

**RIVISTA ITALIANA DI MEDICINA LEGALE**

Anno XXXVI Fasc. 2 - 2014

ISSN 1124-3376

Cacace Simona

**IL RIFIUTO DEL TRATTAMENTO
SANITARIO, A SCANSO D'OGNI
EQUIVOCO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

IL RIFIUTO DEL TRATTAMENTO SANITARIO, A SCANSO D'OGNI EQUIVOCO

THE REFUSAL OF MEDICAL TREATMENT, TO AVOID ANY MISUNDERSTANDING

Simona Cacace *

RIASSUNTO

Il principio di generale volontarietà delle cure e il conseguente diritto di rifiutare qualsivoglia trattamento sanitario paiono inficiati da tre equivoci ricorrenti (che il presente contributo si propone d'indagare e fors'anche di risolvere), riguardo, rispettivamente, alla natura della posizione di garanzia dal medico rivestita ex art. 40 c.p.; all'interpretazione del requisito dell'attualità della volontà del paziente e a che cosa, infine, possa essere oggetto di tale dissenso. Inoltre, ai fini del rispetto dell'autodeterminazione individuale in ambito sanitario, determinanti appaiono il ruolo e i poteri attribuiti all'amministratore di sostegno eventualmente designato, nonché la validità delle direttive anticipate: elementi, questi, troppo spesso sottoposti, nel nostro ordinamento, alla mutevole valutazione di differenti orientamenti giurisprudenziali. Infine, oggetto d'analisi sono le voci di danno suscettibili di riparazione a séguito della violazione del dissenso informato opposto dal paziente, nonché le problematiche relative alla quantificazione di tale risarcimento — anche in relazione alle stesse funzioni svolte dalla responsabilità civile.

ABSTRACT

The principle of general free will for therapies and the consequent right to refuse any medical treatment seem to be questioned by three recurring misinterpretations (which the current contribution is trying to explore and perhaps even solve) about: 1) the essence of the guarantee position of the doctor as from art. 40 c.p; 2) the interpretation of the actuality of the will of the patient; 3) what could be the content of the disagreement. Moreover, in order to respect the individual self-determination in the medical field, the role and the power assigned to the eventually designed agent and the validity of the

* Professore aggregato di Biodiritto e Ricercatore di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, via San Faustino, 41 - 25122 Brescia. E-mail: simona.cacace@unibs.it.

living will appear to be crucial: elements too often exposed to the changing evaluation of the case law. Finally, damages susceptible of compensation following the violation of the informed disagreement claimed by the patient and problems related to the quantification of such compensation are subject matter of analysis — also in conjunction with the functions of civil liability.

Parole chiave: rifiuto del trattamento sanitario, consenso informato, autodeterminazione, direttive anticipate, responsabilità sanitaria, risarcimento del danno.

Key words: refusal of medical treatment, informed consent, self-determination, living will, medical liability, damages.

SOMMARIO:

1. *Misunderstandings* in tema di rifiuto del paziente cosciente e capace; 2. Una volontà attuale ed informata; 3. Il rispetto del diniego e il ruolo dell'amministratore di sostegno; 4. Il rifiuto del paziente: responsabilità professionale e risarcimento del danno; 5. L'oggetto del rifiuto, fra la vita e la morte.

1. *Misunderstandings in tema di rifiuto del paziente cosciente e capace.*

“Nessuno può essere obbligato...”: sotto l'égida del secondo comma dell'art. 32 Cost., la possibilità di rifiutare il trattamento sanitario che il medico gli prospetta o suggerisce pare, per il paziente cosciente e capace (e quantomeno in via d'enunciazione di principio), fuori discussione. Le eccezioni — è noto — dovranno ammantarsi delle sembianze legislative e mai violare, ad ogni modo, la persona umana e la sua dignità: in questo senso, l'eventuale imposizione di una cura non potrà affatto rinvenire giustificazione e riconoscimento nella mera salvaguardia delle condizioni psico-fisiche del singolo (che *sconsideratamente* se ne disinteressi), bensì trovare unica legittimazione nell'esigenza di un necessario temperamento, di volta in volta, fra il benessere e l'autodeterminazione individuali, da un lato, e la salute di qualsivoglia diverso consociato, dall'altro. D'altronde, la nostra — talvolta ondivaga — giurisprudenza non è nuova alla pratica e radicale compromissione di tali assunti — a seconda dei casi contraddetti o scardinati, nella sostanza se non nella forma, altresì per il tramite del grimaldello risarcitorio.

In particolare, gli equivoci da fugare sono tre e riguardano, rispettivamente, la natura (nonché i contenuti e i connotati) della stessa posizione di garanzia dal medico rivestita *ex art. 40 c.p.* (come pure, in qualche modo, i confini del suo *diligente* adempimento);

l'interpretazione del requisito dell'*attualità* della volontà del paziente; *che cosa*, infine, possa essere oggetto di dissenso e rifiuto.

Il primo dilemma, quindi, attiene proprio all'estensione della tutela che il personale sanitario deve apprestare; in particolare, in un caso di Testimone di Geova (peraltro malato terminale, nonché deceduto nel corso dell'esecuzione del trattamento con la forza imposto) fisicamente *costretto* e *contenuto* al fine di eseguire l'avversata emotrasfusione, il giudice milanese ¹⁾ esclude che la protezione di cui sopra possa in alcun modo essere condizionata dai *desiderata* dell'ammalato: il medico non può ridursi a « mero registratore ed esecutore di volontà » e altrui scelte; al paziente compete senz'altro d'affidarsi alla professionalità e alla capacità dello specialista, in un contesto di « riconoscimento dei rispettivi ruoli ». In questo senso, l'autodeterminazione individuale troverebbe ragion d'essere solo al di fuori del rapporto terapeutico: infatti, se al Testimone di Geova preme il rispetto di determinate sue convinzioni religiose, può ben egli optare, quindi, per la risoluzione del contratto e l'abbandono della struttura ospedaliera; per converso, se la sua volontà è quella di farsi curare, persino di guarire ed esser salvato, allora non può certo pretendere che i trattamenti erogati siano sottoposti al vaglio del suo personale gradimento. Nel caso di specie, pertanto, il problema è unicamente il *quomodo*: le modalità della condotta con cui il personale sanitario ha ritenuto di superare e contrastare il dissenso — meglio, l'opposizione — del paziente, le quali spiegano la liquidazione del danno non patrimoniale pur apprestata (20.000 euro totali, a favore dell'ammalato e della di lui moglie), per la loro brutalità, sproporzione ed inadeguatezza, in violazione di qualsivoglia principio di libertà, solidarietà ed umana dignità. Tre anni più tardi, però, il giudice di seconde cure ²⁾ si determina in tutt'altro modo: il malaugurato utilizzo della contenzione rileva ai soli fini del *quantum* risarcitorio, ma non è ritenuto elemento decisivo onde affermare l'illegittimità della condotta (ovvero l'*an* del risarcimento). L'emotrasfusione, infatti, non è annoverata fra i trattamenti sanitari obbligatori; d'altra parte, seppure il Parlamento emanasse oggi una legge in tal senso, questa sarebbe inficiata da innumerevoli profili d'incostituzionalità ³⁾, poiché in contraddizione, *in primis*, con il suaccennato principio secondo il quale il requisito della volontarietà può essere ignorato e violato solo a fronte di un bilanciamento con il benessere dell'intera collettività, ovvero in ragione

1) Trib. Milano, sez. V civ., 16 dicembre 2008, n. 14883, in *Corr. mer.*, 2009, p. 493, con commento di V. BUSI, "Sangue o no sangue?", questo è il problema... dei medici, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 639, con commento di G. CRICENTI, *Il rifiuto delle trasfusioni e l'autonomia del paziente*. Al riguardo, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi d'autodeterminazione*, in questa *Rivista*, 2013, p. 209.

2) App. Milano, sez. I civ., 19 agosto 2011, n. 2359, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1046, con commento di S. FUCCI, *Urgenza terapeutica, libertà del paziente di rifiutare anche un trattamento proposto come salvavita e responsabilità professionale*, e in *Fam.pers.succ.*, 2012, p. 185, con nota di L. GHIDONI, *Il trattamento sanitario tra protezione della personalità e imposizione di valori etici*.

3) F. MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, Trento, 1992, p. 63. V. anche A. PITINO, *Salus del corpo o Salus dello spirito? Il rifiuto dei trattamenti sanitari per motivi religiosi*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Esi, Napoli, 2012, p. 255.

dell'accertata incapacità del paziente nel provvedere alla propria personale salute. Quest'ultima, peraltro, non esiste quale nozione superiore ed estranea rispetto all'individuale percezione dell'interessato, secondo un'eteronoma scala e gerarchia di valori; il bene della salute e della stessa vita sono forgiati, infatti, dall'identità personale e dall'autodeterminazione che ne consegue, la quale altresì racchiude e custodisce la libertà religiosa e di coscienza⁴⁾. Coerentemente, allora, il diritto di decidere riguardo alle proprie cure deve intendersi in senso anche e soprattutto *negativo*, laddove la protezione che i medici sanno garantire trova conforto proprio nella Carta costituzionale, alla cui luce si devono leggere ed interpretare tutte le norme subordinate (e non viceversa), anche di matrice codicistica, nonché, naturalmente e di conseguenza, nella volontà del paziente, la quale delimita e connota l'operatività e la natura dell'intera assistenza sanitaria. Ciò che deve essere *garantito*, quindi, è che l'ammalato non sia lasciato solo, a prescindere dai contenuti delle sue libere scelte in materia di diritto alla salute; in altri termini, è come se il dissenso rispetto alla sottoposizione ad un determinato trattamento modificasse i termini stessi della realtà: la cura rifiutata non esiste più, cessa di essere *disponibile*, sicché il sanitario deve procedere con tutte le terapie possibili, esclusa quella oggetto della volontà negativa del paziente. È un rapporto, questo, nell'ambito del quale un soggetto affida ad un professionista la tutela di alcuni beni giuridici — tutela che egli non è, da solo, in grado di realizzare: purtuttavia, l'ammalato non perde certo così la titolarità di tali beni, ma ne rimane *dominus* esclusivo ed indiscusso, quale unico vero arbitro della propria vita e salute, nonché ultimo responsabile delle scelte circa l'opportunità o meno di sottoporsi ad un determinato trattamento, esattamente individuando i limiti entro i quali richiedere l'intervento del terzo ed investirlo, di conseguenza, dell'obbligo di protezione⁵⁾. In questo medesimo senso, del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sancito il diritto del Testimone di Geova a veder rispettato il proprio rifiuto⁶⁾, dal momento che « la capacità di condurre la propria vita secondo le proprie scelte » comprende altresì la possibilità di « svolgere attività percepite come fisicamente dannose oppure pericolose »: la tutela della vita privata e della libertà di manifestare una religione s'impone, infatti, quale prioritaria rispetto al potere e all'esigenza statale di « proteggere le persone dalle conseguenze infauste dello stile di vita » da loro prescelto. Orbene, proprio a séguito della

4) A questo riguardo, cfr. E. ROSSI - A. DI CARLO, *Che cosa intendiamo per "salute"? La prospettiva del costituzionalista*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Ed. Plus, Pisa, 2011, p. 9 ss.

5) *Contra*, cfr. il contributo del Prof. Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto di cure*. Parimenti, dev'essere respinta la richiesta di risarcimento del danno avanzata nei confronti della struttura ospedaliera in merito alle conseguenze pregiudizievoli del rispetto di tale rifiuto: cfr. Trib. Trieste, 12 gennaio 2011, in *Banca Dati Sistema Leggi d'Italia (De Agostini)*. Nel caso di specie, la paziente cadeva dal letto a causa della mancata apposizione di bandine laterali di sicurezza, da questa fermamente rifiutate (per i giudici, l'alternativa sarebbe stata l'integrazione del reato di sequestro di persona).

6) CEDU, sez. I, 10 giugno 2010, n. 302/02, *Testimoni di Geova di Russia c. Mosca*. Cfr. l'*excursus* giurisprudenziale di R. MATTARELLI, *L'evoluzione della responsabilità da trasfusioni coatte. Profili del risarcimento*, in *Danno resp.*, 2011, p. 436, nonché A. SANTOSUOSSO - F. FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni fra libertà e necessità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 38.

violazione di questo diritto a dissentire, la Corte d'Appello di Milano ⁷⁾ quantifica, infine, il danno sofferto dal paziente in euro 300.000, a causa della contestuale mortificazione della dignità, identità e libertà personale e religiosa, mentre gli originari 8.000 euro accordati alla moglie divengono 100.000 e comprendono altresì il danno morale da reato (nella specie, si tratterebbe « quantomeno » di violenza privata e sequestro di persona).

2. Una volontà attuale ed informata.

Nella vicenda di Piergiorgio Welby, uno degli ostacoli al distacco del respiratore artificiale pareva configurato dalla pretesa assenza del requisito dell'attualità della volontà dal paziente espressa (il secondo dei nostri equivoci). In altri termini, dal sopravvenuto stato d'incoscienza, ineluttabilmente derivante dalla disattivazione dei macchinari salvavita, sarebbe discesa la possibilità d'ignorare in automatico le determinazioni assunte fino a qualche secondo prima dal diretto interessato, dietro il baluardo di un sopraggiunto stato di necessità e di un conseguente dovere d'intervento da parte del medico. Gli esiti di simile logica appaiono, invero, paradossali: il principio stesso del consenso informato verrebbe, infatti, pressoché interamente annientato, dinanzi all'espressione di qualsivoglia volontà (certo anche *positiva*) cui consegua un'incapacità, seppur temporanea, seppur indotta da mera sedazione (interventi in anestesia). Per contro, la perfetta contestualità fra la cessazione dello stato di coscienza e la morte naturale per il distacco della macchina è d'assoluta irrilevanza: ai fini di una valutazione circa l'ossequio dovuto alle deliberazioni dell'ammalato, infatti, a rilevare è la stretta prevedibilità dell'evento, « ovvero se il paziente permanga nella sua decisione, pur sapendo quello a cui sta andando incontro e sempre che quello che effettivamente poi avviene è ciò che era stato previsto e che era comunque da lui ragionevolmente prevedibile » ⁸⁾. In questo stesso senso, non si vede il motivo per il quale, proprio onde evitare obiezioni in tema di attualità e conseguente validità del volere (peraltro fermamente e reiteratamente) espresso, l'ammalato debba provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno che *rappresenti* e rinsaldi tali medesimi *desiderata* una volta sopravvenuta l'incapacità. Si tratta, in particolare, di ipotesi

7) App. Milano, sez. I civ., 19 agosto 2011, n. 2359, cit.

8) Trib. Roma, GUP, 23 luglio - 17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. mer.*, 2010, p. 237, con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*; in *Ind. pen.*, 2009, p. 227, con commento di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 68, con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*; in *Cass. pen.*, 2008, p. 1807, con commento di C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 73, con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 463, con commento di A. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*; in *Studium iuris*, 2008, p. 502, con nota di A. GUAZZAROTTI, *Rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*; in *Foro it.*, 2008, II, c. 105, con commento di G. CASABURI, *Diritto di morire e omicidio del consenziente scriminato*; *ivi*, I, c. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario « life-sustaining »*, e in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 676, con nota di R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*.

— certo non peregrine — in cui dubbio alcuno può esservi riguardo al persistere di determinate decisioni: come Piergiorgio Welby, questi pazienti sono esaurientemente informati attorno al significato e alle conseguenze del loro diniego, nonché perfettamente consapevoli circa la natura e il decorso della patologia che li affligge; inoltre, la bontà dell'istituto dell'amministrazione di sostegno non ne giustifica qui né spiega la sua applicazione, tanto più laddove la decisione dell'ammalato pertenga ad eventi specifici e precisi, destinati a verificarsi nell'immediato o brevissimo periodo. Di conseguenza, la signora affetta da sclerosi laterale amiotrofica non necessita di altri se non di se stessa onde rifiutare efficacemente la tracheostomia e la ventilazione artificiale e meccanica che a breve si renderanno necessarie ⁹⁾; il matrimonio fra amministrazione di sostegno e direttive anticipate *ex art. 408 c.c.* non ha ragione, pertanto, d'esser celebrato, per i medesimi motivi pur espressi all'interno del decreto di nomina al fine di sconfessare l'automatismo dell'*in dubio pro vita*: « lo specifico potere-dovere andrà esercitato a condizione che la beneficiaria non manifesti una volontà opposta quando ancora le resti coscienza. Entrata in uno stato di incoscienza senza che questo sia accaduto, dovranno essere rispettati gli intenti espressi, a nulla valendo la trita obiezione di un possibile e non manifestato ripensamento all'atto del passaggio nello stato di incoscienza ». Al ricorrere di simili fattispecie, il diniego (ma anche, giova qui ripeterlo, l'eventuale volontà positiva riguardo all'esecuzione di determinati trattamenti) non è solo attuale, ma altresì informato, a séguito di un rapporto e di un confronto medico-paziente comunque intercorsi: e il medesimo ragionamento deve applicarsi riguardo all'ammalato Testimone di Geova il quale, in vista di un intervento chirurgico già programmato, rifiuti le emotrasfusioni a questo eventualmente correlate ¹⁰⁾. D'altro canto, sarà proprio sulla base di tali individuali volizioni (l'esclusione dalla sfera dell'*esistente* di una particolare terapia) che il personale sanitario dovrà ponderare, per esempio, il rapporto rischi-benefici presentato da una determinata operazione. Tali considerazioni non paiono estranee, fra l'altro, allo stesso legislatore tedesco (§ 1901a, *Patientenverfügung*) ¹¹⁾, laddove accorda egli rilevanza al coniugio testamento biologico/amministrazione di sostegno in riferimento, appunto, ai meri esami, cure od interventi « non ancora programmati » al momento della predisposizione di tali direttive. Per il resto, *sufficit* la certa, prodromica e comprovata volontà

9) Trib. Modena, 13 maggio 2008 (decr.), in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1828, con nota di G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*; in *Danno resp.*, 2008, p. 889, con commento di S. CACACE, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale. Rappresentazione in tre atti*; in questa *Rivista*, 2008, p. 1413, con nota di M. BARNI, *La via giudiziaria al testamento biologico*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 913, con commento di S. LANDINI, *Amministrazione di sostegno ed autodeterminazione terapeutica*; in *Fam. dir.*, 2008, p. 923, con commento di G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1299, con nota di M. PICCINI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, e in *Bioetica*, 2008, p. 227, con nota di M.G. SCACCHETTI, *Il testamento biologico è già previsto e tutelato dalle norme sull'amministrazione di sostegno. Il leading-case del decreto del Giudice Tutelare di Modena*.

10) Per contro, cfr. App. Cagliari, 21 gennaio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 639, e Trib. Imola, 4 giugno 2008, in *Resp. civ.*, 2008, p. 762, con annotazioni di G. FACCI, *L'osservatorio di merito*.

11) Si tratta della legge *Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*, approvata dal *Bundestag* il 18 giugno 2009. Cfr. S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 964.

del paziente (per la quale neppure parrebbe utile l'appellativo di « dichiarazioni anticipate di trattamento », laddove d'*anticipato* v'è, in fin dei conti, poco o nulla), senza alcun altro ausilio ¹²). In questo modo, peraltro, sembra altresì schivato il tranello della *non vincolatività* di tali decisioni (ovvero della necessità che il medico ne *tenga* semplicemente conto); d'altro canto, diversa è la logica laddove i requisiti di cui sopra (attualità, prevedibilità, informazione) non appaiano strettamente integrati: solo allora sarà opportuno disquisire circa l'ossequio da prestare al volere in precedenza manifestato. Così, nell'ordinamento spagnolo, le *instrucciones previas* non vengono applicate nell'ipotesi in cui « no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas » ¹³); similmente, ai sensi dell'art. 38, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, del nuovo Codice di deontologia medica (18 maggio 2014), «il medico (...) verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria». Inoltre, tali direttive seguono necessariamente «a un'informazione medica di cui resta traccia documentale» e comprovano «la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali» Una volta soddisfatte tali condizioni, però, il personale sanitario dovrà al massimo, di nuovo, semplicemente tenerne conto, cooperando con l'eventuale rappresentante legale al fine di perseguire e realizzare il *best interest* dell'ammalato. Infine, se il possibile disaccordo fra medico e rappresentante si risolve sempre con il «dirimente giudizio previsto dall'ordinamento», il terapeuta può comunque procedere con le cure da lui ritenute, in relazione alle condizioni cliniche caratterizzanti il paziente, «indispensabili e indifferibili» - con buona pace, eventualmente, della volontà in precedenza espressa dal diretto interessato.

In particolare, il dilemma circa l'obbligatorietà del rispetto di tali precedenti volizioni attiene alle ipotesi in cui, per esempio, sia trascorso un certo lasso di tempo fra l'esternazione e la cura controversa ovvero nelle quali il paziente non sia ancora tale (bensì si trovi in condizioni di perfetta salute) al momento della sua dichiarazione (con ciò potendosi temere una minore consapevolezza o ponderazione, nonché l'assenza di un preliminare passaggio dialogico-informativo con un professionista della sanità) ovvero, infine, laddove il diniego — per esempio — concerna sì determinati trattamenti, ma privi di una precisa contestualizzazione, nell'ambito di un'indeterminatezza che concerne la precisa situazione clinica in cui l'ammalato verserà — la patologia di cui si tratta, le alternative terapeutiche, le esatte conseguenze dell'ottemperanza alla sua volontà. Così,

12) Nel medesimo senso, cfr. il contributo del Dott. Rodriguez, *Il rifiuto delle cure nella prospettiva del Codice di deontologia medica: una guida per la pratica clinica?*.

13) Art. 11, comma terzo, della legge n. 41 del 14 novembre 2002, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

la Corte Suprema ¹⁴⁾ giudica non più operante (« con una valutazione altamente probabilistica ») il dissenso espresso dal Testimone di Geova al momento del ricovero e in assenza d'imminente pericolo di vita, « davanti ad un quadro clinico fortemente mutato », a séguito delle complicanze potenzialmente letali insorte durante la fase chirurgica, con il paziente oramai anestetizzato. Nel caso di specie, in particolare, tali conclusioni giudiziali rinverrebbero giustificazione nella richiesta, dallo stesso ammalato avanzata per l'eventualità in cui una trasfusione si fosse davvero resa necessaria, d'essere « immediatamente » trasferito presso un ospedale attrezzato per l'autotrasfusione (viaggio poi ritenuto dai medici troppo rischioso), così « manifestando, implicitamente ma chiaramente, il desiderio di essere curato, e non certo di morire pur di evitare di essere trasfuso ». Peraltro, l'errore è sempre confondere il rifiuto di un trattamento sanitario con un'indecifrabile volontà suicidaria, laddove il paziente aveva qui esplicitamente previsto, invece, la necessità di un'emotrasfusione salva-vita, nonché le specifiche procedure da seguire, senza neppure prendere in considerazione l'eventualità stessa di essere trasfuso. In verità, non si tratta che d'una preliminare carenza di dialogo e d'informazione: che il trasferimento presso altra struttura ospedaliera fosse assolutamente sconsigliabile in presenza di condizioni di salute tali da ritenere l'emotrasfusione indispensabile alla stessa sopravvivenza del paziente era, in tutta semplicità, circostanza affatto prevedibile — della quale il diretto interessato avrebbe dovuto certo essere edotto. Al riguardo, il problema è la ricorrente tentazione (con l'insofferenza che ne deriva) di un eteronomo giudizio quanto alle motivazioni sottostanti al diniego e alla loro presunta irrazionalità ¹⁵⁾: così, nella fattispecie, il giudice di primo grado — come si evince dalla stessa ricostruzione operata in sede di legittimità — invitava l'attore persino a rivolgersi, in futuro, a « guaritori e sciamani » (piuttosto che, aggiunge chi scrive, intralciare l'operato degli zelanti professionisti sanitari — per poi, pure, trascinarli in tribunale), nonché insinuava l'idea di una mera velleità d'arricchimento, in capo al Testimone di Geova e alla base della sua domanda risarcitoria, dal momento che la somma eventualmente percepita non sarebbe certo stata devoluta in beneficenza.

14) Cass., sez. III civ., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Dir. giur.*, 2008, p. 131, con commento di S. CARRO, *Brevi note sull'efficacia del dissenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*; in *Studium iuris*, 2008, p. 89, con nota di A. SCALERA, *Rifiuto di trasfusione salvavita*; in *Danno resp.*, 2008, p. 30, con commento di G. GUERRA, *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1885, con nota di G. FACCI, *Le trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*; in questa *Rivista*, 2009, p. 71, con commento di B. MAGLIONI - M. DEL SANTE, *Trasfusioni di sangue e Testimoni di Geova: il ruolo del medico tra rispetto della volontà del paziente e stato di necessità*, e in *Foro it.*, 2007, I, c. 1711, con annotazioni di G. CASABURI, *In tema di dissenso ad una emotrasfusione*.

15) Tentazione opportunamente sottolineata anche dal contributo del Prof. Gargani, *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*.

3. Il rispetto del diniego e il ruolo dell'amministratore di sostegno.

S'è visto come l'art. 38 del nuovo Codice di deontologia medica disciplini con una certa precisione le dichiarazioni anticipate di trattamento (altresì « espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace ») — certo a voler supplire all'inerzia legislativa, nonché nell'intento d'individuare qualche punto di riferimento (benché meramente para-normativo) d'ausilio alle scelte sanitarie. Al riguardo, peraltro, la validità e vincolatività del cartellino « Niente Sangue » (seppur sottoscritto personalmente dal diretto interessato e controfirmato da testimoni) è stata dalla giurisprudenza ¹⁶⁾ contestata proprio in punto di possibilità di ricondurvi, *in presenza di pericolo di vita grave, immediato e non altrimenti evitabile*, una volontà « concretamente accertata », « un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica », « una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni » analitiche, non una mera « precomprensione », bensì — appunto ed infine — un giudizio (un dissenso) attuale, inequivoco, informato, espresso — manifestato *ex post* e non *ex ante*. In altri termini: dubbio alcuno sussiste quanto al diritto (di fronte al quale non v'è autorità statale — legislativa, amministrativa, giudiziaria — che tenga) di preferire la salvezza dell'anima a quella del corpo ¹⁷⁾, ma il risultato di tale bilanciamento di valori non può essere affidato « ad un sibillino sintagma », ad un'ipotesi (dal medico semplicemente *ricostruita* — seppur con l'ausilio, come nel caso di specie, degli stessi familiari del paziente), bensì deve ricavarsi da una manifestazione puntuale ed articolata, dalla quale emerga l'effettiva *resistenza* delle convinzioni religiose dinanzi ad un concreto pericolo di morire. Orbene, questa stessa giurisprudenza non esclude, d'altra parte, che detta manifestazione provenga da un « rappresentante *ad acta* » dal diretto interessato designato, il quale, « dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari ». D'altro canto, riguardo a tale rappresentanza, non solo — come sopra evidenziato — potrebbe spesso neppure

16) Cass., sez. III civ., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1671, con commento di F. FORTE, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*; in *Giur. it.*, 2009, p. 1126, con nota di G. PELLEGRINO, *Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, p. 1400, con nota di P. VALORE, *Il dissenso al trattamento terapeutico*, e p. 1661, con nota di M. PETRI, *Preventivo rifiuto alla emotrasfusione e carattere inequivoco della manifestazione*; in *Studium iuris*, 2009, p. 450, con commento di A. SCALERA, *Rifiuto di trasfusione salvavita*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 58, con commento di R. MASONI, *I testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 585 e p. 2112, con note rispettivamente di G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, e di G.E. POLIZZI, *"È vietato mangiare sangue": il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*; in questa *Rivista*, 2009, p. 210, con commento di M. BARNI, *Sul rifiuto del sangue, un compromesso onorevole*, e p. 213, con commento di A.L. SANTUNIONE - E. SILINGARDI, *Il rifiuto anticipato dei trattamenti trasfusionali: la Cassazione civile ancora in bilico tra un passato che non passa ed un futuro ipotetico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 175, con nota di G. CRICENTI, *Il cosiddetto dissenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 126, con nota di M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute: personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, e in *Foro it.*, 2009, I, c. 36, con commento di G. CASABURI, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari "salvavita"*.

17) Cfr. F. MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, cit.

esservene bisogno, ma i limiti di cui — secondo alcuni — soffrirebbe sarebbero ben in grado di vanificarne qualsivoglia utilità. È il caso ¹⁸⁾ della Testimone di Geova ricoverata con grave insufficienza cardiaca, la quale sottoscrive un documento in cui rifiuta le emotrasfusioni, accetta le terapie alternative e designa il proprio amministratore di sostegno. Ecco: quest'ultimo può sì fare le veci dell'ammalato incosciente esprimendo il consenso informato al trattamento sanitario, ma l'obiettivo è pur sempre la complessiva tutela della persona *debole*, laddove la vita non può esser relegata in second'ordine rispetto alla religione per opera di un terzo — bensì, solo e sempre, conseguentemente alle volizioni dell'ammalato in prima persona considerato. Delle due l'una, però — e il giudice genovese non appare qui chiaro: in simili fattispecie, o del rappresentante, appunto, non si vede l'utilità — a fronte della volontà chiaramente espressa dalla paziente — oppure non esiste possibilità alcuna, mai, di far valere il dissenso dell'ammalato.

Ulteriore ostacolo, poi, ad un'utile operatività dell'istituto dell'amministratore di sostegno è costituito dal *momento* in cui si ritiene che il giudice possa con decreto nominarlo. Più chiaramente, a sanare un precedente, ricco contrasto giurisprudenziale ¹⁹⁾, la Corte di cassazione ²⁰⁾ ha sancito come tale designazione debba necessariamente avvenire nell'attualità dello stato d'incapacità e non *de futuro*: infatti, il singolo può ben indicare, nell'ambito della propria privata iniziativa, il soggetto prescelto, ma l'avvio della procedura giudiziale implicherebbe, comunque, « l'effettivo insorgere dell'esigenza di protezione cui è ispirata la *ratio* dell'istituto in discorso », non ammettendosi l'adozione di un provvedimento « ora per allora ». In ultima analisi, quest'orientamento finisce per annientare il funzionamento di tale forma di rappresentanza ogniqualvolta si tratti dell'adozione di una decisione *urgente* (l'applicazione o meno di una ventilazione meccanica, per esempio), laddove i tempi per ottenere un decreto di nomina possono ben rivelarsi inconciliabili con una decisione sanitaria in grado di attendere, talvolta, non più di qualche minuto (o neppure).

Si tratta, in conclusione, dell'affastellarsi di innumerevoli problematiche, la cui risoluzione è di frequente affidata al caso — paradigmatico — del Testimone di Geova che

18) Trib. Genova, 6 marzo 2009 (decr.), in *Fam. dir.*, 2010, p. 187, con commento di V. BUSI, *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*, e in www.personaedanno.it, con commento di P. CENDON, *Ads: scelte di vita sì, scelte di morte no*.

19) Per il quale, esemplificativamente, cfr. Trib. Firenze, 8 aprile 2009 (decr.), in www.personaedanno.it, con commento di C. MORETTI, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno*, e in *Il Quotidiano Giuridico*, 30 marzo 2010, con nota di E. FALLETTI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate del fine vita: un dibattito giurisprudenziale*, e Trib. Modena, 5 novembre 2008 (decr.), in *Fam. dir.*, 2009, p. 189, con nota di A. BATA - A. SPITTO, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno*, e p. 277, con commento di G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; in *Giur. it.*, 2009, p. 1400, con nota di P. VALORE, *Il dissenso al trattamento*, cit.; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 28 8, con nota di F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, e in www.altalex.com, con nota di G. MOMMO, *Testamento biologico: applicabili le disposizioni sull'amministrazione di sostegno*.

20) Cass., sez. III civ., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Riv. tel. giur. ass. it. cost.*, 9 luglio 2013, con commento di B. VIMERCATI, *Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 424, con commento di M. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*.

rifiuta l'emotrasfusione sol perché fattispecie maggiormente ricorrente nelle aule di tribunale, altresì per lo più caratterizzata dalla natura drammatica ed inequivocabile dell'alternativa che si pone al medico: rispetto del rifiuto/decesso; violazione del diniego/sopravvivenza, se non piena e completa guarigione. Le ipotesi, per contro, sono le più svariate e sottendono non solo l'ossequio a determinati precetti a carattere religioso o culturale (per esempio, il dissenso opposto dalla donna musulmana al taglio cesareo), ma altresì la considerazione, più ampiamente e in generale, di ragioni di natura etica, filosofica ed esistenziale: in altri termini, una precisa e personalissima valutazione circa la qualità della vita che valga la pena d'essere vissuta (è il caso del paziente, infine, che preferisca morire piuttosto che subire l'amputazione di un arto). Si tratta, in definitiva, non tanto e non più della possibilità di *scavalcare* questo rifiuto (eventualità, in linea teorica, per lo più avversata), bensì della definizione di criteri certi — onde tutelare il medico quanto il paziente — al fine di ritenere tale volontà vincolante anche al sopraggiungere dell'incapacità dell'interessato: e allora oggetto di questione saranno, appunto, il ruolo e i poteri dell'eventuale rappresentante, la validità e i contenuti di un documento scritto (come pure l'opportunità di delimitarne l'efficacia temporale), nonché, infine, il diverso grado di consapevolezza che, di volta in volta, può informare il diniego oggetto di controversia.

4. Il rifiuto del paziente: responsabilità professionale e risarcimento del danno.

All'affermazione di un diritto, invero, non consegue necessariamente una soddisfacente sua tutela: il problema, in particolare, verte attorno al *quantum* del risarcimento eventualmente liquidato — e per quale danno. Il rischio, certo, è quello di una riparazione *irrisoria*, a fronte di un pregiudizio — di natura tutt'altro che bagatellare — conseguente, nel dettaglio, alla violazione di un diritto del paziente « alla non futile sua autodeterminazione nel non consentire il trattamento salva-vita della trasfusione di sangue, fondato sul proprio convincimento religioso tutelato dalla Costituzione, costituente un limite invalicabile di rispetto della persona umana, nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive »²¹). Nel caso di specie, peraltro, il tribunale fiorentino giustifica i soli tremila euro liquidati a fronte dell'incertezza giurisprudenziale sussistente in materia al momento del fatto, nonché, a suo tempo, del convincimento, in capo al personale sanitario, d'agire per la salvaguardia del *best interest* dell'ammalato e in conformità, altresì, al Codice deontologico medico; inoltre, tali medesimi elementi vengono valutati ai fini di una decisione che integralmente compensa le spese del giudizio. I

21) Trib. Firenze, sez. II civ., 2 dicembre 2008, in *Resp. civ.*, 2009, 899, con commento di C. MIGHELA, *Trasfusioni eseguite contro la volontà del paziente e risarcimento del danno da lesione della libertà di autodeterminazione*.

problemi, a questo punto, paiono svariati: *in primis*, la riparazione di questa specifica voce di danno non patrimoniale (da mera violazione del consenso informato) è oggetto di esplicita esclusione in seno alle polizze assicurative solitamente stipulate dai medici. Anche in relazione a ciò, quindi, la questione attiene al bilanciamento fra l'indubbia esigenza di riparare un pregiudizio (la cui esatta determinazione monetaria, per di più, appare impresa tutt'altro che facile e oggettiva) e la necessità o opportunità, infine, di non eccedere in termini preventivi o sanzionatori, ond'evitare di gravare questi professionisti di un insostenibile carico finanziario — con effetti deleteri in punto, per esempio, di medicina difensiva, di fuga da alcune specializzazioni e di tenuta stessa dell'intero sistema di responsabilità sanitaria. D'altro canto, pare che, al ricorrere di simili fattispecie, il risarcimento apprestato rivesta non solo la classica funzione di una seppur fittizia reintegrazione di uno *status quo ante* (*compensation*), ma funga altresì, appunto, da indicatore di un sistema valoriale giuridicamente acquisito, da considerare e ossequiare nello svolgimento della quotidiana pratica professionale.

Tuttavia, alcuni possibili criteri od elementi per una quantificazione di questo danno (da lesione « del diritto di libertà personale di identità religiosa »: nel caso di specie, 38.000 euro circa) vengono suggeriti dal Tribunale di Torino ²²⁾: la natura radicata e sedimentata dell'esperienza di fede della paziente (che si traduce in una trentina d'anni di rispetto delle medesime convinzioni religiose); la paura di un avvenuto contagio, a séguito dell'emotrasfusione nascostamente praticata — timore comunque destinato ad affievolirsi con il trascorrere del tempo; la *permanenza* del pregiudizio arrecato alla pratica confessionale dell'attrice, conseguente alla necessaria convivenza con il sangue del donatore; l'insorto disagio in ambito familiare, derivante da una supposta incapacità di protezione, da parte del coniuge, a beneficio dell'ammalata; infine, il sofferto senso di tradimento nei confronti dei medici curanti, cui pure l'interessata si era completamente affidata. Orbene, a parere di chi scrive, un'ulteriore riflessione è d'obbligo: se davvero questo danno possa solo concernere la violazione di un diritto fondamentale alla libertà personale e religiosa, nonché all'individuale autodeterminazione in ambito terapeutico, e non possa altresì estendersi, in qualche modo, alla mortificazione dello stesso diritto alla salute. In altri termini, qualsivoglia trattamento sanitario realizzato nonostante la contraria volontà dell'ammalato sarebbe ben suscettibile di configurare un pregiudizio anche e strettamente biologico, conseguente all'avvenuta violazione della sfera d'integrità psico-fisica: il corpo è stato *toccato*, è stato *invaso*, oltre la soglia contrassegnata dal suo titolare. A non essere stata rispettata, in definitiva, è proprio la personale concezione di benessere e di salute, laddove, peraltro, la lesione alla libertà religiosa avviene proprio per

22) Trib. Torino, sez. IV civ., 13 aprile 2011, n. 2533, in *Dir. giur.*, 2011, p. 431, con commento di B. SALVATORE, *Violazione dell'autodeterminazione terapeutica e risarcimento del danno non patrimoniale: il rifiuto della trasfusione da parte del testimone di Geova*.

il tramite di quest'altra lesione, quella inflitta al corpo: in questo senso, essa risulta quantomeno *aggravata* dal mezzo dell'offesa — e il giudice non può non tenerne conto.

Del resto, l'ipotesi del violato dissenso al trattamento sanitario risolve di per se stessa la questione della dimostrazione di un nesso eziologico — che pur solitamente si pone in materia di consenso informato: *id est*, la prova che il paziente, laddove adeguatamente edotto, avrebbe rifiutato l'atto medico ²³⁾. Il diniego, infatti, non è qui solamente ipotetico od eventuale o *ex post* ricostruito; d'altro canto, il fatto stesso che l'ammalato avrebbe preferito, per esempio, ottemperare alle indicazioni della sua fede religiosa piuttosto che aver salva la vita comprova la sussistenza di un danno: non *in re ipsa*, certo, ma comunque suscettibile di una dimostrazione *alleggerita*, per presunzioni — che benefici, in ipotesi, altresì della valutazione di fattori quali quelli sopra elencati.

5. L'oggetto del rifiuto, fra la vita e la morte.

« Se non vi è alcun dubbio sul diritto al rifiuto delle cure da parte del paziente capace di autodeterminarsi, non pochi interrogativi sorgono per l'interruzione delle terapie di sostegno alle funzioni vitali, la cui sospensione determini *sic et simpliciter* la terminazione biologica della vita »: ecco che il Consiglio Superiore di Sanità ²⁴⁾ esprime, in tutta la sua drammaticità, la lacerante difficoltà, per il medico, non tanto di veder morire il proprio paziente, bensì di *lasciarlo* morire, cessando di prendersene cura, ancor più laddove il tramite sia una sua condotta attivo-omissiva. D'altro canto, la questione appare sempre la medesima: la coincidenza fra il rispetto della negativa volontà dell'ammalato e il decesso più o meno immediato di quest'ultimo — e ciò a prescindere che l'alternativa sia la piena guarigione (a séguito, in ipotesi, di una forzata emotrasfusione) ovvero il prosieguo di una sopravvivenza meramente artificiale, nell'ambito di una patologia che comunque cagionerà, nel breve o medio periodo, l'*exitus* finale. In merito, a qualsivoglia esterna valutazione e distinguo conseguirebbe un più o meno implicito giudizio ed ingerenza nelle personali determinazioni in ordine alla propria qualità della vita — al ricorrere, è naturale, di un'accertata e piena capacità individuale, seppur in qualche modo sempre defor-

23) Cfr., *in primis*, Cass., sez. III civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 783, con commenti di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; in *Danno resp.*, 2010, p. 685, con commento di R. SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1013, con nota di M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*; in *Giur. it.*, 2011, p. 816, con commento di G. CHIARINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201, con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; in *Contr. impr.*, 2010, p. 653, con commento di C. PIRRO, *Sulla mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico*, e in *Foro it.*, 2010, I, c. 2113, con note di richiami di R. SIMONE. Al riguardo, sia altresì consentito rinviare a S. CACACE, *Medice, cura te ipsum? Il diritto all'informazione del paziente-medico (e qualche altra questione sul consenso al trattamento)*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1505, commento a Cass., sez. III civ., 27 novembre 2012, n. 20984.

24) Cfr. il parere del Consiglio Superiore di Sanità, in *Guida dir.*, 2007, p. 37.

mata e condizionata, com'è inevitabile, dalla natura impietosa di un'implacabile patologia. Inoltre, pare irrilevante che il trattamento sia o meno già iniziato: infatti, che si debba rispettare il principio del consenso informato del paziente solo sino al punto in cui questi non lo abbia ancora prestato equivale ad intrappolare l'ammalato nella posizione di garanzia dal medico rivestita, la quale finirebbe per perdere qualsivoglia connotazione *solidale* e per assumere, invece, i contorni di ulteriore vincolo e catena a danno di un soggetto già sufficientemente imprigionato dall'infermità che lo affligge²⁵). Così come *deve* essere prestato (pena l'impossibilità, per il medico, di attivarsi), il consenso *può* essere revocato: nessun disagio del personale sanitario può valere a fronte dell'esercizio di una libertà fondamentale che coinvolge i supremi diritti e valori costituzionali — la vita, la salute, la conservazione e il rispetto della propria identità personale nell'esercizio di capitali scelte esistenziali. D'altro canto, pur laddove s'intendesse invocare — da parte del singolo professionista — la clausola « di coscienza » di cui all'art. 22 del Codice di deontologia medica, al contempo così negando la natura eccezionale delle norme che nel nostro ordinamento prevedono e disciplinano l'istituto dell'obiezione di coscienza, tale diritto all'interruzione delle cure dovrebbe comunque rinvenire tutela nella complessiva organizzazione della struttura sanitaria di volta in volta considerata. Al riguardo, poi, poco importa persino la specifica qualifica di trattamenti *sanitari* attribuita agli atti e alle prestazioni oggetto di rifiuto (in particolare, si tratta qui di alimentazione e idratazione artificiali)²⁶): infatti, la libertà personale non è diritto oggetto di tutela nel mero ambito sanitario (e ciò senza dover neppure necessariamente scomodare l'ipotesi esemplificativa del detenuto in sciopero della fame) né è mai stato oggetto di reale discussione se il contenuto del *living will* sia da limitarsi ad un ambito prettamente medico (tutt'altro, se si considera che le direttive anticipate potrebbero ben vertere sulla disposizione di parti del proprio cadavere o sulle modalità di svolgimento della cerimonia funebre). Infine, neppure importa che si tratti — o meno — di accanimento terapeutico²⁷), laddove la necessità d'indagare la sussistenza di simile fattispecie sorge soltanto al capezzale di un paziente incapace, con la conseguente, essenziale demarcazione dei confini dell'obbligo

25) *Contra*, cfr. il contributo introduttivo al presente *forum* del Prof. Eusebi, *Menomazioni gravi della salute e dichiarazioni di rifiuto delle terapie: il ruolo del medico*, nonché L. EUSEBI, *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, in *Arco di Giano*, 2013, p. 57; ID., *Eutanasia (Parte giuridica - Diritti positivi odierni, parti speciali)*, in *Enc. Bioet. Scienza giur.*, vol. 5, Esi, Napoli, 2012, p. 1002; ID., *Autodeterminazione. Profili etici e biogiuridici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 957; ID., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in LENTI - PALERMO FABRIS - ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, p. 173; ID., *Dignità umana e indisponibilità della vita. Sui rischi dell'asserito « diritto » di morire*, in *Med. mor.*, 2009, p. 389, e ID., *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1227.

26) Similmente, cfr. il contributo del Prof. Vallini, *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti in tema di responsabilità del medico: spunti per una discussione multidisciplinare*, introduttivo al presente *forum*.

27) Non la pensava così, per contro, il primo giudice di Welby: v. Trib. Roma, sez. I civ., 16 dicembre 2006 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, cc. 571 e 2231, con commenti rispettivamente di G. CASABURI e di D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 78, con annotazioni di G. ALPA, *Il danno da accanimento terapeutico*, e in *Fam. dir.*, 2007, p. 292, con nota di R. CAMPIONE, "Caso Welby": il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazioni degli interpreti.

giuridico del professionista d'agire, d'intervenire o di continuare ad intervenire per la cura del proprio assistito. Per il resto, dinanzi ad un paziente cosciente e capace, la sua volontà sarà unico faro nella concreta applicazione di un sapere scientifico.

Certo, il problema è proprio quello della volontà: in questo senso, la decisione Englaro ²⁸⁾ non convince pienamente nel momento in cui accorda al tutore — né previamente designato dal diretto interessato né da questi investito dell'autorità di rappresentare determinati *desiderata* — un potere decisionale ad alternativa secca (vita/morte), per il tramite di una mera ricostruzione della volontà che il paziente avrebbe in merito espresso, se solo avesse potuto. Nel caso di specie (è noto), trattasi di valutazione ed interpretazione costruite sullo stile di vita e sul sistema di pensiero caratterizzanti una donna fra l'altro ancora molto giovane, al momento dell'avvenuto incidente, nonché su dichiarazioni da questa esternate riguardo a fatti di cronaca, in assenza di qualsivoglia reale consapevolezza o ponderazione — quantomeno proveniente da un'informativa o da un rapporto medico-paziente. Si può ben (forse) decidere, in determinati casi estremi, che sia un rappresentante a scegliere; ma che lo scudo utilizzato sia quello della volontà del paziente — questo sembra quantomeno discutibile.

28) Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in (*ex pluribus*) *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 363, con commento di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 330, con nota di E. CECCARELLI - M. PULITANO, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 100, con commento di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 107, con commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 520, con nota di M. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, e in *Foro it.*, 2008, I, c. 125, con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, e *ivi*, I, c. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario « life-sustaining »*.