

Nel caso di rifiuto della trasfusione per motivi religiosi ⁽⁶⁹⁾, anche se si ritiene prevalente l'interesse del nascituro, appare dubbio che lo stato di necessità ⁽⁷⁰⁾ possa giustificare l'esecuzione coattiva in forma specifica del trattamento sanitario rifiutato, poiché così facendo si avrebbe una palese violazione dell'art. 32 Cost. ⁽⁷¹⁾, anche se, in caso di pregiudizio alla salute del minore, potrebbe configurarsi una responsabilità della madre verso

⁽⁶⁶⁾ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 69; ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, cit., p. 299.

⁽⁶⁷⁾ Sul diritto a nascere sani, Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *La responsabilità civile*, 2005, p. 590, con nota di RIZZIERI, *La responsabilità del ginecologo per non avere accertato che il nascituro era affetto da patologia invalidante*; in *Fam. e dir.*, 2004, p. 561, con nota di FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento?*, le quali sottolineano come tale diritto debba essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione: sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da « contatto sociale », nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie; sotto il profilo pubblicistico, nel senso che debbono essere predisposti tutti gli istituti normativi e tutte le strutture di tutela, cura ed assistenza della maternità idonei a garantire (nei limiti delle umane possibilità) al concepito di nascere sano.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto, LISERRE, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 103.

⁽⁶⁹⁾ Nella diversa ipotesi di rifiuto della madre di un trattamento pregiudizievole per la propria salute, si ritiene prevalente il diritto alla salute della madre; al riguardo, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 69.

⁽⁷⁰⁾ Critico nei confronti dell'utilizzo dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. è MANTOVANI, *Aspetti penalistici, in Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, cit., p. 162, il quale sottolinea come tale scriminante sia del tutto estranea all'attività medico-chirurgica e quantomai pericolosa per le conseguenze che comporta se coerentemente applicata. Al riguardo anche VASSALLI, *Alcune considerazioni nel consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, I, p. 81.

⁽⁷¹⁾ In questo senso, ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, cit., p. 300; PALAZZO, *Persona (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 311; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 69; ID., *Il cd. diritto del feto a nascere sano (problemi medico-legali della diagnosi e trattamento del feto in utero)*, in *Riv. it. med. legale*, 1980, p. 245.

il figlio e verso il padre a causa della violazione da parte della stessa del dovere di tutelare la salute del feto (72).

3. - Accade spesso che il rifiuto delle trasfusioni sia esternato attraverso un tesserino od una medaglietta, in quanto il soggetto interessato si trova in uno stato di incoscienza e quindi non è in grado di esprimere in concreto un consenso o dissenso circa il trattamento. In questa ipotesi, pertanto, si deve individuare quale valore abbia un dissenso così manifestato, tenuto conto, in ogni caso, che esso viene rinnovato di anno in anno (73).

Il consenso od il dissenso all'atto medico, infatti, per essere validamente espressi ed efficaci devono essere preceduti da una informazione adeguata sullo stato di salute, sulla necessità di determinate cure, sui rischi da essa derivanti; inoltre, è indubbio che una volontà espressa in una condizione di benessere e riferita ad una condizione assolutamente ipotetica ha un contenuto ed una consistenza diversa rispetto a quella espressa in una condizione in cui il paziente già vive la situazione a cui si riferiscono le cure (74).

Nell'ipotesi esaminata, invece, siamo in presenza di un dissenso preventivo, programmatico, astratto ed espresso prima ed a prescindere sia dall'emergenza sia dalle necessarie informazioni, tant'è che questa appare la *ratio* dell'orientamento che tende a negare ogni responsabilità ai sanitari, che hanno effettuato trasfusioni, ritenendo non sufficiente il rifiuto contenuto nel «cartellino», recante la scritta «niente sangue» indossato dal paziente (75).

(72) Al riguardo anche MANTOVANI, *Il c.d. diritto del feto a nascere sano (problemi medico-legali della diagnosi e trattamento del feto in utero)*, cit., p. 245, il quale sottolinea, tuttavia, la difficoltà di accertare l'esistenza del rapporto causale tra la lesione o morte del neonato e l'omissione terapeutica materna.

Sulla possibilità di configurare una responsabilità della madre, anche LISERRE, *In tema di danno prenatale*, cit., p. 104, il quale sottolinea come «il valore della vita prenatale cede il passo al valore di autodeterminazione della gestante (in ordine alle sue scelte di vita) soltanto in presenza di uno stato di necessità relativo alla salvaguardia della salute della madre, stato di necessità che si configura quindi quale vera e propria esimente di una condotta altrimenti considerata riprovevole». In termini estremamente problematici, invece, PALAZZO, *Persona (delitti contro)*, cit., p. 316.

(73) Come si legge in *Emotrasfusioni e consenso informato. La questione dei minori*, a cura dell'Associazione europea dei Testimoni di Geova, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 376.

(74) Rilevano tale aspetto tra gli altri, SANTOSUOSSO e FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, II, p. 46, i quali sottolineano la discontinuità che vi è nel caso delle dichiarazioni ipotetiche che diventano attuali per effetto di un evento traumatico improvviso.

(75) App. Trieste, 25 ottobre 2003, cit., la quale riforma Trib. Pordenone, 11 gennaio

Secondo questa ricostruzione, se l'informazione è mancata per circostanze non imputabili al medico, il dissenso non è valido, in quanto si corre il rischio che il paziente si esponga, in modo non consapevole, ad un pregiudizio per la salute ⁽⁷⁶⁾.

Tale impostazione, se da una parte è indubbiamente conforme al fatto che il consenso od il dissenso per essere espressi validamente richiedono un'informazione adeguata, dall'altra, pare vanificare quanto previsto dall'art. 9 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 novembre 1996 (cd. Convenzione di Oviedo), ratificata con l. 28 marzo 2001, n. 145, secondo il quale «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione», nonché la correlata regola contenuta nel codice di deontologia medica approvato in data 3 ottobre 1998 secondo la quale «il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso» (art. 34).

Come è noto, da tali documenti (oltre che dall'art. 4 racc. n. 779 del 1976 del Consiglio d'Europa che all'art. 4 enuncia il diritto del paziente al rispetto della sua volontà circa il trattamento da applicare ed il diritto di morire con dignità) trae fondamento e legittimazione l'ipotesi del c.d. testamento biologico ⁽⁷⁷⁾, caratterizzato, inevitabilmente, da una «mancan-

2002, che aveva affermato la responsabilità dei sanitari; nel caso di specie, i sanitari avevano effettuato una trasfusione di sangue ad un paziente, che portava addosso il «cartellino» con la scritta «niente sangue», politraumatizzato da un grave incidente stradale, che non era in grado di essere informato sul suo stato, di comprendere la necessità di intervento sanitario e di esprimere in via concreta il suo consenso o dissenso circa il trattamento.

⁽⁷⁶⁾ SANTOSUOSSO e FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, cit., p. 47.

⁽⁷⁷⁾ Con il testamento biologico si vuole riservare all'interessato sia il diritto di esprimersi direttamente sui trattamenti sanitari che lo concernono sia il diritto di scegliere la persona che potrà in suo luogo provvedere, nel caso in cui l'interessato versi in stato di incapacità naturale (in questo senso ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate*, in *Testamento biologico*, cit., p. 41). Secondo App. Milano, 18 dicembre 2003, in *Famiglia*, 2004, p. 1171, il testamento biologico è «un'espressione di volontà motivata da una serie di interessi degni della massima considerazione, individuati con molta sensibilità in dottrina come interesse 'esperienziale' (laddove, ad es. la prosecuzione del trattamento provochi o prolunghi una condizione di grave sofferenza), ovvero 'critico' (l'interesse a non essere di peso per i propri cari, o a morire una morte che il soggetto considera 'dignitosa', o ancora a lasciare un certo ricordo di sé nel mondo). Tali interessi, che il soggetto sovraneamente ritiene prevalenti rispetto alla prosecuzione della propria esistenza biologica, sono riferiti proprio al momento futuro in cui il soggetto dovesse trovarsi in una situazione di assenza di coscienza».

za di attualità» tra la situazione semplicemente paventata in occasione dell'assunzione della scelta e la situazione come poi manifestatasi in concreto ⁽⁷⁸⁾.

È indubbio, in ogni caso, che né l'uno né l'altro documento attribuiscono valore vincolante alle direttive anticipate ⁽⁷⁹⁾, in quanto si limitano a prescrivere che il medico ne tenga conto, ma questo non significa che esse siano prive di valore ⁽⁸⁰⁾. Al riguardo, si consideri che il Rapporto esplicativo che accompagna la Convenzione di Oviedo chiarisce che l'utilizzo della formula «tener conto» è collegata alla constatazione che tra il momento dell'espressione dei desideri e quello della loro eventuale applicazione può essere passato un certo tempo e la tecnologia medica può essersi evoluta, consentendo, per esempio, la possibilità di applicare trattamenti che in precedenza non erano disponibili ⁽⁸¹⁾. È così richiesta una verifica da parte del medico dell'attualità dei desideri al fine di accertare che le direttive del paziente si applichino alla situazione in atto e restino

⁽⁷⁸⁾ Al riguardo, BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 99; SESTA, *Quali strumenti per le direttive anticipate*, in *Testamento biologico*, cit., p. 167. Sulle riserve, in ordine al valore delle direttive anticipate, anche CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, cit., p. 228; ID., *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *I reati contro la persona*, Trattato diretto da CADOPPI, CANESTRARI e PAPA, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, p. 136, il quale, in ogni caso, sottolinea come tale strumento sia compatibile con il nostro ordinamento costituzionale, in quanto valorizza il rispetto dei convincimenti personali applicando il criterio del minor scostamento possibile dalla volontà del soggetto interessato.

⁽⁷⁹⁾ Allo stesso modo non attribuisce un valore pienamente vincolante alle direttive anticipate il documento approvato dal Comitato Nazionale per la Bioetica, del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*.

Sottolinea l'ambiguità del testo della Convenzione di Oviedo e del codice di deontologia medica, VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, cit., p. 198.

⁽⁸⁰⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti*, in *Testamento biologico*, cit., p. 155. Sull'obbligo di rispettare i contenuti delle direttive anticipate, RODOTÀ, *Dai diritti sociali ai diritti dell'individuo*, in *Bioetica*, 2003, p. 221.

⁽⁸¹⁾ Al riguardo, il punto 62 del Rapporto esplicativo chiarisce la portata dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo: «questo articolo afferma che quando le persone hanno previamente espresso i loro desideri, tali desideri dovranno essere tenuti in considerazione. Tuttavia, tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano necessariamente essere eseguiti. Per esempio, se i desideri sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza ha da allora fatto progressi, potrebbero esserci le basi per non tener in conto l'opinione del paziente. Il medico dovrebbe quindi, per quanto possibile, essere soddisfatto che i desideri del paziente si applicano alla situazione presente e sono ancora validi, prendendo in considerazione particolarmente il progresso tecnico in medicina».

validi in relazione all'evoluzione della malattia e delle tecnologie mediche⁽⁸²⁾.

In altre parole, in tutti i casi di cd. direttiva anticipata è ovvio che il paziente non ha potuto ricevere una informazione specifica sulla situazione in concreto presentatasi ai sanitari; tuttavia, con riguardo al caso di specie, chi indossa il cartellino con la dichiarazione di non volere essere sottoposto a trasfusione, nemmeno in caso di estremo bisogno, manifesta una volontà che non è astratta e generica, in quanto, pur essendo priva di aderenza alla situazione in concreto verificatasi, è, comunque, riferita a tutte le eventualità, anche le più tragiche, al fine di evitare che lo stato di incoscienza possa rendere irrilevante la volontà dell'interessato⁽⁸³⁾. Siamo in presenza, pertanto, di un «mezzo di cognizione» attraverso il quale il paziente rende noto, se del caso, il proprio interesse a non essere curato⁽⁸⁴⁾.

In questo modo, si può ritenere che indossare il cartellino sia indice di una volontà, non solo riferita al momento della sottoscrizione, ma ancora attuale nel momento in cui si rende indispensabile l'intervento di trasfusione di sangue⁽⁸⁵⁾; infatti, anche se non è certo che l'interessato, se ancora capace, avrebbe voluto, una volta verificatosi un evento così tragico, mantenere ferma la volontà espressa in precedenza, tuttavia, è altrettanto vero che indossare un siffatto cartellino fa presumere che tale volontà sia ancora corrispondente a quanto l'interessato aveva previsto al momento della redazione. Così facendo, la volontà manifestata e ricostruibile attraverso un fatto certo (indossare un cartellino) rimane meritevole di rispetto sino a che essa non sia modificata in modo in equivoco, attraverso una revoca espressa o una condotta tenuta nel possesso della piena coscienza⁽⁸⁶⁾, mentre appare dubbia l'ipotesi in cui il muta-

⁽⁸²⁾ NERI, *Note sul documento del CNB sulle «Dichiarazioni anticipate di trattamento»*, in *Bioetica*, 2004, p. 197.

⁽⁸³⁾ Al riguardo, RESCIGNO, *Conclusioni*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, in *Atti del convegno di studi di Roma 1° dicembre 1982*, Napoli, 1983, p. 191, sottolinea come la legittimità del rifiuto di determinati trattamenti sanitari non possa essere messa in dubbio allorché tale rifiuto risulti documentato anche mediante l'annotazione nella patente di guida od in altri documenti.

⁽⁸⁴⁾ In questi termini, VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, cit., p. 199.

⁽⁸⁵⁾ In questo senso anche RIZ, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. legale*, 1983, p. 863, il quale non considera esatto che tale dissenso sia irrilevante, perché espresso in via generale e non con riguardo al caso di specie; VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, cit., p. 39.

⁽⁸⁶⁾ RESCIGNO, *Conclusioni*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, in *Atti del convegno di studi di Roma 1° dicembre 1982*, cit., p. 191.

mento della volontà possa desumersi soltanto dalle dichiarazioni dei familiari dell'interessato ⁽⁸⁷⁾.

Tale interpretazione è d'altronde coerente con quanto previsto dal documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, secondo il quale è «preferibile far prevalere le indicazioni espresse dall'interessato quando era ancora nel possesso delle sue facoltà e quindi, presumibilmente, coerente con la sua concezione della vita piuttosto che disattenderle facendo appello alla possibilità di un presunto (ma mai comprovabile) mutamento della volontà nel tempo successivo alla perdita della coscienza».

A conclusioni differenti giunge chi – muovendo sia dalla situazione di incertezza circa la possibilità che l'interessato davanti alla drammaticità della situazione riveda la decisione assunta sia dalla mancanza di attualità del dissenso – preferisce far valere il principio di precauzione *in dubio pro vita* ⁽⁸⁸⁾. Tale impostazione, pur se comprensibile, vista l'importanza e la delicatezza della decisione da prendere, tuttavia, finisce per rendere sempre e comunque irrilevante la precedente manifestazione di dissenso, in tutti i casi in cui l'interessato versi in stato di incoscienza ⁽⁸⁹⁾.

4. – Nel caso in cui il soggetto sul quale deve essere eseguito il trattamento medico sia un minore di età, il principio del consenso personale del paziente trova un deroga; in particolare, secondo l'art. 33 del codice deontologico ⁽⁹⁰⁾, in presenza di minori e di altri incapaci legali, il consen-

⁽⁸⁷⁾ Nel caso di specie, appare difficile da spiegare perché nel caso di mutamento di volontà o di religione sostenuta dai familiari del paziente, quest'ultimo abbia continuato ad indossare il cartellino con la scritta «niente sangue». Sul valore delle dichiarazioni dei familiari quali «testimonianze qualificate» della volontà e delle opinioni del diretto interessato, SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, cit., p. 207.

⁽⁸⁸⁾ ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, cit., p. 354; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 66; ID., *Eutanasia*, in *Dig. Disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 428; SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, cit., p. 207.

⁽⁸⁹⁾ Al riguardo, VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, cit., p. 204, il quale sottolinea come l'applicazione del principio *in dubio pro vita* ponga sullo stesso piano due possibilità tutt'altro che equivalenti: se difatti l'ipotesi dell'esistenza di un interesse a non essere curato risulta in qualche modo documentata, quella opposta si fonda su poco più che un'illusione.

⁽⁹⁰⁾ Art. 33 codice di deontologia medica: «allorché si tratti di minore, interdetto o inabilitato il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale. In caso di opposizione da parte del

so agli interventi diagnostici e terapeutici deve essere espresso dal legale rappresentante, salva la possibilità per il medico di intervenire ugualmente, anche in mancanza di consenso, ricorrendo eventualmente all'autorizzazione del giudice (*ex art. 333 c.p.c.*), quando il diniego del genitore (o dei tutori) sia fonte di un pregiudizio irreparabile per il minore ⁽⁹¹⁾.

In ogni caso, da tempo, si sta assistendo ad un generale ripensamento della condizione dei minori e più in generale degli incapaci, nell'ambito del rapporto medico-paziente, teso a valorizzarne autonomia e consapevolezza ⁽⁹²⁾; così, ad esempio, l'art. 6 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina di Oviedo del 4 aprile 1997 - nel prevedere che quando un minore, secondo la legge, non ha la capacità di dare il consenso ad un intervento, questo deve essere prestato dal rappresentante - dispone che il parere del minore deve essere preso in considerazione « come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità » ⁽⁹³⁾.

Allo stesso modo, il medesimo articolo stabilisce che anche l'infermo di mente deve essere, nei limiti del possibile, reso partecipe della procedura di autorizzazione al trattamento sanitario ⁽⁹⁴⁾. Si può ricordare, altresì, che l'art. 4, dir. Ce 20/2001, in materia di sperimentazione clinica sui minori, pur prevedendo che la sperimentazione può essere intrapresa sol-

rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto a informare l'autorità giudiziaria ».

⁽⁹¹⁾ FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 63; in alcune pronunce, comunque, si è affermato che anche il minore può validamente prestare il proprio consenso al trattamento medico, quando abbia acquisito una sufficiente maturità di giudizio; sull'applicazione dell'art. 333 c.p.c., Pret. Catanzaro, 13 gennaio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 3098, secondo la quale « su richiesta del P.M. il pretore può disporre, con provvedimento d'urgenza, una emotrasfusione su minore in imminente pericolo di vita, non avendo i genitori dato il loro consenso per motivi religiosi ».

⁽⁹²⁾ FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, cit., p. 64.

⁽⁹³⁾ Art. 6, comma 2°: « quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge.

Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità ».

⁽⁹⁴⁾ Art. 6, comma 3°: « allorché, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione ».

tanto se è stato ottenuto il consenso informato dei genitori o del rappresentante legale, dispone che: «il consenso deve rispecchiare la volontà presunta del minore e deve poter essere ritirato in qualsiasi momento senza che ciò arrechi pregiudizio a quest'ultimo; il minore ha ricevuto da personale esperto nel trattare con minori informazioni commisurate alla sua capacità di comprensione sulla sperimentazione, i rischi e i benefici; lo sperimentatore o, eventualmente, lo sperimentatore principale tiene conto del desiderio esplicito di un minore in grado di formarsi un'opinione propria e di valutare tali informazioni, di rifiutare la partecipazione o di ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento»⁽⁹⁵⁾.

Disposizioni analoghe sono previste, dall'articolo successivo, per le persone adulte che non sono in grado di prestare validamente il proprio consenso informato⁽⁹⁶⁾. Alcune leggi speciali, infine, consentono l'accesso diretto alle prestazioni sanitarie senza la necessità del consenso dei genitori, come ad esempio nell'ipotesi della legge sui consultori familiari.

⁽⁹⁵⁾ Tale direttiva ha trovato attuazione con il d. lgs. 24 giugno 2003, n. 211, il cui art. 4 dispone che «in aggiunta a tutte le altre prescrizioni previste dal presente decreto, la sperimentazione clinica sui minori può essere intrapresa soltanto se esistono le seguenti condizioni: *a*) sia stato ottenuto il consenso informato dei genitori o dell'altro genitore in mancanza di uno di essi o del rappresentante legale nel rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia; il consenso deve comunque rispecchiare la volontà del minore e deve poter essere ritirato in qualsiasi momento senza che ciò comprometta il proseguimento dell'assistenza necessaria; *b*) il minore abbia ricevuto, da personale esperto nel trattare con minori, informazioni commisurate alla sua capacità di comprensione sulla sperimentazione, i rischi e i benefici; *c*) lo sperimentatore o lo sperimentatore principale tenga in considerazione la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, se il minore stesso è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni di cui alla lettera *b*)».

⁽⁹⁶⁾ Al riguardo, l'art. 5, d. lgs. 24 giugno 2003, n. 211, in tema di sperimentazione clinica su adulti incapaci di dare il proprio consenso informato, prevede che «1. Oltre ai requisiti di cui all'articolo 3, la partecipazione ad una sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità è possibile solo a condizione che: *a*) sia stato ottenuto il consenso informato del rappresentante legale; il consenso deve rappresentare la presunta volontà del soggetto e può essere ritirato in qualsiasi momento senza pregiudizio per il soggetto stesso; *b*) la persona abbia ricevuto informazioni adeguate alla sua capacità di comprendere la sperimentazione ed i relativi rischi e benefici; *c*) lo sperimentatore, o lo sperimentatore principale ove appropriato, tenga conto del desiderio esplicito di un soggetto in sperimentazione in grado di formarsi un'opinione propria e di valutare tali informazioni, di rifiutare la partecipazione o di ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento; *d*) non vengano dati incentivi o benefici finanziari ad eccezione delle indennità che, ove il promotore la sperimentazione sia un soggetto pubblico, potranno essere concesse solo nei limiti degli stanziamenti di bilancio ad esso assegnati».

Alla luce di queste considerazioni emerge non solo la tendenza generale a rendere gli incapaci legali partecipi del processo conoscitivo e decisionale ⁽⁹⁷⁾ ma anche la necessità di acquisire il consenso degli stessi ed in particolare dei minori al trattamento medico in rapporto al loro grado di maturità ⁽⁹⁸⁾.

Tale impostazione appare particolarmente attenta all'evoluzione, degli ultimi decenni, della famiglia e del rapporto educativo genitori-figli, nonché alle numerose disposizioni che assegnano sia significativo rilievo all'età del minore, sia considerevole capacità di autodeterminazione al quasi maggiorenne ⁽⁹⁹⁾; inoltre, trova anche riscontro nell'orientamento (seppur minoritario), che ai fini della prova liberatoria dei genitori, *ex art.* 2048 c.c., per l'illecito compiuto dai figli minori riconosce importanza alla figura dei cd. «*grandi minori*» ⁽¹⁰⁰⁾ e cioè alla circostanza che il minore autore dell'illecito sia, ormai, prossimo alla maggiore età e dotato quindi di considerevole capacità di autodeterminazione ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁷⁾ FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, cit., p. 65.

⁽⁹⁸⁾ CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 869; ANGELINI ROTA, GUALDI, *In tema di consenso del minore al trattamento medico-chirurgico*, in *Giust. pen.*, 1980, I, p. 368; STANZIONE, ZAMBRANO, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 267; LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 415; MUCIACCIA, *Il problema del consenso informato in pediatria*, in *Bioetica*, 2003, p. 109.

⁽⁹⁹⁾ Trib. Verona, 18 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 1409, con nota di FERRI, sottolinea come vi siano numerose norme che attribuiscono rilievo all'età del minore: artt. 2 c.c., sulla piena capacità del minore in materia di lavoro; 84, comma 2°, c.c. sul matrimonio; 244 c.c. sull'azione di disconoscimento della paternità; 250, ult. cpv., c.c., sul riconoscimento del figlio naturale; art. 3, l. 8 marzo 1975, n. 39, sulla «capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano»; art. 12, l. 22 maggio 1978, n. 194, sull'aborto; art. 1, l. 18 giugno 1986, n. 281, sulla scelta di avvalersi o meno della religione cattolica; d.p.r. 31 maggio 1974, n. 416, sulla partecipazione degli alunni ai consigli di classe e di istituto.

⁽¹⁰⁰⁾ Al riguardo, PATTI, *L'illecito del «quasi maggiorenne» e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del «Bundesgerichtshof»*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 27.

⁽¹⁰¹⁾ Sul punto Trib. Verona, 18 febbraio 2000, cit., la quale esclude la responsabilità dei genitori di un diciassettenne che, in una discoteca, per futili motivi, aveva sferrato un violento pugno al volto di un altro cliente del locale, procurando a quest'ultimo gravi lesioni (doppia frattura delle ossa nasali e frattura della mascella). Di recente pare attribuire rilievo alla circostanza che il minore autore dell'illecito fosse ormai prossimo ai diciotto anni: Cass., 18 gennaio 2006, n. 831, in *Resp. civ. e prev.*, con nota di GAVAZZI, *Responsabilità civile dei genitori per i danni cagionati dai figli minori*. Il riferimento alla circostanza che il minore fosse quasi maggiorenne ha avuto rilievo anche in Cass., 9 aprile 1997, n. 3088, in *Danno e resp.*, 1997, p. 638; Cass., 6 maggio 1986, n. 3031, e Cass., 13 gennaio 1975, n. 126.

In questo modo, risulta confermato che il consenso al trattamento sanitario non si identifica con il consenso al contratto di cura ⁽¹⁰²⁾; la differenza, infatti, è alquanto evidente: si pensi ad un contratto a favore di terzo, nel quale la prestazione da eseguire consista in cure mediche; in questo caso, il terzo beneficiario deve prestare il suo consenso che, però, non può identificarsi con il consenso al contratto che, in base alle norme dell'art. 1411 c.c., non sarebbe affatto necessario ⁽¹⁰³⁾. In tal modo, chi acconsente al contratto di cura non consente ancora al trattamento: l'accordo tra medico e paziente non è ancora autorizzazione ad intervenire, in quanto il rapporto medico-paziente si snoda in una serie di attività che presuppongono il rinnovarsi del consenso al trattamento per ciascuna delle fasi dello stesso ⁽¹⁰⁴⁾.

Il consenso all'atto medico è espressione del diritto di autodeterminazione del paziente, con la conseguenza che non può essere ricondotto nell'ambito del contratto, per la cui esistenza è indispensabile richiamarsi alla capacità di agire. L'influenza del contratto, in ogni caso, è forte ed è testimoniata da tutte quelle pronunce che legano più o meno espressamente l'effettività del consenso al trattamento all'acquisto della capacità di agire ⁽¹⁰⁵⁾; tale rigido schema, tuttavia, pare inadeguato rispetto alla ricordata tendenza che porta ad attribuire rilievo «determinante» alla volontà del minore, che abbia raggiunto una certa maturità di giudizio ⁽¹⁰⁶⁾.

In altre parole, la tradizionale e rigida bipartizione tra capacità giuridica e capacità di agire valida per i rapporti patrimoniali appare limitativa per il consenso informato: è dubbio che la mancanza di una disposizione specifica che deroghi all'art. 2 c.c. sia sufficiente per privare il minore dell'esercizio di un diritto personalissimo, sancito anche a livello costituzionale ⁽¹⁰⁷⁾; a tal proposito, si può ricordare che per determinati atti, in

In generale, sull'orientamento che attribuisce importanza alla figura dei cd. «grandi minori», si v. PATTI, *L'illecito del «quasi maggiorenne» e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del «Bundesgerichtshof»*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 27.

⁽¹⁰²⁾ TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 557; STANZIONE, ZAMBRANO, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, cit., p. 265.

⁽¹⁰³⁾ CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 957.

⁽¹⁰⁴⁾ STANZIONE, ZAMBRANO, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, cit., p. 264; TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, cit., p. 557; FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, cit., p. 65.

⁽¹⁰⁵⁾ ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in *Professioni e responsabilità civile*, opera diretta da Stanzone e Sica, Bologna, 2006, p. 1037.

⁽¹⁰⁶⁾ ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, cit., p. 1038.

⁽¹⁰⁷⁾ LA FORGIA, *Il consenso informato del minore maturo agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 410.

quanto ritenuti libera esplicazione di un diritto di rilievo costituzionale, si ritiene non necessaria la partecipazione dei genitori, come ad esempio nel caso di tesseramento dell'atleta minore ad una società sportiva ⁽¹⁰⁸⁾.

Si tenga in considerazione, altresì, che la generale rappresentanza dei genitori incontra un limite costituito dai c.d. atti personalissimi, come ad es. testamento, donazione, matrimonio, riconoscimento di figlio naturale, per i quali non è possibile concepire il meccanismo della sostituzione nell'attività ⁽¹⁰⁹⁾.

Alla luce di queste osservazioni, appare evidente la necessità di individuare un punto di equilibrio tra la necessità di riconoscere al minore, tenuto conto della sua capacità decisionale, il diritto di autodeterminarsi e l'esigenza di salvaguardare la persona e la salute dello stesso rispetto a scelte che potrebbero essere imponderate.

Tale punto di bilanciamento può essere rinvenuto nel fatto che i genitori non sono chiamati ad effettuare una vera e propria rappresentanza od una sostituzione negoziale, imponendo unilateralmente un trattamento ⁽¹¹⁰⁾; più semplicemente, in base anche a quanto emerge dai documenti citati in precedenza (in particolare Convenzione di Oviedo), i genitori e più in generale il legale rappresentante dell'incapace sono chiamati, tenuto conto della maturità del paziente, a coinvolgerlo ed a renderlo partecipe nella decisione riguardante la propria salute, attribuendo rilievo fondamentale alla volontà dello stesso, nei limiti, in ogni caso, della capacità di discernimento dell'interessato e dell'importanza oggettiva dell'atto medico che deve essere svolto ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ In dottrina, VALORI, *Il diritto nello sport: principi, soggetti, organizzazione*, Torino, 2005, p. 183; in giurisprudenza, Trib. Venezia, 14 luglio 2001, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 51, con nota di VULLO, *Provvedimento d'urgenza, potestà parentale e legittimità del vincolo di esclusiva tra un giocatore e l'associazione sportiva per cui è tesserato*.

⁽¹⁰⁹⁾ Al riguardo, tra gli altri, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli; SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 404.

⁽¹¹⁰⁾ Al riguardo, FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, II, p. 1180, sottolinea come il riferimento ai legali rappresentanti, come soggetti legittimati a prendere decisioni sanitarie nell'interesse del minore o dell'incapace, debba essere inteso come indicativo delle persone che partecipano al processo decisionale, piuttosto che, in modo più tecnico, del tipo di poteri di rappresentanza di cui sono investite.

⁽¹¹¹⁾ Sul punto FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, cit., p. 1181, secondo la quale «per gli atti di cura della persona, come sono quelli relativi al trattamento medico, i genitori o il tutore esprimono all'esterno il consenso non in quanto investiti di una funzione sostitutiva di rappresentanza, bensì esercitando un ruolo di natura personale che impone loro di tener conto della personalità del minore o dell'interdetto (che l'art. 147 c.c., a proposito dei doveri dei genitori, specifica nel rispetto 'delle

In tal modo, il consenso del legale rappresentante può essere interpretato come uno strumento posto a garanzia della consapevolezza della scelta effettuata dall'incapace nonché della serietà e ponderazione della decisione assunta, presentando somiglianze, di conseguenza, con l'autorizzazione giudiziale di cui all'art. 12, l. n. 194 del 1978, nel caso di interruzione di gravidanza di una minorenne ⁽¹¹²⁾. Il provvedimento giudiziale dell'art. 12, l. n. 194 del 1978, infatti, non è considerato come integrativo della volontà della donna e quindi come potestà co-decisionale, rispondendo, invece, ad una funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore può essere presa in piena libertà morale ⁽¹¹³⁾.

Sulla base di queste considerazioni, appare indubbio che in caso di trattamento sanitario sul minore si deve distinguere se egli sia o meno capace di autodeterminarsi con sufficiente maturità e consapevolezza rispetto all'atto medico. Nel caso in cui il minore sia in tenera età e quindi

capacità, dell'inclinazione naturale, delle aspirazione dei figli»), e conseguentemente di decidere 'con' lui e non 'per' lui. In altri termini, nell'esprimere il consenso al trattamento medico per il figlio o per l'interdetto, i genitori e il tutore debbono tener conto dell'opinione che questi è in grado di esprimere, o che ha espresso prima della perdita della coscienza».

Al riguardo anche GRIFASI, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*, in *Nuova giur. civ.*, 2000, p. 211.

⁽¹¹²⁾ Al riguardo si segnala Trib. Catania, 7 novembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3203, secondo la quale: «nel caso di interruzione volontaria della gravidanza dopo i primi 90 giorni, consentita solo se sussista un grave pericolo per la vita o per la salute fisica o psichica della donna, competendo anche alla minore piena autonomia nelle scelte dirette a tutelare la propria salute, non necessita autorizzazione del giudice tutelare all'esercizio del diritto da parte della gestante di età inferiore ai diciotto anni».

⁽¹¹³⁾ Corte cost., 15 marzo 1996, n. 76, in *Giur. cost.*, 1996, p. 709, secondo la quale: «deve ribadirsi che il potere autorizzatorio del giudice tutelare è previsto (quando si verificano le condizioni di cui al comma 2° dell'art. 12, l. n. 194 del 1978) a garanzia della consapevolezza circa i beni di rilievo costituzionale consistenti nella tutela della vita del concepito e della vita e della salute della donna (sent. n. 27 del 1975) e della serietà della loro valutazione e ponderazione (ord. n. 293 del 1993; sent. n. 109 del 1981), e quindi anche a garanzia del rispetto delle procedure che la legge ha previsto a tale scopo, in un sistema che prefigura interventi di sostegno e di solidarietà da parte dei servizi sociali per superare le cause che potrebbero portare all'interruzione della gravidanza (art. 2, comma 1°, e art. 5, commi 1° e 2°, l. n. 194 del 1978); che, rispetto a questa funzione del procedimento dinanzi al giudice tutelare, è attribuito a tale giudice - in tutti i casi in cui l'assenso dei genitori o degli esercenti la tutela non sia o non possa essere espresso - il compito di 'autorizzazione a decidere', un compito che (alla stregua della stessa espressione usata per indicarlo dall'art. 12, comma 2°, l. n. 194 del 1978) non può configurarsi come potestà co-decisionale, la decisione essendo rimessa - alle condizioni previste - soltanto alla responsabilità della donna».

privo della capacità di rapportarsi all'atto medico ed i genitori rifiutino le trasfusioni si viene a creare una situazione di conflitto tra il diritto e dovere dei genitori di mantenere ed educare i figli in base alle proprie convinzioni, anche religiose ed il diritto alla salute del minore. Tale conflitto, tuttavia, è solo apparente, nell'ipotesi in cui il trattamento emotrasfusionale non sia assolutamente indispensabile, potendosi scegliere tra due metodi di emotrasfusioni ugualmente validi; in questa fattispecie, difficilmente, la scelta dei genitori può essere posta in discussione⁽¹¹⁴⁾. Nel caso, invece, di trattamenti «salvavita», il sanitario ha il dovere di ricorrere all'autorità giudiziaria, al fine della pronuncia dei provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c.⁽¹¹⁵⁾. Al riguardo, è ancora vivo il ricordo del caso «Oneda», riguardante il decesso di una bambina talassemica per la cui morte i genitori, Testimoni di Geova, sono stati incriminati e condannati per omicidio⁽¹¹⁶⁾.

In questa fattispecie, pertanto, le trasfusioni che sono indispensabili per la salvaguardia della vita del paziente minore possono essere eseguite anche contro la volontà dei genitori: nel contrasto tra la salute o la vita del figlio e la libertà di coscienza e di religione dei genitori prevale la prima, quale che sia la scala di valori fatta propria da questi ultimi⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁾ VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e della libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2482.

⁽¹¹⁵⁾ Pret. Catanzaro, 13 gennaio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, p. 3098; Pret. Arezzo, 24 aprile 1963, in *Arch. ric. giur.*, 1964, p. 406; Trib. min. Firenze, 23 settembre 1975, citata in SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ.*, 1977, p. 408, nota 3; Trib. Chieti, 3 marzo 1979 citata da ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub art. 5, Bologna-Roma, 1988, p. 351, nota 5.

⁽¹¹⁶⁾ Nel caso di specie, i genitori rifiutarono di sottoporre la figlia minore, affetta da anemia mediterranea, ad una emotrasfusione e, conseguentemente, la bambina morì. Al riguardo, Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, in *Foro it.*, 1983, II, c. 27, con nota di Fiandaca; App. ass. Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. it.*, 1983, II, c. 364; Cass., sez. I, 13 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, II, c. 361, con nota di Floris; Ass. app. Roma, 13 giugno 1986, in *Foro it.*, 1986, II, c. 606.

⁽¹¹⁷⁾ ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub art. 5, Bologna-Roma, 1988, p. 350, il quale sottolinea come grava sugli stessi genitori l'obbligo fissato dall'art. 30 Cost. di mantenere i figli e quindi di evitare loro conseguenze pregiudizievoli; DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 99, il quale sottolinea che «i genitori, liberi di professare la loro fede e seguire prescrizioni e divieti, non possono coinvolgere un soggetto diverso da loro, il figlio minore, che ha una sua dignità di persona, e sul quale essi non esercitano diritti, ma nei cui confronti hanno solo doveri, mentre il figlio è titolare di un diritto preminente su ogni altro, quello ad uno sviluppo psico-fisico armonico e completo, e dunque a crescere ed acquistare una serie di conoscenze e capacità, così da giudicare obiettivamente e magari seguire (oppure non accettare), una volta adulto, le scelte dei genitori, e rifiutare o meno la trasfusione di sangue».

I genitori, infatti, hanno doveri di cura della persona dei minori, che trovano fondamento nei doveri di natura personale inerenti al rapporto educativo ⁽¹¹⁸⁾ e che si manifestano nell'obbligo di salvaguardare l'interesse del minore, nella sua più ampia accezione, ricomprendente, in primo luogo, l'integrità fisica dello stesso. Non vi è, così, alcuna lesione del potere riconosciuto al genitore di educare il figlio alla propria religione, proprio perché la potestà è attribuita al genitore nell'esclusivo interesse del figlio e quindi non per consentire la meccanica trasmissione di valori (o disvalori), ma per garantire allo stesso minore lo svolgimento e la piena maturazione della sua personalità ⁽¹¹⁹⁾.

A tal proposito, si tenga in considerazione che la Corte Costituzionale, in ordine alla normativa sulla vaccinazione obbligatoria, ha sottolineato che «la potestà dei genitori è riconosciuta dall'art. 30, commi 1° e 2°, Cost. non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite. E la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale. È appunto questo il fondamento costituzionale degli artt. 330 e 333 c.c., che consentono al giudice – allorché i genitori, venendo meno ai loro obblighi, pregiudicano beni fondamentali del minore, quali la salute e l'istruzione – di intervenire affinché a tali obblighi si provveda in sostituzione di chi non adempie» ⁽¹²⁰⁾.

Diversa è l'ipotesi in cui il rifiuto delle trasfusioni provenga da un minore ormai prossimo alla maggiore età, ed in ogni caso, capace di determinarsi, sia in ordine al fenomeno religioso, sia alla tutela della propria salute: in questa fattispecie, la soluzione più coerente con quanto esposto

Sul punto, Trib. min. Firenze, 23 settembre 1975, cit., secondo la quale «il diritto alla vita deve in ogni caso essere salvaguardato a prescindere dalla credenza religiosa dei genitori la cui potestà sui figli minori esclude nel modo più assoluto la facoltà di privarli di un intervento sanitario indispensabile per la prosecuzione della vita».

Al riguardo il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Informazione e consenso all'atto medico*, del 20 giugno 1992, p. 24, rileva che «il medico può assumere come valida la considerazione che nessuno può essere privato della vita dai propri genitori e può pertanto chiedere immediatamente la ordinanza del Sindaco o del Pretore che autorizzi la trasfusione».

⁽¹¹⁸⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, cit., p. 154.

⁽¹¹⁹⁾ FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statale*, in *Giur. it.*, 1983, IV, c. 357.

⁽¹²⁰⁾ Corte cost., 132 del 1992.

in precedenza dovrebbe portare a ritenere il sanitario tenuto, dopo aver accertato attentamente la capacità di discernimento dell'interessato, a rispettare il diritto alla libertà religiosa ed il diritto di autodeterminazione in ogni caso e quindi anche se eventualmente in contrasto con quella dei genitori ⁽¹²¹⁾.

5. - Il tema del consenso all'atto medico e della conseguente possibilità di rifiuto dello stesso riguarda anche il delicato problema della sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione nei pazienti in stato vegetativo permanente. Come è noto, in tali pazienti la perdita della coscienza è completa ed irreversibile, ma sono conservate le funzioni biologiche fondamentali (respirazione, circolazione, termoregolazione, attività gastrointestinale e renale); inoltre, sono presenti i riflessi del tronco encefalico e talvolta il movimento spontaneo della deglutizione, anche se la motilità volontaria è del tutto assente; per tali soggetti è possibile attuare solo il mantenimento in vita mediante nutrizione e idratazione artificiale, per via parenterale o tramite sonda gastrica con assistenza infermieristica ⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub art. 5, Bologna-Roma, 1988, p. 352; secondo FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statutale*, in *Giur. it.*, 1983, IV, c. 356, se il minore è in grado di autodeterminarsi il suo volere prevale su quello dei genitori, quando è favorevole alla trasfusione, mentre quando egli rifiuta il trattamento per motivi religiosi ed i genitori non sono d'accordo, vi sono maggiori perplessità circa l'individuazione della volontà di chi deve prevalere.

Si può segnalare un caso particolare, esaminato da Trib. min. Brescia, 22 maggio 1999, in *Nuova giur. civ.*, 2000, p. 204, con nota di GRIFASI, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*; al riguardo, i genitori di una bambina di 10 anni affetta da leucemia, rifiutavano di far riprendere la chemioterapia alla figlia, interrotta per intraprendere il cd. multitrattamento Di Bella: ai fini della cura della neoplasia da cui era affetto la minore, la chemioterapia offriva una speranza statistica di guarigione pari a 80%, mentre nessun dato era riferibile al cd. metodo Di Bella, in assenza di alcuna sperimentazione al riguardo. I giudici tenuto conto del netto rifiuto della minore che «ha dimostrato nell'esprimersi senza esitazioni e nel dialogare una determinazione e lucidità non facilmente riscontrabile in bambini della sua età», nonché del giudizio dei consulenti, secondo il quale la chemioterapia «non può essere praticata in via coattiva, essendo una terapia prolungata (globalmente due anni) e richiedendo la piena condivisione della famiglia», pur richiamando i genitori alle gravi responsabilità da essi assunte sul piano morale e giuridico con la loro persistente violazione delle prescrizioni impartite dall'autorità giudiziaria, non hanno potuto far altro che constatare la mancanza di strumenti attuativi per assicurare alla bambina il «diritto a ricevere una terapia che deriva dall'evidenza della ricerca scientifica».

⁽¹²²⁾ DEFANTI, *Sugli stati di confine (brain death, brain life) e sull'identità personale nelle malattie cerebrali*, in VIAFORA, *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Padova, 1994, p. 73; CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una le-*

In questi casi, la persona non è morta, in quanto la l. 29 dicembre 1993, n. 578, recante norme per l'accertamento e la certificazione di morte, identifica la morte con la cessazione di «tutte» le funzioni dell'encefalo, mentre in questo caso alcune di esse permangono, anche se non vi è alcuna possibilità di miglioramento ⁽¹²³⁾.

Di recente l'opinione pubblica mondiale è stata profondamente scossa dal caso di *Terry Schiavo*, vissuta per quindici anni in stato vegetativo e lasciata morire a seguito della decisione di un giudice che ha autorizzato la richiesta del marito (contro il parere dei genitori) di staccare il tubo dell'alimentazione dal quale dipendeva la vita della donna ⁽¹²⁴⁾.

In Italia si è posto il caso di Eluana, il cui padre fattosi nominare tutore della figlia ha chiesto l'autorizzazione ad interrompere l'idratazione e l'alimentazione forzata, in quanto tali trattamenti si ponevano in contrasto con la volontà della figlia, che prima della perdita della coscienza aveva espresso il desiderio di non essere mantenuta in uno stato meramente vegetativo ⁽¹²⁵⁾. Tale domanda, più volte proposta, è stata sempre respinta sia dai giudici di merito ⁽¹²⁶⁾ sia da quelli di legittimità ⁽¹²⁷⁾.

La problematica investe la natura che si attribuisce all'alimentazione e

glislazione possibile, cit., p. 227; ID., *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 133. Sulla condizione del paziente in stato vegetativo permanente anche SANTOSUOSSO, *Amnesie e riflessi condizionati a proposito di SVP*, in *Bioetica*, 2004, p. 150.

⁽¹²³⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, cit., p. 1173.

⁽¹²⁴⁾ In precedenza aveva destato molto clamore il caso Cruzan, sul quale si è pronunciata la C.S. federale degli Stati Uniti, la quale ha riconosciuto il diritto di rifiutare l'idratazione e la nutrizione; al riguardo, si veda SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 66; PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati uniti e il right to die*, *ibidem*, 72.

Un altro caso eclatante è quello sul quale si è pronunciata la *House of Lords*, la Corte suprema inglese: sul punto KEWON, *Commento alla sentenza sul caso Tony Bland. Uscire dalla via mediana: la depenalizzazione giudiziaria dell'eutanasia passiva non volontaria*, in *Bioetica*, 1997, p. 313.

⁽¹²⁵⁾ Sui dettagli medici del caso Eluana, si v. DEFANTI, *Terri Schiavo, Eluana Englaro e l'impasse della bioetica italiana*, in *Bioetica*, 2006, p. 15.

⁽¹²⁶⁾ Trib. Lecco (decr.), 2 marzo 1999, in *Bioetica*, 2000, p. 83; App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2022, con note di PONZANELLI, *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico*, e di SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo stato vegetativo persistente*; Trib. Lecco, 15 luglio 2002, in *Bioetica*, 2004, p. 85, con nota di FUCCI, *I diritti di Eluana: prime riflessioni*; App. Milano, 18 dicembre 2003, in *Famiglia*, 2004, II, p. 1167.

⁽¹²⁷⁾ Cass., 20 aprile 2005, n. 8291, in *Corriere giur.*, 2005, p. 790, con nota di CALÒ, *Richiesta di sospensione dell'alimentazione a persona in stato vegetativo: la cassazione decide di non decidere*; in *Fam. e dir.*, 2005, p. 481, con nota di CASSANO, *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici: ancora in tema di eutanasia*.

all'idratazione forzata; infatti, se sono considerati trattamenti terapeutici è necessario il consenso del paziente e, nel caso di incapacità dello stesso, del rappresentante legale; in tal modo, si deve accertare quali poteri possa esercitare il rappresentante legale del paziente che si trovi in stato di incoscienza e quale valore abbia la direttiva anticipatamente espressa da quest'ultimo. Inoltre, se l'alimentazione e l'idratazione sono considerati trattamenti terapeutici, viene in rilievo anche il problema dell'accanimento terapeutico e della conseguente violazione della «dignità» del paziente, tenuto conto che per accanimento terapeutico, l'art. 14 del codice di deontologia medica intende l'«ostinazione in trattamenti di cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della qualità della vita» (128).

A favore della configurazione dell'alimentazione e dell'idratazione quale atto medico, che presuppone un consenso informato, pone il fatto che il principio del consenso non riguarda solo i trattamenti terapeutici in senso stretto, ma più in generale qualsiasi atto posto in essere da un sanitario, che, sia pure per finalità diverse, sia invasivo della sfera psichica della persona. Tale dato risulta confermato da quelle pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che hanno chiarito come il potere del giudice di sottoporre coattivamente l'indagato o altre persone a prelievi ematici per raccogliere elementi di prova nell'ambito di un procedimento contrasta con l'assetto costituzionale in tema di libertà personale, essendosi in presenza di accertamenti medici di carattere invasivo per i quali è sempre necessario il consenso dell'interessato (129).

Il riconoscimento del trattamento medico proviene, anche se indirettamente, dal codice di deontologia medica che all'art. 51 vieta al medico di attuare manovre coattive di nutrizione artificiale (130).

(128) Sul concetto di accanimento terapeutico, si veda PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Testamento biologico*, cit., p. 2, il quale sottolinea come esso consista in un trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunge la presenza di un rischio elevato per il paziente di ulteriori sofferenze, in un contesto nel quale l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulta chiaramente sproporzionata rispetto agli obiettivi.

(129) Lo sottolinea FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, cit., p. 1175. A tal proposito, Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238; Cass., 24 febbraio 1997, n. 1661.

(130) In questo senso IMMACOLATO, BOCCARDO, MONCONI, RATTI, *Nello svp i trattamenti di sostegno vitale possono essere rifiutati?. Un punto di vista medico-legale*, in *Bioetica*, 2006, p. 94, i quali sottolineano come l'art. 51 imponendo siffatto divieto riconosce che l'idratazione e la nutrizione artificiale è trattamento medico, altrimenti non sarebbero assoggettate alle regole professionali, che impongono per tutti i trattamenti medici il preventivo consenso informato dell'avente diritto e, in mancanza di questo, dove non ricorra lo stato di necessità, il divieto

In questo senso, si è anche pronunciata la commissione ministeriale Oleari, che, incaricata nell'ottobre del 2000 di chiarire le questioni sollevate da «nutrizione ed idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza», ha concluso che, a prescindere dal carattere strettamente terapeutico, il trattamento su pazienti in stato vegetativo permanente può, fuori da ogni ragionevole dubbio, qualificarsi come trattamento di natura medica, che, in quanto tale, trova la sua condizione di legittimità nel consenso del paziente.

Una impostazione diversa, tuttavia, è stata seguita dal Comitato Nazionale per la Bioetica, nel documento del 30 settembre 2005, su *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*. In tale documento, approvato a maggioranza, si esclude che l'alimentazione e l'idratazione fornite ai pazienti in SVP per via artificiale possano considerarsi «atti medici» o «trattamenti medici» in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica; in particolare, essi sono considerati alla stregua di un sostentamento vitale di base, in relazione al quale non si pone un problema di consenso/dissenso.

In tal modo, l'unico limite che viene riconosciuto al dovere di nutrire la persona in SVP è rappresentato dalla incapacità di assimilazione dell'organismo o da uno stato di intolleranza clinicamente rilevabile collegato all'alimentazione.

Dall'escludere che l'alimentazione e l'idratazione debbano considerarsi come atti medici che richiedono il consenso, si fa discendere che la richiesta del paziente sotto forma di direttiva anticipata di una sospensione di tale trattamento si configura come una vera e propria «eutanasia omissiva, omologabile sia eticamente che giuridicamente ad un intervento «eutanasico attivo», illecito sotto ogni profilo»⁽¹³¹⁾.

A prescindere dalle critiche e dalle obiezioni che possono essere mosse dal qualificare l'idratazione e l'alimentazione dei pazienti in SVP come doveroso «sostentamento» di base del paziente e non come trattamento medico in senso stretto⁽¹³²⁾ – ma si finirebbe per uscire dall'ambito del-

di attuare qualsiasi intervento sulla persona umana. Secondo l'art. 51 del codice di deontologia medica «quando una persona, sana di mente, rifiuta volontariamente e consapevolmente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle conseguenze che tale decisione può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterla».

⁽¹³¹⁾ A tal proposito, par. 8 del documento «*L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*», approvato il 30 settembre 2005.

⁽¹³²⁾ Al riguardo, si v. la Postilla al documento sottoscritta dal Prof. Mauro Barni, non-

l'oggetto dell'indagine svolta – è interessante valutare le risposte alla richiesta di sospensione, fornite dalla giurisprudenza prima dell'approvazione del documento del Comitato di Bioetica.

In particolare, si può ricordare come la prima decisione della Corte d'appello di Milano ⁽¹³³⁾ sul caso Eluana prenda le mosse dal principio secondo il quale il diritto di autodeterminazione del paziente di rifiutare le cure permane anche nel caso di permanente incapacità dello stesso; tale condizione, infatti, non può giustificare uno stravolgimento di questo diritto «bensì soltanto l'apprestamento di una modalità di surroga della mancante capacità del diretto interessato, che colmi, nei limiti del possibile, il *deficit* esistente con il rilievo essenziale che tra i criteri per individuare i contorni dell'interesse del rappresentato vi è quello di dignità della persona».

Così facendo, il rappresentante legale del paziente incapace può legittimamente rifiutare trattamenti medici di sostegno vitale; a tal proposito si rileva che se si definisce la nutrizione ed alimentazione artificiale, somministrate con sonda nasogastrica, come trattamento terapeutico, si può invocare il «principio di divieto di accanimento terapeutico, basato sui principi costituzionali di tutela della dignità della persona, previsto dal cdm (art. 14), dai documenti internazionali, condiviso anche in una prospettiva morale – religiosa: il dovere giuridico, etico, deontologico del medico si arresta di fronte all'incurabilità della malattia, giacché ogni protrazione della terapia, trasformando il paziente da soggetto in oggetto, viola la sua dignità».

Viene così evidenziato il ruolo della dignità della persona come limite all'azione del medico, volta a prolungarne l'esistenza, quando siano definitivamente tramontate le speranze di recuperarlo ad una vita cosciente ⁽¹³⁴⁾.

Nonostante queste premesse, l'autorizzazione alla sospensione del trattamento viene negata sulla base del «dibattito ancora aperto in ordine

ché la nota integrativa allo stesso sottoscritta da numerosi componenti dissenzienti del Comitato, in cui si sottolinea che il documento approvato a maggioranza dal CNB risulta costruito su premesse scientificamente erronee ed è quindi incompatibile con una prassi medica non dominata dalla ideologia. Per ulteriori critiche, si veda FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in *Testamento biologico*, cit.; SANTOSUOSSO, *Amnesie e riflessi condizionati a proposito di SVP*, cit., p. 153.

⁽¹³³⁾ App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2022, con note di PONZANELLI, *Eutanasia passiva: si se c'è accanimento terapeutico*, e di SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo stato vegetativo permanente*.

⁽¹³⁴⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, cit., p. 152.

alla qualificazione del trattamento somministrato» ai pazienti in s.v.p.; in altre parole, il tutore può essere autorizzato a rifiutare trattamenti anche salvavita, purché siano trattamenti terapeutici, mentre se si tratta della alimentazione e della idratazione, vi è il dubbio che possa essere un «normale mezzo di sostentamento», una cura sempre proporzionata e quindi moralmente doverosa ⁽¹³⁵⁾.

In seguito la S.C., dopo che la Corte d'appello di Milano con una seconda pronuncia aveva ritenuto di non poter accogliere l'istanza in assenza di una specifica disposizione legislativa ⁽¹³⁶⁾, nega che il tutore sia legittimato ad esprimere il consenso od il dissenso rispetto ad un simile atto medico ⁽¹³⁷⁾; si sostiene, infatti, che, in mancanza di specifiche disposizioni, non è configurabile un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai c.d. atti personalissimi, quale deve essere considerato la sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione dei pazienti in SVP.

Tale impostazione, tuttavia, è smentita da tutti quei provvedimenti normativi (in particolare d. lgs. 24 giugno 2003, n. 211, relativo alla sperimentazione clinica; art. 6 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997) che, in tema di consenso all'atto medico di persone incapaci, attribuiscono poteri sostitutivi al rappresentante legale. In questo caso, si è già sottolineato in precedenza come, in via generale, non vi sia una vera e propria rappresentanza od una sostituzione negoziale, in quanto il legale rappresentante dell'incapace è chiamato, tenuto conto delle condizioni del paziente, a coinvolgerlo ed a renderlo partecipe nella decisione riguardante la propria salute, attribuendo rilievo fondamentale alla volontà dello stesso, nei limiti, in ogni caso, della capacità di discernimento dell'interessato e dell'importanza oggettiva dell'atto medico che deve essere svolto. In altre parole, nell'esprimere il consenso al trattamento medico per il figlio o per l'interdetto, i genitori ed il tutore debbono tener conto dell'opinione che questi è in grado di esprimere, o che ha espresso prima della perdita della coscienza ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁵⁾ In questo senso SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo stato vegetativo persistente*, cit., p. 2032.

⁽¹³⁶⁾ App. Milano, 18 dicembre 2003, in *Famiglia*, 2004, II, p. 1167, che conclude «considerata l'importanza e la delicatezza della questione, auspica il Collegio che il legislatore ordinario individui e predisponga gli strumenti adeguati per l'efficace protezione della persona ed il rispetto del suo diritto di autodeterminazione, prevedendo una verifica rigorosa da parte dell'autorità giudiziaria della sussistenza di manifestazioni di direttive anticipate. L'intervento legislativo potrebbe evitare strumentalizzazioni e sofferenze e contribuirebbe alla responsabilizzazione della collettività».

⁽¹³⁷⁾ Cass., 20 aprile 2005, n. 8291, cit.

⁽¹³⁸⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, cit., p. 155.

Si pone così, nella fattispecie, il problema di quale valore dare alle direttive anticipate del paziente in SVP, sempre che si attribuisca la valenza di trattamento medico all'alimentazione ed idratazione, in quanto, in caso contrario, il problema non si pone: se si ritiene che tale trattamento sia una «ordinaria assistenza di base», la richiesta di sospensione si configura come «una vera e propria eutanasia omissiva ... illecita sotto ogni profilo»⁽¹³⁹⁾.

Se, invece, siffatto trattamento ha natura di atto medico, il rappresentante legale nel decidere insieme al medico se proseguire o meno le cure dovrà tener conto di quanto manifestato dal paziente prima della perdita irreversibile della coscienza; di conseguenza, se tali intenzioni sono state formulate in piena consapevolezza sono un indice attendibile della sua volontà ed, ancor prima, del suo modo di intendere la vita, la malattia e la dignità umana e potranno essere disattese, non sulla base di un apprezzamento discrezionale del medico, bensì quando ci siano fondate ragioni per supporre che non corrispondano più alla volontà attuale dell'interessato⁽¹⁴⁰⁾.

In ogni caso, il rappresentante legale è investito del potere di decidere rispetto all'atto medico anche quando non risulta alcuna volontà precedentemente espressa da parte del paziente. In particolare, nella fattispecie qui considerata, il tutore consultandosi con i sanitari dovrà prendere una decisione che deve avere come parametro di riferimento l'interesse del paziente⁽¹⁴¹⁾. Nella fattispecie, l'interesse del paziente viene a toccare due principi che si evincono direttamente dalla costituzione: quello della volontarietà del trattamento e quello della dignità della persona (artt. 13 e 32, commi 1° e 2°, Cost.). In tal modo, se il rappresentante si convince che

⁽¹³⁹⁾ Così il par. 8 del documento «*L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*», approvato il 30 settembre 2005.

⁽¹⁴⁰⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, cit., p. 156, la quale sottolinea che potranno essere disattese quando sopravvengano circostanze che siano un chiaro indice di un possibile superamento di quelle intenzioni, come, ad esempio, progressi della medicina che aprono speranze su patologie che in precedenza non ne lasciavano alcuna.

Tale ricostruzione è coerente con quanto contenuto nel punto 62 del Rapporto esplicativo che accompagna la Convenzione di Oviedo, il quale chiarisce la portata dell'art. 9 della stessa Convenzione. Al riguardo, si veda la nota n. 81.

Sulla possibilità per il sanitario di disattendere le direttive anticipate del paziente, nel caso in cui, sulla base degli sviluppi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche non risultino più corrispondenti a quanto l'interessato aveva previsto al momento della loro redazione, si veda SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate*, cit., p. 170.

⁽¹⁴¹⁾ FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, cit., p. 158.

certi trattamenti sanitari sono, data la loro inutilità, contrari alla dignità della persona, può chiedere nell'interesse del paziente l'autorizzazione ad interromperli ⁽¹⁴²⁾.

6. - Dopo aver esaminato il diritto del paziente di rifiutare il trattamento sanitario in casi particolari, è opportuno accertare come si attegga tale diritto nelle ipotesi in cui il trattamento sia obbligatorio; come è noto, i trattamenti sanitari obbligatori debbono essere necessariamente previsti da una legge e debbono essere volti a tutelare congiuntamente la salute individuale e quella collettiva.

Al riguardo, è significativo il caso delle vaccinazioni obbligatorie; sono numerosi, infatti, i provvedimenti legislativi che prevedono l'obbligo di vaccinazioni: la l. 27 maggio 1991, n. 165 ⁽¹⁴³⁾, la l. 4 febbraio 1966, n. 51 ⁽¹⁴⁴⁾, la l. 6 giugno 1939, n. 89 ⁽¹⁴⁵⁾, la l. 5 marzo 1963, n. 292 ⁽¹⁴⁶⁾ di-

⁽¹⁴²⁾ SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo stato vegetativo persistente*, cit., p. 2032.

⁽¹⁴³⁾ L'art. 1, l. 27 maggio 1991, n. 165, relativa all'obbligo della vaccinazione contro l'epatite B, prevede che «al fine di prevenire l'insorgere e la diffusione dell'epatite virale B, la vaccinazione contro tale malattia è obbligatoria per tutti i nuovi nati nel primo anno di vita».

⁽¹⁴⁴⁾ L'art. 1, l. 4 febbraio 1966, n. 51, dispone che «la vaccinazione contro la poliomielite è obbligatoria per i bambini entro il primo anno di età e deve essere eseguita gratuitamente». Il comma 2° prevede che «il Ministro della sanità è autorizzato, sentito il Consiglio superiore di sanità, a determinare, con decreto da pubblicare nella G.U., la qualità e il tipo di vaccino da impiegare, i modi e i tempi della sua somministrazione, le categorie di bambini che per speciali condizioni possono essere dispensati temporaneamente dall'obbligo e le modalità della loro vaccinazione successiva anche dopo il decorso del primo anno di età».

⁽¹⁴⁵⁾ L'art. 1 prevede che «è obbligatoria la vaccinazione contro la difterite per tutti i bambini dal secondo al decimo anno di età. Essa, di regola, si associa alla vaccinazione antivaiolosa ed è eseguita nel secondo anno di età. L'obbligo della vaccinazione antivaiolosa entro il primo semestre della nascita, prescritto dall'art. 266 T.U. leggi sanitarie, è prorogato al secondo anno di età».

⁽¹⁴⁶⁾ Secondo l'art. 1 «è resa obbligatoria la vaccinazione antitetanica: a) per le seguenti categorie di lavoratori dei due sessi più esposti ai rischi dell'infezione tetanica: lavoratori agricoli, pastori, allevatori di bestiame, stallieri, fantini, conciatori, sorveglianti e addetti ai lavori di sistemazione e preparazione delle piste negli ippodromi, spazzini, cantonieri, stradini, sterratori, minatori, fornaciai, operai e manovali addetti all'edilizia, operai e manovali delle ferrovie, asfaltisti, straccivendoli, operai addetti alla manipolazione delle immondizie, operai addetti alla fabbricazione della carta e dei cartoni, lavoratori del legno, metallurgici e metalmeccanici. Per tali lavoratori la vaccinazione è resa obbligatoria a partire dalle nuove leve di lavoro; b) per gli sportivi all'atto della affiliazione alle federazioni del CONI; c) per i nuovi nati, i quali dovranno essere vaccinati con tre somministrazioni di anatoxina tetanica adsorbita, associata ad anatoxina difterica di cui la prima al terzo mese di vita, la seconda dopo 6-8 settimane dalla precedente, la terza al decimo-undicesimo mese di vita».

spongono espressamente l'obbligo della vaccinazione antiepatite B, anti-polio, antidifterica e antitetanica.

La l. 25 febbraio 1992, n. 210, invece, prevede un indennizzo a favore dei soggetti danneggiati «da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati». Tale intervento legislativo trae origine dalla pronuncia della Corte cost. n. 307 del 1990 ⁽¹⁴⁷⁾, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della l. 4 febbraio 1966, n. 51, nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo.

In modo particolare, il giudice delle leggi ha sottolineato la contraddittorietà della l. n. 51 del 1966, la quale impone un trattamento sanitario, diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma soprattutto a preservare lo stato di salute dei terzi, senza, però, prevedere una «protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento», nel caso in cui si verifichi un pregiudizio a causa del trattamento.

La vaccinazione antipoliomielitica, infatti, come ha sottolineato la Corte cost. ⁽¹⁴⁸⁾, in un altro intervento, comporta «un rischio di contagio, preventivabile in astratto – perché statisticamente rilevato – ancorché in concreto non siano prevedibili i soggetti che saranno colpiti dall'evento dannoso. In questa situazione, la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate «scelte tragiche» del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri».

Un corretto bilanciamento tra l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, diretto anche a preservare lo stato di salute della colletti-

⁽¹⁴⁷⁾ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2496; in *Foro it.*, 1990, I, c. 2694; in *Resp. civ.*, 1991, p. 73; in *Giur. cost.*, 1990, p. 1874.

⁽¹⁴⁸⁾ Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1879; in *Resp. civ.*, 1996, p. 576, con nota di Cassella; in *Danno e resp.*, 1996, p. 573, con nota di Comandè; in *Foro it.*, 1996, I, c. 2326, con nota di Ponzanelli.

vità, e la tutela della salute del soggetto che è sottoposto al trattamento è individuato, dalla Corte cost., n. 307 del 1990, nel rimedio di «un equo ristoro del danno patito».

In altre parole, il riferimento della Costituzione alla salute come interesse anche della collettività giustifica l'imposizione per legge di trattamenti sanitari obbligatori, senza, però, presupporre il sacrificio della salute individuale a quella collettiva; pertanto, qualora tali trattamenti obbligatori, come la vaccinazione contro la poliomielite, comportino il rischio di conseguenze negative sulla salute delle persone sottoposte a trattamento, il dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost. impone alla collettività, e per essa allo Stato, di predisporre mezzi di protezione specifica, consistenti in una «equa indennità».

Proprio per i rischi insiti nella vaccinazione, talvolta i genitori rifiutano di sottoporre i figli minori alle vaccinazioni obbligatorie, esponendosi così alle sanzioni di legge, come quella prevista dall'art. 3 della l. n. 51 del 1966 per la violazione dell'obbligo della vaccinazione antipolio⁽¹⁴⁹⁾. In particolare, i contravventori invocano lo stato di necessità, in quanto si sostiene che il vaccino espone il minore ad un imminente pericolo di danno grave alla salute, evitabile soltanto con il rifiuto delle vaccinazioni; a sostegno della configurabilità di uno stato di necessità, si afferma che è influente che le complicanze da vaccino siano trascurabili in termini percentuali, in quanto esiste sempre una pur minima possibilità di conseguenze nocive della salute dei singoli.

I giudici di legittimità, tuttavia, sono concordi nell'affermare l'illegittimità del rifiuto dei genitori, a meno che non vi siano fatti concreti che, nel singolo caso, rendono la vaccinazione pericolosa per il minore⁽¹⁵⁰⁾; una situazione di tal genere, in ogni caso, non è ravvisata nell'ipotesi in cui si sia già verificata nella famiglia d'origine del minore un evento di danno, a causa di una vaccinazione⁽¹⁵¹⁾. In altre parole, soltanto l'esistenza di uno specifico pericolo per la salute del soggetto, eziologicamente collegato alla effettuazione delle vaccinazioni, in dipendenza di una particolare situazione sanitaria dell'interessato, può legittimare il rifiuto dei genitori.

Tale orientamento è giustificato dalla finalità perseguita dalle norme

⁽¹⁴⁹⁾ Il comma 2° dell'art. 3, l. n. 51 del 1966 prevede che «il contravventore è punito con la sanzione amministrativa fino a lire 300.000». L'ammenda è stata depenalizzata dall'art. 32, l. 24 novembre 1981, n. 689.

⁽¹⁵⁰⁾ Cass., 8 luglio 2005, n. 14384, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 6; Cass., 24 marzo 2004, n. 5877, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 3; Cass., 18 luglio 2003, n. 11226.

⁽¹⁵¹⁾ Questo è il caso di Cass., 24 marzo 2004, n. 5877, cit., in cui i genitori del minore giustificano il proprio rifiuto in considerazione di un precedente caso di encefalopatia verificatosi in famiglia.

che prescrivono la vaccinazione obbligatoria; si sostiene, infatti, che il legislatore ha compiuto un equilibrato temperamento tra i valori che vengono in rilievo, in quanto la prescrizione normativa si fonda su una valutazione positiva, allo stato delle conoscenze scientifiche, sia dell'ideoneità del mezzo a tutelare la salute del singolo e quella collettiva sia della esiguità del rischio di effetti dannosi per il soggetto da vaccinare⁽¹⁵²⁾. In questo modo, si ritiene legittimo che il diritto all'autodeterminazione del singolo di fronte all'atto medico possa essere limitato da un obbligo di vaccinazione che mira a conferire immunità nei confronti di una malattia infettiva e quindi pericolosa, oltre che per il singolo individuo, per la collettività di cui fa parte.

7. - La condizione dei soggetti affetti da malattie mentali era disciplinata, fino al 1978, dalla l. 14 febbraio 1904, n. 36, e dal relativo regolamento emanato con r.d. 16 agosto 1909, n. 615; tale sistema era incentrato su di una visione del disturbo psichico inteso più come problema di ordine pubblico da fronteggiare con mezzi di polizia, che non come uno stato di sofferenza personale. In questo modo, l'attenzione era volta non sul diritto dell'infermo ad essere curato ed a vedere attenuate le proprie difficoltà, quanto invece sulla necessità di preservare la società dai comportamenti in vario modo lesivi e/o aggressivi che l'infermo avrebbe potuto anche in maniera solo eventuale porre in essere⁽¹⁵³⁾. In tal modo, il t.u. di pubblica sicurezza collegava inscindibilmente le nozioni di malattia mentale (o grave infermità psichica) e di pericolosità sociale⁽¹⁵⁴⁾.

Con l'introduzione della l. 13 maggio 1978, n. 180, che ha abrogato la vecchia l. manicomiale del 1904, invece, il legislatore si è preoccupato di tutelare, nella massima misura, la persona e la personalità del malato di mente, prevedendo il ricovero ospedaliero soltanto come ultima *ratio*. In questo modo, gli infermieri ed il personale medico non assumono più il ruolo di sorveglianti dei ricoverati: sono state abrogate le norme che punivano il medico per la mancata custodia, per la omessa denuncia dell'avvenuto ricovero o della dimissione del malato⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵²⁾ Cass., 24 marzo 2004, n. 5877, cit.

⁽¹⁵³⁾ MANACORDA, *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, in *Foro it.*, 1988, II, c. 119.

⁽¹⁵⁴⁾ DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 117.

⁽¹⁵⁵⁾ In giurisprudenza prima della l. n. 180 del 1978, si segnala Cass., 13 aprile 1973, n. 1055, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *Responsabilità civile*, p. 100, che ha condannato l'amministrazione provinciale per il danno cagionato da un malato di mente, ospite in un ospedale psichiatrico, che aveva colpito e ferito un infermiere.

Il malato di mente, pertanto, non è più un soggetto ospedalizzato, poiché il ricovero è un fatto del tutto eccezionale, oppure è rimesso alla sua libera scelta; a tal proposito, si può sottolineare come l'art. 1, l. n. 180 del 1978 e l'art. 34, l. n. 833 del 1978, nel disciplinare i trattamenti e gli accertamenti sanitari volontari ed obbligatori, riproducono la regola generale sancita a livello costituzionale, disponendo che gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. La regola, tuttavia, subisce eccezioni tutte le volte in cui la malattia del singolo sia tale da mettere a repentaglio le condizioni di salute o anche di vita o di sicurezza dei consociati.

In particolare, le leggi richiamate in precedenza prevedono, tra le malattie che devono essere obbligatoriamente curate, anche l'infermità di mente. Anche in tal caso, la regola è rappresentata dalla volontarietà della sottoposizione a cura e perciò del consenso al trattamento sanitario; si prevede, infatti, che «gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato» (art. 33, comma 5°, l. 23 dicembre 1978, n. 833).

Tale previsione deve essere letta alla luce dell'orientamento che tende a riconoscere anche ai soggetti classificati come incapaci, più ampi spazi di autonomia e di libertà attraverso l'individuazione di regole che consentano a ciascuno, in modo differenziato e compatibile con le proprie condizioni, l'esercizio di diritti e la tutela di interessi, rifuggendo da qualsiasi categoria classificatoria⁽¹⁵⁶⁾. In questo modo, si delinea una figura di malato psichico, inteso come soggetto debole, ma al tempo stesso ritenuto capace di compiere in autonomia o con l'aiuto od il supporto di terzi, che non si sostituiscono alla sua volontà, molti atti e fatti di rilevanza giuridica⁽¹⁵⁷⁾.

Si vuole, così, garantire il rispetto di due esigenze: salvaguardare, nella massima misura possibile, la libertà del malato ed assicurare la migliore efficacia terapeutica del trattamento psichiatrico, che presuppone una comprensione ed una accettazione, da parte del paziente, del programma curativo prescritto⁽¹⁵⁸⁾. È questa la ragione per la quale la legge vieta che il trattamento sanitario obbligatorio sia proposto e convalidato nei confronti di un soggetto che non sia stato posto nella condizione di scegliere terapie alternative, con la conseguenza che sussiste

⁽¹⁵⁶⁾ Al riguardo, si v. anche il par. 4.

⁽¹⁵⁷⁾ GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all'ambito psichiatrico*, in *Riv. it. med. legale*, 19, p. 307.

⁽¹⁵⁸⁾ CATTANEO, *La responsabilità civile dello psichiatra e dei servizi psichiatrici*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 263.

un danno ingiusto allorché il paziente sia stato privato di un tale diritto ⁽¹⁵⁹⁾.

In ogni caso, nell'ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, il consenso dell'interessato solo raramente può intervenire, in quanto la prestazione dello stesso implicherebbe che il malato di mente si renda conto della sua infermità. Appare evidente, infatti, che la *ratio* dell'obbligatorietà è rappresentata dalla necessità di evitare che l'infermo di mente possa nuocere a se stesso ed agli altri, come la natura stessa della sua malattia comporta o, può comportare in mancanza di cure adeguate; per questo motivo, in mancanza di consenso, vi è il trattamento sanitario obbligatorio.

In questo modo, è difficile immaginare che per l'infermo di mente si possa parlare di consenso, rifiuto o partecipazione al trattamento obbligatorio esattamente negli stessi termini in cui se ne discorre a proposito di qualsiasi altra patologia ⁽¹⁶⁰⁾. Si consideri, infine, che al di fuori dei casi in cui si presentano i presupposti del trattamento sanitario obbligatorio, il sanitario è tenuto a rispettare la volontà contraria del paziente; di conseguenza, in caso di rifiuto da parte di quest'ultimo alle terapie psichiatriche, il sanitario non può mai intervenire.

⁽¹⁵⁹⁾ Al riguardo Trib. Venezia, 19 dicembre 2005, giudice Stefani, la quale ha ravvisato l'illegittimità di un trattamento sanitario obbligatorio poiché anche se il paziente necessitava di un trattamento non è stato posto nella condizione di scegliere terapie alternative. In questo modo, due sanitari (il medico proponente il TSO ed il medico che aveva convalidato il trattamento), il Sindaco, il Ministero della Salute e l'Usl sono condannati al risarcimento del danno non patrimoniale quantificato in € 100.000,00.

⁽¹⁶⁰⁾ Sottolineano questi aspetti STANZIONE, ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 370.