

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO
in Scienze Giuridiche

Dipartimento
di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale

CURRICULUM
di Diritto Amministrativo - XXV Ciclo

LE DECISIONI ETICAMENTE RILEVANTI NEL SISTEMA SANITARIO

PROFILI PUBBLICISTICI

Settore Scientifico Disciplinare - IUS/10

DOTTORANDO:
dott. Calogero S. MICCICHÈ
Matricola R08744

TUTOR

Chiar.mo Prof. Giorgio Pastori

COORDINATORE DEL DOTTORATO

Chiar.mo Prof. Erminio Ferrari

A.A. 2011 - 2012

INDICE

| | |
|-----------------|---|
| Premessa | I |
|-----------------|---|

I

L'ordinamento costituzionale alla luce del diritto alla salute: la centralità della persona

| | |
|---|----|
| 1. Dall'igiene al benessere individuale: il processo storico di emersione della salute individuale quale oggetto di tutela giuridica | 2 |
| 1.1. L'interesse iniziale delle istituzioni pubbliche: la salubrità dei luoghi, la prevenzione e il controllo delle epidemie | 2 |
| 1.2. La graduale emersione della posizione del singolo quale (s)oggetto di autonoma tutela pubblica | 5 |
| 2. Dall'esperienza eugenetica della prima metà del Novecento ai lavori dell'Assemblea Costituente | 8 |
| 2.1. La funzionalizzazione dell'individuo all'interesse dello Stato alla luce dell'esperienza eugenetica degli Stati Uniti d'America e della Germania nazionalsocialista | 8 |
| 2.2. La reazione etica del dopoguerra: dall'efficientismo alla giustizia | 12 |
| 2.3. Il problema irrisolto del fondamento del Diritto (specie dei c.d. diritti dell'uomo): riflessioni (brevi) su eticità e laicità, giustizia e positivismo | 13 |
| 3. Dallo stato di diritto allo stato sociale di diritto: i caratteri salienti del nuovo modello di stato democratico e sociale e il ruolo emblematico dell'art. 32 della Costituzione | 17 |
| 4. La graduale emersione della portata normativa dell'art. 32 della Costituzione | 22 |
| 4.1. Dalla programmaticità alla prescrittività | 22 |
| 4.2. Alcune riflessioni sul concetto di salute | 24 |
| 4.3. Cosa si intende per "diritto alla salute" | 27 |
| 4.4. La doppia dimensione individuale e collettiva della tutela della salute | 28 |
| 5. Il diritto alla salute e la persona umana | 32 |
| 5.1. Il diritto alla salute e il personalismo costituzionale: ideologie a confronto sulla definizione di chi è persona | 32 |
| 5.2. La dignità della persona | 37 |
| 5.3. La dignità della vita e la vita degna di essere (vissuta). Critica alla possibilità di configurare un diritto a morire | 42 |

| | | |
|------|---|----|
| 6. | Il benessere della persona e la tutela della sua libertà: cronaca di una relazione difficile a cavallo tra autonomia e anarchia | 47 |
| 6.1. | Dal diritto alla salute individuale alla libertà di autodeterminazione personale | 47 |
| 6.2. | L'autodeterminazione personale e i suoi limiti | 50 |
| 7. | L'esigenza di una sintesi: la teorica dei diritti personalissimi come anello di congiunzione fra diritti e doveri della persona | 54 |

II

La tutela della salute individuale tra compiti istituzionali e rapporti di cura

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | L'art. 32 della Costituzione e i compiti di tutela della salute affidati alle istituzioni repubblicane | 59 |
| 1.1. | Le istituzioni coinvolte nell'attuazione dell'art. 32 Cost. (breve quadro di sintesi) | 59 |
| 1.2. | I compiti fondamentali del servizio pubblico sanitario e le modalità per la tutela della salute: un modello in equilibrio tra programmazione, professionalità ed effettività | 65 |
| 2. | La tutela della salute come attività necessariamente relazionale | 71 |
| 2.1. | I caratteri salienti di un rapporto faticoso eppur necessario | 71 |
| 2.2. | Dal dovere di cura del medico al diritto della persona di esprimere il consenso informato | 72 |
| 2.2.1. | Negli U.s.a. | 73 |
| 2.2.2. | In Italia | 74 |
| 2.3. | Il problema della legittimazione dell'attività medico chirurgica oggi: autodeterminazione individuale e autonomia professionale al vaglio della giurisprudenza penale, civile ed erariale | 79 |
| 2.3.1. | La prospettiva della giurisprudenza penale | 79 |
| 2.3.2. | La prospettiva della giurisprudenza civile | 81 |
| 2.3.3. | La prospettiva amministrativa ed erariale | 83 |

III

Il fine vita e la condizione di Stato Vegetativo come fonti di specifici problemi di natura etica

| | | |
|----|---|----|
| 1. | Il fine vita come caso emblematico del problema etico posto dalla modernità tecnologica | 87 |
|----|---|----|

| | | |
|------|---|-----|
| 2. | Qualche considerazione sul potere di assumere la decisione terapeutica | 91 |
| 3. | La complessità del concetto “capacità di consentire” | 94 |
| 4. | Il caso dei pazienti in Stato Vegetativo: in cosa consiste questa condizione clinica | 97 |
| 5. | I pazienti in Stato Vegetativo e i problemi giuridici e bioetici sollevati | 101 |
| 6. | Il problema della nutrizione e dell'idratazione artificiali | 105 |
| 6.1. | Le posizioni culturali in campo | 105 |
| 6.2. | Alcune precisazioni sui concetti di terapia, accanimento terapeutico, abbandono terapeutico ed eutanasia attiva e passiva | 110 |
| 7. | La questione sul piano della legislazione europea e internazionale specie con riferimento alla Convenzione europea “ <i>Sui diritti umani e la biomedicina</i> ” e la Convenzione Onu “ <i>Per i diritti della persona con disabilità</i> ” | 115 |
| 8. | La posizione assunta dalla giurisprudenza nazionale nel corso della vicenda Englaro | 123 |
| 8.1. | Le fasi iniziali del giudizio | 123 |
| 8.2. | I successivi sviluppi innanzi al giudice del rinvio | 131 |
| 8.3. | L'esecuzione della sentenza e le resistenze del S.s.n. | 134 |
| 9. | Il d.d.l. in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento | 140 |
| 10. | Libertà personale e tutela degli incapaci come nuova declinazione del perenne confronto tra libertà e autorità | 146 |

IV

Le decisioni eticamente rilevanti e i conflitti che ne possono scaturire

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | L'ordinamento al cospetto della persona incapace: la tutela dei soggetti deboli quale funzione delle istituzioni repubblicane emergente dal quadro ordinamentale di insieme | 150 |
| 1.1. | Uno sguardo complessivo al sistema delle tutele | 150 |
| 1.2. | La tutela penale della persona come indice della rilevanza pubblicistica attribuita alla vita dell'individuo | 151 |
| 1.3. | La tutela della persona come attività complessa e multilivello | 156 |
| 2. | Il ruolo dell'amministrazione e dei privati nella gestione degli incapaci che necessitano di assistenza medica e infermieristica | 157 |
| 2.1. | Le attività gravanti in capo al S.s.n. e la loro natura giuridica | 157 |
| 2.2. | Il rapporto tra l'amministrazione e i privati coinvolti nella protezione del paziente incapace | 160 |

| | |
|--|-----|
| 2.3. I soggetti incaricati della protezione dell'incapace e l'autorizzazione degli interventi infermieristici, diagnostici e terapeutici | 162 |
| 2.3.1. Le ragioni per cui si rende necessario il controllo di un soggetto estraneo all'amministrazione | 162 |
| 2.3.2. I compiti del privato nella "cura" dell'incapace | 165 |
| 3. I diritti della persona e i conflitti eticamente rilevanti sul merito delle scelte cliniche | 169 |
| 3.1. Alcune considerazioni preliminari | 169 |
| 3.2. La risposta organizzativa e i comitati etici per la pratica clinica | 170 |
| 3.3. La risoluzione giurisdizionale delle controversie | 174 |
| Conclusioni | 178 |
| Bibliografia | 181 |

Premessa

1. Negli ultimi decenni gli sviluppi conseguiti nei settori della medicina e della biologia hanno imposto all'attenzione della scienza giuridica casi e problemi "di nuova generazione". Dalla ricerca scientifica all'aborto, dalla rettifica dei caratteri sessuali all'eutanasia, dall'interruzione dei trattamenti salva vita alla fecondazione eterologa, fino alle terapie rianimatorie e alla ricerca embrionale. Sono questi solo alcuni dei temi con i quali il diritto contemporaneo si sta confrontando per costruire una disciplina capace di bilanciare *ex ante* gli interessi in gioco e per dirimere *ex post* i conflitti insorti tra quanti sono portatori di esigenze, interessi e/o visioni culturali differenti¹.

Com'è stato segnalato, «il progresso scientifico e tecnologico scatena come reazione una "assillante ansia di giuridicità" nell'uomo postmoderno, che, vedendo moltiplicate e potenziate le sue possibilità, si rivolge al diritto non solo perché riconosca spazi di libertà sempre maggiori ed elimini divieti percepiti come obsoleti e inadeguati, ma anche perché tracci limiti alla liceità dell'agire tecnico, per evitare che esso possa rivelarsi distruttivo di altre libertà e di altri diritti, sotto l'impressione, che fu già di Platone, che "il possesso di molte scienze, quando non è accompagnato dalla scienza di ciò che è meglio, poche volte è utile, il più delle volte danneggia"»².

¹ Sul punto cfr. R. FERRARA, in *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e Sanità*, R. FERRARA (a cura di), vol. V del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 15, secondo il quale «quanto più la scienza e la tecnologia si manifestano nella loro pervicace fallibilità e provvisorietà tanto più la risposta ultima (...) viene proprio richiesta al diritto, il quale è chiamato a farsi carico in prima istanza (...) del compito di interpretare il mondo reale fornendo una qualche soluzione per i problemi «pratici» che esso pone». Ciò tanto più che, come ha segnalato M. TALLACCHINI, in *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in GRASSI-CECCHETTI-ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Olschki, Firenze, 1999, pag. 57, «il diritto si trova sovente a decidere al posto della scienza, non solo nel senso che è chiamato a regolarne le modalità di attuazione, ma anche perché esso è incisivamente investito del ruolo di 'sciogliere in via normativa' talune irresoltezze o oscillazioni del sapere scientifico».

² C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, pag. 5 e ss. che alla nota n. 11 precisa come per Platone è la politica la scienza di ciò che è meglio. La politica, infatti, dovrebbe essere capace di «far trionfare ciò che è giusto attraverso il

Ebbene, in campo sanitario il progresso della scienza e delle applicazioni tecnologiche hanno consegnato a quanti possiedono le necessarie competenze, accresciute capacità di aiutare efficacemente la persona che abbisogna di cure, ma anche il potere di incidere notevolmente sulle sue condizioni esistenziali, generando potenziali rischi per la persona e la sua umanità. E, infatti, «[l]a tecnica, nella volontà indefinita di dominare il mondo, riduce ogni cosa a semplice *oggetto*, a materia di calcolo, di controllo razionale, di capacità manipolativa. Non c'è nulla che non sia *fattibile e producibile*; non c'è nulla che possa sottrarsi alle ombre del caso e del mistero. La parola decisiva ed essenziale, 'produrre', oltrepassa gli antichi confini, e si spinge fino ad includere la vita umana, la vita di quell'uomo che così è insieme *produttore e prodotto*. L'uomo ha preso la vita nelle sue mani di artefice, e la pone accanto alle altre cose, da lui calcolabili e producibili»³. Circostanze, avvenimenti che sino a qualche decennio fa erano rimesse alla fatalità dei processi naturali come la nascita, la morte, la maternità, sono adesso diventati elementi passibili di sofisticazione concorrendo ad accrescere quella liquidità, anche esistenziale, che sempre più sembra divenire la nota caratteristica dell'età presente⁴.

2. Siffatte nuove possibilità e, tra queste, certamente anche quelle che permettono di far sopravvivere in condizioni vegetative persistenti individui colpiti da gravi traumi o patologie degenerative, coinvolgono beni e valori che rappresentano il fondamento stesso di un ordinamento democratico e personalista come il nostro: la vita e la salute della persona, la sua dignità, la sua libertà fisica e morale.

Posta innanzi ai problemi della modernità (o postmodernità che dir si voglia), la scienza giuridica, memore anche delle passate esperienze⁵, in questi

coordinamento e il governo di tutte le tecniche» (in tal senso cfr. PLATONE, *Politica*, fr. 304a, in *Opere complete*, Laterza, Roma-Bari, 2003).

³ N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Bari, 2011, pag. 119.

⁴ A proposito della liquidità dell'attuale società si veda Z. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Laterza, Bari, 2007.

⁵ Ci si riferisce qui in modo particolare agli atti criminali compiuti in nome della ricerca scientifica da personale alle dipendenze dello Stato nazionalsocialista, così come documentati dal cd. processo ai dottori svoltosi a Norimberga (*U.S.A. vs Karl Brandt et al.*). Si noti che è stato

anni ha dovuto spesso confrontarsi con l'inadeguatezza degli strumenti di valutazione del tradizionale sistema giuspositivista aprendosi perciò all'apporto di ulteriori elementi valutativi⁶. Così, innanzi a richieste o comunque a situazioni che coinvolgono l'esistenza della persona, si è spesso ritenuto che nell'adottare decisioni "biogiuridiche", fossero esse normative, operative o giudiziali, si dovesse andare alla ricerca di soluzioni "sostanzialmente" giuste. *Decisioni eticamente rilevanti*, quindi, in quanto la moralità della scelta non è secondaria alla sua legittimità formale.

La particolare natura di tali decisioni, d'altra parte, se da un lato invoglia a riconsiderare l'antico rapporto tra diritto e morale, dall'altro mostra le ragioni per cui buona parte dei problemi della modernità sono stati oggetto anche delle riflessioni della bioetica. Tale disciplina, infatti, dopo essere nata per garantire la sopravvivenza dell'uomo (*Science of survival* era detta inizialmente⁷), mira ora a «cogliere i valori attraverso il dialogo e il confronto tra la medicina, la filosofia e l'etica»⁸ sino a diventare anche, o forse soprattutto, metodo di lavoro multidisciplinare, volto a creare una «area di discussione pubblica» ove «si

proprio dalla presa di coscienza della gravità degli atti allora compiuti nelle strutture costrittive tedesche (campi di concentramento, ma anche ospedali e cliniche psichiatriche), che alla fine del secondo conflitto mondiale si giunse al varo del cd. Codice di Norimberga (1946), alla formulazione dell'art. 32 della Costituzione italiana ed anche di altri atti ufficiali tutti volti ad apprestare un sistema di tutele intorno alla libertà fisica e morale della persona, rendendo illegittimo qualsiasi sperimentazione o trattamento medico condotto senza il consenso previo e informato del paziente.

⁶ L'inadeguatezza delle categorie giuridiche tradizionali era già stata segnalata da E. JÜNGER nel 1981, quando si chiedeva «cosa sono mai le leggi quando una nuova formazione proietta la sua ombra? Lo si può chiaramente constatare nei giuristi e nella loro mancanza di riferimenti cui appellarsi. Ciò che in questo caso va affrontato e risolto non potevano prevederlo né i codici di diritto civile né quelli di diritto penale. In gioco, infatti, non vi è solo un cambiamento nel quadro del diritto, quello per esempio dello stato civile, ma un evento biologico dalle conseguenze imprevedibili»; così in *Al muro del tempo*, trad. it., Milano 2000, pag. 233.

⁷ In tal senso VAN RENSSLAER POTTER, *Bioethics. Bridge to the future*, Prentice-Hall, 1971, secondo il quale il termine bio-etica indicava proprio l'intento di combinare «la conoscenza biologica con la conoscenza del sistema dei valori umani» sicché egli aveva scelto «la radice *bio* per rappresentare la conoscenza biologica, la scienza dei sistemi dei viventi; e *ethics* per rappresentare la conoscenza del sistema dei valori umani».

⁸ Così E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, pag. 5, a proposito della nozione di bioetica elaborata da André Hellegers e poi divenuta prevalente. Ma si veda anche I. CARRASCO DE PAULA/M. PENNACCHINI, *Bioetica (voce)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pag. 180.

indag[hi] il rapporto tra individui e istituzioni, nonché le decisioni collettive in materia di salute, di malattia, di vita e di morte»⁹.

3. I problemi “biorilevanti” della contemporaneità, tuttavia, a ben vedere non dipendono solo dall’esistenza di nuove possibilità, ma anche dalla reazione culturale, emotiva quasi, che esse hanno prodotto e mai più placato nella società. Da decenni oramai si legge di crisi: crisi della sovranità, dell’occidente, dei valori, ma anche crisi culturale, della famiglia, dell’autorità, etc.

Le ragioni di queste crisi, ossia di questo generale processo di trasformazione mai giunto a termine, sono antiche e affondano le proprie radici quanto meno in processi avviatisi nel ‘700 quando, sull’onda di un rinnovato umanesimo razionalista e scienziato, si è innescato in Europa lo «sviluppo delle scienze della natura (...) che tutt’oggi continua, [e che] si accompagnò ad una rinnovata concezione della società che, in quel grande laboratorio di idee teoriche e pratiche che fu la rivoluzione francese, propose nuovi modelli, superando la visione autoritario-burocratica per giungere ad una visione libertaria-partecipativa»¹⁰, la stessa che ha consentito il sorgere di un nuovo ordine.

I processi di graduale secolarizzazione e laicizzazione della società hanno segnato la «fine delle grandi narrazioni morali»¹¹, consentendo l’emersione di un pluralismo culturale rimasto schiacciato per secoli da un potere che è stato, prima di tutto, ideologico. La democrazia dei moderni è così figlia della relativizzazione perché «come istituzione d’insieme e come potere che da essa promana, non ha fedi o valori assoluti da difendere»¹² ma muove «dai concetti di tolleranza, di conoscenza dialogica e di libertà»¹³.

⁹ R. SALA, *Etica Pubblica e Biodiritto*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del Biodiritto*, vol. I del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 125.

¹⁰ F. BENVENUTI, *Disegno dell’Amministrazione Italiana*, Cedam, Padova, 1996, pag. 26.

¹¹ H.T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, trad. it. S. RINI (a cura di), Il Saggiatore, Milano, 1999, pag. 37.

¹² G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Einaudi, Torino, 2007, pag. 25.

¹³ J. RATZINGER, *Fede, verità, tolleranza: il cristianesimo e le religioni del mondo*, Cantagalli, Siena, 2005, pag. 121.

La democrazia, sebbene naturalmente pluralista e relativista, nondimeno se elevata a sistema politico presuppone dei valori fondativi¹⁴: affinché esista vera democrazia, infatti, è necessario che la comunità si organizzi intorno ad una base etica comune perché «per chi non crede in nulla, democrazia e autocrazia pari sono»¹⁵ che, d'altra parte, se «l'etica non deve rappresentare una caratteristica fondante lo stato costituzionale, “in quanto la sede dei valori non è lo stato ma la società”, tuttavia non si può ritenere che esso sia “agnostico, in quanto è permeato di valori che la società elabora ed esprime”»¹⁶.

Oggi, tuttavia, anche questo dato sembra entrato in crisi sotto la pressione di una società segnata non più solo dal pluralismo culturale ma da un più radicale multiculturalismo, dal multieticismo e da un diffuso individualismo. Come è stato di recente autorevolmente evidenziato, adesso «s'infacchisce *l'autodeterminazione* politica, la coscienza e volontà partecipativa dei cittadini; s'accresce ed espande (o prova ad accrescersi ed espandersi) *l'autodeterminazione privata*, quasi che il cittadino, reso estraneo al potere pubblico e tornato puro e semplice individuo, si svolga in ambiti di vita a-politici o anti-politici. (...) L'individuo, dismessa la veste di cittadino, reclama ed esercita libertà, volgendosi soprattutto al 'godimento pacifico dell'indipendenza privata'»¹⁷. Se ciò è vero, ecco allora che venendo ai nostri temi, la persona nel momento in cui rivendica la libertà di decidere se e come curarsi, se e quando interrompere un certo trattamento sanitario afferma in definitiva un «*poter[e] di decidere e agire secondo la propria volontà*»¹⁸.

Si tratta di un tema delicato non solo perché coinvolge quelli che abbiamo definito interessi eticamente sensibili, ma anche perché le rivendicazioni del singolo coinvolgono di sovente soggetti terzi visto che

¹⁴ In tal senso si veda quanto affermato da G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁵ N. BOBBIO, *Verità e libertà*, in *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 2006, pag. 141 e ss.

¹⁶ C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in *Principi costituzionali*, L. MEZZETTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, pag. 252; la citazione interna al passo è da G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pag. 99.

¹⁷ N. IRTI, *Diritto senza verità*, *op. cit.* pag. 113.

¹⁸ N. IRTI, *ibidem*, pag. 116.

l'individuo «ha dinanzi a sé, o risveglia e suscita, un *contro*-potere, un nucleo di interessi che l'esercizio di quella libertà è in grado di ledere o minacciare»¹⁹.

4. Dei temi citati la scienza giuridica si è sin qui occupata prevalentemente dalla prospettiva del diritto privato e ciò sebbene essi abbiano una dimensione che trascende quasi sempre la sfera privata per assumere dimensioni inevitabilmente pubbliche.

In effetti, la gran parte dei casi in cui il privato rivendica l'interruzione di un certo trattamento sanitario o, al contrario, ne pretende altri volti magari a determinarne la morte, coinvolgono sempre operatori sanitari e si svolgono per lo più all'interno di strutture riconducibili al Servizio sanitario nazionale. Strutture pubbliche, dunque, ma di matrice pubblicistica è anche la disciplina che regola gli scopi e l'esercizio delle professioni sanitarie nonché la dimensione dei beni/valori giuridici coinvolti. Eppure, ciononostante, la gestione dei conflitti viene affrontata sempre e comunque secondo modelli privatistici: la liceità delle decisioni si vorrebbe far discendere sempre e soltanto dalla volontà del paziente, a prescindere dal fatto che questa realmente esista e sia stata espressa, nonché dal suo oggetto e dalla sua causa.

Si tratta di un fenomeno interessante le cui ragioni vanno forse rintracciate nella storia recente del diritto alla salute, diritto che sul piano sostanziale è stato attuato non in virtù di una riforma chiara e organica, ma per via contenziosa, nelle aule dei Tribunali. È qui, infatti, che ragionando *ex post* sui profili della responsabilità per la lesione dei diritti ricompresi sotto l'espressione "diritto alla salute", l'art. 32 Cost. è stato via via attuato contrattualizzando il rapporto medico-paziente, patrimonializzando i beni coinvolti e finendo per costruire un sistema naturalmente conflittuale e incompleto. Ciò che è dimostrato non solo dalla crescita vertiginosa del contenzioso sanitario ma anche dalla rilevanza delle questioni che restano ancora indefinite, tra cui spicca, ad esempio, la questione del definitivo accertamento di chi o cosa è capace di legittimare un intervento sanitario, o

¹⁹ N. IRTI, *ibidem*.

quella di chi è titolare del potere di assumere le decisioni che riguardano un paziente incapace, o anche del come può garantirsi la ragionevolezza delle decisioni sanitarie se non ancorandole ad una indicazione medica.

Quanto precede mostra, a giudizio di chi scrive, l'insufficienza degli strumenti a disposizione del diritto privato e richiama l'opportunità di un rinnovato impegno del diritto pubblico nella tutela dei diritti. Ciò nella convinzione che la protezione della persona e delle sue libertà potrà essere autentica solo se non si rinuncerà ad attuarla in una dimensione solidale, capace di garantire il faticoso e continuo bilanciamento tra le istanze individuali e la tutela della dignità umana.

Capitolo I

L'ordinamento costituzionale alla luce del diritto alla salute: la centralità della persona

1. Dall'igiene al benessere individuale: il processo storico di emersione della salute individuale quale oggetto di tutela giuridica

1.1. L'interesse iniziale delle istituzioni pubbliche: la salubrità dei luoghi, la prevenzione e il controllo delle epidemie

La Costituzione, nel delineare agli articoli 2 e 3 la missione storica della Repubblica, ha posto al centro del nuovo ordinamento la persona umana nella sua fisicità e nel suo essere individuo sociale. In quest'ottica, con l'obiettivo dichiarato di favorire "il pieno sviluppo" della stessa persona, la Carta ha riconosciuto a ciascuno un ampio ventaglio di diritti, affermandone la preesistenza alla stessa comunità politica, oltre che l'impegno della collettività e delle istituzioni pubbliche a tutelarli con i tradizionali strumenti legalitari.

Ebbene, tra questi diritti spicca per le feconde conseguenze apportate al progresso dell'ordinamento democratico e per la sua novità rispetto alle esperienze del passato, quello alla salute, definito dall'art. 32 Cost. «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»¹.

Il riconoscimento di un diritto soggettivo alla propria salute, azionabile tanto verso le istituzioni quanto verso altri privati, ha rappresentato per molto tempo un *unicum* nel panorama costituzionale mondiale², ciò che suggerisce il particolare valore assegnato alla norma nell'ambito degli equilibri complessivi dell'ordinamento.

In effetti, nelle esperienze giuridiche precedenti non era mai stata offerta tutela giuridica diretta alla salute dei consociati, sudditi o cittadini che fossero. Prima dell'entrata in vigore della Costituzione, infatti, i vari ordinamenti si erano occupati in più occasioni di problemi sanitari, ma ciò era avvenuto al fine

¹ **Art. 32** - La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

² In tal senso si veda C. MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza Costituzionale repubblicana*, III, Milano, 1972, pag. 435. In senso analogo A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), Utet, Torino 2006, Vol. I, pag. 656.

di adottare misure prevalentemente volte alla tutela degli interessi della generalità e dello Stato. Ciò in quanto, com'è stato segnalato, prima dell'entrata in vigore della Costituzione la salute delle persone era «fondamentalmente avvertita come un problema di ordine pubblico (...) interno e internazionale», sicché «[l]e politiche di igiene e di profilassi per contenere gli eventi epidemiologici che facevano stragi in tutti i paesi europei erano invero costruite come momenti emblematici di una più generale politica di controllo del territorio (...) e, pertanto, potevano sfociare in misure concrete che presentavano, abbastanza di frequente, un importante profilo repressivo capace di manifestarsi anche nella forma del potere di ordinanza e, segnatamente, come un potere atipico e innominato»³.

Invero, non deve credersi che l'intervento dello Stato in campo sanitario sia sempre avvenuto solo con provvedimenti di natura costringitiva o repressiva, dal momento che già prima dell'adozione della Costituzione, quindi prima delle esperienze traumatiche che hanno segnato la cultura giuridica europea tra gli anni '30 e la fine degli anni '40 del XX secolo, non sono mancati interventi pubblici volti ad attuare politiche sanitarie che migliorassero le condizioni di vita delle fasce sociali più deboli. Ciò era avvenuto inizialmente nel Regno Unito con le *Poor Laws* succedutesi a partire dal XVI sec., ma è avvenuto poi anche nell'Italia unificata, a partire dall'approvazione della l. n. 753 del 1862 (legge istitutiva delle Congregazioni di Carità, cd. Legge Rattazzi) e poi della l. n. 6972 del 1890 (Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, cd. Legge Crispi)⁴ e ancora, poi, con varie leggi adottate al tempo del ventennio fascista.

³ R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e Sanità*, R. FERRARA (a cura di), vol. V del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 4.

⁴ Tale legge è ritenuta dai più il primo vero intervento legislativo italiano in campo sanitario per avere condotto sotto il controllo pubblico gli enti operanti nel settore dell'assistenza ai «poveri, tanto in stato di sanità che di malattia» (art. 1, comma 1, lett. a). Con riferimento al citato concetto di assistenza sanitaria, va tuttavia precisato che esso, in verità, può essere accostato a quello attuale solo con alcune precisazioni. Ciò in quanto «l'assistenza sanitaria, come modernamente intesa, costituiva [all'epoca, ndr] una sorta di *nonsense* (ossia la cosa che non c'è e, anzi, non è neppure concettualmente pensabile)» e poi anche perché «non

Erano quelli citati, tuttavia, provvedimenti legislativi che, ancora una volta, perseguivano in via prioritaria interessi di natura generale. Così, con la legge Crispi, ad esempio, nel pubblicizzare tutte le attività di assistenza e beneficenza private allora operanti nel Paese si è certo segnato l'inizio dell'intervento pubblico in sanità, ma principalmente per condurre tali enti sotto il controllo governativo, sottrarre ad esse risorse e consenso⁵ e dotare lo Stato di strumenti operativi attraverso cui condurre liberamente le proprie politiche anche demografiche. Ciò è tanto vero che ancora nel 1905, il Cammeo individuava il fine pubblico dell'intervento statale in campo sanitario proprio nell'esigenza di «avere una popolazione sana e numerosa, poiché», si diceva allora, «la sanità e il numero della popolazione è un presupposto necessario della potenza dello Stato»⁶. Quanto precede si rifletteva inevitabilmente sui profili organizzativi della macchina statale, tant'è che, per lungo tempo, le autorità responsabili delle politiche sanitarie sono state le stesse cui competeva anche la cura dell'ordine e della sicurezza pubblici, ossia il Ministero dell'Interno a livello centrale, i Prefetti e i Sindaci a livello locale⁷.

dissimilmente da quanto già previsto dalla *Poor Law* britannica, ciò che emergeva, nel senso che appariva come ontologicamente e costruttivamente apprezzabile, era l'assistenza generica, eventualmente nella versione evoluta dell'assistenza sociale», in tal senso R. FERRARA, da ultimo in *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, op. cit., pag. 6.

Sul punto si consideri però che la non corrispondenza tra le due nozioni, lungi dal dipendere da scelte culturali e in qualche modo politiche, appare connessa più che altro alle trasformazioni che il progresso scientifico e tecnologico hanno determinato negli ultimi due secoli sulla stessa natura della medicina, passata da arte quasi taumaturgica, a vera e propria disciplina scientifica. E infatti, è doveroso rammentare che con riferimento, ad esempio, alla diffusione di fenomeni morbosi, la “medicina” ha potuto approntare rimedi fondati su dati conoscitivi certi solo a partire dalla metà dell'800 quando, grazie ai progressi compiuti nella realizzazione della strumentazione microscopica, sono state effettuate quelle prime scoperte in campo microbiologico che hanno avviato lo sviluppo dell'immunologia, della sieroterapia e della vaccinoterapia (sul punto cfr. *Enciclopedia Treccani*, voce *Medicina*, in www.treccani.it/enciclopedia/).

⁵ Ciò unitamente al loro patrimonio stimato ad oltre un miliardo di lire dell'epoca, ossia «più del doppio delle entrate statali e quasi la metà del debito pubblico italiano», in tal senso A. SANDULLI - G. VESPERINI, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2011 fasc. 1, pag. 89.

⁶ F. CAMMEO, *Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria*, in *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. ORLANDO, vol. IV, Parte II, Società editrice libraria, Milano 1905, pag. 213.

⁷ È solo a partire dal 1945, infatti, che i tempi saranno maturi perché le questioni inerenti l'igiene e la sanità pubblica siano sganciate dalle politiche della sicurezza consentendo,

1.2. La graduale emersione della posizione del singolo quale (s)oggetto di autonoma tutela pubblica

Nella fase anteriore all'approvazione della Carta Costituzionale, l'attenzione dell'ordinamento è stata rivolta per lo più a quei soli fattori capaci di incidere sulla stabilità dell'assetto sociale e politico del momento. Così, tanto sotto l'egida dei regimi aristocratici, quanto sotto quella degli ordinamenti borghesi, la politica ha sempre relegato ai margini delle proprie finalità gli interessi della generalità dei cittadini che, perciò, sono rimasti a lungo subordinati all'interesse dello Stato e delle classi dominanti.

Questo stato di cose, com'è noto, ha cominciato a mutare quando, sotto la pressione delle contingenze create dall'industrializzazione ottocentesca, quelle stesse masse hanno preso ad organizzarsi in movimenti e partiti capaci di rivendicare politicamente le proprie esigenze e trasformare così quello che era stato sino ad allora uno Stato monoclasse, in una realtà pluriclasse, dove ha assunto rilevanza la «pluralità dei gruppi, degli interessi, delle idee, dei valori che possono confrontarsi nella società ed esprimere la loro voce nei Parlamenti»⁸

La necessità di offrire almeno qualche risposta alle rivendicazioni popolari ha avviato un processo di graduale trasformazione dello Stato che, in aggiunta alla sua tradizionale «funzione giuridica»⁹, ha così acquisito anche una «funzione sociale» volta alla protezione di interessi estesi alla generalità dei

prima, l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri dell'Alto Commissariato per l'Igiene e la Sanità e poi, nel 1958, la creazione del Ministero della Sanità (oggi della Salute).

⁸ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 43. Si veda pure A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, in Enciclopedia giuridica, Treccani, Roma 1988, pag. 3, dove si afferma che le principali analisi sullo Stato sociale concordano ormai sul fatto che all'origine della funzione sociale dello Stato vi sono state «l'industrialismo, con i suoi vari epifenomeni economici sociali e politici, da un lato, e la democratizzazione dei processi decisionali, dall'altro».

⁹ Ossia alla «funzione basilare di garanzia diretta ad assicurare la pacifica e ordinata convivenza e il rispetto delle libertà civili», così, richiamando le posizioni a suo tempo espresse da RANELLETTI nei *Principi del diritto amministrativo* del 1912, G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in AA. VV., Studi in onore di Vittorio Ottaviano, II, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 1083.

consociati¹⁰. In Italia questa trasformazione, per la presenza di «forze che non accettavano pienamente i valori della democrazia pluralistica e [per] l'arroccamento delle forze economiche»¹¹, non è stata indolore, ma è stata gestita favorendo l'instaurarsi di un regime autoritario sotto il quale, comunque, si è realizzato ciò che in Germania era già avvenuto ai tempi del Bismarck, ossia la «trasformazione della macchina dello Stato (...) chiamato ad intervenire con frequenza crescente nei settori sensibili dell'assistenza sociale, delle pensioni, delle assicurazioni sociali, della stessa organizzazione dei processi produttivi...»¹².

Nasceva così lo «Stato delle prestazioni»¹³ il quale, in questa prima fase, ha però attribuito ai cittadini meri «diritti civili», ossia diritti che «l'individuo ha verso lo Stato nella sua qualità di cittadino per godere dei beni (cose o servizi), che quello secondo la sua finalità si è assunto di prestare a favore dei suoi membri, diritti a prestazioni positive, diritti relativi», ossia, detto in altri termini, pretese azionabili solo a condizione che, e nei limiti in cui, «lo Stato [avesse assunto, ndr] determinati compiti di prestazione»¹⁴.

In questo contesto la posizione del singolo è rimasta costantemente subalterna a quella dello Stato sino quasi ad annullarsi al cospetto dell'interesse generale. Ciò spiega perché per lungo tempo, com'è stato notato, sono mancate le condizioni per «una qualsiasi considerazione della salute come situazione giuridica soggettiva dell'uomo o del cittadino» e perché «l'unico scopo individuato come primario era quello di impedire, o limitare, emergenze epidemiche rischiose per la conservazione dell'ordine pubblico e (...) gli stessi

¹⁰ In tal senso G. PERTICONE, *Stato (Teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Utet, Torino 1987, pag. 243. Sul punto si veda però anche G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, *op. cit.* pag. 1083.

¹¹ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, *op. cit.* pag. 48.

¹² R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, *op. cit.*, pag. 10.

¹³ G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, *op. cit.* pag. 1084.

¹⁴ G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, *op. cit.* pag. 1083. E infatti quello non era ancora Stato sociale ma solo un sistema di protezione sociale riconducibile al modello in voga nello Stato di polizia del Wohlfahrtstaat (circa le differenze tra tale modello e quello del Welfare State, si veda F. BENVENUTI, In re: *Stato del benessere V. benessere di Stato*, in *Diritto e società* 1984, 1, pag. 15.

interessi pubblici connessi con l'igiene degli abitati erano tenuti presenti e tutelati, fundamentalmente, in vista del raggiungimento di questo stesso fine»¹⁵.

Come si è anticipato *supra*, con l'approvazione della Costituzione questo stato di cose è finalmente venuto meno. L'attribuzione della sovranità direttamente in capo al popolo ha segnato la fine (o perlomeno i suoi presupposti positivi) delle precedenti ricostruzioni autoritarie. Lo Stato, adesso, non è più «qualche cosa di avulso o estraneo rispetto al popolo ma (...) il popolo stesso in una sua precisa definizione giuridica»¹⁶, è «la società che (...) si fa Stato, che si organizza cioè per governarsi secondo valori e principi»¹⁷.

L'identificazione tra l'insieme dei cittadini viventi¹⁸ e lo Stato (la Repubblica) ha trasformato il fine prioritario di quest'ultimo che è così venuto a coincidere con la cura concreta e con il progresso di ogni singola persona, sì che adesso la posizione del singolo si staglia al centro dell'ordinamento, diventando il bene giuridico fondamentale che indirizza l'agire pubblico.

Di questa nuova impostazione, culturale prima che giuridica, il diritto alla salute è quasi l'emblema, perché, come si mostrerà meglio di seguito, se da un lato riassume i caratteri propri dei diritti sociali, dall'altro rende tangibile la delicatezza della "missione storica" dell'ordinamento democratico che è tutta riassumibile nell'impegno di lasciar sviluppare progressivamente e pacificamente la persona e la società¹⁹.

¹⁵ Così R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 44.

¹⁶ F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Pubblica*, *op. cit.*, pag. 295. In senso analogo P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Stato*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, pag. 12.

¹⁷ G. PASTORI, *Società e Stato in Italia dal 1948 ad oggi*, in AA.VV., *Stato e senso dello stato oggi in Italia*, Atti del LI Corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Pescara, 20-25 settembre 1981, Vita e Pensiero, Milano, 1981, pag. 109.

¹⁸ In tal senso cfr. E. CHELI, *La Persona e le Istituzioni*, in www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/La_Persona_e_le_Istituzioni.pdf, 2011, pag. 5.

¹⁹ Sul tema si veda ampiamente F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Cedam, Padova, 1996.

2. Dall'esperienza eugenetica della prima metà del Novecento ai lavori dell'Assemblea Costituente

2.1. La funzionalizzazione dell'individuo all'interesse dello Stato alla luce dell'esperienza eugenetica degli anni Stati Uniti d'America e della Germania nazionalsocialista

Ponendo al centro del nuovo ordinamento la persona e riconoscendogli dei diritti fondamentali e talvolta inviolabili, la Costituzione ha operato una rottura netta non solo con il passato regime autoritario, ma, più in generale, con l'idea, diffusa anche in altre esperienze "democratiche", secondo cui il singolo e la sua dignità possono essere asserviti all'interesse sovraordinato della collettività.

Ciò emerge chiaramente dalla lettura del secondo comma dell'art. 32 Cost., dove l'attribuzione al legislatore del potere di imporre dei trattamenti sanitari, è stato inderogabilmente limitato «al rispetto della persona umana»²⁰.

La norma non nasce dal nulla, ma è stata introdotta proprio allo scopo di evitare che un errato bilanciamento tra interessi pubblici e privati potesse giustificare, ad esempio, l'adozione di leggi volte ad attuare programmi di sterilizzazione coatta, esperienza questa allora particolarmente sentita in quanto praticata in diversi paesi occidentali.

A partire dalla diffusione delle prime teorie eugenetiche elaborate nella seconda metà del XIX sec. dal britannico Francis Galton²¹, infatti, alcuni Stati

²⁰ Disposizione questa introdotta su emendamento dell'on. A. MORO per escludere in radice la possibilità che il legislatore potesse in futuro introdurre anche in Italia leggi sulla sterilizzazione non volontaria, come ben risulta dai verbali delle sedute che si sono occupate dell'art. 32, in www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm.

²¹ Secondo lo studioso «le doti intellettuali eccellenti si trasmettono prevalentemente per via chimica (*rectius*, genetica, *ndr*), con legami solo secondari con le condizioni culturali e ambientali, seguendo leggi regolari e perfezionandosi nel senso della selezione naturale darwiniana», così M. CICERI, *Origini Controllate. La prima eugenetica italiana 1900 - 1924*, Prospettivaeditrice, Civitavecchia, 2009, pag. 11.

Tuttavia, poiché la riproduzione umana avviene senza prestare attenzione ai caratteri genetici dell'altro coniuge, secondo GALTON l'umanità sarebbe stata condannata ad una inesorabile «regressione verso la media» e dunque ad un processo di degenerazione della specie. Da qui, dunque, l'impegno ad impedire tale degenerazione e migliorare le qualità della "razza"

nel corso dei primi decenni del XX secolo avevano introdotto nei propri ordinamenti dei programmi per la sterilizzazione coatta dei propri cittadini affetti da patologie ereditabili²².

Ciò è avvenuto non solo nella Germania nazista, ma anche in altre nazioni democratiche tra cui gli Stati Uniti, dove la prima legge in materia di sterilizzazione degli “individui nocivi per la società”²³ è stata adottata nel 1924 dallo Stato della Virginia.

applicando anche alla riproduzione umana quei criteri selettivi che da tempo venivano già impiegati in campo zootecnico; sul punto C. A. DEFANTI, *Eugenetica: un tabù contemporaneo*, Codice edizioni, Torino, 2012, pag. 15

²² A tal proposito va considerato che le proposte eugenetiche hanno riscosso maggiormente successo nei periodi di crisi finanziaria. Non stupisce allora che i primi provvedimenti legislativi di stampo eugenetico sono stati approvati alla fine della prima guerra mondiale, quando il problema della razionalizzazione della spesa pubblica in campo sociale è diventato prioritario.

Sul punto si consideri anche che in seno alle società liberali il tema dell’allocazione delle risorse pubbliche è sempre stato particolarmente sentito, tant’è che già nel 1862 Clémence ROYER, traduttrice francese dell’opera di Darwin, trasponendo in campo sociale le scoperte darwiniane, aveva sostenuto nella prefazione ad un volume che «[è] nelle sue conseguenze morali e umane che la teoria di Darwin è feconda (...) La legge di selezione naturale, applicata all’umanità, mostra con sorpresa, con dolore, quanto sono state false fin qui le leggi politiche e civili, così come la nostra morale religiosa (...) Mentre si considera che tutte le cure e tutti i sacrifici dell’amore e della pietà siano dovuti ai rappresentati decaduti o degenerati della specie, nulla tende ad aiutare la forza nascente, a moltiplicare il merito, il talento e la virtù». Così in C. A. DEFANTI, *Eugenetica, op. cit.*, pag. 12.

²³ D’altra parte in seno ai due ordinamenti la legislazione in materia di sterilizzazione non volontaria non è stata l’unica di stampo eugenetico.

Per quanto riguarda gli Usa, infatti, è possibile ricondurre tra i provvedimenti eugenetici anche la legge federale sull’immigrazione del 1924 (cd. *Immigration Act*) dal momento che restringeva l’accesso nel Paese sia dei migranti asiatici che di quelli provenienti dall’est e dal sud Europa in quanto “razzialmente inferiori”.

La legge citata prevedeva inoltre che gli immigrati, una volta giunti *Ellis Island*, fossero sottoposti a controlli sanitari e test psicologici volti ad evitare l’ingresso nel Paese di soggetti potenzialmente idonei a rappresentare un peso per i contribuenti statunitensi. Con riferimento alle ulteriori finalità di interesse generale perseguite dall’*Immigration Act* si veda comunque quanto pubblicato sul sito istituzionale dell’Ufficio Storico del Dipartimento di Stato Usa, in www.history.state.gov/milestones/1921-1936/ImmigrationAct.

Per quanto attiene invece alla Germania, essa ai tempi del nazionalsocialismo ha adottato ulteriori provvedimenti solo *latu sensu* eugenetici. È questo il caso del cd. Programma Eutanasia o Programma T4, programma segreto approvato nel 1939 attraverso un “provvedimento del Führer” (atto atipico) e volto alla soppressione fisica dei “malati considerati inguaribili” tra cui quelli psichiatrici.

Le modalità esecutive, gli esiti del programma, nonché le ragioni per le quali lo stesso non è stato attuato tramite provvedimento legislativo sono efficacemente descritte da A. RICCIARDI VON PLATEN, in *Il nazismo e l’eutanasia dei malati di mente*, Le Lettere, Firenze, 2000. Ma si veda anche C. A. DEFANTI, *Eugenetica, op. cit.*, pag. 195 e ss.

Scorrendo il testo di quella legge²⁴ è interessante notare come, pur in una cornice ordinamentale democratica e costituzionale, l'imposizione del trattamento sanitario coattivo è stata giustificata su ragioni di ordine pubblico, affermando che «la salute del singolo malato ed il bene della società possono essere avvantaggiati in alcuni casi dalla sterilizzazione dei soggetti mentalmente anormali, effettuata sotto una rigorosa sorveglianza e per decisione delle autorità competenti e coscienziose»²⁵. Certo, nell'ottica di un "equo" bilanciamento degli interessi in gioco, non mancavano giustificazioni di ordine tecnico e infatti, a detta del legislatore americano, la sterilizzazione era alla fine un intervento poco invasivo, potendo «essere effettuata (...) senza dolore né rischi eccessivi per la vita del soggetto»²⁶. Così, ritenendosi che «l'eredità gioca[sse] un ruolo importante nella trasmissione della demenza, dell'idiotismo, dell'imbecillità, dell'epilessia e del crimine» e sussistendo un interesse di ordine pubblico a che la trasmissione di queste tare venisse arrestata, la sterilizzazione diventava per l'individuo malato addirittura un evento favorevole, perché l'alternativa era la sua segregazione in strutture costrittive²⁷.

D'altra parte, argomentazioni simili saranno alla base anche della "Legge per la prevenzione della prole malata" adottata in Germania nel 1933 per la sterilizzazione di quanti avrebbero potuto trasmettere alla prole ritardi mentali, schizofrenie, psicosi maniaco-depressive, epilessia, corea di Huntington, cecità o sordità ereditarie e grave alcolismo. Come quella varata in seno alla

²⁴ La legge, che resterà in vigore sino al 1972, è rinvenibile all'indirizzo internet www.eugenicsarchive.org/eugenics/image_header.pl?id=1241&printable=1&detailed=0.

²⁵ «Whereas, both the health of the individual patient and the welfare of society may be promoted in certain cases by the sterilization of mental defectives under careful safeguard and by competent and conscientious authority».

È qui interessante notare non solo come non è minimamente detto cosa dimostri il rapporto citato, ma più in generale come venga usata una terminologia scientifica per mascherare la responsabilità politica sottesa ad una scelta autoritaria e contraria al diritto naturale o comunque ai diritti dell'uomo.

²⁶ «Whereas, such sterilization may be effected in males by the operation of vasectomy and in females by the operation of salpingectomy, both of which said operations may be performed without serious pain or substantial danger to the life of the patients».

²⁷ Più precisamente si diceva, «Whereas, the Commonwealth has in custodial care and is supporting in various State institutions many defective persons who if now discharged or paroled would likely become by the propagation of their kind a menace to society but who if incapable of procreating might properly and safely be discharged or paroled and become self-supporting with benefit both to themselves and to society».

democrazia statunitense, anche la legge tedesca accostava allo scopo di migliorare la razza salvandola dalla degenerazione, quello prioritario di «ridurre il peso che tali persone “improduttive” esercitavano rispetto alle risorse limitate della nazione»²⁸.

È interessante evidenziare che in entrambe le esperienze legislative citate, la ragione fondamentale per l'imposizione degli interventi coattivi era di ordine prevalentemente economico e partiva dal presupposto secondo il quale, innanzi all'interesse pubblico, l'integrità e la libertà della persona, se effettivamente insana (*unfit*, secondo la terminologia statunitense), avrebbero dovuto cedere il passo.

D'altra parte non può tacersi che i programmi di sterilizzazione coatta sono stati giudicati legittimi e in linea con i valori dell'ordinamento democratico perfino dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Secondo la Corte²⁹, infatti, se la società ha potuto richiedere «più di una volta (...) ai propri migliori elementi il sacrificio della loro vita» allora poteva anche e a maggior ragione «chiedere a quelli che già attentano alla forza dello Stato questi sacrifici minori, al fine di evitare di essere sommersi dall'incapacità»³⁰.

La ricostruzione operata dalla Corte Suprema mostra chiaramente quanto peso abbia sempre avuto il retroterra culturale sulle garanzie effettivamente accordate alla persona su quella che vedremo essere la sua dignità. Ciò spiega, almeno in parte, perché programmi sanitari di questo tipo si

²⁸ C. A. DEFANTI, *ibidem*, pag. 200.

²⁹ Sentenza n. 292 del 1927, *Buck vs Bell*, estensore il giudice Wendell Holmes Jr e posizione dissenziente del giudice Bluter, in www.eugenicsarchive.org.

In relazione alla legittimità costituzionale delle leggi di sterilizzazione si precisa che queste sono rimaste in vigore (ed applicate) in più Stati dell'Unione sino alla fine degli anni '70.

Si segnala inoltre come di recente, ammettendo l'illegittimità del proprio operato, lo Stato del North Carolina ha istituito la North Carolina Justice for Sterilization Victims Foundation, organizzazione pubblica volta ad offrire assistenza e indennizzi alle “vittime” del programma.

³⁰ «*We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence.*»

E concludeva poi affermando che «è meglio per tutto il mondo che, invece di aspettare di sopprimere la progenie degenerata per la sua criminalità, o di farla morire di fame per la sua imbecillità, la società possa impedire a coloro che sono chiaramente malati di continuare la propria stirpe».

siano diffusi prevalentemente in ambienti caratterizzati dall'utilitarismo e dall'efficientismo di stampo protestante, mentre sono sempre stati rifiutati, anche in periodo bellico³¹, in contesti latini³².

2.2. La reazione etica del dopoguerra: dall'efficientismo alla giustizia

La scoperta della quantità e qualità dei crimini compiuti - anche in nome della scienza e della medicina - negli anni precedenti, la presa d'atto di quanto in basso possa cadere il livello di civiltà di una collettività, e con quale "banalità" poi, hanno suscitato nel dopoguerra una reazione morale tesa a esorcizzare il male conosciuto e compiuto per riappropriarsi di quell'*humanitas* sacrificata e distrutta³³.

In quest'ottica, la Costituzione, in linea peraltro con tutte le coeve esperienze costituzionali occidentali, ha voluto porre le basi per la costruzione di un nuovo ordinamento, giusto e rispettoso della persona e dei diritti ad essa spettanti proprio in quanto appartenente al genere umano (dunque in forza della sua naturale dignità). Diritti e principi costituzionali sono stati resi non

³¹ Come ricorda M. CICERI, in *Origini Controllate, op. cit.*, pag. 214, già nel 1926 alcuni sostenitori italiani dell'eugenetica avevano ritenuto che non fosse possibile introdurre programmi di sterilizzazione coatta «nel mondo latino, ove gli istinti umanitari tradizionali [si sarebbero ribellati]...»; si optò conseguentemente per altre politiche più moderate che sono tradizionalmente note come eugenetica popolazionista.

³² L'avversità suscitata in Italia fu tale che, com'è noto, in sede costituente si è ritenuto di dover introdurre un preciso limite alla stessa discrezionalità del legislatore onde escludere in radice la possibilità che in futuro il legislatore potesse comunque introdurre trattamenti di sterilizzazione non volontaria o altri programmi comunque lesivi della dignità umana (in tal senso si vedano i verbali delle sedute che si sono occupate della formulazione dell'art. 32 Cost. e in particolare gli interventi dell'on. A. MORO, in www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm).

Sul punto, si consideri comunque che proprio con riferimento alle questioni eugenetiche, già nel 1930 era stata pubblicata l'Enciclica Casti Connubi di Papa Pio XI secondo cui «*le pubbliche autorità, non hanno alcuna potestà diretta sulle membra dei sudditi; quindi, se non sia intervenuta colpa alcuna, né vi sia motivo alcuno di infliggere una pena cruenta, non possono mai, in alcun modo, ledere direttamente o toccare l'integrità del corpo, né per ragioni "eugeniche", né per qualsiasi altra ragione*».

³³ A tal proposito si è visto nell'art. 32 della Costituzione un principio "ovvio" dei moderni ordinamenti democratico-costituzionali «segnati dall'effetto Auschwitz, dalla "morte di Dio", in misura così palese e perfino drammatica da costituire un punto di non ritorno, quasi la riapprensione materiale (e culturale) dell'*humanitas* perduta», così R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali, op. cit.*, pag. 3.

semplici regole di diritto, dunque disposizioni soggette alla volontà politica del momento, ma criteri di giustizia³⁴, criteri cioè capaci di mantenere costante e vitale il legame tra legge e morale.

Né avrebbe potuto essere altrimenti dal momento che, come è stato autorevolmente evidenziato, «in un ordinamento che abbia recepito i diritti fondamentali di libertà la validità [della legge, ndr] non può essere soltanto formale, e pertanto sussiste in esso un problema di giustizia interna delle leggi, e non soltanto esterna»³⁵.

2.3. Il problema irrisolto del fondamento del Diritto (specie dei c.d. diritti dell'uomo): riflessioni (breve) su eticità e laicità, giustizia e positivismo

Così, ecco che la Costituzione con l'art. 2 ha "riconosciuto" ciascuna persona umana, proprio in quanto tale, titolare di una serie di diritti inviolabili antecedenti lo Stato, rimarcando che «non è l'uomo in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo»³⁶. Il carattere solenne e però vago della disposizione non chiarisce tuttavia né quali sono questi diritti, né quale ne è la fonte.

Con riferimento alla prima questione si tratta in verità di un problema qui irrilevante, essendo ormai pacifico, da un lato, che diritti inviolabili sono

³⁴ Con riferimento all'importanza assunta anche in un ordinamento democratico dalla ricerca della giustizia e quindi dal tentativo di verificare la bontà di ogni regola non solo in termini di legittimità formale ma anche di adesione ai valori fondamentali dell'umanità, si segnala il contributo di A. TRAVI, *Un Criterio di giustizia per l'azione politica*, parte della discussione dal titolo *L'uomo, la legge, lo Stato dopo Ratzinger al Bundestag*, N. IRTI, A. NICOLUSSI, A. TRAVI, P. CAPPELLINI (a cura di), in *Vita e Pensiero*, n. 1/2012, pag. 69 e ss.

D'altra parte, si segnala anche quanto rilevato da A. BARBERA, *La laicità come metodo*, in www.forumcostituzionale.it, secondo il quale è pacifico che nell'immediato dopoguerra «gli orrori del nazismo e del totalitarismo avevano frenato la sicurezza dei gius-positivisti di matrice kelseniana che pretendevano di costruire un ordine formale sganciato da valori etici».

³⁵ N. BOBBIO in *Prefazione* a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pag. XI.

³⁶ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, pag. 155. Né, d'altra parte, avrebbe potuto essere diversamente se davvero come si è segnalato, la proclamazione della sovranità in capo al popolo ha trasformato lo Stato in «la società che (...) si organizza (...) per governarsi secondo valori e principi» (così G. PASTORI, cfr. nota 35).

«tutti quei diritti “il cui riconoscimento è intrinseco all’adozione della forma di stato democratico sociale e di diritto”»³⁷ e dall’altro, che il diritto alla salute ricade in questo gruppo³⁸.

Ancora aperto resta invece il tema della fonte di produzione e perciò di legittimazione dei diritti inviolabili dell’uomo, trattandosi di questione che risulta inestricabilmente e naturalmente avvinta all’antico e mai concluso confronto tra giusnaturalismo e giuspositivismo. D’altra parte, la questione non è da poco: il diritto, infatti, per quanto positivo, «ha sempre bisogno di essere giustificato»³⁹ e la giustificazione prescelta ha immediata ricaduta sugli sviluppi dell’ordinamento.

Ebbene, alla luce delle riflessioni sin qui svolte sul tema dalla dottrina, sembra corretto affermare che la forza giuridica dei diritti inviolabili provenga dallo stesso compromesso costituzionale raggiunto con l’approvazione - a larga maggioranza - del testo definitivo della Carta⁴⁰. Il perfezionarsi di quel patto, infatti, ha formalizzato la condivisione di alcuni valori, primo tra tutti quello di dignità della persona umana, consentendo di elevarli al rango di “principi” e di “diritti” nel nuovo ordinamento⁴¹. Poco importa se nell’ottica di ciascun partito presente in Assemblea quei valori nascevano da valutazioni differenti, razionali

³⁷ E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), Utet, Torino 2006, Vol. I, pag. 46 il quale a sua volta riprende PIZZORUSSO, *Persone fisiche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1988, pag. 30. Ma si veda anche A. BARBERA, *Commento all’art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1975, pag. 50 e ss. e da ultimo, per una panoramica delle varie posizioni dottrinali in campo, A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2011, pag. 281 ss..

³⁸ C. Cost., Sentenze nn. 103 del 24 maggio 1977 e 252 del 17 luglio 2001, in www.cortecostituzionale.it; nonché in dottrina A. BARBERA, *op. cit.* pag. 66; P. GROSSI, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili della Costituzione italiana*, Padova, 1972, pag. 176; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, pag. 774; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull’uomo*, in *Dir. soc.*, 1978, pag. 508.

³⁹ F. D’AGOSTINO, *Di che cosa parliamo quando parliamo di giustizia*, Prefazione a L. GALANTINI - M. PALMARO, *Relativismo giuridico*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, pag. VII.

⁴⁰ Cfr. E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, *op. cit.* pag. 40, nonché A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, *op. cit.*, pag. 282.

⁴¹ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, *op. cit.* pag. 118.

in un caso, metagiuridiche o addirittura religiose in un altro: ciò che conta è che su essi è stato raggiunto un accordo⁴².

È da questo compromesso che è nata una Repubblica laica, eppure costituita «nella dignità e nella libertà della “persona”, nella concretezza della stessa rispetto all’individuo astratto e isolato, nella tutela dei diritti sociali accanto ai diritti politici e civili»⁴³ e nel pluralismo sociale⁴⁴. In quest’ottica, una volta realizzata la costituzionalizzazione “dei diritti naturali” dell’uomo, «il tradizionale conflitto tra diritto positivo e diritto naturale, tra giuspositivismo e giusnaturalismo, ha perduto gran parte del suo significato, con la conseguenza che il divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere, espresso tradizionalmente sotto forma di contrasto tra legge positiva e legge naturale, si è venuto trasformando nel divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere all’interno di un medesimo ordinamento giuridico»⁴⁵. E infatti, il rinvio a valori, principi e diritti preesistenti allo stesso ordinamento impone una continua e mai definitiva verifica della giustizia sostanziale delle regole.

Se così è, pare allora condivisibile l’assunto secondo il quale la «Costituzione rifiuta la riduzione positivista della legittimità (ossia della giustizia) alla legalità, ma converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico, e quindi in materia di giudizio di un

⁴² D’altra parte, anche in relazione a quei valori che fossero affermati nel linguaggio politico come “sacri” si consideri che «[i]l “sacro” può non essere necessariamente legato alla trascendenza ed essere più laicamente considerato. Con le Rivoluzioni dell’Occidente, su cui si è costruito il costituzionalismo liberaldemocratico, il “sacro”, come fondamento di legittimità, di ordine e di senso comunitario (Maurice Gaudelier, 2010), non discende più dall’alto attraverso la persona del Sovrano, secondo la nota formula paolina (omnis potestas a Deo), ma si trasfonde direttamente nei diritti dell’uomo e del cittadino definiti, nelle prime Carte rivoluzionarie, “sacri e inviolabili”. I diritti della persona vanno difesi, per i credenti in quanto essa è costruita a “immagine e somiglianza di Dio”, per i non credenti in quanto la persona “ha valore in sé e per sé”, come “bene comune”, e non solo per la sua utilità». In tal senso A. BARBERA, *La laicità come metodo*, in www.forumcostituzionale.it, 2011, pag. 18.

⁴³ A. BARBERA, *op. ult. cit.*, pag. 4.

⁴⁴ E. ROSSI, *Art. 2, op. cit.*, pag. 38.

⁴⁵ N. BOBBIO, in *Prefazione, op. cit.* pagg. XI e XII.

Si segnala che la ricostruzione operata da Bobbio si inserisce all’interno di un più ampio dibattito giusfilosofico che a partire dagli anni ‘70 del ‘900 ha visto l’emersione del cosiddetto neocostituzionalismo, momento di sintesi tra giuspositivismo e giusnaturalismo per la ricostruzione del quale si rinvia a M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, spec. pag. 33 e ss.

organo giurisdizionale, mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pregiuridico, in opposizioni interne al diritto positivo espresse nella forma di enunciati normativi di principio strutturati o come clausole generali (per esempio i principi complementari di giustizia e di solidarietà) o come diritti soggettivi (diritti fondamentali)»⁴⁶.

Oggi, più che in passato, il problema della giustificazione del diritto, in linea con le teorie neocostituzionalistiche, è diventato allora un problema di natura ermeneutica.

Se «la Costituzione non è diritto naturale ma, anzi, la più alta manifestazione di diritto positivo»⁴⁷, è pur vero che il diritto naturale, quale modello oggettivo di giustizia⁴⁸, «fornisce un nome per il punto di intersezione tra diritto e morale»⁴⁹ diventando «il diritto degli argomenti ragionevoli», quadro culturale che permette una «speculazione critica sui valori portatrice di “buone ragioni” capaci di salvaguardare i valori individuali nel quadro di un principio di coesione sociale e di promozione del bene comune»⁵⁰ scevro da qualsiasi fondamentalismo etico, politico o economico⁵¹.

⁴⁶ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 117. In relazione al rapporto tra diritti fondamentali e diritto naturale è interessante peraltro anche il seguente passaggio riportato dall'autore alla nota 7 della medesima pag. 117: «[l]a fondazione dei diritti fondamentali nell'etica materiale dei valori traspare chiaramente dall'art. 2 Cost., che lega i diritti inviolabili dell'uomo al dovere di solidarietà sociale, così correggendo l'unilateralismo in cui era caduta la dottrina dei diritti umani, una volta separata dal concetto di legge naturale. Secondo le filosofie giusnaturalistiche prerivoluzionarie, all'interno dei diritti naturali dell'uomo era iscritta un'obbligazione verso Dio, creatore della natura (o identificato con la natura, come nella filosofia di Spinoza). Di questa obbligazione, lasciata cadere dal pensiero postrivoluzionario, il dovere di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost. è, per così dire, la laicizzazione».

⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pag. 157.

⁴⁸ L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 119.

⁴⁹ A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1954, pag. 160.

⁵⁰ L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 120.

⁵¹ L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 120.

3. Dallo stato di diritto allo stato sociale di diritto: i caratteri salienti del nuovo modello di stato democratico e sociale e il ruolo emblematico dell'art. 32 della Costituzione

Se si vuole adesso tentare di comprendere la natura più intima del nuovo ordinamento e perciò anche i valori che devono guidare qualsiasi ricostruzione che aspiri ad essere costituzionalmente orientata, è bene considerare che quando l'Assemblea Costituente ha aperto i suoi lavori, la storia offriva ad essa almeno due possibilità: limitarsi a tracciare le linee generali dello Stato riorganizzandolo secondo il vecchio modello liberale, oppure porre le basi di un ordinamento nuovo che fosse realmente democratico. Quale è stata la decisione finale è cosa nota, tant'è che, eliminato qualsiasi riferimento a sovrani e Stati sovrani, la sovranità sulla Repubblica è stata riconosciuta ("appartiene") direttamente in capo al popolo (art. 1, comma 1). La Repubblica, dunque, è il suo popolo e il benessere di quest'ultimo è l'interesse supremo dello Stato.

La persona umana è il perno del nuovo ordinamento democratico, individuo di per se stesso dotato di valore (dignità), eppure individuo sociale (*homme situé*, com'è stato anche detto⁵²), legato agli altri da valori comuni e dall'impegno ad adoperarsi per l'edificazione e il mantenimento di una società capace di assicurare a ciascuno una vita dignitosa ed esente da privazioni⁵³.

Qui, lo Stato non è più solo strumento per la tutela delle libertà negative, ma l'organizzazione politica di un popolo collettivamente impegnato anche nella promozione delle libertà positive, «con i suoi postulati in materia di "dignità umana" e di eguaglianza»⁵⁴. Ecco allora che nell'individuare "la

⁵² L'espressione è ripresa da un lavoro di G. BURDEAU, *Traité de science politique, vol. VII: La démocratie gouvernante*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

⁵³ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in Enc. giur., XI, Treccani, Roma, 1988, pag. 7.

⁵⁴ A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, pag. 7 il quale a sua volta si rifà ad H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia* (1929), Il Mulino, Bologna, 1966.

Sul punto si veda anche V.M. CAFERRA, *Diritti della persona e Stato sociale*, Zanichelli, Bologna, 1992, pag. 2, secondo il quale «[l]a concezione dello Stato sociale (*Welfare State*) si risolve nel principio di uguaglianza sostanziale e nell'idea della sicurezza sociale. Se lo Stato (liberale) di diritto è pensato soprattutto come garante delle libertà (e delle proprietà) dei cittadini e tutore dell'ordine pubblico, lo Stato sociale ha il fine primario di creare per tutti i cittadini le condizioni materiali e spirituali per l'esercizio effettivo dei diritti civili e politici; si

missione storica della Repubblica”, il Costituente ha impresso nel testo dei primi quattro articoli della Carta l’immagine dinamica di un corpo sociale vivo, di persone concrete che “svolgono” la propria personalità inverandola nella storia (art. 2 Cost.). Una società costituita da persone che “partecipano” all’organizzazione politica, economica e sociale del paese» (art. 3, comma 2, Cost.) e che “devono” (art. 4 Cost.) svolgere un’attività che «concorra al progresso materiale o spirituale» della Repubblica⁵⁵.

In questa cornice, “in un ordine sicuramente capovolto rispetto al passato”, anche le prestazioni sociali erogate dall’organizzazione comune avrebbero dovuto assumere una natura differente⁵⁶, perdendo i caratteri di meri diritti attribuiti da un soggetto terzo, lo Stato, per diventare veri e propri diritti sociali⁵⁷.

ispira quindi ad un egualitarismo non solo formale, che si attua mediante un’ampia attività pubblica di carattere promozionale-assistenziale».

⁵⁵ In relazione al rapporto tra Stato di diritto e Stato sociale, è stato anche detto che «le “costituzioni di valori” del secondo dopoguerra fondano (...) un percorso di implementazione e di completamento dello Stato di diritto, anche in sintonia con la crescita esponenziale dei compiti e delle attribuzioni dello Stato che aveva preso avvio già sul finire dell’800: il catalogo delle libertà fondamentali, segnate dall’ideologia liberale (e soprattutto liberista) dello Stato minimo, si integra con quello delle “nuove” libertà, con quello dei diritti sociali, secondo quanto disvela, senza necessità di particolari commenti l’art. 3 della nostra Costituzione, per il quale l’eguaglianza in senso formale si integra e si completa con quella in senso materiale/sostanziale», così R. FERRARA, *Salute e sanità, op. cit.*, pag. 11.

⁵⁶ Deve segnalarsi come da più parti si è constatato che il programma costituzionale, per varie ragioni, è rimasto a lungo parzialmente inattuato. Sul punto si è detto che lo «[s]pirito di conservazione» dell’organizzazione statale presente nel dopoguerra ha finito per fungere «da appoggio al mantenimento, producendone anzi una continua alimentazione, dello spirito di sudditanza nella società e tra i cittadini, e questo spirito avrebbe poi rallentato e condizionato il movimento di conquista dei diritti e delle libertà, quando questi furono riconosciuti in termini di assolutezza dalla costituzione». Anche in seguito all’entrata in vigore della Carta, infatti, le condizioni politiche dell’epoca hanno impedito il radicarsi di una reale volontà di «inaugurare una nuova stagione dello stato, come luogo di raccolta dei diritti e delle libertà positive dei cittadini e come organizzazione di strutture o istituzioni poste al servizio della società», con la conseguenza che «[m]olto sarebbe occorso in consapevolezza e determinazione per raggiungere la soglia democratica dopo un troppo lungo percorso gravato dall’autorità e dal centralismo dei poteri», così G. BERTI, in *Diritto Amministrativo. Memorie e argomenti*, Cedam, Padova, 2008, pagg. 5 e 6.

In senso analogo, sebbene per altri e più puntuali profili, si vedano però anche F. BENVENUTI, *In re: Stato del benessere V. benessere di Stato, op. cit.* pagg. 11 e ss., nonché G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in AA. VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, spec. pagg. 1083 e ss.

⁵⁷ G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale, op. cit.*, pag. 1084.

In effetti, nel vecchio modello che va sotto il nome di Stato di diritto, l'assetto complessivo dei rapporti presupponeva una relazione tra soggetti distinti e qualitativamente diversi, lo Stato e il cittadino: il primo impegnato a perseguire i propri interessi pur assicurando «una protezione nei confronti del potere costituito in Autorità», e il secondo confinato in una «posizione passiva»⁵⁸ da cui avrebbe potuto beneficiare individualmente delle prestazioni sociali paternamente erogate dal primo. Ora, invece, nello Stato sociale, che è poi Stato democratico, il cittadino vanta diritti che, diversamente dai vecchi diritti pubblici soggettivi, sono riconosciuti *ab origine* dalla Costituzione sì da atteggiarsi a «pretese a una prestazione positiva rivolta essenzialmente verso il legislatore, affinché stabilisca obblighi di adempimento in capo ai poteri pubblici e/o appresti l'apparato necessario per soddisfare le richieste dei cittadini basate sulle predette garanzie costituzionali»⁵⁹. In altri termini, posta al centro del sistema la persona, sono le stesse «pretese individuali», gli stessi «interessi umani e personali» a diventare interessi della collettività che, pertanto, «si risolve nell'ordinare e nell'organizzare quei servizi che compensano le limitazioni di fatto esistenti per la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e sono quindi fattori di integrazione collettiva dello sviluppo individuale e personale»⁶⁰.

Tra tali diritti sociali, quello alla salute assume sotto più profili un ruolo emblematico perché rispecchia il volto dello Stato odierno. Esso è infatti diritto

In relazione a tale capovolgimento di prospettiva è stato anche chiarito che nell'ambito di un ordinamento di stampo liberale «non vi poteva essere posto per i «diritti sociali», poiché ipotizzare una prestazione sociale come oggetto o contenuto di un diritto soggettivo e, nello stesso tempo, configurare una pretesa o un potere dispositivo nei confronti del sovrano (legislatore) contraddicevano i principi di fondo su cui si poggiava l'intera impalcatura giuridica, in particolare l'idea di una sorta di «monopolio pubblico» delle azioni socialmente/politicamente rilevanti». E infatti, le prestazioni sociali venivano inizialmente erogate non in quanto «diritti (soggettivi) dei cittadini» ma in quanto «doveri (unilaterali) della società» che si «radicavano nel terreno dell'eguaglianza, cioè di un principio che (...) costituiva semplicemente un criterio direttivo dell'azione pubblica (...) comunque recessivo rispetto al valore fondamentale della libertà», così A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in Enc. giur., *op. cit.*, pag. 1.

⁵⁸ F. BENVENUTI, *In re: Stato del benessere V. benessere di Stato*, *op. cit.*, pag. 11.

⁵⁹ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, pag. 29.

⁶⁰ G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel Servizio sanitario nazionale*, ora in *Scritti scelti*, vol. I, Jovene, Napoli 2010, pag. 221.

che risulta naturalmente legato all'esistenza concreta della persona: perché essa sia libera, lavori, partecipi alla vita sociale, possa istruirsi etc., è necessario che viva e sia in buone condizioni fisiche e psichiche. Al centro dell'ordinamento adesso non c'è più il soggetto astratto del diritto, ma l'uomo «concepito nei momenti essenziali della sua esperienza, per quella che veramente è, che vive, opera, realizza sé stesso nella società, nella sua multidimensionalità»⁶¹, un individuo, cioè, visto nella sua concretezza⁶². In quest'ottica, allora, la tutela della salute è davvero l'impegno "fondamentale", in quanto preconditione per la programmazione e l'attuazione di qualsiasi altro obiettivo costituzionalmente orientato.

Ma l'art. 32 Cost. è emblematico anche perché riassume in sé tutti i caratteri delle garanzie offerte dallo Stato sociale. Il diritto alla salute è al contempo diritto di libertà ma anche diritto sociale⁶³, perché concretizza sia la «pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, predisponendo mezzi inibitori, ripristinatori e risarcitori nel caso di lesioni della sfera di salute individuale», sia nella «pretesa positiva dell'individuo alla esistenza e utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari per la tutela della salute»⁶⁴. Non a caso si è parlato del diritto alla salute come di un "diritto sociale di libertà"⁶⁵.

⁶¹ N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 66.

⁶² P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 10 e ss.; cfr. anche L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in Quaderni costituzionali, 1995, pag. 65.

⁶³ Sul punto A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32, op. cit.*, pag. 658, secondo cui «se si muove dalla più generale considerazione della salute come fondamentale bene unitario della persona e, quindi, requisito necessario - anche se non sufficiente - per la piena realizzazione della persona stessa, allora si comprende come l'eterogeneità della disposizione altro non sia che il riflesso della oggettiva complessità di questo bene giuridico, la cui tutela effettiva è affidata alla convergenza di una serie molteplice di azioni e strumenti diversi e non da un unico ed assorbente meccanismo di garanzia».

⁶⁴ Così A. SIMONCINI - E. LONGO, *ibidem*. Con riferimento alle "garanzie attive" connesse al diritto alla salute resta certo da verificare cosa debba intendersi per mezzi terapeutici e se esiste un rapporto di connessione univoco tra impiego di un certo mezzo terapeutico ed effettiva tutela della salute; ciò, ovviamente, con riferimento a tutti i possibili diversi casi clinici.

⁶⁵ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali, op. cit.*, pag. 30.

Questa complessità del diritto alla salute spiega peraltro perché secondo taluni l'art. 32 Cost. riassumerebbe la “rivoluzione democratica” operata dalla Costituzione⁶⁶, finendo per rappresentare addirittura una nuova e fondamentale funzione in senso stretto dello Stato⁶⁷.

⁶⁶ In tal senso L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981.

⁶⁷ R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto IV, Disc. Pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pag. 520.

4. La graduale emersione della portata normativa dell'art. 32 della Costituzione

4.1. Dalla programmaticità alla prescrittività

Venendo adesso al contenuto precettivo della disposizione, il primo comma dell'art. 32 Cost. impegna la Repubblica a tutelare la salute della persona nella sua duplice dimensione di “diritto dell'individuo” e di “interesse della collettività”. La formula utilizzata è talmente ampia da essersi prestata negli anni a molte interpretazioni, sia con riferimento al significato del termine “salute”, sia soprattutto con riferimento al sintagma “diritto alla salute”. E questa genericità - probabilmente voluta - ha indubbiamente influito sul successivo processo di attuazione della disposizione, ritenuta per molti anni priva di una autonoma efficacia prescrittiva e perciò tutelabile, tutt'al più, consentendo al cittadino di impugnare innanzi alla Corte Costituzionale (istituita peraltro solo 1956) le leggi ritenute in contrasto con i principi costituzionali⁶⁸.

Le ragioni di questa iniziale disapplicazione sono di varia natura. Com'è stato segnalato, già tra i costituenti serpeggiava in tema di diritti sociali una vistosa contraddizione tra le posizioni progressiste manifestate e «la loro cultura giuridica, fra un'ispirazione ideologica che superava la vecchia concezione liberale dello Stato e una cultura giuridica ancora pienamente liberale, fra un'ispirazione ideologica e politica animata da volontà di futuro e una cultura giuridica innestata su una malcelata nostalgia della grande tradizione della scienza giuridica prussiana»⁶⁹. Questa contraddizione iniziale si

⁶⁸ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, (solo a partire dalla IV ed.) 1958, pag. 744.

Rileva peraltro R. FERRARA, in *Salute (diritto alla)*, in *Digesto IV*, Disc. Pubbl., vol. XIII, Torino, 1997, pag. 522 che la mera programmaticità delle norme avrebbe consentito di «far transitare per semplice *factum principis*, dall'area dei diritti soggettivi assoluti a quella dei (meri) interessi legittimi le aspettative di prestazione dei cittadini-utenti, graduando e modulando, in questo modo, secondo forme sia tecnicamente che “politicamente” differenziate, i modelli di garanzia e di tutela, anche – e forse soprattutto – sul piano giudiziale». Il concetto è poi ripreso anche in *L'ordinamento della sanità*, *op. cit.*, pag. 53.

⁶⁹ A. BARBERA, in *Commento all'art. 2 della Costituzione*, *op. cit.* pag. 60.

è tradotta, negli anni successivi all'entrata in vigore della Carta, in concrete resistenze ad opera sia della cultura giuridica⁷⁰ sia anche dell'amministrazione in tal senso motivata da contingenze economiche dettate da un bilancio pubblico inizialmente disastroso⁷¹. È perciò solo dopo il cd. "miracolo economico" e il primo graduale riciclo generazionale che, intorno all'art. 32 Cost., si è registrato un «un brusco risveglio che ha coinciso con la sua piena attivazione in diverse e

⁷⁰ A tal proposito si veda quanto riassunto recentemente da M. MAZZAMUTO, in *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000, pag. 47. Qui l'autore individua due ragioni che hanno condotto (e dovrebbero ricondurre, a suo dire) a svalutare la novità rappresentata dal riconoscimento dei diritti sociali, la prima della quali di ordine ideologico, in quanto si «vede nello stato sociale un pericolo per le sorti dello stato di diritto, inteso nell'accezione materiale dello stato liberale». In secondo luogo egli ritiene abbiano concorso ragioni "tecniche" espresse da autori come Forsthoff, Schmitt e Giannini, secondo i quali «i diritti sociali non possono essere contenuti in una norma astratta e pronta per l'esecuzione» e dunque «tutelati da una norma costituzionale» poiché «a differenza dei diritti di libertà (...) non hanno una dimensione fissa, regolabile a priori», ma «hanno bisogno della graduazione e della differenziazione» (...). Si tratta quindi di diritti (...) «relativizzati», la cui tutela può al più porsi in termini di norme programmatiche» e perciò, in «definitiva, i diritti sociali costituiscono materia non costituzionale, concretizzandosi invece sul piano della legislazione speciale e dell'amministrazione».

D'altra parte, con riferimento all'attuazione del diritto alla salute, deve rilevarsi che sino alla fine degli anni '60 in dottrina non sono mancati neppure autori che, riprendendo tesi elaborate sotto il precedente regime fascista, riproponevano l'idea, invero ottocentesca, della tutela della salute quale funzione pubblica diretta prioritariamente alla difesa della salute collettiva, in tal senso G. RABAGLIETTI, *Trattato di diritto sanitario*, Empoli, 1965, pag. 4 nonché quanto più ampiamente ricostruito da D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 5 e ss..

⁷¹ Come gli altri diritti sociali, anche il diritto alla salute è infatti un diritto costoso, con la conseguenza che benché di «diritti finanziariamente condizionati» si sia cominciato a parlare solo a partire dagli anni '80 (per tutti F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX Convegno di studi dell'amministrazione di Varenna*, 20-22 settembre 1984, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 151; in giurisprudenza Corte Costituzionale, Sent. n. 455 del 1990), il tema delle disponibilità di bilancio è stato al centro già delle discussioni della Costituente. Già allora, infatti, relatori del calibro dell'on. CALAMANDREI dichiaravano: «fra due o tre mesi entrerà in vigore questa Costituzione in cui l'uomo del popolo leggerà che la Repubblica garantisce la felicità alle famiglie, che la Repubblica garantisce salute ed istruzione gratuita a tutti, e questo non è vero, e noi sappiamo che questo non potrà essere vero per molte decine di anni – allora io penso che scrivere articoli con questa forma grammaticale possa costituire, senza che noi lo vogliamo, senza che noi ce ne accorgiamo, una forma di sabotaggio della nostra Costituzione! (...) Bisogna evitare che nel leggere questa nostra Costituzione gli italiani dicano (...) «Non è vero nulla!». Per tale ragione Egli suggeriva, «per debito di lealtà, che queste disposizioni (...) ed altre che via via potranno affiorare nel seguito della discussione, siano collocate in un preambolo, con una dichiarazione esplicita del loro carattere non attuale, ma preparatore del futuro; in modo che anche l'uomo semplice che leggerà, avverta che non si tratta di concessione di diritti attuali, che si tratta di propositi, di programmi e che bisogna tutti duramente lavorare per riuscire a far sì che questi programmi si trasformino in realtà» (così in seno all'Assemblea il 4 marzo 1947), in *www.nascitacostituzione.it*.

disparate direzioni»⁷². È a partire dal 1968, infatti, che l'art. 32, con il suo solenne incarico rivolto alla Repubblica di «tutela[re] la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» nonché di «assicura[re] cure gratuite agli indigenti» (comma 1) e la libertà di cura di ciascuno (comma 2)⁷³, ha cominciato ad essere interpretato come disposizione che attribuisce alla persona un diritto soggettivo pieno, assoluto, azionabile senza alcun limite sia in senso verticale (cioè contro le violazioni eventualmente perpetrate dai pubblici poteri), sia «nei rapporti tra privati»⁷⁴, favorendo così la graduale emersione di una diversa e più ampia nozione del concetto stesso di salute umana.

4.2. Alcune riflessioni sul concetto di salute

Se questa è la storia travagliata del diritto, resta infatti ancora da chiarire cos'è la salute e cosa si cela sotto la formula di *diritto alla salute*.

Per quanto riguarda il primo profilo è possibile rilevare preliminarmente che al tempo della redazione della Costituzione, il concetto di salute era piuttosto semplice consistendo, in buona sostanza, nell'assenza di malattie fisiche o mentali capaci di compromettere l'attitudine umana al lavoro e alle relazioni sociali. Il concetto ha cominciato ad espandersi a partire dagli anni

⁷² D. VINCENZI AMATO, *Art. 2*, commento in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, pag. 146. E infatti con l'istituzione nel 1968 degli enti ospedalieri (l. n. 132 del 1968) viene avviato il processo di ristrutturazione dei servizi sanitari che culminerà dieci anni dopo nell'istituzione del Servizio sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978). Sempre negli stessi anni, cominciano a registrarsi poi anche le prime sentenze di merito che, pronunciandosi in materia di diritto alla salute, consentiranno alle Sezioni Unite della Cassazione civile qualche anno dopo (Sez. Un., 21 marzo 1973, n. 796, in *Foro amm.*, 1974, I, pag. 26) di confermare la natura “primaria” e “assoluta” di tale diritto sì che esso non è condizionabile o influenzabile e costituisce un «limite invalicabile per la discrezionalità amministrativa» (in quel caso si trattava di un dipendente pubblico al quale, il diniego di un permesso, aveva impedito di curarsi arrecandogli dei danni).

⁷³ «Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

⁷⁴ In tal senso C. Cost., Sent. n. 88 del 12 luglio 1979, secondo cui il bene salute «è tutelato dall'art. 32 Costituzione non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati». Analogamente anche C. Cost. Sent. n. 559 del 18 dicembre 1987, in *www.cortecostituzionale.it*.

‘70, assumendo autonoma rilevanza sino sganciarsi del tutto dalle questioni patrimoniali connesse alla tutela degli inabili al lavoro (art. 38 Cost.), per accostarsi infine a quello della tutela *tout court* della persona. Solo allora, infatti, la dottrina ha cominciato a riconoscere che l’oggetto di tutela dell’art. 32 Cost. non poteva più essere identificato con la mera integrità fisica e psichica della persona, ma doveva essere ricondotto necessariamente a qualcosa di ben più dinamico dovendosi assicurare il benessere complessivo della persona⁷⁵.

La sovrapposizione della salute dell’individuo alla stessa persona, l’idea che i due beni fossero tra loro strettamente legati ha portato la giurisprudenza a riconsiderare le proprie posizioni e ampliare l’ambito della tutela accordata all’individuo, riconoscendo la risarcibilità non più solo delle lesioni arrecate alle sue capacità produttive, ma anche di quelle arrecate alla «sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte le ‘attività realizzatrici della persona umana’⁷⁶.

È questa un’evoluzione culturale e normativa che, in verità, avrebbe potuto essere in qualche modo preventivata perché segnata già dagli impegni internazionali assunti con la sottoscrizione della Costituzione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità⁷⁷. Il documento fondativo di quell’agenzia internazionale, infatti, prevede fin dal 1946 e con intenti

⁷⁵ R. ROMBOLI, *Art. 5*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1988, pag. 235: la «salute è da ritenersi e vedersi in posizione dinamica, come qualcosa cioè tale da realizzare il più pieno sviluppo della personalità umana e con carattere relativo, in quanto variabile da soggetto a soggetto e in relazione al grado di sviluppo della società, escludendo che il diritto alla salute si esaurisca nella pretesa all’integrità fisica, ma estendendo lo stesso alla sfera esterna in cui l’individuo vive ed opera».

⁷⁶ Tra le prime sentenze in tal senso si veda C. Cost., Sent. n. 356 del 1991. Sul punto, nonché sugli ulteriori sviluppi relativi alla salubrità degli ambienti, agli interventi preventivi, alle cure palliative del dolore, etc. si veda D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, *op. cit.* pag. 15 e ss..

Per l’ampliamento della nozione giurisprudenziale del concetto di salute allo stato di benessere della persona, si veda C. Cost., Sent. n. 161 del 24 maggio 1985 e n. 218 del 2 giugno 1994.

⁷⁷ Convenzione siglata il 22 luglio del 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948.

evidentemente di natura politica⁷⁸, che «la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità»⁷⁹. In particolare, il documento precisa che «[i]l possesso del migliore stato di salute possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, di opinioni politiche, di condizione economica o sociale» e che «[l]a salute di tutti i popoli è una condizione fondamentale della pace del mondo e della sicurezza; essa dipende dalla più stretta cooperazione possibile tra i singoli e tra gli Stati».

Il tenore letterale delle disposizioni citate mostra chiaramente come già allora, quanto meno in sede internazionale, vi fosse chiara volontà di intendere la salute umana come una sorta di indicatore della tutela complessivamente accordata dai vari ordinamenti alla porzione di umanità ad essi sottoposta e come, inoltre, in forza dell'unitarietà della persona, fosse chiaro ciò che nel nostro ordinamento è emerso solo qualche anno dopo, cioè la complementarità tra le norme espresse negli artt. 32, 2 (tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e solidarismo), 3 (egualitarismo) e perfino (nell'ottica di un personalismo che travalica i confini nazionali) 11 della Costituzione⁸⁰.

⁷⁸ La prima premessa su cui poggia l'impegno dell'ONU è infatti «che alla base della felicità dei popoli, delle loro relazioni armoniose e della loro sicurezza, stanno» taluni principi tra cui appunto quelli relativi alla tutela della salute come intesa nella Convenzione dell'OMS.

⁷⁹ «*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*». Il documento è consultabile alla pagina internet <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>.

⁸⁰ In relazione a tale ultimo collegamento "universale", si veda C. Cost., Sent. n. 432 del 2 dicembre 2005 nella parte in cui afferma che «la Corte ha reiteratamente puntualizzato che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di "un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto" (...) Questo "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso». Pertanto, anche lo straniero presente irregolarmente nello stato «ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti, secondo i criteri indicati dall'art. 35, comma 3 (del d.lgs. n. 286 del 1998), trattandosi di un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito, così come disposto, in linea generale, dall'art. 2 dello stesso decreto legislativo n. 286 del 1998» (v. sentenza n. 252 del 2001)».

4.3. Cosa si intende per “diritto alla salute”

L'ampiezza e la poliedricità riconosciute negli anni al concetto di salute incidono ovviamente sulla portata del corrispondente diritto alla sua tutela. A tal proposito si rileva che la dottrina è unanime⁸¹ nel ritenere che l'espressione in esame sia una “formula sintetica”, rapportabile non ad una specifica situazione soggettiva ma ad un complesso di posizioni tra loro differenziate⁸².

Invero, l'ordinamento tutela la salute offrendo alla persona tutela giuridica contro atti, fatti o attività capaci di procurarne una lesione e qualifica il cd. diritto alla salute addirittura come un “valore costituzionale primario” «sia per la sua inerenza alla persona umana, sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione»⁸³.

La pluralità di fonti potenzialmente lesive per il benessere (dinamico) dell'individuo ha lasciato emergere negli anni “diritti” diversi per natura e contenuto.

Vengono così ricondotti nell'alveo della tutela della salute: a) il diritto ai trattamenti sanitari, da intendersi come diritto «“costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”»⁸⁴; b) il diritto ad un ambiente salubre⁸⁵; c) il diritto all'integrità psicofisica, da intendersi sia come diritto a non essere leso nella propria condizione di benessere, pena la completa e non limitabile risarcibilità del

⁸¹ In tal senso già L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, pag. 159.

⁸² Così D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana, op. cit.*, pag. 1; P. CARETTI, *I diritti fondamentali: Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 517.

⁸³ C. Cost., Sent. n. 37 del 31 gennaio 1991. Cfr. F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 602.

⁸⁴ C. Cost., Sent. n. 432 del 2 dicembre 2005; ma si vedano anche le Sentenze nn. 233 del 2003, 252 del 2001, 509 del 2000, 309 del 1999, 267 del 1998, in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁵ C. Cost., Sent. n. 210 e 641 del 1987 in www.cortecostituzionale.it.

danno biologico arrecato⁸⁶, sia come pretesa a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano in pericolo tale condizione di benessere⁸⁷. Ma viene in qualche modo ricondotto al tema della tutela della salute anche la garanzia della libertà di cura (autodeterminazione) e, per essa, il diritto a prestare o negare il consenso (informato) al trattamento sanitario, di ricevere o rifiutare l'informatica sanitaria, nonché ulteriori “diritti” mai del tutto definiti tra cui quello di scegliere la propria identità sessuale o finanche, secondo alcuni, anche quello di morire⁸⁸.

4.4. La doppia dimensione individuale e collettiva della tutela della salute

L'esigenza di offrire piena e completa tutela al diritto alla salute ha generato negli anni un tal numero di ulteriori “diritti”, che non è certo possibile in questa sede seguirne puntualmente l'evoluzione. Ciò che sembra invece utile, è soffermarsi sulla portata normativa generata dalla doppia dimensione della tutela promessa dall'art. 32 Cost. La Carta, infatti, ha disciplinato la salute della persona ponendola, come questa, al centro dei rapporti sociali e descrivendola pertanto come questione che presenta contemporaneamente due profili, «individuale e soggettivo l'uno (la salute come fondamentale diritto dell'individuo), sociale e oggettivo l'altro (la salute come interesse della collettività)»⁸⁹.

Per quanto attiene alla dimensione individuale del diritto, la Corte Costituzionale ne ha più volte riconosciuta la natura “primaria” e “assoluta”⁹⁰ e perciò variamente tutelabile contro le aggressioni subite ad opera di iniziative private e pubbliche. Ciononostante, pare a chi scrive che i caratteri

⁸⁶ C. Cost. Sent. n. 485 del 27 dicembre 1991,

⁸⁷ C. Cost., Sent. n. 218 del 2 giugno 1994.

⁸⁸ Con riferimento alle varie declinazioni del diritto alla salute si veda P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, op. cit. pag. 517 e ss.; S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. voll. 2 (*Il Governo del corpo*), 3 (*I diritti in medicina*) e 4 (*Le responsabilità in medicina*); A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, op. cit., pag. 658 e ss..

⁸⁹ In tal senso C. Cost., Sent. n. 118 del 23 gennaio 1996; da ultimo e nello stesso senso Sent. n. 107 del 26 aprile 2012.

⁹⁰ C. Cost. Sent. n. 88 del 12 luglio 1979, in www.cortecostituzionale.it.

fondamentali della salute e del conseguente diritto alla sua tutela emergano soprattutto esaminando la sua dimensione collettiva.

A tal proposito è interessante notare che il secondo capoverso del primo comma dell'art. 32 afferma «l'interesse dell'intera collettività alla protezione della salute»⁹¹ e non invece un indiscriminato interesse pubblico alla tutela della salute individuale. L'espressione “interesse della collettività” utilizzata dall'art. 32, infatti, non sembra possa essere intesa come equivalente a “interesse generale”, cioè ad un interesse capace di funzionalizzare la posizione del singolo alla cura di interessi che vadano al di là della sua dimensione personale.

La dimensione collettiva richiamata dalla norma, al contrario, fa riferimento ad una dimensione sociale costituita da persone e non da soggetti istituzionali. In tal senso depone in primo luogo il dato letterale della disposizione, dal momento che la Carta utilizza il termine “interesse della collettività” solo qui, mentre ricorre costantemente alla formula “interesse generale” laddove (artt. 35, 42 e 43 Cost.) ha inteso richiamare la possibilità di comprimere o addirittura negare un certo diritto della persona se incompatibile con un interesse pubblico ritenuto, nello specifico, prevalente.

Altro è allora il contenuto normativo dell'art. 32 a fronte del quale, come è stato chiarito, il singolo non «può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri»⁹². L'interesse collettivo alla salute è insomma ancora una volta interesse funzionalizzato alla tutela della salute dei consociati, persone che qui emergono non più come individui, ma nel loro essere parte di una formazione sociale più ampia e ciò a prescindere dal fatto che la minaccia “collettiva” sia originata da eventi naturali, attività artificiali o ancora dalle condizioni sanitarie di un consociato⁹³.

⁹¹ G. De VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, pag. 373.

⁹² C. Cost. Sent. n. 118 del 23 gennaio 1996, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁹³ Sul punto si veda quanto stabilito dalla Sentenza costituzionale n. 180 del 16 maggio 1994. Qui la Corte, nel giudicare della legittimità di alcune disposizioni della legge n. 3 del 1986, ha ritenuto legittima l'imposizione dell'uso del casco protettivo ai motociclisti in quanto volta a «ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della

In quest'ottica la norma finisce allora per dettare un criterio di bilanciamento tra i diritti e le libertà del singolo e quelle degli altri consociati, garantendo che ogni contrasto sia risolto in un'ottica di "irrinunciabile solidarietà". Da questa prospettiva, allora, il principio solidaristico sembra diventare fonte di legittimità sostanziale e al contempo limite per tutte quelle altre misure che pur nel rispetto dovuto alla persona, sono dirette per ragioni sanitarie a violarne il domicilio (*ex art. 14 Cost.*), oppure per limitarne la libertà di circolazione e soggiorno (*ex art. 16 Cost.*) o anche ad imporre trattamenti sanitari non desiderati (*ex art. 32, comma 2*)⁹⁴. E infatti, com'è stato espressamente chiarito dalla Corte Costituzionale, la condizione affinché la libertà del singolo possa essere compromessa è che «il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a

morbosità invalidante, degli incidenti stradali (...) che (...) si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività».

Sul punto deve precisarsi che il riferimento all'opportunità di limitare i costi sociali, lungi dal ricondurre l'interesse della collettività alla salute verso un'accezione di tipo istituzionale ha avuto il solo scopo di rimarcare la dimensione solidale della tutela della salute. Ciò è tanto vero che l'argomento dirimente per la legittimità della disposizione è dato dal fatto che l'imposizione del casco «è diretta a prevenire i danni alle persone, il che costituisce in modo indubitabile interesse della collettività».

⁹⁴ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, pag. 523. In relazione a tale ultimo profilo deve infatti precisarsi che in nessun caso un trattamento sanitario può essere imposto al soggetto nel suo esclusivo interesse se egli risulta capace di intendere e volere. E infatti, ai sensi del primo comma dell'art. 1 della l. n. 180 del 1978 «[g]li accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari». Di conseguenza TSA o TSO possono essere imposti solo nell'interesse di «persone affette da malattie mentali» (art. 2, comma 1) cioè di pazienti che - per definizione - sono incapaci di intendere e volere e che perciò stesso, da un lato, non sono in grado di autodeterminarsi e, dall'altro, possono in alcuni casi rappresentare un pericolo per se stesse e gli altri. Anche qui è evidente l'interesse perseguito non è di ordine generale ma attiene al benessere delle persone, ciò che oggi ancor più vero in considerazione del fatto che «v'è stato un mutamento profondo nella concezione giuridica della malattia mentale e del conseguente trattamento da riservare a chi ne è colpito (...) il trattamento dei malati di mente è stato trasformato da problema di pubblica sicurezza a problema essenzialmente sanitario o di reinserimento sociale del paziente» (C. Cost., Sent. n. 211 del 25 febbraio 1988, in *www.cortecostituzionale.it*). In merito ai trattamenti sanitari obbligatori si veda comunque anche per i numerosi riferimenti bibliografici A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 817 e ss.

giustificare la compressione di quell'autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»⁹⁵.

⁹⁵ C. Cost., Sent. n. 307 del 22 giugno 1990, in www.cortecostituzionale.it.

D'altra parte si deve quanto meno accennare che al riconoscimento di una dimensione sociale del diritto alla salute non sembra alieno anche l'intento del Costituente di espandere il novero dei soggetti legittimati ad agire, in sede procedimentale e processuale, per la tutela della salute. A tal proposito, in seno alla Costituente non sono mancate proposte tese a non limitare il diritto d'azione alla sola tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, ma di estenderla anche ai titolari di interessi *tout court* e ciò proprio nell'ottica di aprire il sistema alle azioni popolari (in tal senso si veda l'intervento dell'on. DOMINEDÒ del 15 aprile 1947 in www.nascitacostituzione.it/02p1/01t1/024/index.htm). In quella sede prevalsero orientamenti più cauti, nella consapevolezza che «la giurisprudenza (...) ha sempre costituito un mirabile banco di prova per la concretizzazione di quello che suole chiamarsi "interesse legittimo"» sì che si è ritenuto preferibile lasciare il tema della legittimazione e dell'individuazione concreta degli interessi tutelabili al «libero giuoco della funzione propria della giurisprudenza» (così on. TUPINI, nel corso della medesima riunione). Ebbene, quanto precede suggerisce allora una certa prossimità della formula "interesse della collettività" a quell'altra categoria processuale rappresentata dagli interessi diffusi che, infatti, non causalmente sono venuti emergendo in questi anni proprio con riferimento a beni, come l'ambiente, che strettamente connessi alla precettività dell'art. 32 Cost.

5. Il diritto alla salute e la persona umana

5.1. Il diritto alla salute e il personalismo costituzionale: ideologie a confronto sulla definizione di chi è persona

Il diritto alla salute è uno di quei diritti inviolabili che l'art. 2 della Costituzione riconosce all'uomo sancendone «l'indiscussa primazia (...) sull'ordinamento giuridico Statale»⁹⁶. La persona, con i suoi predicati di “libertà personale”, “diritto alla vita” e “integrità fisica”, è il valore (immobile) e però allo stesso tempo dinamico⁹⁷ intorno al quale è edificato l'intero ordinamento contemporaneo che, non a caso, è detto personalista.

Definire però chi è la “persona umana” titolare, tra gli altri, del diritto alla salute non è questione di poco conto, specie se si riconnette la questione, da un lato, agli sviluppi tecnologici di cui si è detto in premessa con la loro capacità di manipolare finanche le componenti genetiche e, dall'altro, alla possibilità che nell'ambito di un ordinamento che è anche laico e pluralista, al termine persona siano attribuiti più significati fra loro magari configgenti.

Ebbene, la Costituzione dopo i primi riferimenti alla personalità e all'uomo svolti nell'art. 2, cita espressamente la persona all'art. 3 usando l'espressione “persona umana”. La formula non è casuale e si inserisce nel solco di un'antica riflessione filosofica volta a mettere in risalto la parte, per così dire, più nobile e “divina” dell'uomo. Senza riprendere le riflessioni della tomistica medievale, è pacifico nel dibattito filosofico e giuridico che il concetto di persona ha radici cristiane e si è storicamente affermato in opposizione a quello di individuo: mentre quest'ultimo indica l'uomo nel suo isolamento, nel suo perseguire obiettivi egoistici (e se si vuole patrimoniali), il secondo fa riferimento invece al medesimo uomo che invero se stesso e si

⁹⁶ A. VEDASCHI, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 274.

⁹⁷ Sul punto cfr. D. MESSINETTI, in *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milano, 1983, pag. 360.

nobilita in una dimensione sociale. Non a caso in passato si è parlato di persona come di una “categoria etica”⁹⁸.

Il richiamo costituzionale alla persona, unitamente al riferimento ai diritti “umani” (anziché naturali o sacri come pure era stato inizialmente proposto), è stato uno dei risultati del compromesso costituzionale ed ha segnato la volontà di porre al centro dell’ordinamento, non tanto l’astratto soggetto del diritto, ma individui storicamente e concretamente esistenti, posti tra loro in relazione solidale⁹⁹.

La persona umana cui fa riferimento la Carta è così “semplicemente” l’essere umano, senza ulteriori qualificazioni e quindi anche per questo senza alcuna distinzione... «di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di *condizioni personali* e sociali» (art. 3 Cost.)¹⁰⁰.

Questa descrizione da sola non risolve però i problemi della contemporaneità, restando da definire a partire da quando un corpo animato è persona e fino a quando lo rimane, specie se entra in gioco il fattore tecnologico.

In relazione al primo profilo, si consideri che sebbene l’art. 1 c.c. ha condizionato all’atto della nascita anche l’ingresso dell’individuo nel mondo del diritto, non mancano tuttavia norme che hanno ritenuto di poter prestare tutela anche al concepito non ancora nato, sia con riferimento ai suoi interessi patrimoniali¹⁰¹, sia anche a quelli non patrimoniali, compreso il suo diritto a nascere e a nascere sano¹⁰².

⁹⁸ BERDIAEV, *De l’esclavage et de la liberté de l’homme*, Desclée De Brouwer, Paris, 1946, pagg. 25 e 36.

⁹⁹ Sul punto si veda A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in Eur. dir. priv., 2009, 1, pag. 3; nello stesso senso *ex plurimis* V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 191.

¹⁰⁰ Cfr. quanto prescritto dall’art. 14 della Carta Europea dei Diritti dell’Uomo.

¹⁰¹ Sul punto, ad esempio, gli artt. 462, 687, 715 c.c..

¹⁰² A tal proposito si veda quanto riassunto di recente dalla III Sez. della Corte di Cassazione nella Sent. 11 maggio 2009, n. 10741, secondo cui «in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e (...) sulla clausola generale della centralità della persona, si addiuvano a ritenere il nascituro soggetto giuridico. Tale tesi trova conforto in numerose disposizioni di legge, oltre che in precedenti giurisprudenziali di questa Corte e della Corte

Questa duplicità di piani è stata oggetto di più pronunce giurisdizionali e tra queste, una delle più note è certamente la Sentenza costituzionale n. 27 del 1975, con la quale la Consulta, giudicando in materia di interruzione volontaria della gravidanza, ha affermato la prevalenza degli interessi della madre su quelli del nascituro ritenendo che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Chi non è ancora nato, quindi, non è persona.

Eppure, il nascituro per costante giurisprudenza è titolare di diritti autonomi e perciò non è assimilabile ad una *res* o, come si è anche detto, ad un mero “prodotto” del concepimento. Da ciò discende un'evidente aporia del sistema che la Cassazione, di recente, ha tentato di risolvere affermando che la categoria dei soggetti giuridici sarebbe più ampia di quella che ricomprende le persone¹⁰³: conseguentemente oggi il mondo del diritto dovrebbe ritenersi

Costituzionale. Ed, infatti, l'art. 1 della legge n. 40 del 2004, nell'indicare le finalità della procreazione medicalmente assistita statuisce la tutela dei diritti “di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito” (...); l'art. 1 della legge n. 194 del 1978 prevede testualmente che “lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”; l'art. 254, 1 comma, c.c. prevede che il riconoscimento del figlio naturale può effettuarsi non solo a favore di chi è già nato ma anche dopo il solo concepimento; la legge n. 405 del 1975, nel disciplinare l'istituzione dei consultori familiari, afferma esplicitamente l'esigenza di protezione della salute del “prodotto del concepimento”; l'art. 32 Cost. (che oltre a prevedere come fondamentale il diritto alla salute e che ha costituito norma primaria di riferimento per l'interprete in relazione all'evoluzione dei diritti della persona), riferendosi all'individuo quale destinatario della relativa tutela, contempla implicitamente la protezione del nascituro; “il diritto alla vita”, quale spettante ad “ogni individuo”, è esplicitamente previsto non solo dall'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10-11-1948) ma anche dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7-12-2000 (poi inglobata nella Costituzione europea), alla quale il recente Trattato di Lisbona (con il quale in data 13-12-2007 i capi dei governi europei hanno deciso di dotare l'Unione europea di nuovo assetto istituzionale) ha riconosciuto l'efficacia, negli ordinamenti degli Stati-membri, propria dei Trattati dell'Unione europea; la Corte Costituzionale con la sentenza n. 35 del 1997 attribuisce al concepito il diritto alla vita, dando atto che il principio della tutela della vita umana è stato oggetto anche di un riconoscimento nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo (approvata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York e nel cui preambolo è previsto che “il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”).

¹⁰³ Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741 cit., secondo cui «[d]eve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, 1° comma, c.p.c.), con

popolato da persone (fisiche o giuridiche), meri soggetti giuridici ed oggetti giuridici. Resta da chiedersi però se è questa una ricostruzione costituzionalmente e logicamente fondata e se non sarebbe molto più semplice, lineare e garantista, riconoscere anche al nascituro la *dignitas* di persona, sebbene dotata di uno *status* speciale non assimilabile a quello del nato. Ciò in quanto con la decisione costituzionale di “riconoscere” a ciascuna persona taluni diritti quali preesistenti alla stessa opera costituzionale, si è voluto sottrarre al legislatore¹⁰⁴ e, quindi, a maggior ragione delle Corti¹⁰⁵, anche il potere di determinare chi possa essere titolare di quella data posizione giuridica.

Comunque sia, la definizione di persona assume oggi rilievo soprattutto in relazione ai temi del fine vita. È qui, infatti, che l'eventuale adozione di un diverso modello culturale finirebbe addirittura per abbassare al rango di meri corpi (ancora animati), persone costrette a vivere dalla malattia o dalla disabilità in *condizioni personali* sfavorevoli o, se anche si preferisse, inumane, indegne, etc..

conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia “perfetta” sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale “imperfetta” sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi; sul punto, Cass. n. 8239/2000). In tale contesto, il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita ex art. 1, 2 comma, c.c. (sulla base dei due presupposti della fuoriuscita del feto dall'alveo materno ed il compimento di un atto respiratorio, fatta eccezione per la rilevanza giuridica del concepito, anche sul piano patrimoniale, in relazione alla successione mortis causa ex art. 462 c.c. ed alla donazione ex art. 784 c.c.) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori».

¹⁰⁴ A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana, op. cit., ibidem*.

¹⁰⁵ D'altra parte si sottolinea come attualmente la specificazione nascituro/persona non è neppure più esaustiva essendosi profilato sulla scena una terza *species* o comunque un'altra categoria, l'embrione.

Richiamando una sentenza della Corte suprema irlandese [Roche vs. Roche e altri, (2009) IESC 82(2009)] la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha infatti mostrato recentemente di non ritenere scorretta una distinzione tra embrione e feto nascituro in considerazione del loro diverso stadio di sviluppo, così CEDU, Sez. XII, Sent. del 28.08.2012, Costa e Pavan contro Repubblica italiana.

A tal proposito è bene considerare che, attualmente, il legislatore ha fissato il momento della morte e quindi quello in cui la persona cessa di essere tale e diviene mera *res* (peraltro oggetto di particolari tutele insieme ad altri attributi immateriali del *de cuius* quali la memoria, il nome, l'immagine, etc.) al tempo della cessazione «irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (art. 1 della l. n. 578 del 1993)¹⁰⁶. Si tratta di una disposizione con la quale il legislatore italiano, suffragato in ciò dalla Corte Costituzionale¹⁰⁷, ha inteso chiarire che la persona è tale sino alla sua morte encefalica assumendo così una posizione che, sebbene in linea con la tradizione giuridica, era e resta comunque solo una delle possibili. Secondo alcune ricostruzioni alternative pur avanzate in seno alla comunità scientifica internazionale, infatti, persona umana non sarebbe qualsiasi uomo, ma soltanto quello che possiede razionalità e autocoscienza¹⁰⁸, perché sarebbero da escludere dal gruppo umano gli individui incapaci di relazionarsi e mostrare autocoscienza, quindi i feti, i neonati, gli autistici, alcuni disabili gravi, gli anziani privi di reale coscienza, i comatosi e i pazienti in stato vegetativo. È ovvio che laddove una tale impostazione culturale raccogliesse intorno a sé consensi, essa non sarebbe destinata a restare priva di effetti pratici, perché avendo immediate ricadute anche in termini di distribuzione delle (scarse) risorse economiche, potrebbe e dovrebbe tradursi in una anticipazione della dichiarazione di morte della “persona” al momento in cui vengono meno gli indicatori “vitali” prescelti¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Da accertare, nei pazienti sottoposti a misure rianimatorie, secondo il protocollo adesso fissato dal decreto del Ministero della Salute 11 aprile 2008.

¹⁰⁷ C. Cost., Sent. n. 414 del 28 giugno 1995, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰⁸ Così P. Singer, *Etica pratica*, Liguori, Napoli, 1989 (tit. originale *Practical Ethics*), pag. 102; H.T. Engelhardt Jr., *Manuale di Bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1986 (tit. originale *The Foundation of Bioethics*), pag. 126.

¹⁰⁹ D'altra parte non si tratta di una astrazione dal momento che già nel 1968 un gruppo di medici dell'Università di Haward ha avanzato la proposta di ridefinire i presupposti legali della morte, individuando «come nuovo criterio di morte il coma irreversibile», ciò in quanto, essi aggiungevano, «il miglioramento delle misure di rianimazione e di prolungamento della vita ha prodotto un impegno sempre maggiore per salvare persone affette da lesioni disperatamente gravi. A volte questi sforzi hanno un successo soltanto parziale e quello che ci troviamo di fronte è un individuo il cui cuore continua a battere, pur in presenza di un cervello irrimediabilmente danneggiato. Il peso di questa situazione è enorme non solo per i pazienti, ormai totalmente privi di intelletto, ma anche per le loro famiglie, per gli ospedali e per tutti

Quanto precede mostra allora chiaramente come il mero riferimento alla “persona”, seppure umana, non è di per sé sufficiente a garantire il rispetto dell’uomo se si cambiano i riferimenti culturali che danno significato metagiuridico ai principi costituzionali. D’altra parte si è già detto nelle pagine precedenti, di come in seno all’ordinamento democratico non viene (e non deve venire) meno il rapporto tra legge positiva e morale. Né vi è dubbio alcuno che dietro l’adozione del principio personalista stia sottesa un’opzione antropologica precisa che vede laicamente l’uomo come una unità inseparabile di corpo e mente dotata naturalmente di indisponibile dignità¹¹⁰.

5.2. La dignità della persona

Risalendo il filo di Arianna teso dalla tradizione, eccoci dunque giunti al cospetto del valore chiave, ἡ ἀρχὴ πάντων del diritto moderno cioè la dignità innata di ogni persona.

I campi di sterminio nazisti, i *gulag* sovietici, «le sperimentazioni *in corpore vivi* come fossero *in corpore vili*»¹¹¹ e più in generale le reificazione dell’uomo compiute nel ‘900, hanno mostrato ampiamente a quali esiti può condurre il disconoscimento da parte di alcuni dell’umanità di altri. A questi fatti, come si è visto, la cultura giuridica del dopoguerra ha reagito cessando di guardare ai soli elementi di effettività delle norme e riattribuendo importanza anche alla loro

coloro che hanno bisogno di posti letto già occupati da pazienti in coma. L’uso di criteri obsoleti per la definizione di morte cerebrale può ingenerare controversie nel reperimento degli organi per i trapianti». Così in P. BECCHI, *Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il Governo del corpo*, II vol. del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 2055.

¹¹⁰ A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana, op. cit.*, a pag. 4 ricorda che la persona che sta al centro dell’ordinamento è «l’identità di quell’essere vivente che riunisce in sintesi il prima e il dopo, l’embrione e la persona adulta, il bambino e l’anziano, chi prima era sano e poi è divenuto malato, la persona nello stato di veglia e la persona dormiente, la persona cosciente e la persona incosciente. La Costituzione, pertanto, rigetta l’idea di Locke e di quanti staccano la vita dal concetto di persona riducendo quest’ultima al soggetto attualmente cosciente».

Ricorda peraltro E. SGRECCIA in *Manuale di bioetica*, Vita e pensiero, Milano, 2007, pag. 138, che già nel 1937 G.W. Alport «aveva recensito cinquanta descrizioni diverse di personalità riassumendo significati etnologici, teologici, giuridici, sociologici, bio-sociali e psicologici del termine».

¹¹¹ E. RIPEPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2008, pag. 19.

necessaria aderenza a criteri di giustizia. Ciò è storicamente avvenuto quando si è posta al centro dell'ordinamento la persona e con essa la sua dignità, una "idea" che «non identifica immediatamente un bene giuridico bensì il terreno in cui si radica un complesso di beni giuridici»¹¹². La sua positivizzazione, come si è detto in precedenza, ha consentito di coltivare nel solco del neocostituzionalismo una sorta di compromesso tra giusnaturalismo e giuspositivismo sul presupposto che «assumere come punto di riferimento la dignità umana significava (...) nell'ottica di quanti ritenevano necessario recuperare una prospettiva giusnaturalistica, assumere un punto di riferimento che rimandava in un modo o nell'altro proprio all'idea di una natura umana immutabile e universale; mentre per i non pochi critici di quella prospettiva significava invece assumere un punto di vista immune da quel che di metafisico e di antistorico essi denunciavano nell'idea stessa di natura umana»¹¹³.

Così, dalla metà del XX secolo, la dignità della persona ha finito non solo per «permea[re] di sé il diritto positivo»¹¹⁴ italiano ma anche quello internazionale. Dallo Statuto dell'ONU (1945) alla Convenzione dei diritti dell'uomo (1950), dalla Convenzione di Helsinki (1975) a quella di Oviedo (1997) e poi anche alla Dichiarazione finale della Conferenza mondiale dell'ONU sui Diritti Umani (1993) sino alla Carta dei diritti dell'Unione Europea (2000)¹¹⁵ la dignità della persona è diventata il metavalore che fonda ogni altro principio giuridico. In quest'ottica, vita, salute, libertà, eguaglianza non sono che attributi della persona umana, la cui tutela è imprescindibile in quanto tale è la dignità della stessa persona.

Anche nel caso della dignità, però, si richiama un valore che è per sua natura indefinito, con la conseguenza che «i legislatori, i giudici, la dottrina e la stessa comunità sociale, nel tentativo di districarsi tra questioni sensibili come il

¹¹² G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, 1, pag. 25.

¹¹³ E. RIPEPE, *La dignità umana*, op. cit. pag. 22.

¹¹⁴ C. Cost., Sent. n. 293 del 17 luglio 2000.

¹¹⁵ Per una rassegna delle fonti internazionali che richiamano la dignità umana si veda E. RIPEPE, *La dignità umana*, op. cit., pag. 16 e ss.

concetto di uomo o l'individuazione dell'inizio e della fine della vita - con tutte le delicate implicazioni che ne derivano, quali la possibilità di manipolare geneticamente gli embrioni o enucleare un diritto a morire o ad autodeterminarsi nella scelta di non proseguire nelle cure - hanno fatto un uso troppo spesso strumentale del concetto»¹¹⁶. E infatti la dignità è concetto che si presta male ad essere concretizzato perché giuridico ed etico al contempo.

Di matrice giudaico-cristiana, la dignità umana ha riposato inizialmente sull'idea biblica dell'uomo creato da Dio a sua immagine e somiglianza. A partire da questa idea, nei secoli, la riflessione filosofica ha tentato di oggettivarne il concetto, rinvenendo inizialmente le ragioni della specialità dell'uomo nel suo libero arbitrio. Se, come gli animali, l'uomo è creato da Dio, a loro differenza egli è però libero di decidere del proprio destino quindi di decidere se «degenerare nelle cose inferiori che sono i bruti» oppure rigenerarsi liberamente «nelle cose superiori che sono divine»¹¹⁷. Se qui, nella sua libertà, risiede la specialità dell'uomo è però evidente che in quest'ottica, dignità e libertà sono beni tra loro ontologicamente legati sebbene non equiordinati, giacché la prima è il presupposto della seconda.

Quanto precede è importante perché, come ha costantemente evidenziato la dottrina, il concetto di dignità non ha perso la sua dimensione metagiuridica neppure dopo il processo di positivizzazione avvenuto nel '900 e questo perché la costruzione antropologica di matrice giudaico-cristiana è sin qui «sopravvissuta alla secolarizzazione delle istituzioni occidentali»¹¹⁸. È quindi grazie a questo *sub strato* culturale che la dignità può assurgersi a *ratio iuris*, a principio generale del diritto¹¹⁹.

È però bene considerare che l'efficacia giuridica del valore "dignità" è direttamente proporzionale alla sua indeterminatezza. Solo così, come idea

¹¹⁶C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, *op. cit.* pag. 268.

¹¹⁷G.P. DELLA MIRANDOLA, *De hominis dignitate*, Vallecchi, Firenze 1942, pag. 103 e ss.

¹¹⁸G. PIEPOLI, *op. cit.*, pag. 23.

¹¹⁹G. PIEPOLI, *op. cit.*, pag. 25.

astratta che sovrasta il sistema, essa può essere fondamento di ogni altro diritto e libertà e infatti, come è stato messo in evidenza, «l'esperienza giuridica positiva assume la lesione della dignità (...) attraverso la violazione del catalogo dei diritti e libertà fondamentali e degli altri precetti positivi in cui la dignità medesima si sedimenta (...) [e] tuttavia l'idea non si esaurisce in quei medesimi istituti (...) [ma] continua a costruire il parametro che misura la loro capacità di essere una sua adeguata e coerente attuazione, legittimandoli solo in quest'ultimo caso»¹²⁰. Ciò è tanto vero che, pur essendo la Costituzione certamente ispirata dal principio della dignità¹²¹, la Carta fa riferimento al concetto solo incidentalmente all'art. 41 (altra cosa è infatti la dignità sociale richiamata dagli art. 3 e 36 Cost.), lasciando intendere che la dignità della persona è un valore sussunto in tutte quelle altre norme che ne sono l'attuazione e, tra queste, certamente quelle poste a tutela della salute e della libertà della persona¹²².

Stando così le cose, è perciò possibile comprendere perché ogni tentativo di usare il concetto per dirimere questioni concrete finisce per risolversi in una sorta di sua strumentalizzazione. La dignità, infatti, è un valore e come tale ha un significato e una funzione normativi solo se assunta nella sua astrattezza. Al contrario, là dove si cerchi di oggettivarla essa non solo risulta priva di un

¹²⁰ G. PIEPOLI, *op. cit.*, 25 e 26.

¹²¹ Non a caso il principio, in occasione della celebrazione dei cinquantenni di attività della Corte Costituzionale avvenuta il 21.04.2006, è stato enunciato dal Presidente emerito G. ZAGREBELSKY come il primo dei «nostri principi costituzionali», così in E. RIPEPE, *La dignità umana, op. cit.*, pag. 16.

Ma sul punto si vedano le Sentenze della Corte nn. 26 e 390 del 1999, 159 del 2001, 448 del 2002, 341 del 2006, 561 del 1987.

¹²² Quanto detto per la Costituzione italiana è apparso a molti di particolare evidenza nella Carta dei diritti dell'Unione Europea. In relazione ad essa, infatti, lo stesso Presidium della Carta, nel commentare l'art. 1 secondo cui «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», ha affermato che «la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali (...). Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta...», in http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303IT.01001701.htm#Note_E0001_expl.

Sul punto si veda anche R. BIFULCO, *Costituzione europea e bioetica, relazione tenuta all'Incontro del Gruppo di San Martino*, Firenze 11.04.2008, in www.grupposanmartino.it/archive/Bifulco_Europa%2520e%2520bioetica.pdf

significato preciso, ma rischia di diventare in molti casi mezzo per l'imposizione di una sorta di «*ordre moral oppressif*»¹²³, volto alla “normalizzazione” dei comportamenti e alla «imposizione surrettizia di modelli valoriali dominanti a scapito del pluralismo e della diversità»¹²⁴.

Ciò avviene perché concretizzare la dignità implica inevitabilmente ridurla ad uno dei diritti o delle libertà che essa, solitamente, alimenta inverandosi in tali diritti e libertà: in altri termini, si parla di dignità ma si discute di libertà, di eguaglianza, di diritto alla salute, etc..

Svuotata della sua astrattezza, la dignità diventa allora clausola «priva di autonomia normativa ed insignificante dal punto di vista giuridico». Insomma, un puro espediente retorico, utile a rafforzare un diritto sugli altri. Avviene così che quando si rivendica, ad esempio, il diritto del paziente a decidere l'interruzione di un certo trattamento vitale in nome, non della sua libertà, ma del suo diritto a non vivere in maniera indegna o - che è poi lo stesso - a morire dignitosamente, altro non si fa che rivendicare un diritto di libertà tentando però di sottrarlo a qualsiasi bilanciamento.

La dignità tirata giù dal suo trono di astrattezza, diventa allora semplicemente un argomento (tra l'altro muto, perché non più universale ma connesso a valutazioni soggettive) a favore o contro l'esercizio di un diritto. Ma non solo. Tirata giù dal trono e resa argomento del confronto, l'idea della dignità perde la propria capacità di generare, legittimare, indirizzare gli altri diritti perché, costretta a prendere la forma di uno solo di questi (solitamente quello di libertà), finisce per riflettere ad esso la sua assolutezza rendendolo, in forza di un mero artificio retorico, simile a un superdiritto insofferente a qualsiasi bilanciamento.

In forza di questo meccanismo retorico avviene allora che la dignità, «dissociata (...) dalla tutela della vita, apre la strada ad una nuova categoria: la vita umana come pregiudizio e priva di dignità»¹²⁵, categoria sconosciuta alla

¹²³ G. PIEPOLI, *op. cit.*, pag. 7.

¹²⁴ G. PIEPOLI, *op. cit.*, pag. 11.

¹²⁵ G. PIEPOLI, *op. cit.*, pag. 13.

Costituzione e pericolosa, in quanto presuppone necessariamente che qualcuno possa discernere tra il degno e l'indegno di una vita¹²⁶.

5.3. La dignità della vita e la vita degna di essere (vissuta). Critica alla possibilità di configurare un diritto a morire

Il cerchio torna così a richiudersi sulla persona, anzi, sul suo presupposto esistenziale, la vita. È quest'ultimo un bene di cui in passato la riflessione giuridica si è occupata poco¹²⁷ dal momento che solo da qualche decennio si è reso necessario approntare degli strumenti di tutela giuridici per questo bene. Ciò è avvenuto, in maniera espressa, con la Cedu (art. 2)¹²⁸ e con la Carta di Nizza (art. 2)¹²⁹, e solo implicitamente con la Costituzione italiana¹³⁰ che è comunque giunta ad abolire la pena di morte (art. 27, ultimo comma) in «rispetto della dignità umana, come valore primario e coerente con il carattere democratico» dello Stato¹³¹. E infatti non v'è dubbio che la vita umana è, per l'odierno ordinamento personalista, la «precondizione necessaria di qualsiasi

¹²⁶ Un conto, infatti, è lasciare che la persona decida liberamente se proseguire o meno le cure, se lasciar tutelare o no la sua salute, altro ammettere che in astratto un vita possa essere indegna e che tale indegnità possa essere "oggettivamente" rilevata da un terzo chiamato magari a decidere per l'incapace o comunque per la persona in stato di minorità fisica o psichica.

¹²⁷ In tal senso, sebbene per i profili civilistici, si veda F. GIARDINA, *Vita (dir. Civ.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma 1988, pag. 1.

¹²⁸ «Art. 2 - Diritto alla vita.

1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge.

Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

(a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;

(b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;

(c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

¹²⁹ «Art. 2 - Diritto alla vita.

1. Ogni individuo ha diritto alla vita.

2. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato».

¹³⁰ Sul punto si veda quanto affermato ad esempio da M. RUOTOLO, in *Art. 13, Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), Utet, Torino 2006, Vol. I, pag. 325, spec. nota 12.

¹³¹ M. D'AMICO, *Art. 27*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), Utet, Torino 2006, Vol. I, pag. 563.

diritto»¹³² tant'è che la tutela ad essa accordata è stata definita come il «primo tra tutti i diritti inviolabili dell'uomo»¹³³, diritto “fondamentale” e “indisponibile”¹³⁴.

Viene da chiedersi però cos'è, o perlomeno qual è la vita resa oggetto di tutela giuridica. Essa consiste in quella condizione biologica oggettivamente riscontrabile in capo a chi presenta attività encefaliche, come sembra prescrivere l'art. 1 della l. n. 578 del 1993, oppure, come la salute, si tratta di una condizione dinamica che risente dei condizionamenti ambientali e delle interpretazioni soggettive?

Pare a chi scrive che, essendo questo bene il presupposto della stessa esistenza fisica e giuridica della persona, esso non possa essere inteso che in senso oggettivo. E infatti, a leggere le disposizioni normative che direttamente o indirettamente tutelano questo bene, non sembra francamente possibile ritenere la vita talvolta degna e talvolta indegna, o ipotizzare che essa possa essere tutelata diversamente a seconda delle condizioni personali del suo titolare.

Quanto precede, d'altra parte, sembra confermato dal fatto che, ad oggi, tutti i tentativi di affermare affianco al diritto di vivere anche un diritto a morire, inteso come diritto di disporre di sé sino al punto da poter scegliere come e quando morire e di essere aiutati a realizzare i propri *desiderata*, non hanno trovato accoglimento neppure da parte di quella giurisprudenza che pure ha riconosciuto alla persona il potere di rifiutare trattamenti medici anche salva vita¹³⁵.

¹³² F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pag. 16.

¹³³ Cass. Civ., Sez. III, 12 luglio 2012, n. 12236.

¹³⁴ C. Cost., Sent. n. 327 del 13 ottobre 2006 in *www.cortecostituzionale.it*. Sul punto P. CARETTI in *I diritti fondamentali, op. cit.*, pag. 183, ricorda che «il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, [è] da ascrivere tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per così dire, privilegiata, in quanto appartengono - per usare un'espressione della sentenza n. 1146/1988 - “all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”».

¹³⁵ Cfr. Tribunale Firenze, Sent. 22 dicembre 2010, secondo cui «il diritto assoluto di non curarsi, anche se tale condotta esponga al rischio stesso della vita, va interpretato anche nel senso di esprimersi nella “terza direzione” (quella della volontà interrutiva) in quanto

Certo, il carattere incondizionato del diritto e perciò la natura incorruttibile del bene che ne è oggetto, non implica che vivere sia anche un dovere giuridico¹³⁶. Tuttavia un conto è ammettere che la persona capace di intendere e volere possa rifiutare *ab origine* o sottrarsi a dei trattamenti sebbene salva vita (*rectius*, pretenderne l'interruzione), altro conto è riconoscere a ciascuno il diritto/potere di distruggere lecitamente sé stesso¹³⁷, perché magari psicologicamente frustrato per ragioni economiche o di altro tipo.

Il diritto alla vita, allora, è senz'altro diritto soggettivo alla propria vita, ma è anche indice di una scelta etica compiuta a monte dall'ordinamento¹³⁸.

improntato alla sovrana esigenza di rispetto dell'individuo e dell'intimo nucleo della sua personalità quale formatosi nel corso di una vita in base all'insieme delle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che ne improntano le determinazioni. Se è vero, infatti, che l'art. 32 cost. non garantisce il diritto a morire, si può affermare, però, che sancisce il diritto a consentire che il naturale evento della morte si attui con modalità coerenti all'autocoscienza della dignità personale quale costruita dall'individuo nel corso della vita attraverso le sue ricerche razionali e le sue esperienze emozionali».

Con riferimento a tale diritto a morire è peraltro interessante notare come l'espressione *right to die*, quando è nata e si è diffusa negli Usa, non indicava altro se non il diritto della persona di rifiutare dei trattamenti medici anche quando da ciò sarebbe derivata certamente la morte. In altri termini, all'inizio il *right to die* indicava soltanto il diritto «di far cessare i mezzi straordinari atti ad assicurare un artificiale prolungamento della vita di persone affette da gravissime e irreversibili infermità fisiche» (così G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, in F.I., 1991, fasc. 2, pt. IV, pag. 73. Solo in seguito, sulla spinta dei movimenti eutanasi il diritto ha assunto un significato più ampio, volto a negare il valore della vita e il diritto di ricorrere liberamente a pratiche eutanasiche attive.

Non stupisce perciò se nel 1993 al termine diritto di morire corrispondevano almeno quattro possibili significati, ossia: diritto di rifiutare i trattamenti sanitari o l'ospedalizzazione; diritto al suicidio assistito o ad essere uccisi; diritto ad una morte con dignità; diritto di scegliere il tempo e il modo di morire (così in L. R. KASS, *Is there a right to die?*, in Hastings Center Report, 1993).

¹³⁶ Sul punto G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in Dir. Pubbl., 1/2008, pag. 103, secondo il quale «un diritto soggettivo si connota per il fatto che il suo titolare è libero di esercitarlo o non esercitarlo, per sua libera decisione» e, infatti, «[s]e il sedicente diritto (alla salute, ndr) deve essere esercitato, si tratta piuttosto di una funzione, e quindi in termini di situazione giuridica soggettiva di un potere-dovere».

¹³⁷ Sul punto si veda G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 101 e ss..

¹³⁸ Di diverso avviso sembrerebbe essere quella giurisprudenza secondo cui sebbene «la vita è indispensabile presupposto per il godimento di qualunque libertà dell'uomo (...) sarebbe errato costruire l'indisponibilità della vita in ossequio ad un interesse altrui, pubblico o collettivo, sopraordinato e distinto da quello della persona che vive», in tal senso Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

Ciò non sembra tuttavia sufficiente ad elidere la ragionevolezza di quelle affermazioni secondo cui l'interesse alla vita, pur essendo interesse del singolo individuo, è però qualificabile come pubblico dal momento che «il singolo (...) non ne ha la disponibilità», in tal senso G.

Ciò, d'altra parte, è in linea non solo con la giurisprudenza nazionale ma anche con quella internazionale, specie quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nel noto caso *Pretty* contro il Regno Unito¹³⁹, ad esempio, la Corte ha avuto modo di esprimersi sia in merito agli obblighi che il diritto alla vita dei cittadini fa sorgere in capo agli Stati¹⁴⁰, sia in relazione alle prerogative che esso attribuisce a ciascuna persona. Così, per quanto attiene a questo secondo profilo è stato affermato che il diritto alla vita non ha un "profilo negativo" perché, a differenza di altre libertà, non comporta anche il diritto di adottare una propria nozione personale di vita. In altri termini, nel diritto alla vita «non vi è nessun rapporto con le questioni relative alla qualità della vita o a quello che una persona sceglie di fare della propria vita», conseguentemente esso non «conferisce un diritto diametralmente opposto, vale a dire un diritto di morire» né può «far nascere un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad ogni individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita». Coerentemente a tali considerazioni, la Corte concludeva perciò nel senso che dall'art. 2 della Convenzione non discende il «diritto di morire, per mano di un terzo o l'assistenza di una pubblica autorità».

Ebbene, a prescindere dalla decisione finale del caso (che probabilmente avrebbe potuto essere differente se la domanda fosse stata diversamente posta¹⁴¹), va qui evidenziato che anche per la giurisprudenza internazionale l'autodeterminazione della persona, come tutti gli altri diritti, non è posizione

ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 20.

¹³⁹ Sentenza del 29 luglio 2002 (ricorso n. 2346/02) in Riv. int. dir. dell'uomo, 2002, pagg. 407 e ss.

¹⁴⁰ In tal senso lo Stato deve «astenersi dal dare la morte intenzionalmente ed illegalmente» e deve altresì «adottare le misure necessarie per la protezione della vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione», ciò che potrebbe implicare anche l'obbligo di «adottare preventivamente misure di ordine pratico per tutelare l'individuo la cui vita è minacciata dai comportamenti criminosi di terzi».

¹⁴¹ Ad esempio se si fosse agito per rivendicare l'intervento di una pubblica autorità nell'attuazione della volontà impotente della paziente. La stessa Corte ha infatti affermato poi nel prosieguo della sentenza che «da misura in cui uno Stato consente o cerca di disciplinare la possibilità per gli individui in libertà di farsi del male o di farsi fare del male da terzi può dar luogo a considerazioni che mettono in conflitto la libertà individuale e l'interesse pubblico che possono trovare una loro soluzione solo al termine di un esame delle circostanze particolari della fattispecie».

giuridica sottratta ai necessari bilanciamenti con gli altri interessi tutelati dall'ordinamento. Ciò soprattutto laddove, come nel caso della tutela accordata alla vita, tali interessi "generalisti" non confliggano con la dignità innata e immutabile della persona¹⁴². Condizione questa che, sola, può giustificare la legittimità di quelle disposizioni normative, come ad esempio l'art. 5 del c.c., che vietano all'individuo di realizzare legalmente i propri *desiderata* quando essi implicino la definitiva (permanente) rinuncia della propria integrità fisica e perciò anche della propria vita¹⁴³.

¹⁴² Non si dimentichi, infatti, quanto disposto dall'ultimo capoverso dell'art. 32 Cost. secondo il quale «[l]a legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

¹⁴³ Dispone infatti l'art. 5 c.c. in materia di atti di disposizione del proprio corpo che «[g]li atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

6. Il benessere della persona e la tutela della sua libertà: cronaca di una relazione difficile a cavallo tra autonomia e anarchia

6.1. Dal diritto alla salute individuale alla libertà di autodeterminazione personale

Il tema del rapporto tra la volontà individuale di determinare in assoluta autonomia il destino della propria corporeità e quello dei limiti imposti dall'ordinamento alla realizzazione di tale aspirazione è indubbiamente il tema cruciale dell'attuale dibattito giuridico e bioetico.

È in nome dell'autodeterminazione personale (e del relativo diritto alla sua piena realizzazione) che oggi viene condotta la battaglia di quanti rivendicano la possibilità di redigere un testamento biologico, di rifiutare le cure salva vita o finanche di ottenere la morte al momento e nei modi da essi stessi prefissati.

Ma diritto all'autodeterminazione in campo sanitario non è soltanto sinonimo di libertà ma anche di diritto alla salute, trattandosi di una posizione giuridica per la cui tutela non può prescindersi dal collegamento con il fascio di diritti garantiti dall'art. 32 della Carta. Ciò è indubbiamente un elemento da non trascurare, perché idoneo a rappresentare un utile punto di riferimento nella risoluzione di certi nodi che la giurisprudenza di merito o di legittimità ha sin qui potuto soltanto intaccare con la violenza di chi *decide* (dunque taglia) seguendo il verso sbagliato.

Che ciascun individuo abbia diritto di decidere liberamente di sé, del proprio destino e quindi anche delle cure alle quali intende essere sottoposto o sottratto, è un dato di fatto ormai pacifico in giurisprudenza e sancito in maniera peraltro chiara dall'art. 32. La disposizione costituzionale, infatti, ha stabilito fin dal 1947 che è obbligo della Repubblica non soltanto tutelare la salute del singolo, ma anche rispettarne la libertà e l'autonomia, giacché «[n]essuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se

non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (comma secondo).

La dottrina ha avuto occasione di descrivere questo profilo del diritto alla salute come la «garanzia negativa o passiva» offerta alla persona, dunque come una posizione giuridica «che si risolve nella pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole»¹⁴⁴. Diritto incondizionato, quindi, in quanto immediatamente attivabile da ciascuno e in ogni sede, e tuttavia non per questo del tutto sciolto dall'esigenza di armonizzarsi con altri interessi giuridicamente rilevanti.

Negli anni questo profilo di libertà insito nel diritto alla salute ha assunto una rilevanza sempre maggiore. Così, se inizialmente la garanzia offerta dal secondo comma dell'art. 32 Cost. è stata considerata sostanzialmente come disposizione che garantiva il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari, con il tempo essa ha manifestato di possedere una normatività sempre più ampia.

Via via che la medicina si è andata sviluppando e che la persona ha acquisito maggior consapevolezza della sua nuova dignità costituzionale, il diritto alla libertà di cura ha assunto nuove sfumature¹⁴⁵ divenendo strumento per reagire alle rigidità di un sistema non ancora adeguatosi alle novità introdotte dalla Costituzione. Ancora alla fine degli anni '60 dello scorso secolo, il ritardo nell'attuazione della Costituzione era tale che, in campo sanitario, l'individuo, lungi dall'essere il titolare di diritti, continuava ad essere considerato il mero destinatario di interventi benefici decisi da altri. Per molto tempo la salute ha continuato ad essere considerata mera condizione di oggettiva integrità psico-fisica e il corpo umano, e con esso la sua integrità, uno «strumento necessario all'adempimento dei compiti che il soggetto [avrebbe

¹⁴⁴ A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32, op. cit.*, pag. 658.

¹⁴⁵ Sul punto si veda di G. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, Resp. civ. e prev., 2007, 10, pag. 2141 e ss..

dovuto, ndr] svolgere all'interno della famiglia e della società»¹⁴⁶. Innanzi all'immobilismo del legislatore e della classe medica, alla giurisprudenza è perciò spettato il compito di rompere l'antico equilibrio per porre finalmente al centro del sistema la persona e i suoi diritti.

Di sentenza in sentenza si è cominciato a riconoscere i caratteri di dinamicità e soggettività sottesi alla nozione di salute¹⁴⁷, rivedendo altresì i presupposti (*rectius*, i reciproci poteri) della relazione medico-paziente-strutture sanitarie. La persona ammalata è stata così liberata dallo *status* di mero paziente, “oggetto” del benefico intervento del medico¹⁴⁸, acquistando la dignità di “soggetto” cui spetta il potere (*rectius*, il diritto) di autodeterminare «consapevolmente ogni scelta, di tipo diagnostico e terapeutico, che coinvolga la propria salute e il proprio corpo»¹⁴⁹ sul presupposto che «il modo migliore di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione»¹⁵⁰. E tale diritto è stato garantito introducendo nell'ordinamento nazionale l'istituto del consenso informato, strumento tecnico di stampo prettamente patrimoniale, sin lì adoperato in campo sanitario negli Usa.

Se questa è la genesi del cd. diritto all'autodeterminazione terapeutica¹⁵¹, è chiaro che tale diritto, conferendo all'individuo il potere di scegliere se e come curarsi, è intrinsecamente funzionale non alla tutela della libertà *tout court* dell'individuo, ma della sua salute (sebbene intesa in senso soggettivo e perciò

¹⁴⁶ A. ANSALDO, *Art. 5*, in G. ALPA - A. ANSALDO (a cura di), in *Il Codice Civile Commentato* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 247.

¹⁴⁷ A. ANSALDO, *Art. 5*, in G. ALPA - A. ANSALDO (a cura di), in *Il Codice Civile Commentato* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 249. Sul punto si veda anche quanto affermato di recente da Cass. civ., Sez. III, 30 marzo 2011, n. 7237, secondo cui «è proprio l'art. 32 Cost., nella parte in cui afferma che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, che racchiude, come icasticamente asserito da autorevole dottrina, una sorta di *habeas corpus*, con il quale l'autodeterminazione trova il suo fondamento e l'inviolabilità della dignità della persona si concretizza».

¹⁴⁸ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 209, ricorda che in precedenza «il medico, come custode del bene del paziente, si ergeva a suo tutore, e poteva decidere in suo luogo, secondo scienza e coscienza, entro i confini della morale propria di una società fortemente stratificata».

¹⁴⁹ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 1, pag. 87.

¹⁵⁰ In tal senso si veda Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

¹⁵¹ Sul concetto di autodeterminazione si veda anche C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, pag. 1037 e ss.;

variabile). Ciò non è privo di conseguenze, dal momento che sarà entro questi limiti che il diritto ad autodeterminarsi potrà ritenersi coperto dalle qualità proprie del diritto alla salute, dunque come diritto fondamentale ascrivibile al novero delle posizioni inviolabili dell'uomo.

Quanto precede, se condiviso, implica sul piano pratico che il riconoscimento in capo alla persona di un diritto ad autodeterminarsi non conferisce ad essa un'autonomia illimitata e libera, ma funzionalizzata alla salvaguardia di esigenze terapeutiche che siano oggettivamente riscontrabili, pur se passibili di diverse valutazioni. In altri termini, insomma, guardando alla genesi del diritto, sembra corretto ritenere che esso, aprendo alla rilevanza giuridica delle sensibilità soggettive, ha introdotto nell'ordinamento un'eccezione alla regola generale, sì che «nel caso dei trattamenti sanitari la omissione o la interruzione di uno specifico trattamento sanitario su richiesta dell'interessato è un obbligo costituzionalmente previsto, anche se da questa omissione o interruzione derivi la morte del paziente»¹⁵². Non anche, però, una nuova regola generale in virtù della quale, accantonata la tutela dovuta alla vita, sussisterebbe sempre l'obbligo di tutelare la volontà (*rectius*, libertà) dell'individuo¹⁵³.

6.2 L'autodeterminazione personale e i suoi limiti

Nato dunque come diritto volto a tutelare in concreto salute e libertà individuale, non si può comunque nascondere che il diritto

¹⁵² G.U. RESCIGNO, *op. cit.* pag. 95.

¹⁵³ In tal senso si veda anche quanto deciso dalla Corte Cost. con la Sent. n. 180 del 16 maggio 1994 in tema di imposizione del casco protettivo per i conducenti dei motoveicoli. In quella sede, infatti, è stato chiarito che «appare conforme al dettato costituzionale, che considera la salute dell'individuo anche interesse della collettività, che il legislatore nel suo apprezzamento prescriva certi comportamenti e ne sanzioni l'inosservanza allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali. Non può difatti dubitarsi che tali conseguenze si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività, non essendo neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in tale funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili». Conseguentemente, rileva la Corte che le misure adottate «appaiono perciò dettate da esigenze tali da non far reputare irragionevolmente limitatrici della "estrinsecazione della personalità" le prescrizioni imposte».

all'autodeterminazione personale da tempo tende sempre più ad affrancarsi dall'art. 32 Cost., per assumere i contorni di un moderno *habeas corpus*, immediatamente riconducibile all'art. 13 Cost. Si tratta però di un processo che ha generato qualche malinteso.

Eliso il nesso funzionale tra tutela dell'autonomia privata e tutela della salute, il diritto all'autodeterminazione viene sempre più spesso concepito e invocato nelle aule giudiziarie come fosse un diritto di libertà potenzialmente illimitato e, soprattutto, illimitabile¹⁵⁴. Così, mentre l'ordinamento ha continuato a presidiare la vita con aspre sanzioni penali punendo chiunque vi attenti direttamente o indirettamente (spec. artt. 575, 578, 579, 580, 593 c.p.), la prassi giudiziaria e clinica è stata costellata di richieste volte a ottenere il riconoscimento di un diritto ad autodeterminarsi esteso sino al punto da poter disporre della propria vita, magari anche con l'assistenza del Servizio sanitario nazionale.

Questa tendenza è stata indirettamente registrata anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 438 del 2008 che, nel riflettere sulla natura giuridica del consenso informato all'atto medico, ha avuto occasione di affermare che esso è l'oggetto di un diritto che «trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 (...) e negli artt. 13 e 32 della Costituzione», ciò che «pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute»¹⁵⁵.

¹⁵⁴ F.D. BUSNELLI, in *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, Diritti umani e diritto internazionale, 2007, 1, pagg. 252 e 253, ricorda come negli Usa la riflessione bioetica negli ultimi anni stia cominciando a riflettere sui rischi generati dal dogma dell'autonomia sulla tutela offerta ai soggetti più deboli. Sul punto egli richiama le parole di Warren T. REICH, secondo cui la bioetica statunitense, finora «imprigionata in una struttura concettuale dominata dal principio di autonomia», è chiamata oggi ad affrontare «la sfida della vulnerabilità» che diverrà l'idea centrale della futura riflessione bioetica, «idea per cui è necessario prestare maggiore attenzione alle persone più vulnerabili che alla protezione dei diritti di coloro che già hanno un potere». Conclude però Busnelli notando come mentre gli Usa iniziano a sentire la necessità di avvicinarsi all'esperienza europea di tutela della dignità delle persone maggiormente vulnerabili, in Europa al contrario, si tenta di funzionalizzare la dignità umana «al valore del singolo individuo in grado di gestirla».

¹⁵⁵ Sul punto si veda comunque R. BALDUZZI - D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. Cost.*, 2008, 6, pag. 4960.

La sentenza conferma dunque la riconducibilità del diritto all'autodeterminazione anche all'art. 13 Cost. ma, a ben vedere, fa ciò senza confermarne anche l'esclusività del legame o l'assolutezza. Al contrario, la sentenza sembra confermare come, sebbene ascrivibile tra i diritti di libertà, l'autodeterminazione non è diritto che si presti ad essere esercitato a prescindere dall'esistenza di un'indicazione medico-chirurgica oggettiva e perciò refertabile. D'altra parte, se così non fosse la Corte, lungi dal qualificare il consenso come atto avente funzione sintetica tra due diritti fondamentali, avrebbe dovuto necessariamente ricondurlo al solo art. 13, essendo il consenso un tipico strumento di esercizio dell'autonomia privata¹⁵⁶.

Quanto precede, a giudizio di chi scrive, conferma ciò che si è già segnalato in precedenza, ossia che l'individuo - purché capace di intendere e volere - può oggi certamente assumere decisioni sanitarie sebbene potenzialmente mortali¹⁵⁷, ciò però solo entro contesti sanitari e a condizione che la sua volontà non sia segnata unicamente da intenti suicidi¹⁵⁸.

¹⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, *op. cit.*, pag. 1047 ritiene che il diritto all'autodeterminazione andrebbe ancorato in via esclusiva all'art. 13 della Cost., dal momento che «[d]all'art. 32 non si può dunque ricavare l'autodeterminazione circa il proprio continuare ad esistere, né in particolare dal fatto che al comma 2 esso faccia divieto di trattamenti sanitari obbligatori salvo che questi siano previsti dalla legge. Ciò perché l'autodeterminazione per la sua stessa natura, della quale fa fede il nome stesso, nasce come diritto di libertà; mentre la salute (...) non è un diritto di libertà, così come la disciplina che la riguarda non può essere considerata alla stregua dei diritti di libertà. Proprio perché si tratta di diritti di matrice diversa, si può parlare di possibile “punto di intersezione tra diritto alla salute e diritto di libertà...sotto il profilo dell'autodeterminazione” e affermare che “a tale punto il diritto alla salute manifesta la sua dimensione in ultima istanza aporetica rispetto al diritto di libertà”. Tale intersezione, tuttavia, all'interno dello stesso art. 32, fa rilevare che l'obbligazione dello Stato circa la salute non può avvenire in contrasto con la libertà del singolo, se non mediante un provvedimento legislativo. In questo senso la tutela della salute trova un limite in tale libertà, la quale a sua volta può essere limitata mediante un provvedimento generale e astratto» (Le citazioni interne al testo sono da C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in Jus, 1990, pag. 194.

¹⁵⁷ Sul punto si veda G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 95 secondo il quale «nel caso dei trattamenti sanitari la omissione o la interruzione di uno specifico trattamento sanitario su richiesta dell'interessato è un obbligo costituzionalmente previsto, anche se da questa omissione o interruzione derivi la morte del paziente».

¹⁵⁸ Sul punto deve riconoscersi, infatti, che vi è differenza tra chi chieda per sé la sospensione di un trattamento divenuto oltremodo gravoso sino a costituire, anche solo per la propria autocoscienza, una forma di accanimento terapeutico (si pensi, ad esempio, ai pazienti affetti da SLA o anche a quanti sono costretti a ricorrere alla dialisi) e chi invece rifiuti per ragioni ulteriori cure poco invasive sebbene indispensabili. In quest'ultimo caso, infatti, dovrà a

A conferma di quanto precede, si segnala che, peraltro, diversamente opinando e perciò riconoscendo all'individuo un diritto - giuridicamente azionabile - consistente nel godimento di una generica libertà di scelta, si dovrebbe necessariamente e coerentemente di riconoscere anche l'illegittimità di tutti gli atti (da chiunque posti in essere) volti ad impedire il suicidio di qualcuno, così come anche di tutte le disposizioni che limitano sotto altri profili il pieno esercizio dell'autonomia dell'individuo che ben potrebbe voler fare mercimonio dei propri organi o anche del proprio sangue; ciò senza considerare l'opportunità di riconsiderare in caso contrario la ragionevolezza della punizione inflitta, ad esempio, a chi aiuti taluno a suicidarsi e perciò a realizzare quella volontà che si vorrebbe adesso ergere a parametro di giustizia¹⁵⁹.

me pare che il mero richiamo al diritto di autodeterminazione personale non valga ad elidere il dovere dell'ordinamento di indagare le reali capacità di intendere e volere dell'ammalato, oltre che la ragionevolezza e le motivazioni della sua decisione.

¹⁵⁹ Ciò che sembrerebbe confermato anche dalle pronunce intervenute sui casi Welby ed Englaro; così rispettivamente Tribunale di Roma, Gup, 17 Ottobre 2007, n. 2049 e Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

7. L'esigenza di una sintesi: la teorica dei diritti personalissimi come anello di congiunzione fra diritti e doveri della persona

Si è visto come la vita, sebbene sia un'esperienza individuale, è però al contempo anche oggetto di un legittimo interesse pubblico, non lesivo ma funzionale al rispetto della persona. La qualità ed il valore di questo bene, infatti, sono tali da giustificare il regime di indisponibilità giuridica e la corrispettiva limitazione dei poteri di autodeterminazione personali. Resta da comprendere, però, secondo quale schema giuridico formalmente coerente, tale indisponibilità possa essere conciliata con la possibilità, che pure è stata riconosciuta vigente nel nostro ordinamento, di interrompere certe cure sebbene salva vita.

Nel tentare una tale ricostruzione è necessario considerare preliminarmente che vita, integrità fisica, salute, autodeterminazione sono aspetti di un unico soggetto, la persona, che l'ordinamento ha reso oggetto di altrettanti diritti inviolabili. Diritti della persona, quindi, riconducibili a quella categoria di diritti noti come diritti personalissimi (o della personalità)¹⁶⁰ la cui disciplina di dettaglio è rinvenibile nel primo Libro del Codice civile.

Come il diritto al nome o all'immagine, anche i citati diritti sono, infatti, attributi essenziali della personalità¹⁶¹ dei quali ciascuno è titolare per il solo fatto di essere nato. Essi non hanno carattere patrimoniale (sebbene ne siano risarcibili le lesioni¹⁶²), ma conferiscono al loro titolare un potere di godimento che la Costituzione tutela, non solo in via generale con l'art. 2, ma anche con norme di dettaglio tra le quali gli artt. 13 e 32 della Carta costituzionale.

Quelli personalissimi sono poi diritti che, in quanto connaturati alla persona, non possono essere scissi da essa e ne seguono perciò il destino,

¹⁶⁰ A tal proposito si veda Tribunale di Lecco, decreto del 2 Febbraio 2006.

In dottrina, *ex plurimis*, G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova, 2011, pag. 219 e ss.

¹⁶¹ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 287 e ss., dove si rileva come «è concepibile che esistano individui così poveri da non avere alcun diritto su beni del mondo esterno (diritto reale) o verso altra persona (diritto di credito), ma questi individui avranno pur sempre, per esempio, il diritto alla propria integrità fisica, al proprio nome, ecc.».

¹⁶² Cfr. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, *op. cit.* pag. 288.

estinguendosi solo con la morte biologica¹⁶³, con la conseguenza che a ciascuno è dato il diritto di godere liberamente della propria esistenza (da intendersi qui come sintesi di vita, salute, libertà, etc.), senza che ciò comporti anche un diritto di disporne. E, infatti, sono quelli oggetto di tale categoria giuridica, beni non trasferibili¹⁶⁴ e non rinunciabili¹⁶⁵.

D'altra parte, se si ammette il valore intrinseco della persona, non si può ammettere anche che questa possa "alienare" la propria vita, la propria libertà, se stessa ad un terzo, né che possa autodistruggersi, cioè suicidarsi con l'approvazione e magari l'incoraggiamento dell'ordinamento.

Quanto precede, certo, non implica che il tentato suicidio debba essere punito, né che la persona possa essere costretta a sottoporsi a cure salva vita o non possa rifiutare o interrompere cure già avviate. Un conto, infatti, è ritenere che l'individuo non abbia il potere di disporre lecitamente dei propri diritti personalissimi, altro conto è prendere atto del fatto: *i*) che ben possono esistere atti giuridicamente non sanzionati sebbene disapprovati (come per il tentato suicidio¹⁶⁶) e *ii*) che la stessa persona, in quanto unica titolare di tali diritti, ben

¹⁶³ Ferma restando la possibilità che una certa tutela sia accordata sia prima delle nascite, sia dopo la morte.

¹⁶⁴ Fanno eccezione ai sensi dell'art. 10 c.c. il diritto all'immagine e quello alla riservatezza; in tal senso G. ALPA, *op. cit.*, pag. 220.

¹⁶⁵ In dottrina è stata segnalata l'opportunità di distinguere il potere di gestione dal potere di autonomia del soggetto, poiché è solo il secondo che legittima la persona al compimento di atti di disposizione. Infatti «il potere di disporre, che è compreso nel potere di gestione della propria sfera, rientra nell'ambito del potere di autonomia del soggetto, del quale è un semplice aspetto. Esso compete in linea generale al titolare di ogni diritto che non sia indisponibile per sua natura o per espressa disposizione di legge» come è invece nel caso dei diritti personalissimi, in tal senso A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, pag. 619.

¹⁶⁶ In merito alla natura del suicidio deve segnalarsi che se per alcuni esso potrebbe essere un diritto della persona (in tal senso già FERRI, *L'omicidio-suicidio*, Torino, 1895, pag. 19 ss.) per altri si tratta di un atto di libertà (BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, pag. 59), o ancora di una mera attività lecita (ONDEI, *Le Persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, Torino, 1965, pag. 311) o di un reato non punibile (PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, pag. 663 e M. DOGLIOTTI, *Persone e Famiglia*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, II, Utet, Torino 2002 pag. 87). Preferibile appare però la tesi secondo cui il suicidio è un mero fatto umano che, pur non prestandosi alla repressione penale, non costituisce in alcun modo «una condotta indifferente per il diritto o addirittura lecita», in tal senso L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni anticipate di trattamento nei trattamenti sanitari*, Crimianlia 2006, 1, pag. 262.

può decidere in piena libertà di rinunciare alla loro tutela (non certo, come si è visto, ai beni che ne sono oggetto) o graduarne, secondo la propria visione personale, l'intensità.

L'utilità di un tale cambio di prospettiva è soprattutto culturale. Così operando, infatti, pur garantendo alla persona la possibilità di rifiutare o interrompere un dato trattamento sebbene salva vita, lo si farebbe, da un lato, senza dar credito a quanti affermano la configurabilità di condizioni personali indegne o, addirittura, non umane e, dall'altro, riconoscendo che la vita è in ogni caso un bene oggetto di interesse pubblico e non solo individuale salvaguardando così la dimensione solidale pur chiaramente espressa dall'attuale ordinamento personalista.

E ciò non sarebbe cosa da poco, dal momento che in tal modo si finirebbe per ancorare le decisioni sanitarie più complesse ad un quadro dogmatico definito e perciò capace di indirizzare le scelte legislative, giurisdizionali e finanche materiali a criteri di ragionevole coerenza sistematica¹⁶⁷.

Inoltre, è bene considerare che il ritorno alla categoria dei diritti personalissimi e la distinzione tra atti di disposizione e atti di godimento, avrebbe il merito di chiarire l'assoluta inconsistenza del presunto "diritto a morire", consentendo così agli operatori sanitari e giudiziari di poter meglio affiancare chi deve assumere decisioni eticamente complesse. La presa d'atto dell'indisponibilità di certi beni, infatti, favorirebbe - si crede - il mantenimento di relazioni (umane, professionali e giuridiche) più serene pur innanzi ai casi più problematici, depotenziando la conflittualità celata dietro la retorica

¹⁶⁷ In relazione al caso Englaro, ad esempio, è noto il cambio di rotta compiuto dalla Cassazione a quadro normativo immutato per quanto attiene ai poteri del tutore dell'incapace. Dopo aver infatti affermato nel 2005 (sempre in relazione alla vicenda Englaro) che il tutore non ha poteri di rappresentanza generale nei confronti del suo pupillo per quanto riguarda gli atti personalissimi (Sent. n. 8291 del 2005), la Corte ha poi ritenuto nel 2007, con la Sentenza n. 21748 che «[i]n tema di attività medica e sanitaria, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere "incondizionato" di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza», ossia trasferisce un potere attenuato perché vincolato nei modi di esercizio.

(giudiziaria) dei “diritti fondamentali” e favorendo, al contrario, l’individuazione di soluzioni che guardino al benessere della paziente. Infatti, così come innanzi al suicida si sarebbe certi di far bene arrestandone il salto nel vuoto, allo stesso modo innanzi al paziente che chiede l’interruzione di un certo trattamento salva vita si acquisirebbe la certezza, oggi mancante, che agisce bene chi tenta di dissuaderne i propositi suicidi. Ciò, ovviamente, fermo restando che alla fine andrà comunque garantita l’attuazione della volontà dell’ammalato che ritenesse di non voler desistere dalla propria volontà di non sottoporsi ad ulteriori cure¹⁶⁸.

Giunti a questo punto, sembra comunque che l’utilità di una tale ricostruzione potrà essere meglio apprezzata volgendo l’attenzione al quadro organizzativo entro il quale sorgono e vanno risolti solitamente i su descritti conflitti etici, ciò che sarà per l’appunto oggetto del prossimo capitolo.

¹⁶⁸ D’altra parte va segnalato che laddove il legislatore ha avuto la forza di disciplinare fattispecie eticamente rilevanti, ha sempre considerato la volontà della persona non come atti dispositivi produttivi di (immediati) effetti giuridici, bensì come manifestazioni di volontà da verificare e magari modificare in senso più conforme ai valori tutelati dall’ordinamento. Ciò è avvenuto, ad esempio, con la l. n. 194 del 1978 nel disciplinare l’interruzione volontaria della gravidanza.

Nel regolare questa difficile materia, infatti, il legislatore ha previsto che nel ricevere la richiesta abortiva della donna, i consultori pubblici, le strutture socio-sanitarie e i singoli medici devono «esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta (...) le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto» (art. 5, comma 1). Si tratta evidentemente di previsione che, sebbene contestata dai fanatici dell’autodeterminazione, è a giudizio di chi scrive da apprezzare perché, a fronte di decisioni definitive e comunque destinate a lasciare un segno nel vissuto della donna o della coppia che decide di abortire, favorisce l’assunzione di decisioni maggiormente consapevoli rendendo tangibile l’esistenza di un contesto di reale solidarietà economica e sociale in linea con l’art. 2 della Carta.

Capitolo II

La tutela della salute individuale tra compiti istituzionali e rapporti di cura

1. L'art. 32 della Costituzione e i compiti di tutela della salute affidati alle istituzioni repubblicane

1.1. Le istituzioni coinvolte nell'attuazione dell'art. 32 Cost. (breve quadro di sintesi)

L'art. 32 Cost., con il suo primo comma, assegna alle cure della Repubblica un compito specifico e apparentemente chiaro: «tutela[re] la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garanti[re] cure gratuite agli indigenti». Della complessità normativa di tale disposizione, ossia del suo essere un diritto che ingloba in sé più posizioni giuridiche eterogenee, sebbene tra loro funzionali¹, si è già detto nel precedente capitolo.

Giunti a questo punto, deve però considerarsi che la cura concreta del benessere fisico e psichico della persona non è attività che possa essere assicurata mediante mere dichiarazioni di principio o programmatiche, e neppure con la sola individuazione di un soggetto ad essa astrattamente obbligato. Diversamente, per la tutela di un diritto che è prima di tutto un diritto a prestazioni, è indispensabile che si assicuri la presenza sul territorio di soggetti dotati delle capacità tecniche e professionali necessarie per comprendere i fenomeni che minano la salute umana e individuare e attuare i rimedi più efficaci e meno gravosi atti ad eliminare o comunque superare i suddetti fenomeni. Se così non fosse, l'individuo vedrebbe inevitabilmente frustrata la propria aspettativa di tutela e potrebbe tutt'al più, agire (lui o i suoi eredi) solo per ottenere il solo risarcimento del danno patito, ossia qualcosa di diverso e di incommensurabilmente meno rilevante, un mero diritto di credito.

L'attuazione dell'art. 32 Cost. presuppone allora un ordinamento delle professioni sanitarie e uno sforzo organizzativo che renda disponibili e accessibili a tutti le prestazioni di cui necessitano.

¹ Sul punto si veda comunque, *ex plurimis*, A. POLICE, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 11/12 2003, pag. 1173.

Ebbene, se l'ordinamento delle professioni sanitarie è stato attuato dal legislatore nei suoi tratti essenziali già nel 1934 con il titolo II (*Esercizio delle professioni e delle arti sanitarie e di attività soggette a vigilanza sanitaria*) del r.d. n. 1265 (*Testo unico delle leggi sanitarie*), è solo con l'approvazione della l. n. 833 del 1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale ("S.s.n.") che è stata garantita l'integrale attuazione dell'art. 32 Cost., concretizzando un diritto sin lì solo astrattamente riconosciuto, portando altresì a conclusione un processo di progressiva specializzazione e tecnicizzazione degli apparati pubblici coinvolti nella cura della salute individuale e collettiva².

A tal proposito è bene considerare che fin dall'inizio il S.s.n. è stato concepito e organizzato non come un apparato meramente burocratico, ma come il complesso «delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione, senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio» (così, art. 1, comma 3, della l. n. 833 del 1978). Una «organizzazione obiettivata»³, dunque, perché «finalizzata ad uno scopo

² È bene considerare che per molto tempo il problema sanitario è stato esclusivamente un problema di ordine e sicurezza pubblici e come tale è stato gestito per anni dal Ministero dell'Interno e dai suoi organi periferici (Prefetti e Sindaci) con l'ausilio di organismi tecnici consultivi.

Solo con il passare del tempo e l'esplosione della questione sociale i temi connessi con la tutela della salute umana hanno assunto una nuova veste, acquisendo maggiore autonomia e divenendo centrali per la tutela effettiva dei diritti fondamentali dell'individuo. Questo cambio di sensibilità, ha portato non solo all'istituzione dell'alto Commissariato per l'Igiene e la Sanità pubblica (d.l. n. 417 del 1945) e poi del Ministero della Sanità (oggi della Salute) con la l. n. 296 del 1958, ma anche all'emersione di un ruolo sempre più preponderante e autonomo di quanti possiedono gli strumenti culturali e professionali necessari per garantire la cura di un interesse, la salute dell'individuo, non passibile di valutazioni discrezionali da parte dell'autorità pubblica. Non a caso è stato segnalato che negli anni si andata acquisendo la consapevolezza che «la sanità è un settore molto particolare della pubblica amministrazione, nel quale la tecnicità si presenta in misura maggiore che in altri: i suoi problemi, sia funzionali che organizzativi, sono fondamentalmente di carattere tecnico e devono essere risolti da esperti», in tal senso A. CATELANI, *La sanità pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, Cedam, 2010, pag. 49.

³ Così G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, ora in *Scritti Scelti*, vol. I, Jovene, Napoli, 2010, pag. 219.

unitario», sebbene organizzata in maniera da ricomprendere «una pluralità di soggetti e di strutture»⁴.

In questo quadro, la cura della salute della collettività è stata concepita come un'attività che coinvolge in vario modo e con diversa intensità tutti i livelli istituzionali e sociali della Repubblica, dai Comuni e dalle formazioni sociali di volontariato, sino allo Stato e alle Regioni, soggetti, questi ultimi, sempre più responsabili dell'organizzazione e gestione del sistema. Il S.s.n. si mostra perciò adesso come «“somma” dei servizi sanitari regionali»⁵, «complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale (...) nonché delle funzioni conservate allo Stato...» (così, adesso, l'art. 1, comma 1, del d.lgs. 502/1999).

Sul piano costituzionale, quanto precede trova riscontro nel titolo V della Carta, laddove la “tutela della salute”⁶ è inclusa tra le materie oggetto di legislazione concorrente Stato-regioni (art. 117, comma 3, Cost.), sicché spettano alle regioni tutte le funzioni operative e allo Stato quelle di regolazione, indirizzo, programmazione, finanziamento, vigilanza e supporto tecnico di cui agli artt. 114, 115 e 116 del d.lgs. 112/1998⁷. Allo Stato spetta

⁴ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto pubblico*, 2002, n. 1, pag. 86. L'Autore prosegue evidenziando come negli anni il S.s.n. è stato viepiù considerato come la «organizzazione di un compito, di un compito organizzato o dell'organizzazione attuativa di un diritto fondamentale di cittadinanza».

⁵ A. CROSETTI, *Il servizio sanitario*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 175.

⁶ Sul punto A. CROSETTI, *op. ult. cit.*, pag. 176, segnala che tale materia deve intendersi comprensiva non solo dell'assistenza sanitaria e ospedaliera, ma anche delle funzioni di tutela dell'igiene e della sanità pubblica, dunque anche dei Trattamenti sanitari obbligatori.

⁷ **Art.114 - Conferimenti alle regioni**

1. Sono conferiti alle regioni, secondo le modalità e le regole fissate dagli articoli del presente capo, tutte le funzioni e i compiti amministrativi in tema di salute umana e sanità veterinaria, salvo quelli espressamente mantenuti allo Stato.

2. I conferimenti di cui al presente capo si intendono effettuati come trasferimenti, con la sola esclusione delle funzioni e dei compiti amministrativi concernenti i prodotti cosmetici, effettuati a titolo di delega.

Art.115 - Ripartizione delle competenze

1. Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera a), della legge 15 marzo 1997, n. 59, sono conservati allo Stato i seguenti compiti e funzioni amministrative:

a) l'adozione, d'intesa con la Conferenza unificata, del piano sanitario nazionale, l'adozione dei piani di settore aventi rilievo ed applicazione nazionali, nonché il riparto delle relative risorse alle regioni, previa intesa con la Conferenza Stato-regioni;

b) l'adozione di norme, linee-guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria relative ad attività, strutture, impianti, laboratori, officine di produzione, apparecchi, modalità di lavorazione, sostanze e prodotti, ivi compresi gli alimenti;

c) la formazione, l'aggiornamento, le integrazioni e le modifiche delle tabelle e degli elenchi relativi a sostanze o prodotti la cui produzione, importazione, cessione, commercializzazione o impiego sia sottoposta ad autorizzazioni, nulla osta, assenti comunque denominati, obblighi di notificazione, restrizioni o divieti;

d) l'approvazione di manuali e istruzioni tecniche su tematiche di interesse nazionale;

e) lo svolgimento di ispezioni, anche mediante l'accesso agli uffici e alla documentazione, nei confronti degli organismi che esercitano le funzioni e i compiti amministrativi conferiti nonché lo svolgimento di ispezioni agli stabilimenti di produzione di medicinali per uso umano e per uso veterinario, ivi comprese le materie prime farmacologicamente attive e i gas medicinali, e ai centri di sperimentazione clinica umana e veterinaria;

f) la definizione dei criteri per l'esercizio delle attività sanitarie ed i relativi controlli ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni ed integrazioni e del decreto del Presidente della Repubblica 14 gennaio 1997, pubblicato nel supplemento ordinario n. 42 della Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 20 febbraio 1997, recante l'approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private;

g) la definizione di un modello di accreditamento delle strutture sanitarie pubbliche e private.

2. Nelle materie di cui all'articolo 112 sono conferiti tutte le funzioni e i compiti amministrativi non compresi nel comma 1 del presente articolo né disciplinati dagli articoli seguenti del presente capo, ed in particolare quelli concernenti:

a) l'approvazione dei piani e dei programmi di settore non aventi rilievo e applicazione nazionale;

b) l'adozione dei provvedimenti puntuali e l'erogazione delle prestazioni;

c) la verifica della conformità rispetto alla normativa nazionale e comunitaria di attività, strutture, impianti, laboratori, officine di produzione, apparecchi, modalità di lavorazione, sostanze e prodotti, ai fini del controllo preventivo, salvo quanto previsto al comma 3 del presente articolo, nonché la vigilanza successiva, ivi compresa la verifica dell'applicazione della buona pratica di laboratorio;

d) le verifiche di conformità sull'applicazione dei provvedimenti di cui all'articolo 119, comma 1, lettera d).

3. Il conferimento delle funzioni di verifica delle conformità di cui al comma 2 ha effetto dopo un anno dalla entrata in vigore del presente decreto legislativo. Entro tale termine, con decreto legislativo da emanarsi ai sensi dell'articolo 10 della legge 15 marzo 1997, n. 59, sono individuati gli adempimenti affidabili ad idonei organismi privati, abilitati dall'autorità competente, nonché quelli che, per caratteristiche tecniche e finalità, devono restare di competenza degli organi centrali.

3-bis. Ai sensi del comma 3 del presente articolo, restano riservate allo Stato le funzioni di verifica, ai fini del controllo preventivo, della conformità rispetto alla normativa nazionale e comunitaria, limitatamente agli aspetti di tutela della salute di rilievo nazionale:

a) degli stabilimenti di produzione dei prodotti destinati ad alimentazione particolare e dei prodotti fitosanitari;

inoltre il potere di determinare in via esclusiva (art. 117, comma 2, lett. *m*) Cost.⁸) quei Livelli essenziali di assistenza (“L.e.a.”) atti a garantire sull’intero

b) dei macelli, dei mercati ittici e stabilimenti dove si allevano animali o pesci, nonché dei laboratori di trasformazione e delle altre strutture di interesse veterinario che fabbricano o trattano prodotti destinati all’esportazione;

c) dei laboratori.

3-*ter*. L’esercizio delle funzioni di cui ai commi 3 e 3-*bis* è regolato sulla base di modalità definite con apposito accordo da approvare in conferenza Stato-regioni, ai sensi dell’articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

4. La costituzione di scorte di medicinali di uso non ricorrente, sieri, vaccini e presidi profilattici può essere effettuata dall’autorità statale o da quella regionale. Lo Stato assicura il coordinamento delle diverse iniziative, anche attraverso gli strumenti informativi di cui all’articolo 118, ai fini della economicità nella costituzione delle scorte e, di conseguenza, del loro utilizzo in comune.

5. Restano riservate allo Stato le competenze di cui agli articoli 10, commi 2, 3 e 4, e 14, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modifiche e integrazioni, le attribuzioni del livello centrale in tema di sperimentazioni gestionali di cui all’articolo 9-*bis* dello stesso decreto, nonché quelle di cui all’articolo 32 della legge 27 dicembre 1997, n. 449.

Art.116 - Pianificazione

1. L’individuazione degli obiettivi essenziali e dei criteri comuni di azione amministrativa relativi ai piani e programmi di settore adottati dalle regioni è operata con atti di indirizzo e coordinamento ai sensi dell’articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, nel rispetto dei piani e programmi di cui all’articolo 115, comma 1, lettera a) del presente decreto legislativo.

2. Le funzioni già esercitate da commissioni e organismi ministeriali, anche a composizione mista o paritetica con altre amministrazioni, in relazione ai piani e programmi di settore conferiti alle regioni, sono soppresse. Con regolamento emanato ai sensi dell’articolo 7, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, è operato il riordino delle medesime commissioni e organismi, provvedendo alla relativa soppressione nei casi in cui non permangano funzioni residue.

⁸ In relazione a tale ultima competenza statale, si tenga presente che la Corte Costituzionale, già nel 2002, ha chiarito che si tratta di «competenza (...) idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (C. Cost., Sent. n. 282 del 2002).

In ogni caso si tenga presente che l’esistenza di limiti alla libertà legislativa di estendere o restringere oltre misura il livello di tutela accordato emergeva già dalla legge n. 833 del 1978. La legge ha infatti previsto che in sede di approvazione del piano sanitario nazionale si sarebbero dovuti «fissa[re] i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini» (art. 3) prevedendo «norme dirette ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale» (art. 4, comma 1); in tal senso si veda V. MOLASCHI, *I livelli delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà – P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 472.

In ogni caso, il rilievo citato non sembra elidere la considerazione secondo cui la norma costituzionale è certamente più incisiva della precedente disposizione ordinaria, e non solo per ragioni di rango. La lett. *m*) del secondo comma dell’art. 117 Cost., infatti, è stato inserito in Carta quando anche il diritto alla salute era stato ormai ricondotto nell’elenco dei diritti

territorio nazionale la tutela del nucleo essenziale del diritto⁹, nonché quello di dialogare, come meglio si dirà nel paragrafo successivo, con il mondo

finanziariamente condizionati, proprio allo scopo di chiarire che a prescindere dal quadro economico, vi è un livello di tutela che non può comunque essere negato.

Il tema vero, dunque, è quello del significato da attribuire all'espressione "livelli essenziali". A tal proposito R. BALDUZZI, in *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI - G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 18 e ss., ha chiarito che il significato dell'espressione, lungi dall'essere generica, almeno in campo sanitario è puntuale, in quanto rintracciabile anche nel combinato disposto dall'art. 1 del d.lgs. n. 502 del 1992 e dal d.p.c.m. 29 novembre 2001. Sul punto l'A. ha anche evidenziato che la formula è stata adottata dal legislatore dopo che negli anni '90 si era posto il problema di definire un contenuto minimo di tutela per il diritto alla salute optando per l'introduzione di livelli *minimi* oppure *essenziali* delle prestazioni. L'autore ha inoltre segnalato che la scelta di attribuire allo Stato la determinazione dei livelli essenziali, rende la scelta del revisore costituzionale più consapevole e carica di conseguenze giuridiche, mostrando la presumibile volontà di attribuire allo Stato il potere di favorire la «*individuazione di forme e tecniche capaci di assicurare la tenuta complessiva del sistema*», segnando la necessaria ultraregionalità del sistema e perciò il suo carattere nazionale (così alle pagg. 21 e 22).

⁹ Nucleo che si ritiene sottratto alla stessa disponibilità del legislatore essendosi rilevato che «la previsione costituzionale in materia di "livelli essenziali" [dovrebbe costituire, ndr] un vincolo per il legislatore, statale e regionale, non solo sul piano del riparto delle competenze normative, ma anche per ciò che concerne il *quid* delle prestazioni», così V. MOLASCHI, *I livelli delle prestazioni nella sanità*, *op. cit.* pag. 490; *contra* A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m)*, *II comma, art. 117 Cost.*, Regioni, 2003, pag. 1162.

Ciò in quanto la fissazione dei L.e.a. «dà senso e contenuto concreto alla tutela del diritto sociale alla salute ex art. 32 Cost.» in considerazione del fatto che le reali disponibilità economiche del sistema hanno riflessi diretti sul suo contenuto, rappresentando dei limiti oggettivi per lo stesso legislatore (così T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III Ter, 10 luglio 2002, n. 6252). E infatti, come ha precisato la stessa Sentenza citata, «la tutela costituzionale della salute s'attuа mediante l'identificazione dapprima dell'*an* e del *quid* più efficace ed appropriato della prestazione sanitaria per tutti gli assistiti del SSN e, in un secondo momento, del *quando* e del *quomodo* in ciascuna realtà territoriale. Appunto in ciò consiste la suddivisione dei compiti legislativi (ed amministrativi) tra lo Stato e le Regioni, come delineata dall'art. 117, commi II e III, nel senso che è attribuita al primo quella competenza che garantisce il valore della solidarietà e dell'uguaglianza generali, con l'indicazione dei livelli minimi di prestazione sociale, e alle altre la competenza concorrente sull'organizzazione dei servizi, sulla scorta dei principi fondamentali all'uopo fissati dalla legislazione statale. La fissazione dei LEA sanitari afferisce, quindi, ancor prima che alla tutela operativa della salute, all'individuazione del contenuto stesso del diritto alla salute che l'ordinamento generale deve garantire a chicchessia ed ovunque nel territorio e, perciò, prevale sulla legislazione concorrente regionale in materia sanitaria. Alle Regioni è attribuita, quindi, la potestà di provvedere non già alla minima uniformità garantita (che spetta alla legislazione esclusiva statale, bensì, ed in concorso con lo Stato, all'approntamento delle misure occorrenti che attualizzano l'obbligo assunto con tutti i cittadini, all'uopo tenendo conto delle proprie specificità territoriali e locali».

Con riferimento al rapporto tra risorse disponibili e determinazione del contenuto del diritto si veda comunque anche A. MATTIONI, in *La tutela costituzionale del diritto alla salute del singolo cittadino*, Ragiusan, 2003, n. 231/232, pag. 20, il quale riflettendo sulla portata del d.lgs. n. 229 del 1999 che ha inizialmente introdotto i Livelli essenziali di tutela della salute e la contestualità nella individuazione delle risorse finanziarie necessarie a garantirli, ha considerato tali meccanismi strumentali ad un «ritorno allo spirito della L. n. 833 del 1978, ma un ritorno

scientifico nazionale e internazionale per assicurare che la tutela della salute avvenga in maniera tale da offrire all'utenza prestazioni diagnostiche e terapeutiche in linea con i migliori *standard* internazionali.

1.2. I compiti fondamentali del servizio pubblico sanitario e le modalità per la tutela della salute: un modello in equilibrio tra programmazione, professionalità ed effettività

Istituito allo scopo di tutelare la salute delle persone, il S.s.n. ha dovuto adeguare negli anni se stesso e i propri compiti all'evoluzione che ha via via interessato il concetto di salute sotto la spinta del progresso tecnologico e del mutato contesto culturale di riferimento.

Concentrandoci in questa sede sui profili di garanzia attiva promossi dal primo comma dell'art. 32, quindi su quello che è comunemente indicato come il diritto fondamentale alle cure¹⁰, è agevole riscontrare come la disposizione costituzionale, nel proclamare il diritto, si è limitata a disciplinarne i tratti fondamentali, rimettendo per il resto al legislatore il compito di individuare condizioni e modalità per la sua attuazione. Così, sancita la regola della gratuità delle cure per gli indigenti (ultimo capoverso del primo comma), la disposizione non detta alcuna indicazione immediata, né per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti che dovranno materialmente assicurare le

razionalizzato» in quanto volto garantire che «i bisogni da soddisfare non siano confinati in un libro dei sogni ma siano effettivamente sostenuti dalle risorse contestualmente individuate».

¹⁰ In dottrina è stato segnalato che l'art. 32 Cost. presenta «due livelli fondamentali di garanzia, un primo di “garanzia negativa o passiva”, che si risolve nella pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, predisponendo mezzi inibitori, ripristinatori e risarcitori nel caso di lesioni della sfera di salute individuale; un secondo livello di c.d. “garanzia attiva”, a cui si collega la pretesa positiva dell'individuo alla esistenza ed utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari per la tutela della salute. Nel primo rientrano sicuramente la tutela della salute sotto la specie della tutela dell'integrità psicofisica e della salubrità dell'ambiente; nel secondo invece gli aspetti relativi alle scelte terapeutiche riassumibili nell'ampio concetto di “cure”», così A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), Utet, Torino 2006, Vol. I, pag. 658.

prestazioni sanitarie¹¹, né per quanto attiene al problema del loro finanziamento¹². La disposizione costituzionale, insomma, individua puntualmente l'*an* e per certi versi anche del *quid* dovuto a ciascuno, ma riconosce al contempo ampia discrezionalità al legislatore circa il *quomodo* della tutela, attuabile ricorrendo ad un servizio sanitario pubblico, privato o misto, o anche ad un servizio che assicuri prestazioni gratuite a tutti o che chieda invece il pagamento del loro valore o anche solo di un "ticket".

Sul punto è stato detto che «la Costituzione dà un obiettivo che delimita la libertà politica; la specificazione delle finalità non accompagnata da indicazioni circa le modalità per raggiungerla, lascia alla politica ampio spazio discrezionale per articolare le scelte tra i diversi comportamenti in grado di produrre l'effetto desiderato, fornendo nel contempo un criterio di selezione che esclude quelli incompatibili con l'effetto stesso, e che può graduare in base all'efficacia quelli comunque compatibili con l'effetto assunto come *invariante* (il fine di tutela della salute)»¹³. Il che risulta tanto più vero quanto si accetti l'idea

¹¹ In relazione a tale profilo si segnala che in dottrina sono emerse sul punto posizioni differenziate. Per alcuni, infatti, la formulazione dell'art. 32 non implicherebbe necessariamente l'organizzazione di un servizio sanitario pubblico, mentre, secondo altri, la messa a disposizione da parte delle istituzioni pubbliche dei mezzi necessari alla tutela della salute sarebbe una delle condizioni indefettibili per l'attuazione della disposizione costituzionale, quanto meno per quelle prestazioni che non sono rese disponibili dai privati. Per una ricostruzione più puntuale delle posizioni in campo si veda comunque M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel Servizio sanitario*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 37 e ss.

¹² Sul punto si veda M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto alla salute alla soglia del terzo millennio Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, a cura di L. CHIEFFI, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 64; ma si veda anche A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32, op. cit.*, pag. 663.

In effetti, è sufficiente considerare brevemente l'evoluzione nel tempo del S.s.n. per rendersi conto della libertà politica lasciata a disposizione del legislatore. Dopo una prima fase inaugurata dalla l. n. 833 del 1978 con la quale il legislatore ha ritenuto di poter assicurare cure gratuite a tutti (sulla scorta dei principi di globalità delle prestazioni, universalità dei destinatari e uguaglianza del trattamento), negli anni successivi si è invece passati ad un sistema basato – in varia misura – sulla compartecipazione alla spesa del paziente beneficiario.

¹³ Così B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO - B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 8.

che la tutela della salute umana è per la Repubblica una funzione indefettibile, «coessenziale ed implicata con i fini primari dello “Stato sociale di diritto”»¹⁴.

Dalla natura irrinunciabile dei compiti assegnati alla Repubblica, discende che l'impegno effettivo nel tutelare la salute (*l'an*, cioè del diritto riconosciuto) non è ricompreso nel perimetro della discrezionalità goduta dal legislatore che, quindi, non potrà eludere la «garanzia delle esigenze minime di protezione della persona»¹⁵.

Quanto precede ha diverse conseguenze. Sul piano finanziario, il diritto alla salute si presenta come un diritto solo parzialmente condizionabile, giacché, sebbene «la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone», cionondimeno «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (C. Cost., Sent. n. 309 del 1999).

A ben vedere, però, i limiti imposti al potere normativo dalla natura dei beni oggetto di tutela impongono al legislatore anche precisi vincoli riguardanti il merito delle attività necessarie per soddisfare le esigenze di cura e assistenza dell'individuo. E infatti, a fronte dell'obbligo costituzionale di garantire la tutela della salute individuale, il legislatore dovrà necessariamente affidare la cura di questo suo compito a soggetti dotati di specifiche competenze professionali, garantendo loro autonomia tecnica e scientifica. Nell'assicurare la tutela della salute individuale la discrezionalità del legislatore è (co)stretta tra l'eterodeterminazione del bene oggetto di tutela e l'autonomia scientifica dell'apparato tecnico. A proposito di ciò la Corte Costituzionale è stata peraltro chiara affermando che nel nostro ordinamento vige il principio secondo il quale «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro

¹⁴ Così R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in Dig. IV, Disc. Pubbl., vol. XIII, Torino, 1997, pag. 521.

¹⁵ C. Cost., Sent. n. 434 del 18 giugno 2002, in www.cortecostituzionale.it.

appropriatezza non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, ma deve prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni ed organi, di norma nazionali o sopranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico - scientifici, e comunque deve costituire il risultato di una siffatta ricerca» (così C. Cost., Sent. n. 282 del 2002). E tale relazione tra norma e conoscenze specialistiche deve permanere nel tempo, stante il dovere di assicurare agli utenti l'accessibilità a prestazioni che garantiscano costantemente i migliori effetti terapeutici consentiti dal progresso scientifico e tecnologico del momento¹⁶.

È evidente che i compiti di tutela della salute affidati alla Repubblica passano inevitabilmente attraverso il diaframma della classe medica, la sola che possieda le competenze culturali e tecniche per valutare in concreto le condizioni cliniche personali e individuare le terapie necessarie (non anche, come si dirà a breve, il potere per imporle). A tale comunità scientifica deve essere riconosciuta e garantita, quindi, piena autonomia sia quando opera mediante i suoi organismi collettivi o istituzionali¹⁷, sia, soprattutto, quando

¹⁶ Sulla necessità che la legislazione tenga conto del progresso medico si veda quanto affermato in materia di fecondazione assistita dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale «gli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali hanno il diritto di scegliere le regole interne idonee a disciplinare l'accesso alla procreazione assistita di carattere eterologo» e però «le autorità nazionali devono tener conto dei mutamenti introdotti dalla scienza medica», così Cedu, Grande Camera, 3 novembre 2011 (ric. n. 57813/2000), in Guida dir. 2011, n. 46, pag. 15.

Interessante poi anche l'intervento di L. PRINCIPATO, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute"*, in Giur. cost., 1998, pag. 3874, secondo cui «violerebbe l'art. 32 Cost. una disciplina che negasse gli strumenti necessari a garantire - nei limiti delle possibilità della scienza medica - l'integrità psico-fisica».

Ma per quanto attiene al rapporto legge-progresso scientifico, si veda anche B. PEZZINI, *La scelta terapeutica tra esercizio di potere e assunzione di responsabilità (profili costituzionali del caso Di Bella)*, in E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 76, secondo il quale l'ordinamento deve «garantire a ciascuno la concreta possibilità di disporre degli strumenti di cura indispensabili» e «l'effettività delle cure».

¹⁷ Comunità che opera non solo mediante i vari ordini e associazioni professionali di settore, ma anche mediante gli organismi tecnico-scientifici appositamente istituiti per garantire momenti istituzionalizzati di confronto sia a livello nazionale che internazionale. A tal proposito si pensi all'Organizzazione mondiale della sanità (istituita con la Convenzione di

svolga il suo compito di cura della persona mediante l'attività del singolo professionista. Come è stato affermato dalla Consulta, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»¹⁸, tesi questa che sembra sottendere l'idea, pur radicata nell'ordinamento, dell'autolegittimazione dell'attività medicochirurgica.

Tale autonomia e responsabilità del singolo professionista, non può essere in alcun modo limitata, neppure mediante la predisposizione di protocolli normativi elaborati da «fonti autorevoli e caratterizzate da un adeguato livello di scientificità», giacché anche in quel caso esse non sarebbero

New York del 22 luglio 1946, spec. artt.) o all'Istituto Superiore di sanità (oggi disciplinato dal d.lgs. n. 419 del 1999).

¹⁸ C. Cost., 8 maggio 2009, Sent. n. 151.

Sul punto si veda però anche quanto disposto adesso dal Codice di deontologia medica approvato dal Consiglio dell'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri nel 2006, secondo il quale:

Art. 13 - Prescrizione e trattamento terapeutico -

La prescrizione di un accertamento diagnostico e/o di una terapia impegna la diretta responsabilità professionale ed etica del medico e non può che far seguito a una diagnosi circostanziata o, quantomeno, a un fondato sospetto diagnostico.

Su tale presupposto al medico è riconosciuta autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico, anche in regime di ricovero, fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso.

Le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche tenuto conto dell'uso appropriato delle risorse, sempre perseguendo il beneficio del paziente secondo criteri di equità.

Il medico è tenuto a una adeguata conoscenza della natura e degli effetti dei farmaci, delle loro indicazioni, controindicazioni, interazioni e delle reazioni individuali prevedibili, nonché delle caratteristiche di impiego dei mezzi diagnostici e terapeutici e deve adeguare, nell'interesse del paziente, le sue decisioni ai dati scientifici accreditati o alle evidenze metodo logicamente fondate. Sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico scientifica, nonché di terapie segrete.

(...)

Art. 19 - Aggiornamento e formazione professionale permanente -

Il medico ha l'obbligo di mantenersi aggiornato in materia tecnico-scientifica, eticodeontologica e gestionale-organizzativa, onde garantire lo sviluppo continuo delle sue conoscenze e competenze in ragione dell'evoluzione dei progressi della scienza, e di confrontare la sua pratica professionale con i mutamenti dell'organizzazione sanitaria e della domanda di salute dei cittadini.

Il medico deve altresì essere disponibile a trasmettere agli studenti e ai colleghi le proprie conoscenze e il patrimonio culturale ed etico della professione e dell'arte medica.

che «un importante ausilio scientifico, con il quale il medico è tenuto a confrontarsi», senza che ciò possa eliminare «l'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche, giacché questi è sempre tenuto a prescegliere la migliore soluzione curativa per il paziente»¹⁹. In considerazione del fatto che, com'è stato anche rilevato, «il rispetto delle linee-guida (...) nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate né all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente»²⁰.

Certo, resta il problema di conciliare questa autonomia professionale con la natura intimamente soggettiva della salute (almeno nell'accezione costituzionale oggi comunemente accettata) e la pretesa dell'individuo di autodeterminarsi, tema questo che porta a ritenere centrale la questione di una relazione medico-paziente che abbia come obiettivo la realizzazione di una sincera e leale alleanza terapeutica.

¹⁹ Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922.

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254.

2. La tutela della salute come attività necessariamente relazionale

2.1. I caratteri salienti di un rapporto faticoso eppur necessario

La relazione tra medico e paziente rappresenta, almeno nella sua astrattezza, il momento nel quale tutti i profili del diritto alla salute sembrano convergere *ad unum*: il paziente si rivolge (o viene condotto se incapace) al medico perché questi, conoscitane la condizione clinica, formuli in piena autonomia la sua diagnosi e dia a lui (o al suo rappresentante legale) le informazioni necessarie per decidere se curarsi o meno.

Nella relazione medico-paziente, quindi, la salute si mostra in tutta la sua complessità di diritto ad ottenere certe prestazioni professionali, di diritto di libertà, ma anche di diritto che rende necessario - e perciò legittima - l'esercizio di una specifica attività professionale. È qui, allora, attorno a questo momento relazionale e fisico che si scatenano e si risolvono tutti i conflitti giuridici e bioetici della sanità contemporanea.

In particolare, è nel rapporto terapeutico che emerge con più evidenza il problema del conciliare il diritto all'autodeterminazione individuale con quello del medico alla propria autonomia professionale, perché è qui che il paziente pretende di poter decidere se e come essere curato.

Osservato da questa prospettiva, il problema del rapporto medico-paziente riporta ancora una volta al tema dei limiti intrinseci all'esercizio delle varie autonomie private: mentre l'individuo rivendica il potere di disporre di beni indisponibili o di imporre ad altri (il medico, le strutture del S.s.n.) certi suoi desideri, i medici continuano a rivendicare, almeno in alcuni casi²¹, il

²¹ Si pensi, tra gli altri, al caso delle emotrasfusioni eseguite coattivamente a favore (su) pazienti che l'hanno rifiutata per ragioni religiose, sebbene non vi sia alcuna espressa disposizione normativa che ne autorizzi l'esecuzione coattiva. Ipotesi questa ricorrente con una certa frequenza e che compromette non solo il diritto all'autodeterminazione del paziente ma anche (forse soprattutto) quello alla sua libertà religiosa.

diritto di assumere in “monologante autorevolezza”²² il da farsi. È quest’ultimo il problema del paternalismo medico.

2.2. Dal dovere di cura del medico al diritto della persona di esprimere il consenso informato

A lungo i medici si sono presi cura della salute individuale partendo dal presupposto che la loro missione avesse obiettivi chiari e non condizionabili: difendere la vita, tutelare la salute fisica e psichica dell’uomo e alleviarne le sofferenze²³.

Questo atteggiamento paternalistico ha caratterizzato per secoli la storia della medicina, giustificato da un contesto culturale e tecnologico profondamente diverso da quello venutosi a creare a partire dalla seconda metà dell’ottocento. Per secoli, infatti, la medicina è stata un’arte sostanzialmente impotente²⁴ e taumaturgica. Al cospetto della malattia il medico non aveva conoscenze sufficienti per comprendere scientificamente (e perciò spiegare al paziente) gran parte degli stati patologici; da qui una diversa nozione di salute

²² Usa questa efficace espressione M. BARNI, *La autolegittimazione dell’attività medica e la volontà del paziente*, in Resp. civ. e prev., 2009, 10, pag. 2174.

²³ La dottrina medico legale ha tradizionalmente affermato che «il consenso del paziente, la conclusione del contratto tra cliente e medico si traduce in pratica in un sintetico e tacito conferimento di un incarico, i cui limiti sono di solito determinati in maniera molto vaga, essendo la volontà del paziente generalmente diretta in modo scheletrico ed univoco ad una sola meta: la guarigione. Il resto viene sottinteso, rimandato al discrezionale giudizio ed alla valutazione del professionista, il che è, d’altronde logico, perché solo il medico possiede le nozioni tecniche per il compimento di quanto gli viene affidato, mentre il cliente è, di solito, un incompetente. È insito quindi nella natura fiduciaria del rapporto questo abbandono del cliente al professionista», così V.M. PALMIERI, *Medicina forense*, I, Morano, Napoli, 1964, pag. 67; in senso analogo V. CHIODI, *Della responsabilità professionale del medico*, in Chiodi e Altri (a cura di) *Manuale di medicina legale*, Vallardi, Milano, 1976, pag. 99, secondo il quale «[i]l medico, ovviamente, è l’arbitro delle direttive terapeutiche nel singolo caso affidato alle sue cure; lo è per specifica competenza, ispirata alle regole della prudenza, della perizia e della diligenza; lo è per il carico di fiducia che il paziente, per il fatto stesso di affidarsi alle sue cure, implicitamente gli conferisce con la maggiore ampiezza discrezionale».

²⁴ A tal proposito si veda P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Trattato di Biodiritto diretto da S. RODOTA’ e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, spec. pag. 22 e ss.

(mera integrità psicofisica²⁵), un diverso modo di intendere il rapporto di cura e anche una diversa aspettativa verso le sorti dell'intervento medico, allora certamente più aleatorio.

Questo stato di cose ha cominciato a cambiare quando, verso la fine del XIX secolo, la ricerca scientifica e tecnologica ha offerto i primi strumenti di comprensione razionale. Solo allora, infatti, i medici hanno cominciato a disporre dei mezzi culturali per instaurare con il paziente una comunicazione sincera sulle ragioni o comunque sull'entità del male, prospettando finanche le prime alternative terapeutiche, i loro *pro* e *contra*, ponendo perciò le basi per la configurazione di una responsabilità personale²⁶.

2.2.1. Negli Usa

Il processo di cui si è detto è stato particolarmente evidente nell'esperienza statunitense, dove già nel 1905 la Corte Suprema del Minnesota ha potuto stabilire che le cure mediche devono essere necessariamente volontarie in quanto «il diritto all'inviolabilità della persona o, in altri termini, il diritto a se stessi» è «il primo e più importante diritto di ogni cittadino, che è alla base di tutti gli altri e che è oggetto di un generale accordo»²⁷. Principio questo poi confermato anche dalla Corte d'Appello di New York, secondo la quale «[o]gni individuo adulto e capace ha il diritto di decidere cosa debba

²⁵ Cui faceva da contraltare l'idea, poi anche zanardelliana, della malattia come danno nel corpo o perturbazione della mente, sul punto si veda di A. FIORI - D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 288.

²⁶ Sul punto si veda tra gli altri FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, Riv. dir. civ., 1982, 1, pag. 473 ss.; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, Riv. dir. civ., 1982, 5, pag. 499 ss.; P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, Riv. dir. civ., 1982, 6, pag. 645 ss.; MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, Riv. trim. proc. civ., 1982, pag. 1117 ss.; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, Riv. dir. civ., 1995, pag. 42 ss.; E. CALÒ, *Il ritorno della volontà - Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*, Milano, 1999; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, pag. 278; L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003; TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004; G. GENNARI, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, Resp. civ. e prev., 2006, 9, pag. 1411; P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007,

²⁷ Minnesota Supreme Court, 1905, *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12 (1905).

essere fatto del suo corpo; e un chirurgo che effettui un'operazione senza il consenso del suo paziente commette un *assault* dei cui danni è responsabile»²⁸.

Le citate sentenze consentono di rilevare come la crisi del paternalismo medico si è concretizzata fin dall'inizio non tanto nell'affermazione di un generico diritto dell'individuo alla propria libertà, ma più precisamente nell'individuazione di una regola negoziale, il consenso del paziente all'attività professionale specificamente proposta dal medico. E tale consenso nel tempo è divenuto strumento volto a garantire anche la possibilità per il paziente di esprimere una dichiarazione (il consenso, appunto) corrispondente alla sua effettiva volontà, dunque, dichiarazione consapevole di tutte le implicazioni terapeutiche connesse a interventi che il progresso ha reso nel tempo sempre più invasivi, potenti e tecnologici. Ciò ha spinto la giurisprudenza²⁹ a rafforzare la posizione del cittadino utente dei servizi sanitari, ponendo in capo alla controparte professionale non solo obblighi probatori inerenti all'esistenza del consenso del paziente, ma anche obblighi di informazione sufficienti a chiarire «ogni elemento necessario a formare la base di un pieno e consapevole consenso da parte del paziente al trattamento proposto»³⁰, superando perciò l'inevitabile asimmetria che caratterizza il rapporto terapeutico. Dal diritto a esprimere la propria volontà terapeutica si è così giunti al diritto di esprimere un *informed consent*.

2.2.2. In Italia

In Italia, la regola del consenso (informato) al trattamento si è imposta con un certo ritardo e sostanzialmente solo a partire dagli anni '90 del '900³¹.

²⁸ Schloendorff v. Society of N.Y. Hospital, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914).

²⁹ Il *leading case* in materia è la storica sentenza *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (California District Court of Appeal, 1957).

³⁰ CASONATO - F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 51.

³¹ In tal senso A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitarie amministrazione della salute*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2011, 1, pag. 127, secondo la quale «il principio del consenso

Qui, infatti, la legittimazione dell'attività medico chirurgica è rimasta ancorata per molto tempo alla valutazione di utilità o necessità tecnica dell'intervento formulata dal professionista.

Certo, specie dopo l'entrata in vigore della Costituzione, vigeva il divieto di eseguire (se non previsti per legge) interventi o trattamenti sanitari coattivi, ma ciò non implicava un coinvolgimento reale del paziente nella scelta terapeutica, né la possibilità di non iniziare o interrompere cure già avviate se indispensabili per salvare la vita. A tal proposito, è possibile seguire le tappe della graduale emersione dei diritti del paziente guardando all'evoluzione delle previsioni deontologiche via via elaborate dalla Federazione italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri. Ancora nel 1978, il Codice deontologico prevedeva che «il medico non [avrebbe dovuto] intraprendere alcun atto medico che comport[asse] un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato o delle persone da cui questo è rappresentato se minorenne o incapace, salvo lo stato di necessità e sempre che il paziente non [fosse] in grado di dare un valido consenso» (art. 39, comma 1). Lungi dall'essere sempre necessario, il consenso del paziente si riteneva allora necessario solo nei limiti in cui l'intervento fosse rischioso e, comunque, solo a condizione che non fosse indispensabile per salvare la vita dell'ammalato; nulla era detto invece circa l'esigenza di una preventiva informazione. Conseguentemente, è possibile ritenere che la liceità dell'intervento era rimessa in via sostanzialmente esclusiva al giudizio del professionista, ciò che conferma la resistenza di una prassi sanitaria ancora sostanzialmente paternalistica.

Ciononostante, il processo di adeguamento costituzionale della sanità era allora avviato. Nello stesso anno, infatti, la l. n. 833 del 1978 è stato chiarito (*rectius*, imposto anche ai medici) che «[l]a tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana» (art.

informato ai trattamenti medici, pur essendo ben radicato in Costituzione, ha cominciato ad incidere effettivamente sulle modalità di erogazione delle prestazioni sanitarie solamente a partire dagli anni '90».

1, comma 2) e che la tutela di tali valori deve avvenire garantendo, addirittura nel corso degli accertamenti e dei trattamenti sanitari obbligatori, tutte le «iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato» (comma 5). Neppure innanzi a queste chiare previsioni, tuttavia, la classe medica ha saputo rivedere autonomamente il proprio modo di agire, tant'è che ancora con il Codice deontologico del 1989 si continuava a ritenere obbligatoria l'assunzione del consenso «consapevole ed esplicito» del paziente, solo «allorché l'atto medico comporti rischio o permanente diminuzione dell'integrità fisica» (art 40, comma 1).

È perciò nel quadro di questa colpevole e sistematica violazione dei diritti della persona che, anche in Italia, la fine del paternalismo è avvenuta ad opera della magistratura. Sulla scorta di quella giurisprudenza costituzionale che qualche tempo prima aveva aperto alla tutelabilità dei danni arrecati alla persona in violazione dei diritti costituzionali fondamentali³², nel 1989 la Cassazione ha così inizialmente riconosciuto in capo al medico³³ l'obbligo «di informare il cliente dei rischi e degli eventuali esiti negativi delle cure cliniche o chirurgiche», onde permettergli di concludere un valido contratto d'opera. Ma il vero *leading case* nazionale in materia di consenso informato e legittimazione dell'attività medica è comunque rappresentato dal celebre caso Massimo deciso in primo grado dalla Corte d'Assise di Firenze, nel 1990³⁴. Con questa decisione la Corte ha rivisitato radicalmente il tema della legittimazione dell'attività medico chirurgica, chiarendo che essa deve «svolgersi col rispetto di alcuni fondamentali principi, al di là dei quali essa sconfinava nell'illecito che è poi, nella specie, lesione di alcuni beni fondamentali dell'individuo, quali il diritto alla salute ed all'integrità fisica, trasformandosi così in aberrazione,

³² C. Cost., Sent. n. 184 del 30 giugno 1986; sul punto C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 57 e ss.

³³ Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1985, n. 4394, con riferimento ad un intervento di chirurgia estetica.

³⁴ Corte d'Assise di Firenze, 18 ottobre 1990, n. 13, in F.I., 1991, 2, pag. 236; la Sentenza è poi stata confermata sia dalla Corte d'Assise d'Appello di Firenze con Sent. n. 5 del 1991, sia dalla Cassazione, Sez. V, 21 aprile 1992, n. 699, in Cass. Pen., 1993, pag. 63.

sopruso, violenza»³⁵. Con la citata sentenza è inoltre stato chiarito che «nulla il medico può fare senza il consenso del paziente o addirittura contro il volere di lui, il che, anche, corrisponde ad un principio personalistico di rispetto della libertà individuale e ad una configurazione del rapporto medico-paziente (individuabile, ndr) nella figura del paziente come uomo-persona, uomo-valore e non come uomo-cosa, uomo-mezzo, soggetto a strumentalizzazioni anche odiose per fini che sono stati spesso ammantati di false coperture di progresso scientifico o di utilità collettiva».

La sentenza, insieme alle successive che l'hanno confermata, ha avuto nel sistema profonde conseguenze registrate già nel 1995 da un nuovo Codice di deontologia medica che, finalmente, ha riconosciuto che «il medico non deve intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato»³⁶. Il ribaltamento di prospettiva rispetto al passato è evidente, ed è poi proseguito con il successivo Codice del 2006 (in vigore), secondo il quale se «al medico è riconosciuta autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico, anche in regime di ricovero» va comunque fatta salva «la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso» (art. 13, comma 1). Ciò in quanto «[i]l medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del

³⁵ La Sentenza prosegue affermando poi che salute e integrità fisica «trovano proprio nella Carta costituzionale la massima consacrazione e tutela là ove si stabilisce l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, 1° comma), il diritto alla salute e a non subire trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi previsti specificamente dalla legge (art. 32, 1° e 2° comma)».

³⁶ La disposizione precisa inoltre che «[i]l consenso, in forma scritta nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche o terapeutiche o per le possibili conseguenze sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà del paziente, è integrativo e non sostitutivo del consenso informato di cui all'art. 29.

Il procedimento diagnostico e il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità del paziente, devono essere intrapresi, comunque, 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 esplicito rifiuto del paziente capace di intendere e di volere, il medico deve desistere da qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà del paziente, ove non ricorrano le condizioni» per il trattamento sanitario obbligatorio per legge.

paziente»³⁷ (art. 35, comma 1) atteso che, «in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona» (art. 35, comma 4).

È interessante notare che nell'esperienza italiana il consenso informato è diventato strumento giuridico capace di garantire al contempo la tutela della salute e della libertà dell'individuo, ma anche della sua dignità³⁸, aspetto, quest'ultimo, di non secondaria importanza, specie con riferimento agli interventi sanitari di lunga o permanente durata (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle cure apprestate ai pazienti affetti da SLA, oppure a coloro che si sottopongono a dialisi, o, ancora, a quanti, in seguito a terapie intensive sopravvivano in condizioni di stato vegetativo o di minima coscienza). D'altra parte è questa una polifunzionalità dell'istituto di cui hanno preso atto negli anni anche successivi interventi normativi, come ad esempio la Convenzione internazionale sottoscritta nel 1997 per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (cd. Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina)³⁹. Qui, dopo aver previsto all'art. 5 che «[u]n intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia prestato un

³⁷ «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 documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33» (art. 35, comma 2).

³⁸ Già la Sentenza la Corte d'Assise di Firenze (Sent. 18 ottobre 1990, n. 13), d'altra parte, aveva precisato che l'attività medico chirurgica, se non preceduta da una adeguata informazione e dal consenso del paziente, sarebbe stata lesiva della «dignità umana, visto che senza informazione adeguata e rispettosa del paziente, e dunque anche dei suoi limiti culturali (...), questi non è più "persona" ma oggetto di esperimento o di un'attività professionale che trascura il fattore umano su cui interviene, dequalificando il paziente stesso da "persona" a "cosa"».

³⁹ La Convenzione, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall'Italia con legge del 28 marzo 2001, n. 145, deve essere considerata al momento inefficace mancando sia il decreto legislativo previsto dall'art. 3 della legge di ratifica, sia, soprattutto, il deposito dello strumento di ratifica. Ciononostante si tratta di un atto sin qui più volte utilizzato dalla giurisprudenza per le proprie argomentazioni; in tal senso Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 e C. Cost., Sentt. n. 45 del 28 gennaio 2005 e n. 438 del 18 novembre 2008, in www.cortecostituzionale.it.

consenso libero e informato»⁴⁰, si precisa poi che, in ogni caso, la protezione delle persone incapaci deve essere assicurata previa «autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge» (art. 6)⁴¹, indicando così la volontà di superare il vecchio paternalismo, assicurando all'incapace una decisione assunta nell'ambito di un “*due process of law*”, perciò stesso idonea a contemperare i molti interessi personalissimi coinvolti. D'altra parte, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd. Carta di Nizza), si è occupata del diritto dell'individuo ad esprimere un consenso libero e informato in campo biomedico. Ciò ha fatto qualificando la possibilità di esprimere il consenso come una specificazione del diritto all'integrità personale (art. 3) e perciò come uno dei diritti necessari, stando alla sistematica della Carta, per la tutela della dignità umana.

2.3. Il problema della legittimazione dell'attività medico chirurgica oggi: autodeterminazione individuale e autonomia professionale al vaglio della giurisprudenza penale, civile ed erariale

2.3.1. La prospettiva della giurisprudenza penale

La genesi giurisdizionale e, perciò, fondamentale contenziosa, mediante la quale l'ordinamento ha riconosciuto anche nella relazione terapeutica il ruolo del paziente, ha generato una certa confusione per quanto attiene ai presupposti di legittimità dell'attività medico chirurgica. Riconosciuto che la persona è l'unica titolare del proprio corpo e che tale suo dominio essa esercita formalizzando la propria volontà con un consenso o un dissenso ad

⁴⁰ Precisando poi al secondo comma che «[q]uesta persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

⁴¹ La norma chiarisce inoltre che i soggetti legittimati alla decisione terapeutica sostitutiva devono ricevere previamente l'informativa sanitaria (comma 4) e che possono ritirare in qualsiasi momento l'autorizzazione precedentemente prestata se ciò corrisponde all'interesse del paziente (comma 5).

una precisa proposta terapeutica precedentemente formulata ed illustrata dal medico, è rimasto infatti indefinito il regime giuridico dei rapporti terapeutici. L'affermazione del diritto a esprimere il consenso informato non è da sola sufficiente a indicare se la legittimità dell'attività medica è vincolata all'esistenza di tale consenso o se lo è a prescindere da esso, fermo restando l'obbligo di acquisirlo.

La questione, non poco rilevante stante le conseguenze che da essa promanano sul piano dei concreti rapporti terapeutici, è stata affrontata a partire dalla natura giuridica del consenso.

Secondo la tesi inizialmente formulata e fatta propria dalla già citata sentenza della Cassazione penale sul caso Massimo, la dichiarazione di volontà resa dal paziente avrebbe rappresentato non un mero atto di partecipazione del soggetto ad una relazione qualificata dall'obiettivo, bensì un atto riconducibile allo schema dell'art. 50 del c.p., quindi, atto scriminante un'attività di per sé illecita⁴². Tuttavia, l'idea che l'esercizio della medicina e della chirurgia potesse essere considerato un'attività in sé illecita (quindi penalmente rilevante) non ha avuto grosso seguito né in dottrina, né in giurisprudenza.

Preferibile, infatti, è apparsa la seconda ricostruzione secondo cui il consenso del paziente «non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento» senza il quale l'attività espletata risulterebbe arbitraria (in tal senso Cass. Pen., Sez. IV, Sent. n. 35822 del 2011). Secondo tale ricostruzione, l'attività medico-chirurgica, essendo diretta per sua stessa natura a tutelare la salute come bene costituzionalmente garantito⁴³, sarebbe attività di per sé legittima (che si autolegittima, cioè)⁴⁴. Conseguenza di quanto precede è che, qui, il consenso del paziente diviene

⁴² **Art. 50 c.p.** - *Consenso dell'avente diritto*

Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne.

⁴³ Da ultimo anche Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

⁴⁴ Sembra sostenere ancora la tesi della naturale illiceità dell'attività medico-chirurgica D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, Giust. civ., 2008, 7-8, pag. 1727, secondo il quale «[i]n termini di responsabilità, il consenso è una condizione di liceità (o meglio una scriminante) dell'attività medico-chirurgica dal momento che, nel nostro ordinamento, non è attribuito al medico un «diritto di curare» l'ammalato».

strumento per la garanzia del corretto esercizio della professione, fungendo da baluardo contro il rischio che l'esecuzione di atti medici non voluti metta a repentaglio l'individualità della persona.

In quest'ottica, l'atto medico di per sé legittimo è perciò non solo quello che si mantiene tale «nella sua estrinsecazione tecnica ma anche e “necessariamente” nella sua preliminare dinamica relazionale che si realizza ordinariamente nei momenti essenziali della informazione e della raccolta (documentazione) del consenso», sì che «l'atto operativo, in se stesso, rappresenta solo una porzione della condotta terapeutica (meglio, direi, del rapporto medico-paziente) che trae il suo primo fondamento dalla informazione e dalla esplicitazione del consenso»⁴⁵.

A fronte di ciò è però bene considerare che al momento la giurisprudenza penale è ferma nel ritenere che la liceità o illiceità penale di un intervento non dipende soltanto dal suo essere stato eseguito o meno con il consenso del paziente e nel rispetto della *lex artis*, ma anche dal suo risultato finale. Ciò in quanto, alla luce dell'attuale quadro normativo, non si ritenuto possibile rinvenire principi di reità in capo al professionista che pur intervenendo senza il consenso del suo paziente eseguito correttamente sebbene senza il valido consenso del paziente, esegua però un intervento che risulti però alla fine non solo corretto sul piano tecnico, ma anche oggettivamente benefico per la salute del paziente⁴⁶.

2.3.2. La prospettiva della giurisprudenza civile

Più netta e meno favorevole per gli operatori sanitari è invece la posizione della giurisprudenza civile. Qui, infatti, si è ripetutamente affermato che «il diritto al consenso informato del paziente, in quanto diritto irretrattabile

⁴⁵ M. BARNI, *op. cit.*

⁴⁶ Sul punto si veda Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, ai sensi della quale, sebbene «l'attività medico-chirurgica si legittima grazie al consenso informato del paziente (...), tuttavia, non è riconoscibile alcuna rilevanza penale alla condotta del medico che effettui un intervento operatorio in assenza del consenso del paziente o che modifichi l'intervento in riferimento al quale originariamente il consenso era stato prestato, se l'intervento si conclude con esito fausto».

della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario»⁴⁷, pena «[l]a violazione del diritto all'autodeterminazione dell'ammalato [e perciò, *ndr*] la risarcibilità del danno non patrimoniale che ne è derivato, [ciò anche quando, *ndr*] l'intervento terapeutico era necessario ed è stato correttamente eseguito» e seppur nei limiti in cui «siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale)⁴⁸.

In tal senso, è chiarito che l'intervento eseguito senza il previo consenso della persona, sebbene secondo la miglior *lex artis*, produce in ogni caso «una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica»⁴⁹. Conseguentemente, l'unico caso nel quale il

⁴⁷ Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543.

⁴⁸ Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847.

Circa le condizioni per la sua concreta risarcibilità si veda comunque anche Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, secondo la quale «[i]l danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile - sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. - anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: (a) che l'interesse leso - e non il pregiudizio sofferto - abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si porrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); (b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); (c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità».

⁴⁹ Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543. Sul punto si veda però anche la cit. Sent. della Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, nella parte in cui ha chiarito che «[i]l consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia

professionista può lecitamente omettere di acquisire il consenso del paziente o del terso che ne ha la potestà, si verifica allorquando si debbano affrontare «casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio»⁵⁰.

2.3.3. La prospettiva amministrativa ed erariale

Deve comunque evidenziarsi che tutto quanto precede non produce effetti solo sulla relazione duale medico/paziente⁵¹ ma anche, ed anzi prevalentemente, sul S.s.n. nel suo complesso.

A tal proposito è bene considerare che la richiesta (anche tacita) di prestazioni mediche rivolta ad una struttura pubblica fa sorgere obblighi di prestazione e protezione non solo in capo al singolo professionista, ma anche in capo alla stessa struttura, la quale sarà perciò responsabile sia per i fatti dei propri dipendenti⁵², sia per l'eventuale inadeguatezza organizzativa o strutturale. Non a caso, la dottrina amministrativistica ha più volte segnalato che, in tema di consenso informato, è indispensabile non perdere di vista «l'aspetto concernente le modalità attraverso le quali l'ambiente in cui normalmente si attiva il diritto al consenso informato è tenuto ad adeguarsi ad esso» e perciò anche la «maniera in cui un diritto complesso e articolato come questo deve trovare soddisfazione, incidendo sulla rete di relazioni in cui si

e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale».

⁵⁰ Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543.

⁵¹ A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2011, n. 1, pag. 127 e ss.

⁵² In tal senso si veda quanto espressamente stabilito dall'**art. 28 Cost.**, secondo il quale «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

muove il paziente all'interno del sistema sanitario e attivando obblighi e doveri anche per l'amministrazione»⁵³.

D'altra parte, è bene considerare che l'obbligo di acquisire il consenso del paziente prima di eseguire il trattamento, oltre ad avere natura *latu sensu* contrattuale è anche un preciso obbligo di servizio⁵⁴ per il medico dipendente dal S.s.n., obbligo che deve essere considerato alla luce della materiale organizzazione della struttura sanitaria. E infatti, entro l'apparato tecnico amministrativo cui è affidata l'erogazione del servizio sanitario, non è per nulla scontato che l'onere della sua acquisizione gravi in capo al medesimo professionista cui spetta invece la responsabilità di eseguire materialmente l'intervento⁵⁵. Il che, con tutta evidenza, è indicativo non solo della rilevanza

⁵³ A. PIOGGIA, *ibidem*. Rileva inoltre l'Autrice che «[l']ambientazione del diritto al consenso nella dimensione duale-interpersonale, includendone la soddisfazione unicamente nel quadro della prestazione del medico, lo espone anche a maggiori rischi di violazione. Adempimenti spesso articolati e complessi come quelli inerenti alla corretta informazione del paziente, all'acquisizione del suo consenso e alla verifica della sua permanenza nel tempo finiscono per pesare unicamente sull'individuo medico, che può così contare soltanto sulle sue risorse professionali e personali. Lasciato solo di fronte al paziente, il medico rischia di trascurare la dimensione sostanziale di questi aspetti e di affidarsi a pratiche formali e burocratizzate per poter dimostrare a posteriori di aver adempiuto a tale dovere. In tale profilo sembra aver messo radici la cosiddetta medicina difensiva, la cui diffusione segna proprio lo spostamento dell'attenzione dalla protezione del diritto al consenso informato del paziente alla tutela del medico di fronte alle possibili controversie originatesi dalla violazione di tale diritto. Pratiche di medicina difensiva sono, infatti, quelle caratterizzate dal ricorso a metodi di relazione con il paziente orientati alla preconstituzione degli elementi di difesa da parte del medico, e che perciò trascurano la dimensione sostanziale del rapporto e con essa gli aspetti relazionali in senso stretto. Ne costituisce un esempio il fatto che il medico possa in alcuni casi risultare più preoccupato di acquisire la firma del paziente in fondo alla modulistica predisposta ai fini del consenso informato, che di garantire alla persona che sarà sottoposta ad un trattamento sanitario una adeguata informazione e il rispetto della sua autodeterminazione.

⁵⁴ In tal senso si veda Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale per la Regione siciliana, Sent. 26 aprile 2010, n. 828.

⁵⁵ Sul punto si veda Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale di appello per la Regione siciliana, 4 aprile 2011, n. 82, ai sensi della quale, a fronte di una sentenza civile che aveva condannato in solido il chirurgo e la struttura sanitaria sul presupposto che il consenso del paziente non era stato validamente assunto, doveva ritenersi che il peso economico del risarcimento dovesse essere sopportato interamente dalla struttura sanitaria. Questo in quanto, poiché «la decisione di procedere all'esecuzione dell'intervento chirurgico era demandata al primario della Divisione Chirurgica III, al quale faceva capo l'equipe medica chirurgica, allo stesso primario era da ricondurre ogni necessario adempimento per l'acquisizione del consenso informato espresso dalla paziente con la firma del modulo a tal fine predisposto e compilato. In tale contesto era stato, appunto, incaricato alla raccolta del consenso informato il dott. [omissis] nella veste di medico incaricato della tenuta della cartella clinica della paziente onde non pare logico ritenere che a tale adempimento avrebbe dovuto provvedere un seconda volta

che l'elemento organizzativo ha sui problemi creati dal cd. consenso informato, ma anche di quanto una lettura organizzativa e perciò amministrativa di certi problemi, possa contribuire ad alleviare le responsabilità del singolo professionista, assicurando al contempo al paziente una tutela piena dei propri diritti.

il dott. [omissis] nel momento in cui è stato chiamato, quale componente dell'*équipe* medica chirurgica, ad eseguire l'intervento di tiroidectomia, facendo sottoscrivere nuovamente alla paziente un'altra specifica dichiarazione di assenso».

Capitolo III

**Il fine vita e la condizione di Stato Vegetativo come fonti di
specifici problemi di natura etica**

1. Il fine vita come caso emblematico del problema etico posto dalla modernità tecnologica

Nei precedenti capitoli si è visto come l'organizzazione e l'erogazione dei servizi sanitari è attività complessa che impone all'amministrazione di valutare costantemente una pluralità di fattori di ordine giuridico, tecnico-scientifico, economico ed anche etico. La tutela della salute e con essa della vita degli individui, è attività che deve garantire al contempo la protezione sia di interessi di natura generale, quali ad esempio la protezione dei deboli o lo scoraggiamento del suicidio, sia dei diritti individuali generati dallo svolgersi dinamico della sovranità che ciascuno esercita "sul sé"¹.

È questa un'opera di mediazione non sempre agevole e che anzi, nelle materie a più forte impatto bioetico, è spesso oggetto di contrasti che travalicano i rapporti tra l'individuo e l'amministrazione per assumere perfino rilevanza politica. Ciò è particolarmente evidente con riferimento alle situazioni connesse al *cd. fine vita* o comunque alla gestione delle malattie degenerative o delle gravi disabilità tra cui va ascritta anche quella particolarissima condizione nota come stato vegetativo ("SV").

Negli ultimi decenni, infatti, la tecnologia ha modificato in maniera sostanziale il modo in cui l'uomo muore. L'introduzione di certi presidi tecnologici come gli apparecchi per la ventilazione artificiale o anche quelli elettrofisiologici (*pace-makers* e defibrillatori), o farmacologici o anche

¹ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 216.

Sul punto si veda però A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2008, pag. 409 e ss., secondo la quale «etica e diritto rappresentano due modi diversi di risolvere questioni pratiche. Mentre il diritto è in grado di fissare positivamente una regola valevole per tutti i consociati, attraverso l'etica l'individuo si orienta singolarmente in un singolo caso, essendo l'etica non solo individuale, ma, in quanto tale, anche dinamica, capace cioè di evolvere insieme al soggetto che ne è portatore». Aprendo perciò alle valutazioni soggettive della singola persona, il diritto non rinuncia di certo a disciplinare certe questioni ma solo riconosce «al singolo il potere di fare una scelta che resta [comunque, ndr] ambientata in un sistema giuridicamente regolato».

biomeccanici, hanno attribuito ad alcuni il potere di «contrastare il processo del morire»², ma non certo quello di vincerlo o dominarlo. In particolare, al cospetto di certi quadri clinici, l'intervento medico non ha il potere di sconfiggere la malattia e ristabilire le pregresse condizioni di benessere dell'individuo, può al più rallentare il decorso degli eventi o consentire al paziente di sopravvivere convivendo però con malattie croniche o gravi disabilità *post* traumatiche, tra cui lo stato vegetativo.

Si tratta di situazioni nuove che possono risultare particolarmente gravose e che sollevano perciò forti interrogativi circa il giusto bilanciamento tra ciò che è possibile sul piano tecnico e ciò che, invece, è ammissibile o anche doveroso su quello etico e giuridico.

Il tema trascende il mero rapporto del singolo paziente con il medico e la struttura sanitaria che lo ha in cura per assumere dimensioni più vaste e variegate.

In primo luogo, infatti, deve considerarsi che, nell'ambito di un sistema caratterizzato dalla scarsità delle risorse disponibili, non ci si può non chiedere se è corretto o meno garantire cure necessariamente costose a chi versa in condizioni cliniche definitivamente compromesse privando, perciò stesso, di assistenza (o di altri servizi) quanti presentano prognosi più favorevoli.

Ma il problema del fine vita appare ancor più delicato se solo si considera che «le scelte in fase terminale sono talvolta poco coerenti ed oggettivabili»³, dal momento che la condizione patologica di quanti necessitano di interventi intensivi non è quasi mai univoca e perciò risolvibile mediante protocolli terapeutici standardizzati⁴, con la conseguenza che «la decisione di iniziare,

² N. ZAMPERETTI, *Le direttive anticipate tra clinica e bioetica. Il punto di vista del rianimatore*, in CANESTRARI - FERRANDO - MAZZONI - RODOTÀ - ZATTI (a cura di), *Il Governo del corpo*, II vol. del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 2006.

³ N. ZAMPERETTI, pag. 2007.

⁴ A tal proposito si segnala come la condizione di sostanziale incertezza nella quale opera il personale sanitario è stata evidenziata da molti studi sia in Italia che all'estero e tra questi da ZAMPERETTI-MAZZON-ORSI-BARNESCHI-MARSILI-ROSSI-PRIMADEI, *Managing intensive supports. The attitudes of the health care workers off five Italian Hospitals to institution of CPR and admission to the ICU*, in *Minerva Anesthesiol*, 2007, n. 73, pag. 119; BARNATO -

mantenere, aumentare o limitare un supporto intensivo in fase terminale ricade molto più nell'ambito dell'etica, in quanto non si tratta di un giudizio solo su numeri e dati bruti ma soprattutto su valori, quali sono quelli sulla vita, sui suoi contenuti e sulla sua qualità»⁵. Non è tutto.

A ciò deve aggiungersi, infatti, che non sempre il medico assume le decisioni terapeutiche avendo come unico obiettivo il bene del paziente. Al contrario, anche al cospetto di pazienti che versano in condizioni terminali o che sono comunque in pericolo di vita, è possibile che il medico decida di intervenire con presidi tanto invasivi, quanto inutili, al solo scopo di non lasciare nulla di intentato e «salvaguardare l'immagine e l'operato professionale (...) in caso di un eventuale controversia legale»⁶. È questo il tema della cd.

MCCLELLAN ET AL., *Trends in inpatient treatment intensity among Medicare beneficiaries at the end of life*, in *Health Service Research*, 2004, n. 39, pag. 363; ANGUS-BARNATO ET AL., *Use of intensive care at the end of life in the United States: an epidemiologic study*, in *Critical Care Medicine*, 2004, n. 32, pag. 638.

⁵ N. ZAMPERETTI, pag. 2008; l'Autore ha poi precisato che i supporti intensivi sono «spesso istaurati in urgenza o in emergenza, senza che vi sia il tempo per valutare adeguatamente né la situazione clinica del malato né i suoi desideri al riguardo. Inoltre i supporti intensivi riescono ad autogiustificarsi e ad imporsi per concatenazione automatica: un supporto vitale sembra giustificarsi da solo per il fatto stesso di essere stato iniziato e di mantenere in vita il malato, e giustifica l'applicazione di supporti successivi. In questo senso è di fatto molto più semplice e meno problematico rianimare un malato agonico e portarlo in terapia intensiva che decidere di fermarsi al suo capezzale ed accompagnarlo in un processo del morire dignitoso. Come conseguenza di ciò, i supporti intensivi tendono a cronicizzare (dalla fase acuta a quella cronica) e all'espansione (dall'approccio semplice al supporto multi organo)».

⁶ C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 182.

Sul punto si veda però anche di G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva: una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, ETS, Pisa, 2010, laddove la medicina difensiva è identificata «in una serie di decisioni attive o omissive, consapevoli o inconsapevoli, e non specificamente meditate, che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all'intento di evitare accuse per non avere effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso o di complicanze» (pag. 17). Tali pratiche di malasànità, in particolare, vengono distinte tra quelle di «*medicina difensiva positiva*», quando i medici prescrivono «esami e terapie non necessarie», e quelle di «*medicina difensiva negativa*», quando evitano «pazienti o procedure diagnostiche ad alto rischio» (*ibidem*).

È interessante evidenziare che la ricerca ha rintracciato l'origine del fenomeno, «principalmente», nel «crescente aumento delle richieste di risarcimento da parte dei pazienti contro i medici e contro le strutture sanitarie: + 65% in dieci anni»; ciò in quanto «[l]e numerose accuse dei pazienti che si ritengono danneggiati (...) inducono diversi medici ad

medicina difensiva, prassi tanto negativa quanto diffusa, capace di arrecare gravi nocimenti sia al S.s.n., chiamato a organizzare e finanziare prestazioni inutili se non addirittura dannose, sia soprattutto al paziente, reso nuovamente destinatario di interventi che perseguono obiettivi diversi dal suo benessere.

Non stupisce allora che sia proprio qui, attorno alle problematiche e dolorose vicende del fine vita che negli ultimi cinquant'anni taluno è andato evocando quel «diritto di morire con dignità»⁷ di cui si è detto in precedenza: pretesa questa, tanto vacua sul piano giuridico⁸, quanto rivelatrice di una istanza di libertà legittima, se intesa come richiesta di essere curati fintanto che ciò sia utile e comunque nel rispetto della propria libertà⁹.

attuare una “strategia” utile a scongiurare la possibilità di mettere a rischio la propria professione» (*ibidem*).

Sul punto la ricerca ha avuto modo di segnalare come gli errori professionali che ogni anno vengono compiuti nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, provocano non solo danni ai pazienti e condanne per gli operatori sanitari, ma anche importanti conseguenze sul «funzionamento e sui costi degli ospedali» per la «gestione dei rischi e dei relativi risarcimenti per i danni causati dalle cure mediche» (pag. 20). Ciò, non solo in termini di risarcimenti effettivamente erogati (*ergo* dei costi assicurativi), ma anche, e forse soprattutto (atteso che, secondo la ricerca, il 77,9% dei medici pone in essere comportamenti di medicina difensiva almeno una volta al mese, così pag. 30), in termini di prestazioni diagnostiche o terapeutiche erogate - a carico del S.s.n. - a solo scopo cautelativo.

⁷ D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il Governo del corpo*, vol. II del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010 pag.1791.

⁸ Si veda tra i tanti contributi giuridici che si sono occupati della questione anche quanto affermato in una intervista giornalistica da G. ZAGREBELSKY, secondo il quale non esiste un diritto a morire perché «[p]arlare di diritti o libertà come espressione della possibilità» sicché parlare di diritto o libertà al nulla è una “mostruosità”, pare, specie sul piano dell'umanità dell'individuo e della società che lo affermasse, così in *Zagrebelsky: “Il diritto di morire non esiste”*, Il fatto quotidiano, 14 dicembre 2011.

⁹ In dottrina, C. VIAFORA, *La proporzionalità delle cure: orizzonte normativo dell'etica dell'accompagnamento*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, pag. pag. 574, secondo cui, molto spesso, il richiamo al diritto di morire e perciò la richiesta di aiuto a morire, deve essere decodificata, potendo essa assumere più significati. A tal proposito si è perciò parlato di una “etica dell'accompagnamento” come un «approccio “non ideologico” alla gestione della fase terminale» che guardi «al contesto in cui nasce la richiesta di essere aiutato a morire, che sappia leggere tale richiesta sia per quanto riguarda il soggetto sia per quanto riguarda l'oggetto». Solo così, infatti, a detta dell'Autore sarebbe possibile «struire in termini sufficientemente critici la questione del morire con dignità. Qual è l'oggetto della richiesta? È il diritto a decidere autonomamente della propria morte o piuttosto il diritto ad essere assistiti e accuditi fino alla fine senza sentirsi di peso e senza vergognarsene? Chi è il soggetto che richiede di essere aiutato a morire? È il paziente o l'ambiente che lo circonda? Per chi la sofferenza è diventata insopportabile? Si tratta di domande decisive per le sorti del dibattito relativo all'opportunità di una legislazione sull'eutanasia». A vedere la questione da questa

2. Qualche considerazione sul potere di assumere la decisione terapeutica

Innanzitutto ad un paziente dal quadro clinico fortemente compromesso, l'attività medico-chirurgica, per essere lecitamente esercitata deve avere come unico obiettivo quello di guarire o alleviare gli effetti della malattia, assicurando al paziente il rispetto della sua personalità.

Ora, si è detto in precedenza, che il rispetto per la personalità del paziente avviene di solito garantendo che l'intervento medico sia da lui previamente consentito. Che fare, però, quando il paziente non sia capace di prestare validamente il proprio consenso perché parzialmente o totalmente incapace a causa di certi interventi farmacologici o anestetici, oppure perché incosciente a causa della malattia o del trauma patito?

Perché la persona possa infatti autorizzare o rifiutare validamente un qualsiasi intervento medico o chirurgico è necessario che sia capace di intendere e volere, cioè che abbia la «capacità naturale»¹⁰ di concepire ed esternare una volontà precisa e reale. In altri termini, è necessario che possieda la «minima capacità contingente, per cui il fatto possa ritenersi sorretto da una volontà consapevole, consapevole beninteso della materialità dell'atto, non delle sue conseguenze giuridiche»¹¹.

Ciò che conta non è che la persona sia astrattamente capace, ma che lo sia in concreto, che possa cioè comprendere la sua condizione, valutarla e

prospettiva, infatti, sembrerebbe che i rischi connessi all'introduzione di una tale disciplina non sarebbero riconducibili tanto alla prospettiva che vuole la vita indisponibile, quanto proprio a quella liberale, giacché esiste il rischio che «un'eventuale legislazione che consenta eutanasia o suicidio assistito porti ad un restringimento della libertà di scelta piuttosto che a un suo ampliamento».

¹⁰ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2008, pag. 97.

Parla di «capacità di fatto» U.G. NANNINI, in *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989, pag. 427.

¹¹ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1959, pag. 108; l'Autore proseguiva precisando però che «quando pure sussista quella capacità di intendere e di volere, altro requisito degli atti giuridici (...) debba considerarsi l'esistenza in concreto di una volontà consapevole, sì che, se, per ragione diversa dall'incapacità, tale volontà manchi, ugualmente l'atto *non* è da ritenere idoneo a produrre le sue conseguenze giuridiche» (così pag. 109).

assumere le relative determinazioni a partire dalle informazioni tecniche ricevute dal professionista. Questo è evidenziato non solo da ragioni di opportunità, ma anche dalla disciplina nazionale sin qui dettata per regolare le dichiarazioni di volontà che non abbiano ad oggetto questioni patrimoniali e non pongano il problema di garantire l'eventuale affidamento dei terzi¹², così come anche dalla possibilità di sottoporre a trattamenti terapeutici non volontari quanti - sebbene non soggetti a provvedimenti incidenti sulla propria

¹² Sul punto, anche a voler prescindere per il momento dalle disposizioni della Convenzione di Oviedo delle quali si dirà meglio oltre, è possibile prendere in esame quanto previsto dalla legge n. 194 del 22 maggio 1978 in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Qui, nel regolare una delle materie che tradizionalmente suscitano maggiori conflitti di natura bioetica, il legislatore ha attribuito alla volontà della donna massima rilevanza anche per il caso in cui ella versi in condizioni di incapacità giuridica. In particolare, dopo aver stabilito al primo comma dell'art. 12 che in linea generale la richiesta di aborto «è fatta personalmente dalla donna», la legge affronta nei successivi commi dell'art. 12 e poi all'art. 13 i casi in cui l'interruzione della gravidanza debba essere eseguita sul corpo di donne minori o interdette per infermità di mente.

Con riferimento al primo caso, infatti, al fine di superare quelle situazioni in cui «vi siano seri motivi che impediscano ovvero sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri fra loro difformi», il secondo comma dell'art. 12 dispone che «il consultorio o la struttura socio sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'art. 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata dal proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera. Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna con atto non soggetto a reclamo, a decidere l'interruzione della gravidanza». Nel caso di specie, quindi, il superamento dell'incapacità giuridica della donna minore avviene mediante un procedimento giurisdizionale la cui istruzione è fondamentalmente rimessa a organi del S.s.n. o comunque a soggetti autorizzati dallo Stato all'esercizio della professione medico - chirurgica.

Pur con le dovute differenze, il legislatore ha seguito la medesima *ratio* ispiratrice per il caso in cui la donna incinta sia inferma di mente. Stando all'art. 13 della legge n. 194 del 1978, infatti, a prescindere dal soggetto che presenti la domanda di aborto, tale richiesta dovrà comunque «essere confermata dalla donna» e sottoposta ad un duplice controllo: il primo da parte del medico di fiducia o del consultorio o della struttura socio sanitaria, e il secondo da parte del giudice tutelare al quale il suddetto medico dovrà trasmettere «una relazione contenente ragguagli sulla domanda o sulla sua provenienza, sull'atteggiamento comunque assunto dalla donna e sulla gravità e specie dell'infermità mentale di essa nonché il parere del tutore, se espresso»; ciò allo scopo di consentire al giudice di decidere, «con atto non soggetto a reclamo», se emettere o meno il provvedimento che autorizzi l'intervento abortivo.

Per inciso, deve comunque considerarsi che, in presenza di atti a contenuto non patrimoniale ma personale, l'ordinamento ha accolto anche in altre situazioni soluzioni capaci di conciliare l'incapacità legale della persona con la garanzia di un certo margine di autonomia. Ciò è quello che è avvenuto, ad esempio, in materia matrimoniale con l'art. 84 c.c. e il procedimento da esso regolato mediante il quale, sentito il pubblico ministero oltre che i soggetti esercenti la potestà genitoriale, il Tribunale può autorizzare il minore *over* sedicenne a contrarre matrimonio. Possibilità questa radicalmente esclusa, invece, nel caso di un soggetto incapace in quanto interdetto per infermità mentale per ovvie ragioni di tutela della controparte.

capacità giuridica - a causa di malattie mentali rifiutino le cure necessarie a preservare la propria incolumità¹³.

Quanto sin qui detto non implica che innanzi ad un individuo immaturo o fiaccato anche mentalmente dalla malattia, l'ordinamento non debba adoperarsi per tutelarne la volontà, ma solo che tale obiettivo deve essere perseguito a partire dalla consapevolezza che non tutti possiedono le medesime capacità di partecipazione al processo decisionale sicché deve essere garantita dal sistema la giusta dose di flessibilità.

¹³ In tal senso si veda quanto prescritto dalla l. n. 180 del 1978 e alla volontà di garantire, pur nel quadro di una rinnovata considerazione del tema della malattia mentale, la tutela della persona in tutte quelle occasioni nelle quali le sue condizioni di infermità mentale mettano in pericolo lo stesso soggetto affetto dalla malattia o gli altri consociati. Sul punto si veda *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. giurisd., 6 marzo 2008, n. 187.

Con riferimento alla questione del rapporto tra tutela della salute e tutela dell'autonomia del paziente si veda però anche MAGLIONA - DEL SANTE, *Negato consenso da parte del paziente in dubbie condizioni di capacità al trattamento sanitario indefettibile* quoad vitam: aspetti giuridici, deontologici e medico-legali, in Riv. It. Med. Leg., 2004, pag. 1083.

3. La complessità del concetto “capacità di consentire”

Determinare l’effettiva capacità di intendere e volere dell’individuo non è cosa semplice. Gli studi compiuti negli ultimi decenni sul funzionamento della mente umana hanno evidenziato, infatti, come ciascun individuo sia titolare di capacità mentali differenziate, sì che anche la stessa capacità naturale non si presta ad essere ridotta a concetto astratto e univoco, ossia a mera astrazione giuridica formale se non in maniera forzata.

Senza entrare nel merito delle abilità che in concreto denotano l’esistenza di una vera capacità di intendere e volere¹⁴, deve ammettersi che nel presumere che tutti possiedano i medesimi strumenti culturali e intellettivi si finisce per svantaggiare i soggetti più deboli o comunque dotati di minori mezzi culturali¹⁵. A tal proposito, in dottrina è stato efficacemente rilevato che «[l]’argomentazione (...) spesso richiamata a sostegno della qualificazione generale della capacità del paziente, è quella di rispettare la sua autonomia» giacché la «sovrapposizione del concetto giuridico, al concetto medico, di capacità di consentire alle cure, mediante l’inglobamento del secondo nella nozione di capacità legale, costituirebbe (...) un baluardo del modello liberale di relazione terapeutica, correttamente accolto in diverse aree geografiche della

¹⁴ Per essi si rinvia a E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di biodiritto, Giuffrè, Milano 2011, pag. 341 e ss..

¹⁵ Con riferimento alla resistenza nel nostro ordinamento di un concetto generale di capacità a consentire è d’altra parte possibile rilevare che «[l]a sottoscrizione di un concetto “spartiacque” di capacità di consentire alle cure assicura, da un lato, la precisa individuazione dei pazienti ai quali richiedere il consenso e di quelli a cui non richiederlo. Assicura, dall’altro lato, uno snellimento delle procedure nello svolgimento dell’attività medica. Tal concetto partecipa, in questo modo, alla salvaguardia di un ordine istituzionale preconstituito. E benché non manchino, anche nei Paesi di diritto continentale, gli stimoli ad adottare un concetto di capacità di consentire alle cure più rispondente alle reali funzioni psichiche del paziente – la tendenza che continua a prevalere in ambito continentale è quella di considerare *competent* il paziente che è capace *ex lege*», così E. SALVATERRA, *op. cit.*, pag. 357.

Critica tale ricostruzione della capacità a consentire anche P. ZATTI, *Il processo del consenso informato*, in *I nuovi diritti dell’integrazione europea: la tutela dell’ambiente e la protezione del consumatore*, KLESTA DOSI (a cura di), *Atti del Corso-colloquio: Progetto Jean Monnet (Padova, 11 – 15 gennaio 1999)*, Cleup, Padova 2000, pag. 214, secondo il quale «[l]a domanda sulla capacità di intendere e di volere pone un quesito che rifiuta la complessità, e la sofferenza è complessa e non va semplificata in nome di esigenze che hanno il loro posto nel traffico dei beni, non nella gestione dei rapporti con il disagio e il dolore».

riflessione bioetica». Innanzi ad una tale concezione “generale” della *competence*, tuttavia, ci si è chiesti «se la dichiarata giustificazione autonomistica (...) sia fondata o, piuttosto, sia un mascheramento del tradizionale approccio paternalistico» dal momento che «la qualificazione generale della capacità di consentire alle cure non trov[a] suffragio negli studi scientifici fino ad oggi compiuti»¹⁶.

La discrasia tra la capacità effettivamente posseduta dal paziente e quella astrattamente imputatagli, infatti, sarà coperta o comunque compensata dall'autonomia del medico o di soggetti terzi (familiari, fiduciari o rappresentanti legali che siano).

Meglio sarebbe allora partire dal presupposto che sotto il profilo della capacità il paziente può risultare: *i*) pienamente capace sul piano giuridico e cognitivo; *ii*) giuridicamente capace ma, in concreto, affetto da incapacità naturale totale o parziale; *iii*) giuridicamente e cognitivamente incapace (perciò soggetto alla potestà di un terzo); *iv*) giuridicamente incapace ma, in concreto, dotato di un certo grado di capacità cognitiva (come nel caso dei minori maturi).

Pare a chi scrive, che, innanzi a tali possibili opzioni, l'ordinamento dovrebbe garantire soluzioni diversificate non soltanto nei mezzi ma anche nei fini. In particolare, se al cospetto del paziente capace e *compos sui*, deve ritenersi che il compito del S.s.n. sia quello di tutelare la salute e la vita della persona soltanto entro i limiti della volontà libera, informata e attuale espressa dall'individuo. Lo stesso non può dirsi negli altri casi, per i quali gravano in capo all'amministrazione compiti di tutela ulteriori e non predefiniti, proporzionati all'entità della deficienza psichica e perciò dell'autonomia dell'ammalato, compiti che dovranno essere espletati non esercitando poteri, ma coltivando relazioni (*rectius*, rapporti) con lo stesso paziente, con i suoi

¹⁶ E. SALVATERRA, *op. cit.*, pag. 356.

familiari e con il suo eventuale rappresentante legale, il tutto con l'obiettivo di tutelare quanto più possibile il paziente e la sua individualità¹⁷.

Una funzione di garanzia rafforzata, quindi, che qualifica il medico come un professionista che opera anche a tutela di interessi generali.

¹⁷ Con riferimento al tema del testamento biologico G.U. RESCIGNO, *op. cit.* pag. 99, ritiene che «in assenza di una specifica legge, qualunque dichiarazione rilasciata in vita per l'eventuale caso di successiva incapacità di intendere e di volere non ha alcun valore giuridico nei confronti dei medici ed in generale di tutti coloro che hanno l'obbligo di soccorrere le persone e di usare tutti i mezzi di cui sono professionalmente dotati per mantenere in vita una persona. Diverso il caso del paziente che, prima di iniziare un trattamento sanitario, e dopo essere stato adeguatamente informato, dà disposizioni precise sulla continuazione di esso o su ulteriori e diversi trattamenti per il caso in cui, iniziato il trattamento, dovesse perdere la capacità di intendere e di volere proprio a causa di tale trattamento: qui mi pare che è improprio parlare di testamento biologico, e rientriamo semplicemente nell'art. 32, co. 2, e cioè il diritto di rifiutare un trattamento sanitario».

Sul punto è però possibile ritenere che già *de iure condito*, a fronte di un paziente incapace che abbia in precedenza redatto un documento dal quale emerga chiaramente la propria volontà terapeutica, tale dichiarazione anticipata non potrà essere considerata del tutto priva di valore e perciò ignorata, ma andrà considerata come fonte che concorre, tanto più quanto sia recente e ben redatta, a ricostruire la personalità del paziente e perciò, di conseguenza, anche il suo concetto individuale di salute.

4. Il caso dei pazienti in Stato Vegetativo: in cosa consiste questa condizione clinica

Volgendo adesso lo sguardo sulla particolarissima situazione di chi versa in SV, è agevole constatare che è questo un caso nel quale la determinazione dell'interesse del paziente si presenta particolarmente difficile, sia in ragione delle cause che ne determinano l'insorgere, sia in ragione delle modalità attraverso cui si è sino ad oggi cercato di porvi fine.

Lo stato vegetativo è una condizione ascrivibile al gruppo delle cosiddette Gravi Cerebrolesioni Acquisite ("GCA"). Si tratta di una condizione che può insorgere o quale esito di certe patologie neurologiche o in seguito ad eventi traumatici¹⁸. Si tratta, purtroppo, di situazioni tutt'altro che marginali ed anzi in via di incremento in considerazione dei «progressi della medicina d'urgenza, che oggi consentono la sopravvivenza di pazienti un tempo destinati all'*exitus*, ma, in parte, anche all'aumento dei gravi traumatismi accidentali»¹⁹.

¹⁸ La Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nelle "Linee di indirizzo per l'assistenza alle persone in stato vegetativo e stato di minima coscienza" approvate il 5 maggio del 2011, ha definito la condizione di SV e quella un po' meno grave di minima coscienza come quelle «che conseguono al coma indotto da gravi cerebrolesioni acquisite, cioè ad eventi di natura traumatica, vascolare, anossica o infettiva o, comunque, da *noxae* acquisite, che non includono le patologie congenite, involutive e degenerative». In particolare, la Conferenza ha rilevato che un «soggetto colpito da grave cerebrolesione acquisita subisce una grave destrutturazione delle funzioni cerebrali che, nel suo aspetto più rilevante, si traduce in uno stato di coma. Se non sopravviene la morte, nell'arco di ore, giorni o, al massimo, di 3-6 settimane, nel paziente si verifica un progressivo recupero delle funzioni autonome con "apertura degli occhi" senza ricomparsa dello stato di coscienza, lasciandolo in quel quadro clinico definito "stato vegetativo"».

¹⁹ G. GUIZZETTI, *Terry Schiavo e l'umano nascosto*, Firenze, Società Editrice Fiorentina, 2006, pagg. 17 e 18.

A tal proposito, le *Linee di indirizzo per il percorso diagnostico della condizione di stato vegetativo*, allegate *sub Allegato 1* alla Delibera della Giunta Regionale della Regione Lombardia n. IX/2124 del 4 agosto 2011, individuano quali indici rivelatori dello SV le seguenti condizioni:

- completa perdita della coscienza di sé e della consapevolezza dell'ambiente circostante;
- possibile mantenimento del ciclo sonno-veglia;
- conservazione più o meno completa delle funzioni ipotalamiche e tronco-encefaliche autonome, quali ad esempio le funzioni cardio-circolatorie, respiratorie, termoregolatorie, renali e gastro-intestinali.

La valutazione della persona in SV è basata su criteri diagnostici neuro-comportamentali che devono essere tutti presenti:

- gli occhi della persona si aprono spontaneamente o dopo stimolazione;
- non evidenza di coscienza di sé o di consapevolezza dell'ambiente ed incapacità ad interagire con gli altri;

Contrariamente a quanto taluni ritengono, le persone in SV sono vive²⁰, dal momento che, pur in seguito alla cessazione di molte attività cerebrali, «il tronco encefalo, organo deputato al controllo delle funzioni vegetative (respirazione, attività cardiaca, processi digestivi, termoregolazione), e la sostanza reticolare, che regola il ritmo sonno veglia, sono risparmiati. Essendo conservate tutte le funzioni vitali la sopravvivenza di questi soggetti non dipende [solitamente, ndr] da alcun apporto tecnologico, ma da quello che ognuno di noi necessita per vivere: acqua, cibo, igiene, movimento, calore umano»²¹.

-
- la persona non esegue alcun comando, anche semplice;
 - la persona non esprime o non emette parole riconoscibili anche se può emettere suoni inarticolati;
 - la persona non dimostra movimenti intenzionali (può mostrare movimenti riflessi di tipo posturale, smorfie mimiche involontarie, non localizza il dolore);
 - la persona non può sostenere movimenti di inseguimento visivo lento entro un arco di 45° in qualsiasi direzione quando gli occhi sono tenuti aperti;
 - la persona presenta incontinenza vescicale e rettale;
 - va inoltre valutata la consapevolezza in relazione a vari stimoli visivi, uditivi verbali, dolorifici e verificata l'assenza di comportamenti durevoli, riproducibili, finalizzati o volontari in risposta alle stimolazioni;
 - i criteri suddetti non devono essere secondari all'utilizzo di agenti paralizzanti.

Inoltre, possono essere presenti in maniera variabile:

- deficit di vario grado della funzionalità dei nervi cranici;
- presenza variabile di riflessi troncoencefalici e spinali;
- motilità oculare assente o erratica;
- reazione d'ammiccamento;
- schemi motori primitivi;
- alterazioni del tono muscolare (spasticità o ipotonia);
- posture patologiche;
- possibile presenza in misura meno frequente di aspetti clinici particolari che si discostano da queste descrizioni ma che non sono in contrapposizione con la descrizione sopra riportata (a titolo esemplificativo la presenza di ptosi bilaterale da lesione del 3 nervo cranico può non consentire l'apertura degli occhi pur in presenza di stato vegetativo).

La persona in SV pertanto:

- giace, apparentemente incosciente, anche ad occhi aperti;
- presenta in genere funzioni cardiocircolatorie e respiratorie, termoregolazione, funzioni renali e gastrointestinali sufficientemente conservate (alterazioni anche marcate sono dovute generalmente a insufficienza d'organo per complicanze correlate)
- necessita di supporto nell'alimentazione, che avviene in genere per via enterale (PEG, SNF) o parenterale;
- mostra alla TC e alla RMN segni più o meno marcati di danno focale o diffuso.

²⁰ Sul punto si veda quanto stabilito dalla l. n. 578 del 1993 e quanto si è detto al par. 5.1 del primo capitolo.

²¹ G. GUIZZETTI, *Terry Schiavo e l'umano nascosto*, Società Editrice Fiorentina, Firenze 2006, pag. 18.

Altro mito da sfatare è poi quello legato alla presunta irreversibilità di tale condizione. Negli anni, infatti, sono stati registrati diversi casi di risveglio tardivo (cioè dopo molti anni di SV) sicché la condizione oggi non può dirsi né permanente, né persistente²² ma, al massimo, cronica.

Infine, merita di essere precisato che recenti studi condotti mediante l'uso della Risonanza magnetica funzionale, hanno mostrato che alcuni pazienti cui era stato diagnosticato uno stato vegetativo presentavano in realtà ancora intatte delle capacità mentali, per cui delle due l'una: o si ammette che allo stato mancano adeguate capacità diagnostiche oppure si ammette che quantomeno alcuni pazienti in SV non sono del tutto privi di capacità di intendere e volere. Unico dato certo, perciò, è al momento che il paziente in SV non ha alcuna capacità di comunicare se stesso al mondo circostante²³.

²² A tal proposito Regione Lombardia, con la D.g.r. n. IX/2124 del 4 agosto 2011 ha preso atto di tale situazione, affermando di non ritenere «più corretti i termini persistente e permanente per qualificare lo Stato vegetativo, dal momento che, anche se rari, sono possibili “risvegli tardivi”, evoluzioni cliniche che possono produrre modificazioni della non responsività. Va quindi preferita la definizione di Stato vegetativo prolungato o cronico, associato alla data dell'evento eziologico acuto (ad esempio, Stato Vegetativo dal...). Benché non sia possibile parlare in assoluto di irreversibilità della condizione, quando la persona in SV raggiunge la stabilità clinica ed entra in una fase di cronicità, deve essere considerata persona con gravissima disabilità.

Anche il termine cronicità non definisce il quadro clinico di riferimento, ma solo il decorso temporale della malattia, considerando l'impatto che essa ha sulla famiglia e sulla presa in carico che deve essere complessiva, della famiglia e del suo congiunto in SV, attenta a garantire un sistema di monitoraggio delle condizioni di salute e dello stato di coscienza».

Nella dottrina giuridica, tuttavia, questa mutata conoscenza del fenomeno stenta a imporsi continuandosi a fare riferimento allo SV come permanente o persistente; *ex plurimis* C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011 pag. 593; C. VIAFORA, *op. cit.*, pag. 567

²³ Il riferimento è a M. M. MONTI - A. VANHAUDENHUYSE - M. R. COLEMAN - M. BOLY - J. D. PICKARD - L. TSHIBANDA - A. M. OWEN - S. LAUREYS, *Willful Modulation of Brain Activity in Disorders of Consciousness*, in *New England Journal of Medicine*, 2010, 362: 579-589. Si tratta di uno studio condotto su un campione di individui soggetti a diagnosi di SV mediante la sollecitazione di differenti aree cerebrali e il monitoraggio delle relative reazioni. L'esperimento ha permesso di appurare che alcuni pazienti erano in grado di fornire indirettamente risposte positive o negative coerenti alle domande poste. Lo studio ha pertanto consentito di concludere che «*a small proportion of patients in a vegetative or minimally conscious state have brain activation reflecting some awareness and cognition. Careful clinical examination will result in reclassification of the state of consciousness in some of these patients. This technique may be useful in establishing basic communication with patients who appear to be unresponsive*».

In relazione agli esiti di questo studio e alle sue possibili implicazioni pratiche nella cura dei pazienti in SV, il presidente della Società Italiana di Nutrizione Artificiale e Metabolismo

Quanto precede suggerisce che lo SV è al momento una condizione neurologica alquanto misteriosa e che perciò, già solo per questo, sarebbe opportuno accostarsi ai problemi da esso posti ricorrendo ad un atteggiamento di tipo precauzionale.

(SINPE), in sede di audizione innanzi alla Commissione Igiene e Sanità del Senato (12 ottobre 2011), ha dichiarato che «[i]l dibattito scientifico non ha ancora raggiunto un accordo sul significato dell'*imaging* cerebrale funzionale e sulle implicazioni etiche ad esso connesse. La diffusione di queste metodiche sul territorio nazionale è scarsa e disomogenea perché le apparecchiature sono costose e spesso utilizzate a scopo di ricerca. Tutti i motivi sopraelencati rendono di difficile applicazione questo accertamento».

5. I pazienti in Stato Vegetativo e i problemi giuridici e bioetici sollevati

Lo stato vegetativo è una condizione clinica che presenta profili di particolare problematicità solo con riferimento alle sue fasi iniziali e finali.

Sotto il primo profilo, infatti, al cospetto di un paziente che venga ricoverato in regime di emergenza²⁴, è pacifico che il medico possa, ed anzi debba, intervenire senza aver previamente acquisito alcun consenso e a ben vedere senza neppure aver modo di formulare diagnosi o prognosi esatte.

A tal proposito, deve anche considerarsi come sul piano epidemiologico è stato segnalato che la possibile futura «disabilità residua di un paziente con GCA dipende non solo dal danno primario ma anche, e talvolta soprattutto, dalla catena di eventi che possono intervenire dalla fase dell'acuzie in avanti, come conseguenza di una mancata prevenzione e/o cura anche di patologie intercorrenti»²⁵. Ebbene, a fronte di ciò, non sembra che nella gestione di

²⁴ A tal proposito è bene distinguere gli interventi realizzati in regime di urgenza da quelli posti in essere per fronteggiare emergenze. Mentre l'urgenza, infatti, indica una situazione che non pone un immediato pericolo di vita e tuttavia richiede che venga adottato «entro breve tempo, opportuno intervento terapeutico», l'emergenza «è invece una condizione statisticamente meno frequente, (...) che non può attendere, una situazione che impone immediatezza assoluta terapeutica, cioè una situazione che di fatto costringe all'azione», così, A. BONELLI, *Gli aspetti medico-legali nell'emergenza sanitaria extraospedaliera*, in Riv. it. medicina legale 1997, n. 2, pag. 229.

²⁵ Così le «Linee di indirizzo per l'assistenza alle persone in stato vegetativo e stato di minima coscienza» approvate il 5 maggio del 2011 dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano.

Il documento, nell'incentivare l'attivazione in tutte le regioni di servizi adeguati ad affrontare in maniera più efficace il problema degli SV, ha peraltro preso atto della sostanziale inadeguatezza del livello di tutela attualmente garantito ai cittadini rilevando che «[i]l gold standard dell'assistenza ai pazienti prevede, dunque, dopo il periodo trascorso in reparti di Rianimazione, il rapido passaggio ad aree semintensive, caratterizzate dalla capacità di affrontare i problemi clinici e riabilitativi di un paziente neurologico ancora instabile e ad alto rischio di complicazioni, se pur autonomo dal punto di vista respiratorio. La fase semi-intensiva dedicata è un anello importante e parte integrante del percorso dedicato alle GCA. Permette di effettuare il bilancio lesionale e funzionale, contribuire alla diagnosi e alla prognosi, dare l'avvio al piano di trattamento individuale di riabilitazione, promuovere la riattivazione delle funzioni corticali stimolando in forma appropriata la plasticità neuronale, favorire il recupero, controllare le complicanze, dare supporto alle famiglie, selezionare il percorso adeguato e garantire l'ulteriore tappa. Precisare i criteri in base ai quali giungere alla diagnosi, alla classificazione, alla terapia ed alla prognosi dello stato di coma e dello stato vegetativo costituisce ancor oggi un problema di grande interesse e di soluzione assai complessa. Conoscere a fondo questi pazienti significa riconoscere e prevenire le numerose

queste fasi vi siano margini per un apprezzabile coinvolgimento di soggetti terzi o per una indagine circa i desideri previamente espressi dal paziente²⁶. Al contrario, innanzi a pazienti colpiti da gravi traumi o patologie, il problema della tutela della loro autonomia viene in rilievo solo in un secondo momento, quando, stante l'esito negativo - sebbene non infausto - dell'intervento salva vita, il paziente si ritrovi in SV²⁷. La casistica internazionale sul punto, d'altra

cause di deterioramento neurologico secondario. Limitare al massimo i "danni", potenzialmente prevenibili: "*Every bit of brain matter saved increases function and the possibility that neural plasticity will contribute to a greater recovery*". Non basta comprendere un esame e conoscere i problemi nel loro corso, ma anche certi cambiamenti fisiologici dell'attività cerebrale e neuromuscolare, e delle tecniche connesse, che sono il contesto della terapia riabilitativa in fase acuta. È necessario evidenziare che questi pazienti non subiscono solo o soltanto i postumi dell'evento acuto ma effetti a caduta, talvolta silenti, e problematiche ulteriori che si sviluppano nel corso del tempo, ma che possono essere individuati in anticipo, da una osservazione clinica esperta e ravvicinata, potendo beneficiare così di un rapido intervento che, in altra situazione ospedaliera non specializzata, non sarebbe possibile. Le alterazioni del sistema cerebrale provocano problemi che altre malattie non producono. Queste problematiche devono farci considerare sempre di più le differenze tra i pazienti neurologici e gli altri pazienti acuti».

²⁶ In relazione all'importanza rivestita dall'autonomia del medico nella cura della persona si veda A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in Quad. Cost., 2010, pag. 278, secondo il quale «[l]’atto medico dovrebbe (...) rimanere il più possibile legato alla funzione – oggettivamente controllabile – della tutela della salute ex art. 32 Cost. e quindi risultare il frutto di una scelta orientata secondo perizia medica. La tutela della salute ex art. 32 Cost., pur implicando senz’altro una personalizzazione in relazione alle caratteristiche individuali del malato, impone tuttavia di preservare un momento di intersoggettività circa l’attività medica e lo stesso concetto di salute, altrimenti non sappiamo più di che cosa parliamo. Se invece la salute viene ridotta a mera proiezione della volontà soggettiva non è più possibile concepire una tutela pubblica della sanità. Come distinguere tra tutela della salute e tutela dell’estetica del corpo, come distinguere tra scelte terapeutiche degne di sovvenzione pubblica e scelte che non ne sono degne? Come declinare diversamente la responsabilità del medico a seconda del bisogno oggettivo dell’intervento? Come si può ancora parlare di danno alla salute (c.d. danno biologico)? Come tutelare la salute nei rapporti di lavoro se la malattia è rimessa alla percezione di sé del lavoratore? La lotta tra diritto e torto si gioca anche sul versante dei significati oggettivi delle parole che compongono il discorso giuridico per impedirne la liquefazione in un indecidibile *secundum quid*».

²⁷ Le *Linee di indirizzo per l’assistenza alle persone in stato vegetativo e stato di minima coscienza* formulate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nel 2011, nell’affrontare il tema della riorganizzazione dei servizi di assistenza ai pazienti in SV hanno avuto occasione di soffermarsi sulle conseguenze prodotte dallo SV sulle famiglie del disabile. A tal proposito è stato evidenziato che «[i]l contatto con le famiglie di questi malati è in genere molto complesso. La difficoltà di comprensione del disturbo neurologico e delle complicità da parte della famiglia crea ansia e paura più di quanto accada con altre patologie. Mobilità, comunicazione e processi cognitivi scompaiono, lasciando i pazienti in una situazione di totale dipendenza dagli altri. L’imprevedibilità e gravità della maggior parte delle lesioni cerebrali impedisce ai familiari di avere tempo per esprimere al paziente i loro sentimenti e ciò produce stress e deprime più di ogni altro serio problema di salute, se non è trattato in maniera competente dallo staff medico. A fare la differenza, infatti, è anche la capacità di guidare e coinvolgere attivamente le famiglie

parte, è chiara dal momento che i conflitti giudiziari tra le strutture sanitarie e i familiari o tutori dei pazienti, hanno avuto ad oggetto non già l'esecuzione degli interventi salva vita iniziali e neppure quelli volti al posizionamento della PEG o del sondino nasogastrico per la nutrizione e l'idratazione artificiali, bensì sempre l'interruzione di tali trattamenti quando, per il trascorrere del tempo, sia venuta meno, in quanti assistono il disabile, la speranza di un suo miglioramento²⁸.

attraverso queste difficili fasi. La familiarità con questi problemi è fondamentale per garantire il successo e ha bisogno di uno staff che garantisca un livello professionale alto ed uno di esperienza personale altrettanto importante».

²⁸ Si consideri che l'unico caso in cui al cospetto di un paziente temporaneamente incapace si è posto il problema di non eseguire neppure in emergenza l'intervento salva vita è stato (ed è ancora) quello dei pazienti che per ragioni religiose rifiutano le trasfusioni ematiche; caso questo evidentemente diverso, giacché a venire in rilievo, qui, non è solo il tema della capacità del paziente, del diritto alla vita e alla salute, ma anche quello alla libertà religiosa e di coscienza, diritto anch'esso di rilievo costituzionale e che merita perciò di essere dedotto in bilanciamento.

In merito a tale questione si consideri che in tema di rinunce preventive alle emotrasfusioni la Cass. civ., Sez. III, con Sent. n. 23676 del 15 settembre 2008, ha ritenuto che stante «il più generale principio (...) in forza del quale va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita», non può non riconoscersi che in tema di consenso informato nella trasfusione di sangue «deve ritenersi diversa, rispetto ai casi ordinari, la fattispecie in cui sia il testimone di Geova, maggiorenne e pienamente capace, a negare il consenso alla terapia trasfusionale, essendo in tal caso il medico obbligato alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico. E ciò perché il conflitto tra due beni - entrambi costituzionalmente tutelati - della salute e della libertà di coscienza non può essere risolto *sic et simpliciter* a favore del primo, sicché ogni ipotesi di emotrasfusione obbligatoria diverrebbe per ciò solo illegittima perché in violazione delle norme costituzionali sulla libertà di coscienza e della incoercibilità dei trattamenti sanitari individuali (così, un rifiuto "autentico" della emotrasfusione da parte del testimone di Geova capace - avendo, in base al principio personalistico, ogni individuo il diritto di scegliere tra salvezza del corpo e salvezza dell'anima - esclude che qualsiasi autorità statale - legislativa, amministrativa, giudiziaria - possa imporre tale trattamento: il medico deve fermarsi)».

Ma pur a fronte di questo principio generale, la Corte ha però ritenuto di precisare che in tali situazioni la forma è sostanza giacché «la questione di diritto sottoposta all'esame di questa corte nel caso di specie ha ad oggetto la reale efficacia del "non consenso" sì come manifestato dal paziente sul piano tanto cronologico quanto contenutistico-formale.

È convincimento del collegio (...) che, nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo debba essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata. Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute. E ciò perché, a fronte di

Non a caso, come si diceva *supra*, il secondo momento problematico nella gestione di una condizione vegetativa è rappresentato da quello finale, quando si decida di lasciar morire/uccidere (che proprio in questa alternativa assiologia risiede la problematicità delle fattispecie in esame) il disabile mediante l'interruzione dell'unico presidio medico *latu sensu* tecnologico adoperato per curarlo, ossia la nutrizione e l'idratazione artificiali²⁹. Allora, infatti, si pone in essere un'azione che se per alcuni è segno del rispetto dovuto all'autonomia della persona, per altri è invece un'ipotesi di eutanasia passiva o anche di abbandono terapeutico.

un sibillino sintagma “niente sangue” vergato su un cartellino, sul medico curante graverebbe in definitiva il compito (invero insostenibile) di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente secondo un giudizio prognostico *ex ante*, e di presumere induttivamente la reale “resistenza” delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue. Di talché, come la validità di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza della doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso, così la efficacia di uno speculare dissenso *ex ante*, privo di qualsiasi informazione medicoterapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita.

Con ciò non si vuole, peraltro, sostenere che, in tutti i casi in cui il paziente portatore di forti convinzioni etico-religiose (come è appunto il caso dei testimoni di Geova) si trovi in stato di incoscienza, debba per ciò solo subire un trattamento terapeutico contrario alla sua fede. Ma è innegabile, in tal caso, l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari».

²⁹ Per maggiori informazioni anche di natura statistica sulle condizioni di SV si veda lo studio pubblicato nel febbraio del 2012 in esito al Progetto Nazionale di ricerca CCM 2009-2010 “*Funzionamento e disabilità negli Stati Vegetativi e negli Stati di Minima Coscienza*” finanziato dal Ministero della Salute e disponibile *on line* sul sito istituzionale del suddetto ente all'indirizzo www.salute.gov.it/imgs/C_17_news.Aree_1898_listaFile_itemName_0_file.pdf.

6. Il problema della nutrizione e dell'idratazione artificiali

6.1. Le posizioni culturali in campo

Come si è detto, la persona in SV è un disabile bisognoso di assistenza e perciò anche di essere aiutato a nutrirsi e idratarsi. In circa il 70% dei casi ciò avviene in modo artificiale, cioè mediante preparati che vengono somministrati al paziente per via enterale o parenterale.

Tale attività possiede sia i tratti di un'opera assistenziale, sia quelli di un trattamento medico, giacché della prima ha il significato etico e l'intrinseca *pietas*, del secondo la metodologia di somministrazione, la complessità dei preparati, etc.

Nel confronto bioetico tali due opzioni sono da anni estremizzate e polarizzate, perché si vorrebbe far discendere l'ammissibilità dell'interruzione del sostegno vitale dalla sua qualificazione come trattamento medico. A tal proposito, si ritiene infatti che se la nutrizione e l'alimentazione artificiali sono trattamenti medico-infermieristici, essi devono essere necessariamente assoggettati alla regola della volontarietà delle cure e poter essere perciò passibili di interruzione.

In Italia, questo conflitto bioetico è stato formalizzato per la prima volta nel 2003, quando il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB)³⁰ ha approvato

³⁰ Sul punto si tenga presente che il CNB è stato istituito con d.p.c.m. del 28 marzo 1990 ed opera a tutt'oggi quale organo consultivo del Governo stante l'indisponibilità del Parlamento ad «introdurre nella struttura dello Stato con forza di legge un Organismo tecnico permanente “stabilizzato” dalla legge e dotato di maggiore autonomia» stante «il carattere ancora sperimentale della materia bioetica» (sul punto C. VIDETTA, *I Comitati etici nel sistema sanitario*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e Sanità*, V volume del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, pag. 558).

Nell'esercizio della sua missione istituzionale il CNB ha tra le altre cose il compito di «formulare i pareri ed indicare soluzioni, anche ai fini della predisposizione di atti legislativi per affrontare i problemi di natura etica e giuridica che possono emergere con il progredire delle ricerche e con la comparsa di nuove possibili applicazioni di interesse clinico avuto riguardo alla salvaguarda dei diritti fondamentali e della dignità dell'uomo e degli altri valori così come sono espressi dalla Carta Costituzionale e dagli strumenti internazionali ai quali l'Italia aderisce» (In tal senso, art. 1, secondo alinea).

all'unanimità il parere dal titolo “*Dichiarazioni anticipate di trattamento*”³¹. Qui, nell'esaminare i limiti entro i quali si sarebbe dovuto riconoscere al paziente (capace) un diritto ad «orientare i trattamenti a cui potrebbe essere sottoposto, ove divenuto incapace di intendere e di volere»³² mediante una dichiarazione anticipata, il Comitato ha registrato l'impossibilità di formulare un giudizio unitario sulle indicazioni che fossero «finalizzate a richiedere il non inizio o la sospensione di trattamenti terapeutici di sostegno vitale, che però non realizzino nella fattispecie indiscutibili ipotesi di accanimento».

In particolare il CNB ha ritenuto che tale questione presentava profili ampiamente controversi «in specie se si considerano i significati simbolici che si addensano sull'alimentazione e sull'idratazione, anche se artificiali». Alcuni membri del CNB ritenevano infatti che «al paziente [avrebbe dovuta essere, ndr] riconosciuta la facoltà di dare disposizioni anticipate circa la sua volontà (variamente motivabile, in relazione ai più intimi e insindacabili convincimenti delle persone) di accettare o rifiutare qualsiasi tipo di trattamento e di indicare le condizioni nelle quali la sua volontà deve trovare attuazione» fermo restando che «la redazione di tali disposizioni [sarebbe dovuta avvenire, ndr] (o comunque [essere] oggetto di discussione) nel contesto del rapporto medico-paziente, in modo che il paziente abbia piena consapevolezza delle conseguenze che derivano dall'attuazione delle sue volontà». Come a dire, ampia autonomia, purché si garantisse che le richieste fossero formulate in maniera realmente consapevole.

Secondo altri componenti del Comitato, invece, «il potere dispositivo del paziente [avrebbe dovuto essere, ndr] limitato esclusivamente a quei trattamenti che integrino, in varia misura, forme di accanimento terapeutico, perché sproporzionati o addirittura futili». A fronte di ciò, si diceva, non

³¹ Rinvenibile sul sito istituzionale del Comitato Nazionale per la Bioetica all'indirizzo www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf.

³² Pretesa, questa, che «non è un diritto all'eutanasia, né un diritto soggettivo a morire che il paziente possa far valere nel rapporto col medico (...) ma esclusivamente il diritto di richiedere ai medici la sospensione o la non attivazione di pratiche terapeutiche anche nei casi più estremi e tragici di sostegno vitale, pratiche che il paziente avrebbe il pieno diritto morale e giuridico di rifiutare, ove capace».

rientrerebbero tra i trattamenti passibili di sospensione quelli «di sostegno vitale di carattere non straordinario, né l'alimentazione né l'idratazione artificiale che, quando non risultino gravose per lui, costituirebbero invece, atti eticamente e deontologicamente doverosi, nella misura in cui - proporzionati alle condizioni cliniche - contribuiscono ad eliminare le sofferenze del malato terminale e la cui omissione realizzerebbe una ipotesi di eutanasia passiva»³³.

Dopo questo primo intervento, il CNB è ritornato sulla questione in seguito alla vicenda che negli Usa ha coinvolto una disabile in SV (Terry Schiavo), con il parere su “*L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*” (2005) adottato a maggioranza e accompagnato da diverse postille personali e di gruppo³⁴.

Venendo alle conclusioni raggiunte dal parere, la maggioranza dei componenti del Comitato ha ritenuto che «[n]utrizione e idratazione vanno considerati atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere». E tale loro natura di atti dovuti non viene meno «quando l'alimentazione e l'idratazione devono essere forniti da altre persone ai pazienti in SVP per via artificiale». Ciò in quanto «ci sono ragionevoli dubbi che tali atti possano essere considerati “atti medici” o “trattamenti medici” *in senso proprio*» (corsivo aggiunto). A tal proposito, il parere sottolinea che «[a]nche se si trattasse di trattamento medico, il giudizio sull'appropriatezza ed idoneità di tale trattamento dovrebbe dipendere solo dall'oggettiva condizione del paziente (cioè dalle sue effettive esigenze cliniche misurate sui rischi e benefici) e non da un giudizio di altri sulla sua qualità di vita, attuale e/o futura».

³³ Così il paragrafo n. 7 sulle “*Indicazioni finalizzate a richiedere la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale*”.

³⁴ Il parere della maggioranza, infatti, è accompagnato da una relazione integrativa della minoranza (13 membri) oltre che da varie postille rese in forza dell'art. 4, comma 3 del regolamento interno del CNB, ai sensi del quale «[c]iascun componente può chiedere l'inserimento, in nota ai documenti approvati dal Comitato, di precisazioni della sua opinione in merito a singoli argomenti. Ciascuno dei componenti del Comitato può presentare su tali argomenti una relazione integrativa o di dissenso, da allegare al documento approvato dal Comitato e da pubblicare unitamente al documento stesso»; sono del cd. *dissenting opinion* a proposito delle quali si rinvia a C. VIDETTA, *op. cit.*, pag. 558.

Secondo questa prima opzione culturale, perciò, la nutrizione e l'idratazione artificiali non possono mai essere un "accanimento terapeutico". Si può perciò parlare al più di «una forma, da un punto di vista umano e simbolico particolarmente crudele, di "abbandono" del malato», ciò che appare tanto più vero quanto più si consideri che come atto di coerenza in molti richiedono «l'immediata soppressione eutanassica dei pazienti in SVP nei cui confronti si sia decisa l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione, per evitare che dopo un processo che può prolungarsi anche per due settimane giungano a "morire di fame e di sete"»³⁵.

Se questa è la posizione ufficiale espressa dal Comitato³⁶, nella sua *dissenting opinion* la minoranza ha invece (condivisibilmente) rilevato che sotto l'aspetto tecnico scientifico «esiste una tendenza ormai costante, e sempre più

³⁵ Aggiunge il parere che «Se riteniamo comunemente doveroso fornire acqua e cibo alle persone che non sono in grado di procurarselo autonomamente (bambini, malati e anziani), quale segno della civiltà caratterizzata da umanità e solidarietà nel riconoscimento del dovere di prendersi cura del più debole, allo stesso modo dovremmo ritenere doveroso dare alimenti e liquidi a pazienti in SVP, accudendoli per le necessità fisiche e accompagnandoli emotivamente e psichicamente, nella peculiare condizione di vulnerabilità e fragilità. E' questo un atteggiamento che assume un forte significato oltre che umano, anche simbolico e sociale di sollecitudine per l'altro. Non possiamo ricondurre la decisione di curare/non curare, assistere/non assistere un malato in SVP alla fredda logica utilitaristica del bilanciamento dei costi e dei benefici (considerando scarsi i benefici in termini di recupero e alti i costi economici di assistenza), del calcolo della qualità della vita altrui (e della propria, considerando il malato un "peso" familiare oltre che sociale), limitando le considerazioni alla convenienza e alla opportunità e non anche al dovere e alla responsabilità solidale verso gli altri».

³⁶ Il parere riassume la posizione della maggioranza dei suoi componenti nel modo seguente:

a) la vita umana va considerata un valore indisponibile, indipendentemente dal livello di salute, di percezione della qualità della vita, di autonomia o di capacità di intendere e di volere;

b) qualsiasi distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute è da considerarsi arbitraria, non potendo la dignità essere attribuita, in modo variabile, in base alle condizioni di esistenza;

c) l'idratazione e la nutrizione di pazienti in SVP vanno ordinariamente considerate alla stregua di un sostentamento vitale di base;

d) la sospensione dell'idratazione e della nutrizione a carico di pazienti in SVP è da considerare eticamente e giuridicamente lecita sulla base di parametri obiettivi e quando realizzi l'ipotesi di un autentico accanimento terapeutico;

e) la predetta sospensione è da considerarsi eticamente e giuridicamente illecita tutte le volte che venga effettuata, non sulla base delle effettive esigenze della persona interessata, bensì sulla base della percezione che altri hanno della qualità della vita del paziente».

diffusa nella comunità scientifica nazionale e internazionale» a ritenere «l'alimentazione e l'idratazione artificiali (...) trattamento medico»³⁷.

L'*opinion*, tuttavia, va oltre e per prima sembra porre in evidenza il vero nodo della questione rilevando che «il giudizio sull'appropriatezza bioetica di tali trattamenti dipende soltanto in parte - o persino affatto (...) - dalla loro catalogazione come trattamenti medici». A detta dei firmatari del documento, infatti, il «giudizio di appropriatezza bioetica (...) deve prendere in considerazione (...) la condizione in cui versa il paziente e la concezione della propria vita che il paziente stesso può aver manifestato, in varie forme, prima dell'ingresso in SVP».

Ancora una volta, dunque, ecco che il vero tema di discussione, lungi dall'essere la natura tecnologica o meno di una certa cura, è rappresentato dal ruolo attribuito all'autonomia individuale e soprattutto alla possibilità di imputare a chi non ha più alcuna volontà una certa decisione. Sul punto l'*opinion* è chiara (sebbene non molto convincente): «[n]on si tratta di formulare giudizi o di ammettere "giudizi di altri" (...) sulla "qualità della vita attuale e/o futura" di questi pazienti, ma, al contrario, di esplorare la possibilità di *ricostruire il giudizio che il paziente stesso avrebbe formulato* (e che dunque non ha formulato,

³⁷ «Sono, queste ultime, trattamenti che sottendono conoscenze di tipo scientifico e che soltanto i medici possono prescrivere, soltanto i medici possono mettere in atto attraverso l'introduzione di sondini o altre modalità anche più complesse, e soltanto i medici possono valutare ed eventualmente rimodulare nel loro andamento; ciò anche se la parte meramente esecutiva può essere rimessa – come peraltro accade per moltissimi altri trattamenti medici – al personale infermieristico o in generale a chi assiste il paziente. Non sono infatti "cibo e acqua" – come affermato dal Documento – a essere somministrati, ma composti chimici, soluzioni e preparati che implicano procedure tecnologiche e saperi scientifici; e le modalità di somministrazione non sono certamente equiparabili al "fornire acqua e cibo alle persone che non sono in grado di procurarselo autonomamente (bambini, malati, anziani)" (par.7). Questo linguaggio altamente evocativo ed emotivamente coinvolgente, del quale i paragrafi in esame sono intessuti, è finalizzato a sostenere la tesi del "forte significato oltre che umano, anche simbolico e sociale di sollecitudine per l'altro"».

Per quanto riguarda la qualificazione della nutrizione e dell'idratazione come trattamenti medici si veda però anche il documento elaborato dal Consiglio Direttivo e dalla Commissione di Bioetica della Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale (SINPE) - *Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della nutrizione artificiale* - in www.sinpe.it, nonché il parere della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) "*in materia di nutrizione e idratazione*" approvato il 5 maggio 2009 (in www.siiarti.it), o ancora il parere reso dalla Società Italiana di Neurologia (SIN) l'11 ottobre del 2011 alla Commissione Sanità del Senato della Repubblica (www.senato.it).

ndr) circa la propria condizione, oppure di verificare quali preferenze il paziente stesso abbia esplicitamente e chiaramente espresso sotto forma di direttive anticipate».

È questa però una posizione non condivisibile, quanto meno nella parte in cui ritiene possibile ricostruire la volontà dell'incapace a partire da esperienze differenti e comunque non personali. Peraltro, quanto precede è ancor meno convincente se solo si considera che, ancora nel 2003, il CNB aveva ritenuto all'unanimità che il testamento biologico (ossia un atto che di per sé testimonia quantomeno una certa riflessione della persona sul proprio destino) per essere valido avrebbe dovuto essere redatto necessariamente nella cornice del «rapporto medico-paziente, in modo che il paziente a[vesse] piena consapevolezza delle conseguenze che derivano dall'attuazione delle sue volontà»³⁸.

Se queste sono le posizioni culturali, è bene fare chiarezza sui concetti bioetici in essi maggiormente ricorrenti

6.2. Alcune precisazioni sui concetti di terapia, accanimento terapeutico, abbandono terapeutico ed eutanasia attiva e passiva

Qualsiasi cura prestata da un medico, per considerarsi realmente terapeutica deve possedere il requisito della beneficalità, ossia deve essere, almeno potenzialmente idonea a migliorare le condizioni di salute del paziente. Non tutti i trattamenti medici, però, possiedono questo requisito, ben potendo essi risultare sostanzialmente inefficaci oppure comunque sproporzionati in

³⁸ *L'opinion* in esame ha ritenuto di poter superare questa eccezione affermando che nel caso della sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione gli effetti sono perfettamente comprensibili dal paziente senza alcuna necessità di particolari informazioni o nozioni».

È questo, però, un rilievo che può giustificare tutt'al più la rinuncia terapeutica effettuata dal paziente capace di intendere e volere e, forse, anche il caso in cui la volontà sia stata espressa direttamente dalla persona prima del manifestarsi della malattia.

Non giustifica invece il caso in cui l'interruzione sia disposta a scapito/a favore di un paziente che sia entrato in SV senza aver prima disposto nulla.

Peraltro, si segnala che una ricostruzione di questo tipo potrebbe condurre a risultati alquanto paradossali. A tal proposito, infatti, è bene considerare che seguendo un ragionamento di questo tipo si potrebbe giungere a negare la sospensione del sostegno vitale a chi pur lo desidererebbe per il solo fatto che da sano vi si è detto contrario, così come specularmente si potrebbe effettuare a carico di chi vorrebbe magari sopravvivere pur se da sano si era dichiarato a favore dell'interruzione.

quanto eccessivamente gravosi in considerazione dei possibili benefici conseguibili: è questo il caso del cd. accanimento terapeutico.

Ignoto alla letteratura bioetica anglosassone³⁹, l'accanimento è concetto che dovrebbe essere utilizzato unicamente per descrivere quelle situazioni nelle quali l'ammalato è titolare di una «prognosi infausta a breve termine»⁴⁰, dal momento che solo allora si pone il problema di non prolungare inutilmente il processo del morire⁴¹.

Il Codice di deontologia medica si occupa dell'accanimento terapeutico all'art. 16 definendolo come «l'ostinazione in trattamenti diagnostici o terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita», ostinazione dalla quale il medico «deve astenersi (...) anche tenendo conto delle volontà del paziente, *laddove espresso*» (corsivo aggiunto).

Determinare quale siano i trattamenti che in concreto possono essere qualificati come accanimento terapeutico non è però cosa agevole⁴²,

³⁹ C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, pag. 583.

⁴⁰ C.A. DEFANTI, *op. cit.*, pag. 584.

⁴¹ Secondo il CNB un atto medico costituisce infatti accanimento, «ossia persistenza nella posticipazione ostinata tecnologica della morte ad ogni costo, prolungamento gravoso della vita oltre i limiti del possibile (quando la malattia è grave e inguaribile, essendo esclusa con certezza la reversibilità, quando la morte è imminente e la prognosi infausta, le terapie sono sproporzionate, onerose, costose, inefficaci ed inutili per il miglioramento delle condizioni del paziente, sul piano clinico)», in «*L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*», 2005, par. 5.

⁴² In tal senso una raccomandazione del 2006 della commissione di bioetica della SIAARTI «*Le cure di fine vita e l'Anestesista-Rianimatore*», nel dare indicazioni circa il comportamento da adottare con pazienti che appaiono morenti, sostiene (pag. 10) che «il problema consiste nel comprendere se ci si trova di fronte ad una persona morente per la cui patologia non esiste alcun trattamento causale (*futilità quantitativa*), o se invece vi è una condizione potenzialmente trattabile sul piano clinico, nel qual caso va esclusa l'eventualità di un trattamento che può portare ad un esito considerato inaccettabile dal malato stesso (*futilità qualitativa*)».

Data la mancanza di indici certi, il documento (pag. 11) consiglia comunque ai medici che non siano nelle condizioni di stabilire con esattezza sul momento le reali condizioni del paziente che arriva alle loro corsie, di adottare «ove ne ricorrano le indicazioni cliniche», mezzi di intervento non invasivi o solo farmacologici che consentano «di recuperare un margine di tempo utile all'inquadramento del caso». Infatti «se da tutti i dati emersi si forma e si consolida il ragionevole convincimento che le cure invasive sono inappropriate poiché il malato è in ogni caso destinato a morire, allora il *comfort* del malato stesso diviene il primo obiettivo».

concorrendo a tal fine una pluralità di fattori, alcuni dei quali di ordine oggettivo, altri di ordine soggettivo.

In tal senso, allo scopo di offrire alcuni criteri capaci di orientare le decisioni più complesse, intorno agli anni '50 si è detto che la tutela della vita era un dovere che, tanto per il medico, quanto per l'ammalato, si estendeva fintanto che fosse possibile mediante l'impiego di «mezzi ordinari (secondo le circostanze di persone, di luoghi, di tempo, di cultura), ossia di quei mezzi che non impongono un onere straordinario per se stessi e per gli altri»⁴³.

Poiché tuttavia stabilire cosa fosse ordinario o straordinario non è risultato semplice, via via che la medicina è diventata viepiù tecnologica, le successive riflessioni hanno portato a ritenere che la moralità della scelta andasse saggiata guardando al rapporto tra mezzo impiegato e risultato atteso (cd. criterio della proporzionalità⁴⁴).

⁴³ In tal senso PIO XII, in Discorso al Congresso internazionale degli Anestesisti, 24 Novembre 1957, trad. it. in VERSPIEREN, *Biologia, medicina, etica. Testi del magistero cattolico*, Brescia, Queriniana, 1990, pag. 429 ss.. Aggiungeva peraltro il Pontefice che «[u]n obbligo più severo sarebbe troppo pesante per la maggior parte degli uomini e renderebbe troppo difficile il raggiungimento di beni superiori più importanti».

Sul tema si vedano però anche altri discorsi tenuti da Pio XII, tra cui *Allocutio ad Delegatos Unionis Internationalis Sodalitatum mulierum catholicarum*, 11 sett. 1947, in AAS 39 [1947], pag. 483; *Allocutio ad membra Unionis Catholicae Italicae inter obstetrices*, 29 ott. 1951, in AAS 43 [1951], pag. 835-854; *Allocutio ad membra Consilii Internationalis inquisitionis de medicina exercenda inter milites*, 19 ott. 1953, in AAS 45 [1953], pag. 744-754; *Allocutio ad participantes XI Congressum Societatis Italicae de anaesthesiologia*, 24 feb. 1957, in AAS 49 [1957], pag. 146.

⁴⁴ A tal proposito cfr. *Dichiarazione sull'eutanasia* pubblicata dalla Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede il 5 maggio del 1980, in www.vatican.va. Qui è detto, infatti, che se «[f]inora i moralisti rispondevano che non si è mai obbligati all'uso dei mezzi "straordinari". Oggi però tale risposta, sempre valida in linea di principio, può forse sembrare meno chiara, sia per l'imprecisione del termine che per i rapidi progressi della terapia. Perciò alcuni preferiscono parlare di mezzi "proporzionati" e "sproporzionati". In ogni caso, si potranno valutare bene i mezzi mettendo a confronto il tipo di terapia, il grado di difficoltà e di rischio che comporta, le spese necessarie e le possibilità di applicazione, con il risultato che ci si può aspettare, tenuto conto delle condizioni dell'ammalato e delle sue forze fisiche e morali. Per facilitare l'applicazione di questi principii generali si possono aggiungere le seguenti precisazioni:

- In mancanza di altri rimedi, è lecito ricorrere, con il consenso dell'ammalato, ai mezzi messi a disposizione dalla medicina più avanzata, anche se sono ancora allo stadio sperimentale e non sono esenti da qualche rischio. Accettandoli, l'ammalato potrà anche dare esempio di generosità per il bene dell'umanità.

- È anche lecito interrompere l'applicazione di tali mezzi, quando i risultati deludono le speranze riposte in essi. Ma nel prendere una decisione del genere, si dovrà tener conto del giusto desiderio dell'ammalato e dei suoi familiari, nonché del parere di medici veramente competenti; costoro potranno senza dubbio giudicare meglio di ogni altro se l'investimento di

Tuttavia, neppure questo criterio è risultato in sé risolutivo e ciò per diverse ragioni. In primo luogo, perché ciò che risulta proporzionato per un individuo ben potrebbe non esserlo per un altro in ragione dei suoi personali obiettivi di vita o della diversa concezione di sé; in secondo luogo perché, stando almeno alla morale e alla bioetica cattolica, il giudizio di proporzionalità è applicabile alle cd. “cure normali”, ossia a quelle che non hanno l’obiettivo di guarire il paziente, ma solo di assisterlo nella sua infermità⁴⁵. In tal caso, infatti, l’interruzione non avendo ad oggetto trattamenti sanitari di per sé invasivi ma solo cure di base, non condurrebbe alla cessazione di una inutile ostinazione terapeutica bensì ad un “abbandono” del paziente al suo destino, con conseguente rinuncia al rispetto della vita e della solidarietà umana.

Quanto sin qui esposto, ovviamente, si salda poi al tema dell’eutanasia, giacché l’interruzione delle cure, se attuata con l’*animus* di porre fine alle sofferenze dell’ammalato, ben potrebbe rappresentare un’ipotesi di eutanasia passiva.

strumenti e di personale è sproporzionato ai risultati prevedibili e se le tecniche messe in opera impongono al paziente sofferenze e disagi maggiori dei benefici che se ne possono trarre.

- È sempre lecito accontentarsi dei mezzi normali che la medicina può offrire. Non si può, quindi, imporre a nessuno l’obbligo di ricorrere ad un tipo di cura che, per quanto già in uso, tuttavia non è ancora esente da pericoli o è troppo oneroso. Il suo rifiuto non equivale al suicidio: significa piuttosto o semplice accettazione della condizione umana, o desiderio di evitare la messa in opera di un dispositivo medico sproporzionato ai risultati che si potrebbero sperare, oppure volontà di non imporre oneri troppo gravi alla famiglia o alla collettività.

- Nell’imminenza di una morte inevitabile nonostante i mezzi usati, è lecito in coscienza prendere la decisione di rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, *senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all’ammalato in simili casi*. Perciò il medico non ha motivo di angustiarsi, quasi che non avesse prestato assistenza ad una persona in pericolo».

⁴⁵ È questo il caso della nutrizione e dell’idratazione artificiali, come anche del respiratore meccanico.

Sul punto si consideri che secondo l’Enciclica *Evangelium Vitae* (in www.vatican.va) è lecita la rinuncia agli «interventi medici non più adeguati alla reale situazione del malato, perché ormai sproporzionati ai risultati che si potrebbero sperare o anche perché troppo gravosi per lui e per la sua famiglia. In queste situazioni, quando la morte si preannuncia imminente e inevitabile, si può in coscienza “rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, *senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all’ammalato in simili casi*”. Si dà certamente l’obbligo morale di curarsi e di farsi curare, ma tale obbligo deve misurarsi con le situazioni concrete; occorre cioè valutare se i mezzi terapeutici a disposizione siano oggettivamente proporzionati rispetto alle prospettive di miglioramento. La rinuncia a mezzi straordinari o sproporzionati non equivale al suicidio o all’eutanasia; esprime piuttosto l’accettazione della condizione umana di fronte alla morte».

A tal proposito deve considerarsi che attualmente la legge punisce aspramente qualsiasi ipotesi di eutanasia attiva, ossia qualsiasi attività consistente nella somministrazione volontaria di sostanze o nell'attuazione di manovre aventi lo scopo di provocare la morte del sofferente, con il suo consenso (nel qual caso si parla di eutanasia attiva volontaria) o anche a sua insaputa (eutanasia attiva involontaria). D'altra parte, il Codice deontologico sul punto risulta chiaro stabilendo che «[i]l medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti finalizzati a provocarne la morte» (così l'art. 17).

Ben più complessa è invece l'individuazione delle ipotesi di eutanasia omissiva (o passiva), giacché qui la morte del paziente sofferente è provocata mediante l'omissione di trattamenti o interventi potenzialmente ancora utili. In particolare, si tratta di ipotesi che si collocano al confine con l'interruzione o con la mancata attivazione di trattamenti inutili o sproporzionati (accanimento terapeutico) o anche con l'interruzione (legittima ed anzi dovuta) delle cure su richiesta del paziente capace di esprimere un consenso «autentico, non apparente, consapevole e quindi informato» oltre che «reale e (...) compiutamente e chiaramente espresso e non (...) desumibile semplicemente dalle condizioni di sofferenza o dalla gravità del male»⁴⁶.

⁴⁶ Tribunale di Roma, Gup, 17 Ottobre 2007, n. 2049.

Proprio la mancanza di una richiesta dotata di siffatti caratteri lascia qualche dubbio in relazione alla qualificazione dell'interruzione delle cure di sostegno vitale ai disabili in SV come ipotesi di eutanasia omissiva involontaria. Sul punto si rileva però che la giurisprudenza pronunciata sul caso Englaro ha negato tale ricostruzione non ravvisando alcuna ipotesi eutanasi; in tal senso si veda T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

7. La questione sul piano della legislazione europea e internazionale specie con riferimento alla Convenzione europea “*Sui diritti umani e la biomedicina*” e la Convenzione Onu “*Per i diritti della persona con disabilità*”

Prima di passare ad esaminare la giurisprudenza nazionale in materia di pazienti in SV è bene considerare che attualmente la tutela della salute e il rapporto terapeutico sono descritti dalla dottrina facendo riferimento per lo più a testi normativi di carattere internazionale e dal dubbio contenuto precettivo.

In tal senso, il testo convenzionale certamente più noto è la cd. Convenzione di Oviedo, ossia la “*Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e la dignità dell’essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina*”, che il Consiglio d’Europa ha approvato il 4 aprile del 1997 per assicurare «ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina» e per «promuovere un dibattito pubblico sulle questioni poste dall’applicazione della biologia e della medicina e sulle risposte da fornire».

È questa una Convenzione internazionale che, almeno per quanto attiene ai temi qui in esame, ha il merito di aver enunciato in maniera chiara e organica principi e regole che, in verità, erano già ampiamente ricavabili dalla lettera o dallo spirito sia della Costituzione che delle successive disposizioni legislative riguardanti la materia della biologia e della medicina, tra cui, in primo luogo, la l. n. 833 del 1978.

In tal senso depone, ad esempio, l’art. 5 della Convenzione che nel dettare la “*Regola generale*” in materia di consenso, stabilisce che «[u]n intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato» giacché «[q]uesta persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell’intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi». Ebbene, se si considera che la Convenzione è stata approvata nel 1997, è evidente che la disposizione

in esame non ha aggiunto nulla rispetto a quanto era già stato ampiamente statuito a livello nazionale dal secondo comma dell'art. 32 Cost., nonché da quel secondo comma dell'art. 1 della legge istitutiva del S.s.n., ai sensi del quale «[l]a tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana».

Ciononostante la disposizione ha il merito di confermare e precisare il percorso giurisprudenziale e dottrinale già compiuto negli anni precedenti (si pensi soprattutto al tema della necessaria e preventiva informazione), indicando anche soluzioni utili per la risoluzione di quelle questioni ancora poco chiare tra cui, ad esempio, quella inerente alla revocabilità del consenso prestato dal paziente e perciò alla possibilità di interrompere un trattamento già avviato⁴⁷.

D'altra parte, deve evidenziarsi che la Convenzione, in ragione del suo carattere fondamentalmente ricognitivo e politico, risulta più vaga proprio laddove avrebbe potuto essere più utile. In tal senso è sufficiente considerare che, nell'affrontare la questione della “*Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso*”, l'art. 6 della Convenzione prevede che «un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto *beneficio* della stessa». La disposizione, anche in questo caso, mancando di chiarire il concetto di “beneficio” del paziente, non aggiunge nulla rispetto a quanto non fosse già possibile trarre dalla disciplina interna lasciando sostanzialmente alla discrezionalità dei singoli ordinamenti la determinazione del valore normativo della clausola.

Allo stesso modo, poi, se da un lato la Convenzione assegna ampia rilevanza anche alla volontà del paziente incapace⁴⁸ introducendo l'obbligo di acquisire in ogni caso l'autorizzazione del suo rappresentante legale, dall'altro

⁴⁷ Ai sensi del terzo comma dell'art. 5 della Convenzione, infatti, «[l]a persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Sul punto si veda C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in Eur. e dir. priv., 2010, pag. 1037.

⁴⁸ In relazione al valore assegnato alle dichiarazioni di volontà espresse dal soggetto incapace, la Convenzione chiarisce che ad esse deve essere attribuita la massima rilevanza. Così, ad esempio, se nel caso di un paziente minore il suo parere dovrà essere «preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità», nel caso dell'incapace, egli dovrà comunque essere associato alla procedura di autorizzazione «nei limiti del possibile» (così art. 6).

mantiene aperta la possibilità di «procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata», quando, «in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto». E non è più precisa neppure con riferimento al dibattuto tema delle dichiarazioni anticipate di trattamento (o testamento biologico).

Anche in questo caso, infatti, l'art. 9 della Convenzione si limita a disporre che «[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», senza nulla puntualizzare circa il valore giuridico - vincolante o meno - di tali dichiarazioni. Con riferimento alla vaghezza di tali espressioni la dottrina internazionalistica ha segnalato che la disposizione «*reste très vague sur l'effet juridique de tels instruments*»⁴⁹ rilevando che anche “*Le rapport explicatif à la Convention*” afferma che «*[c]ependant la prise en compte des souhaits précédemment exprimés ne signifie pas que ceux-ci devront être nécessairement suivis*»

Ora, in verità, sembra a chi scrive che la disposizione convenzionale, pur nella sua astrattezza, sia comunque chiara quanto meno laddove esclude che le dichiarazioni anticipate possano vincolare il medico sino al punto da trasformarlo nel mero esecutore di una volontà magari del tutto inconferente con il quadro clinico o scientifico da egli accertato. Né d'altra parte avrebbe potuto essere diversamente e ciò, sia per ragioni di opportunità tecnica, che politica. Con la sottoscrizione della Convenzione, infatti, gli Stati non hanno inteso rinunciare in alcun modo a quote di sovranità tant'è che, se si esaminano

⁴⁹ In tal senso si veda il rapporto predisposto da R. ADORNO per il Consiglio d'Europa dal titolo *Les souhaits précédemment exprimés au sujet des soins de santé. Principes communs et différentes règles applicables dans les systèmes juridiques nationaux*, in www.coe.int.

Ma si veda anche di D. MANÁI, *Images du droit du patient au miroir de la Convention européenne pour les droits de l'homme et la biomédecine*, in F. WERRO (a cura di), *L'europeanisation du droit privé? Vers un code civil européen?*, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg 1998, pag. 120; H. L. SCHREIBER, *The European Ethical Convention: Legal Aspects*, in A. SCHAUER - H. L. SCHREIBER - Z. RYN (a cura di), *Ethics in Medicine*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001, pag. 247; G. HOTTOIS, *A Philosophical and Critical Analysis of the European Convention of Bioethics*, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2000.

le scelte effettuate dai vari ordinamenti in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, è agevole constatare che, laddove esse sono state disciplinate, le scelte legislative sono state differenti, riconoscendo a dette dichiarazioni, in certi casi valore vincolante⁵⁰, mentre in altri efficacia meramente orientativa⁵¹.

⁵⁰ Così ad esempio in Spagna dove il legislatore ha regolato la materia con la legge n. 41 del 14 novembre 2002 (disponibile all'indirizzo *www.boe.es*) "reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", stabilendo:

Art. 11. Instrucciones previas

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. *No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas* (corsivo aggiunto, ndr). En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Si consideri comunque che la suddetta disposizione si inserisce all'interno di un ampio quadro normativo che dispone tra l'altro:

Art. 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

(...)

Art. 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo

establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Art. 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

⁵¹ Così in Francia dove la materia è regolata dal “Code de la santé publique” (in www.legifrance.gouv.fr) all’art. L1111-11 che si riporta di seguito insieme alle altre disposizioni rilevanti in materia :

«Art. L1110-2

La personne malade a droit au respect de sa dignité.

Art. L1111-4

Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu’il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l’avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d’interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d’accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical (enfasi aggiunta, ndr). Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l’article L. 1110-10.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical.

Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché *s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* (enfasi aggiunta, ndr).

(...)

Art. L1111-6

Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci.

Art. L1111-10

Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical.

Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

Art. L1111-11

Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant (enfasi aggiunta, ndr).

Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées.

Art. L1111-12

Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L. 1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou

La Convenzione di Oviedo, in ogni caso, non è l'unico testo internazionale a venire in rilievo nel presente esame. Con riferimento alle scelte di fine vita riguardanti soggetti in SV, infatti, merita di essere esaminata anche la Convenzione che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha approvato il 13 dicembre del 2006 “*Sui diritti delle persone con disabilità*”. La Convenzione, ratificata dall'Italia con la legge n. 18 del 3 marzo 2009, «costituisce il primo atto internazionale obbligatorio del XXI (ventunesimo) secolo in materia di diritti umani»⁵². Essa, a partire dalla nuova classificazione delle disabilità introdotta nel 2001 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità⁵³, ha definito le persone disabili come coloro che «hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine...» (art. 1, comma 2), includendo perciò tra esse anche quanti si ritrovino in condizioni vegetative⁵⁴.

Per quanto qui più rileva, è bene considerare che ai sensi dell'art. 10 della Convenzione «il diritto alla vita è inerente ad ogni essere umano» e deve essere assicurato anche alle «persone con disabilità su base di eguaglianza con gli altri». Al disabile, infatti, deve essere garantita «la sicurezza della persona» (art. 14, comma 1, lett. a) e il «più alto standard conseguibile di salute, senza

impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin.

Art. L1111-13

Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical.

Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10».

⁵² In tal senso M.R. SAULLE, in *Il lungo cammino dei diritti delle persone con disabilità*, in www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/giornata_nazionale_abbattimento_barriere_architettoniche_2012/convenzione_disabili_onu.pdf.

⁵³ In tal senso si veda l'*International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF) approvata dall'Assemblea Mondiale della Sanità il 22 maggio 2001, in www.who.int/classifications/icf/en/

⁵⁴ In tal senso si veda non solo la cd. “*direttiva Sacconi*” (direttiva del Ministro della Salute del 15 dicembre 2008 avente ad oggetto *Stati vegetativi, nutrizione e idratazione*), ma anche il documento predisposto nel dicembre 2009 dal Gruppo di lavoro istituito presso il Ministero della Salute con d.m. del 15 ottobre 2008, dal titolo “*Stato vegetativo e di minima coscienza. Epidemiologia, evidenze scientifiche e modelli assistenziali*”, in www.salute.gov.it.

discriminazioni sulla base della disabilità». In particolare, la norma precisa che al disabile devono essere assicurate le prestazioni necessarie «proprio a causa delle (...) disabilità ...» (art. 25, comma 1, lett. *b*) e che grava in capo agli Stati sottoscrittori l'obbligo di «prevenire il rifiuto discriminatorio di assistenza medica o di cure e servizi sanitari o di cibo e fluidi sulla base della disabilità» (art. 25, comma 1, lett. *e*).

Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una disposizione dal carattere prettamente politico e perciò dal contenuto normativo volutamente vago. La disposizione, a ben vedere, consente al più di ritenere che nutrizione e idratazione artificiali sono cure che di per sé non possono essere negate al disabile, non anche, però, che il disabile possa in qualche modo rifiutarle. Anche la Convenzione di New York, dunque, come quella di Oviedo non offre soluzioni, ma solo argomenti variamente utilizzabili⁵⁵.

Ciò, d'altra parte, non stupisce. Il grado di protezione che ciascun ordinamento può assicurare in concreto alla vita e alla salute di ciascuna persona, infatti, non può che essere rimesso a valutazioni che risentono delle tipicità culturali e politiche di ciascun ordinamento, ossia a valutazioni sovrane, la cui legittimità dipende più che altro dalla ragionevolezza delle soluzioni adottate⁵⁶.

⁵⁵ A tal proposito si veda T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. III, 22 gennaio 2009, n. 214, secondo cui «il principio di non discriminazione del disabile di cui alla Convenzione O.N.U. sui diritti delle persone con disabilità (...) oltre ad essere principio agevolmente desumibile dalla esegesi della Carta Costituzionale Italiana, non contraddice affatto il diritto al rifiuto di cure da parte dell'incapace giacché, al contrario, se si seguisse l'impostazione ministeriale, ovvero se al disabile (incapace) non fosse riconosciuto tale diritto, proprio allora egli sarebbe ingiustamente discriminato nell'esercizio di una libertà costituzionale».

⁵⁶ A tal proposito si veda sia la già citata Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Pretty vs Regno Unito* (in Riv. int. dir. dell'uomo, 2002, pagg. 407 e ss.), sia la Sentenza del 26 giugno 1997, *Vacco ed altri vs Quill ed altri*, in F.I., 1998, fasc. 2, pt. IV, pag. 76, con commento di G. PONZANELLI, *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del «right to assisted suicide»*. Qui, la Corte Suprema ha affermato che nel diritto statunitense non è «costituzionalmente illegittima (...) la legge dello Stato (...) che vieta il suicidio assistito dei malati terminali, in quanto tale divieto è giustificato dall'intento di perseguire legittimi interessi statali, nel rispetto del principio di ragionevolezza».

Sul punto, la Corte Suprema richiama una sua precedente pronuncia, *Cruzan vs Director Missouri Department of Health et al.* (in F.I., 1991, fasc. 2, pt. IV, pag. 66 con commento di A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan* e G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Usa e il right to die*) nella quale

8. La posizione assunta dalla giurisprudenza nazionale nel corso della vicenda Englaro

8.1. Le fasi iniziali del giudizio

Come si è avuto modo di anticipare, tutti i problemi e le contraddizioni di cui si è fin qui detto in termini generali si sono concretizzati qualche tempo addietro in un caso giudiziario e mediatico di grande interesse che ha visto coinvolta una donna in SV da molti anni, E. Englaro. Protagonista della vicenda è stato il tutore (e padre) della disabile, il quale, affermando che la figlia non avrebbe mai accettato di vivere in quelle condizioni, ha pervicacemente richiesto (e alla fine ottenuto) che gli venisse riconosciuto il potere di ordinare l'interruzione della nutrizione e dell'idratazione della sua pupilla, provocandone così l'*exitus* o morte che dir si voglia.

Processualmente, la vicenda Englaro ha avuto inizio nel 1999 quando, dopo sette anni dall'incidente stradale che aveva provocato lo stato vegetativo della donna, il tutore ha presentato al Tribunale di Lecco la richiesta di essere autorizzato «a dare disposizioni per conto della tutelata», affinché venissero interrotte «le cure che consentono al corpo della stessa di protrarre lo stato vegetativo e pertanto l'interruzione dell'alimentazione artificiale, nonché di quelle medicine che, come le vitamine, aiutavano l'assistita solo nella sopravvivenza sul piano fisico»⁵⁷.

essa aveva avuto modo di chiarire che fermo «il principio per cui una persona capace di intendere e di volere ha un interesse di libertà garantito dalla Costituzione a rifiutare terapie mediche indesiderate», ciononostante in forza del XIV emendamento (*due process clause*) il potere decisionale in materia di interruzione non poteva essere riconosciuto che allo stesso paziente. Da ciò, la Corte Suprema aveva fatto discendere la legittimità costituzionale della legge del Missouri che subordinava l'interruzione delle cure ad un *test* di «*clear and convincing evidence*» ossia ad un *test* rigoroso (nel caso di specie non soddisfatto dal tutore della disabile) che dimostrasse che la volontà espressa dal rappresentante legale «rispecchiasse sino in fondo la genuina e autentica personalità della persona ammalata» (così G. PONZANELLI in *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del «right to assisted suicide»*, *op. cit.*, pag. 77, cit.).

⁵⁷ Corte d'App. di Milano, decreto del 31 Dicembre 1999, in F.I., 2000, I, 2, pag. 2023.

Dichiarato inammissibile sia dal Tribunale⁵⁸, sia poi anche dalla Corte d'Appello di Milano⁵⁹, quel ricorso ha rappresentato però solo l'inizio di una battaglia giudiziale quasi decennale che ha finito per coinvolgere a vario titolo diversi organi giurisdizionali sia nazionali che internazionali, oltre che vari altri soggetti istituzionali⁶⁰.

Il tutore, infatti, ha dapprima avviato un secondo *iter* giudiziario conclusosi nel 2005 con l'ordinanza di inammissibilità n. 8291 pronunciata

⁵⁸ La decisione, pubblicata in *Bioetica*, 2000, pag. 83, era fondata sui seguenti argomenti: *i*) la richiesta del tutore era in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento ai sensi dei quali doveva ritenersi vietata qualsiasi forma di eutanasia e dovuta la cura e l'assistenza ai membri più deboli della comunità; *ii*) la richiesta contrastava con l'art. 2 della Costituzione e la tutela da esso accordata al diritto alla vita a prescindere dalle condizioni in cui concretamente si esplica l'esistenza umana (oggi avrebbe aggiunto di certo anche la Convenzione a tutela dei disabili); *iii*) l'impossibilità di riconoscere in capo al tutore il diritto di prestare un valido consenso alla soppressione di una persona incapace di esprimere la propria volontà stante il regime di indisponibilità del diritto alla vita ricavabile dall'art. 579 del c.p.; *iv*) l'accoglimento della richiesta del ricorrente avrebbe implicato la soppressione di una persona e l'omissione dei più elementari doveri di cura e di assistenza.

⁵⁹ In F.I., 2000, 1, pag. 2022. Il provvedimento, del 31 dicembre 1999, ha rilevato che sebbene nel caso di un paziente incapace di intendere e volere, spetti al tutore, ai sensi degli artt. 357 c.c., il diritto di ricevere l'informazione e conseguentemente di prestare il consenso o il dissenso al trattamento, cionondimeno egli deve esercitare questo suo potere nell'interesse della persona. La sentenza, comunque ritenne importante anche la questione della qualificazione della nutrizione e dell'idratazione artificiali come trattamento medico o meno, rilevando che nel dubbio era preferibile adottare una decisione prudenzialmente *pro vita*.

⁶⁰ Sul piano giudiziario la vicenda Englaro si è articolata nella seguente serie di pronunce: Trib. Lecco, decreto del 2 marzo 1999; Corte d'Appello Milano, decreto del 31 dicembre 1999; Trib. Lecco, decreto 20 luglio 2002; Corte d'Appello Milano, decreto 10 dicembre 2003; Cass. civ., sez. I, Ordinanza n. 8291 del 20 aprile 2005; Trib. Lecco, decreto 2 febbraio 2006; Corte d'Appello Milano, decreto 16 dicembre 2006; Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Corte d'Appello Milano, decreto 9 luglio 2008; Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2008, n. 27145; Corte Cost., Ord. 8 ottobre 2008, n. 334; CEDU, Sez. II, Decisione del 16 dicembre 2008; Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III, 12 settembre 2009, n. 8650.

Successivamente, com'è stato riassunto in dottrina, (a tal proposito si veda S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in *www.federalismi.it*, 2012, fasc. 9, pag. 22) «avverso le decisioni giurisdizionali che hanno riconosciuto il diritto a ottenere l'interruzione dei trattamenti sanitari nello "stato vegetativo permanente" (SVP), e ne hanno reso possibile l'esercizio, è stato sollevato dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale, che ha pronunciato ordinanza di inammissibilità per carenza del "requisito oggettivo". Dopo alcuni tentativi di impedire per via amministrativa l'interruzione dei trattamenti di "sostegno vitale", la misura preclusiva è stata contemplata in un decreto-legge, del quale il Presidente della Repubblica ha rifiutato l'emanazione per carenza dei presupposti di necessità e di urgenza e perché concepito in violazione di un giudicato. Infine un disegno di legge di iniziativa governativa, di identico contenuto, non è pervenuto a esito, nonostante l'inedita celerità del procedimento seguito nell'immediato, per la morte del soggetto cui era precipuamente diretto».

dalla Cassazione⁶¹ e poi, infine, una terza iniziativa, che sarà poi quella decisiva (a tal proposito si potrebbe dire che la vicenda è stata forse l'unico caso giudiziario nel quale il carattere non contenzioso della volontaria giurisdizione ha consentito di realizzare una sorta di *tris in idem*).

Ai fini del presente lavoro, non v'è dubbio che la chiave di volta della vicenda è rappresentato dalla sentenza⁶² con la quale la Cassazione ha ritenuto di poter estendere «il potere di rappresentanza degli incapaci [spettante al tutore, *ndr*] al diritto personalissimo della vita»⁶³ e ciò a partire dalla convinzione che, nell'attuale legislazione, manchi una «specifica disciplina legislativa»⁶⁴.

⁶¹ In F.I., 2005, I, 3, pag. 2359. La Corte di Cassazione ha ritenuto che «mai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che in difetto di specifiche risultanze (...) possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta», stabilendo che nel caso, potendosi ravvisare un conflitto di interessi fra il tutore e la sua pupilla, doveva trovare applicazione l'art. 78 del c.p.c. ed essere perciò nominato alla ragazza un curatore speciale. «Ad ulteriore supporto di tale conclusione», veniva poi rilevato che «le numerose norme rinvenibili nell'ordinamento che conferiscono al tutore specifici poteri in materie attinenti ad interessi strettamente personali - pur se di carattere non altrettanto essenziale quale quello in esame - (...) appaiono elementi sintomatici della non configurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai cosiddetti diritti personalissimi». Si vedano comunque anche i commenti di M. FUSCO, *Eluana vivrà. Per una questione di rito gli ermellini decidono di non decidere*, in *Dir.&Gius.* 2005, n. 19, pag. 12, E. CALÒ, *Richiesta di sospensione dell'alimentazione a paziente in stato vegetativo: la Cassazione decide di non decidere*, in *Corr. giur.*, 2005, pag. 790 e A. SASSI, *L'atto eutanasi al vaglio della cassazione civile: nessuna decisione nel merito*, *Dir. fam.* 2007, n. 1, pag. 42.

⁶² Cass. civ., Sez. I, 16 Ottobre 2007, n. 21748, in *Guida dir.*, n. 43, 2007, pag. 29 e ss.

⁶³ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, *op. cit.*, pag. 1062..

⁶⁴ Punto centrale della Sentenza n. 21748 16 ottobre 2007 sembra costituito dal paragrafo 7 della parte motiva dove la Cassazione, facendo leva sulla forza attribuita dall'ordinamento al consenso informato del paziente ha affermato che «[i]l quadro compositivo dei valori in gioco (...) essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà (...)» e tuttavia «[a]nche in tale situazione, *pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa*, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali (cfr. Corte Cost., sent. n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto)».

In relazione a tale presunta lacuna, si veda però quanto ha efficacemente rilevato C. CASTRONOVO, in *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, *Eur. e dir. priv.*, 2010, n. 2, pag. 483, secondo il quale «la mancanza di una disciplina si avverte dalla prospettiva di colui che fa valere un diritto o domanda l'accertamento di un potere che risulti inesistente nel diritto positivo. Se ci si pone invece dalla prospettiva dell'ordinamento, la soluzione sarà negativa e la pretesa resterà insoddisfatta per il fatto preciso che esso non la riconosce». Conseguentemente, «accanto ai diritti presi sul serio, esiste un diritto, il diritto oggettivo, da prendere a sua volta sul

La sentenza ha suscitato in dottrina reazioni diverse venendo salutata da alcuni, come una pronuncia illuminata, che ha permesso finalmente di dare piena tutela ai diritti della persona, da altri, invece, come una decisione del tutto arbitraria, errata in diritto e soprattutto lesiva di principi e regole di matrice costituzionale sin lì sempre tutelate dall'ordinamento.

Prescindendo dalla bontà o meno delle intenzioni perseguite dai giudici, deve ammettersi, però, che gli argomenti utilizzati dalla Corte per giustificare l'interruzione della nutrizione e dell'idratazione della paziente presentano forzature tanto evidenti, quanto pericolose per la coerenza complessiva del sistema giuridico. La Corte, infatti, ha ritenuto di poter superare le specifiche disposizioni di legge (restrittive) applicabili al caso di specie, ossia gli art. 5 del c.c. e 575, 579 e 580 c.p., non ricorrendo alla Corte Costituzionale, bensì adoperando argomenti solo latamente normativi⁶⁵, in quanto rappresentati da

serio: che significa che le mancate o ritenute mancate risposte di quest'ultimo non significano automatica investitura della giurisprudenza a svolgere quell'opera di supplenza che i giudici di quando in quando dicono di doversi assumere, con pretesa di elogio sociale, di fronte a un legislatore insensibile o infingardo». Infatti, rileva l'Autore, se i «giudici non potevano non decidere la questione che ad essi era stata posta (...) è altrettanto chiaro che il perimetro della giurisdizione è segnato nel nostro ordinamento dall'art. 12 disp. l. gen. e giunge fino ai limiti dell'analogia: oltre questa il potere giurisdizionale non può inoltrarsi senza infrangere la linea che lo separa dal potere legislativo».

Di segno opposto ma al contempo lontano dai vincoli che il rispetto della legalità imporrebbe, il giudizio di L. MINGARDO, Quinlann, Cruzan ed Englaro. *La giurisprudenza americana in tema di Substituted Judgment attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in *Forum BioDiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, C. CASONATO - C. PICCIOCCI - P. VERONESI (a cura di), Cedam, Torino, 2009, pag. 423, secondo la quale la decisione assunta dalla Cassazione per risolvere il caso Englaro «tutela la ricostruzione della volontà del paziente incapace un passo al di là del testamento biologico, quasi saltando un passaggio di teorica spettanza del legislatore, all'interno di un sistema di *civil law* in cui la mancanza di una legge specifica pesa molto di più che non in ordinamenti di *common law*». Quanto precede, tra l'altro, a fronte del rilievo secondo il quale tra i casi statunitensi più noti, solo «Quinlann viene deciso in assenza di una normativa sulle direttive anticipate, mentre in altri trovano soluzione in un momento in cui la normativa vigente prevede e regola espressamente il testamento biologico».

⁶⁵ È di diversa opinione D. SIMEOLI, in *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. civ.*, 2008, 7-8, pag. 1727, secondo il quale la vita è bene giuridico disponibile stante il fatto che «[n]on è di ostacolo la previsione di cui all'art. 5 c.c. (che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da determinare un danno permanente) poiché tale norma, alla luce delle interpretazioni preferibili, deve ritenersi avere una portata limitata e riferita a quegli atti di natura negoziale in grado di far nascere obbligazioni aventi ad oggetto il proprio corpo» e neppure le «norme penali (art. 575, 576, 577, comma 1, n. 3, 579 e 580 c.p.)» giacché esse «puniscono le aggressioni subite e non anche quelle provenienti dallo stesso titolare del bene».

disposizioni o pronunce giurisprudenziali tratte - evidentemente dopo attenta selezione - da altri ordinamenti, ciò che suscita molti dubbi sul rispetto del principio di legalità.

D'altra parte, se pure si volesse prescindere dal dato formale e guardare alla decisione della Corte con la benevolenza di chi ritiene che la sentenza ha correttamente riempito un vuoto normativo tutelando il diritto della persona ad autodeterminarsi, dovrà comunque constatarsi che essa ha comunque attuato delle pericolose forzature. La sentenza, infatti, parte dal presupposto (corretto) che in linea generale, fuori dai casi di urgenza⁶⁶, il paziente capace ha sempre il diritto di autodeterminarsi in materia sanitaria.

Da ciò, non curante delle evidenti differenze che corrono tra una persona capace ed un'altra incapace, la Corte fa discendere che il dualismo medico-paziente deve essere ricreato anche nel caso in cui quest'ultimo versi in condizioni di incapacità e ciò in forza del «principio di parità di trattamento tra gli individui». Secondo i giudici, infatti, non vi sarebbe in concreto alcuna differenza sostanziale tra la persona che può decidere personalmente e quella che invece deciderebbe «attraverso il legale rappresentante».

Eppure, non è chi non veda che la ricostruzione suddetta è in sé assurda, perché nella realtà (che è poi la dimensione ove si vive, si soffre e si muore) o il paziente è capace e quindi può “auto”determinarsi, oppure è incapace, è allora la determinazione non potrà che essere di un soggetto terzo (medico, tutore o giudice che sia), nulla potendo modificare il ricorso ad astratte finzioni.

È dunque per questa ragione che tra tutte le possibili soluzioni che potrebbero permettere di sospendere le cure ai pazienti che versano da molti anni in SV, quella adottata dalla Corte risulta la più ambigua e, quindi, la più pericolosa.

⁶⁶ Anche la sentenza in commento, infatti, aderisce espressamente alla tesi dell'autolegittimazione dell'attività medico chirurgica affermando nel corso della fase acuta della malattia tale attività si giustifica in forza dei «principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente».

La soluzione prescelta, infatti, nel silenzio della legge assegna al tutore e al giudice che lo autorizza, un potere senza responsabilità dal momento che il tutore rappresenta, il giudice convalida e il S.s.n. è tenuto a realizzare una volontà che, sebbene imputata formalmente al medesimo incapace, non è in alcun modo sua ma del suo rappresentante legale.

Nella fattispecie deve considerarsi, infatti, che nel caso esaminato dalla Corte non era in discussione l'esecuzione ad un pregresso testamento biologico dell'individuo, bensì l'accoglimento di una richiesta avanzata dal suo tutore. Così, mentre si discute ancora se il paziente può o meno assumersi (con un atto formale) la responsabilità di disporre *pro futuro* per se stesso, la Corte ha attribuito ad un terzo il potere di "ricostruire" *ex post* la volontà dell'incapace senza neppure imputargli la responsabilità della decisione. Qui, infatti, l'interruzione delle cure e la conseguente morte del disabile non avviene per una decisione (più o meno condivisibile) di chi esercita sull'incapace - o comunque a suo favore - un potere, ma, paradossalmente, per rispettarne la volontà presunta⁶⁷.

Certo, la stessa Cassazione ha limitato (quasi al caso concreto) i presupposti entro i quali il tutore può esercitare questo potere, stabilendo che il giudice del merito avrebbe potuto concedere l'autorizzazione o, per meglio dire, la convalida giudiziale⁶⁸ solo a due condizioni:

⁶⁷ L'assoluta non corrispondenza tra forma e sostanza nella ricostruzione operata dal Collegio emerge in maniera forse ancor più evidente dalla motivazione della sentenza pronunciata dal T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, che ricostruisce la vicenda nel modo seguente «*Ricoveratasi* presso la struttura del servizio sanitario regionale (...) [la paziente] che, *per sua stessa volontà* (manifestata attraverso tutore e curatore di lei), *intende* lasciare scorrere le sue energie vitali seguendo il flusso degli accadimenti naturali, potrà esercitare il proprio diritto assoluto a rifiutare il trattamento sanitario consistente nell'idratazione e alimentazione artificiali...». Resta da capire secondo quale misterioso meccanismo metacognitivo il ricorso alla rappresentanza del tutore possa riattribuire anche solo parzialmente all'incapace le perdute capacità di volere e intendere.

⁶⁸ Sul punto la Cassazione ha affermato che «l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; e, all'esito di un giudizio effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto, si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore».

a) che fosse possibile escludere in maniera radicale che il paziente potesse riacquistare la capacità necessaria per decidere autonomamente⁶⁹;

b) che la decisione del tutore perseguisse il *best interest* del paziente e fosse perciò presumibilmente coerente con la decisione che quest'ultimo avrebbe assunto se fosse stato capace⁷⁰.

Si tratta di criteri certamente restrittivi e che tuttavia, da un lato, non sono stati oggetto di verifica piena e, dall'altro, non superano comunque né le critiche *supra* formulate, né le perplessità che al momento hanno impedito in sede parlamentare e bioetica di individuare ragionevoli soluzioni compromissorie.

A fronte di conoscenze al momento limitate che non assicurano neppure la correttezza della diagnosi, chi, al di là del diretto interessato, può assumersi la responsabilità di decidere per la morte dell'incapace? Chi può garantire che la persona, attraversata una certa esperienza e venutosi a trovare personalmente in quella specialissima situazione, avrebbe deciso secondo i parametri che appartenevano alla sua "vita precedente"? Nessuno può farlo e nessuno, a giudizio dello scrivente, potrebbe né ha voluto assumersi una responsabilità di questo tipo⁷¹, tant'è che, come si è detto, si è preferito ricondurre la

⁶⁹ Più precisamente chiede la Corte che «da condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno». La richiesta di un tale requisito segnala la volontà della Corte di non discostarsi da quei precedenti secondo i quali, laddove sussista la possibilità di un recupero della coscienza da parte del paziente, è necessario fare tutto il possibile per assicurare un tale recupero al paziente onde possa essere lui stesso ad assumere la decisione.

⁷⁰ Ossia più precisamente che l'istanza del tutore «sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona».

⁷¹ Si veda quanto nota M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 388, secondo cui «il richiamo al "consenso presunto" può effettivamente generare equivoci circa la possibilità di risalire a volontà, in realtà, inesistenti per legittimare scelte etiche e deontologiche che, ove non sia possibile riferire alla volontà del paziente, pare più onesto riportare direttamente alla responsabilità etica e professionale del medico e/o del soggetto preposto a sostituirsi al paziente».

responsabilità della decisione interamente sullo stesso disabile, sulle sue pregresse esperienze e sulle emozioni che il suo corpo piagato dalla disabilità era in grado di suscitare in chi lo ha conosciuto ai tempi del benessere⁷².

I giudici che si sono pronunciati sul caso Englaro hanno ritenuto di poter ignorare il fatto che, per quanto possa risultare penoso, una persona in SV non presenta alcun profilo esperienziale che si presti ad essere introdotto dal prefisso “*auto*”: non vi è alcuna autonomia, né esercizio di alcuna autodeterminazione, ma solo dipendenza.

In conclusione, sembra dunque possibile affermare che laddove pure si ritenesse la magistratura dotata del potere di (ri)scrivere la disciplina in materia di interruzione delle cure prestate ai pazienti in SV o comunque stabilmente incapaci, in ogni caso ciò sarebbe dovuto avvenire attribuendo al tutore il potere e la correlativa responsabilità di disporre non tanto della salute (come pure la sentenza sembrerebbe ritenere in una sua parte)⁷³, quanto piuttosto della stessa vita del pupillo⁷⁴.

⁷² In tal senso si consideri che la ricostruzione della presunta volontà (attuale) della paziente, nel corso del successivo giudizio di rinvio ha poi tenuto conto proprio di questi indizi, per così dire, emozionali. Nel decreto pronunciato dalla Corte d’Appello di Milano il 9 luglio del 2009 si legge, infatti, che «...assume dunque un non irrilevante valore espressivo, indirettamente utile al fine di tratteggiare quello stato di assoluta soggezione e costrizione che E. E. non avrebbe sopportato, per l’appunto quell’immagine del corpo avvolto come un semplice oggetto in un’ “imbracatura” e sollevato da un “paranco” ogni volta in cui occorre spostarlo, o lavarlo, o massaggiarlo, o altrimenti manipolarlo. Difficile in effetti dubitare, alla luce del quadro personologico di E. E. fin qui delineatosi in base alle prove assunte, che lei non avrebbe mai accettato - nemmeno per un breve periodo, e men che mai per sedici anni e più -, proprio come ha pensato la sua amica, di restare inchiodata a tale condizione costrittiva oggettivamente immutabile e senza speranza. Sembra dunque ulteriormente confermata l’ “interpretazione autentica” della presunta volontà di E. E. datane dal tutore...».

⁷³ Al punto 7.3. della motivazione è detto, infatti, che il tutore nell’esercizio della sua funzione incontra dei limiti che sono «connaturati al fatto che la salute è un diritto personalissimo e che (...) la libertà di rifiutare le cure “presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive”» da ciò discende che «il riferimento all’istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza». Peccato che da ciò sia poi fatto discendere non il divieto di disporre l’interruzione dei trattamenti di assistenza ordinaria ma solo l’assoggettamento della decisione del tutore «a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell’esclusivo interesse dell’incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale

8.2. I successivi sviluppi innanzi al giudice del rinvio

Deve rilevarsi a questo punto che le perplessità su segnalate appaiono ancor più forti se solo si considerano i successivi sviluppi della vicenda. Nel corso del successivo giudizio di rinvio, infatti, la Corte d'Appello di Milano ha riconosciuto che nel caso sottoposto alla sua attenzione fosse possibile ravvisare entrambi i presupposti per concedere l'autorizzazione richiesta dal tutore.

In particolare, per quanto attiene all'accertamento della irreversibilità nel caso di specie della condizione vegetativa, i giudici hanno ritenuto che essa rappresentasse un dato di fatto accertato sia sul piano processuale, dal momento che nessuno lo aveva mai contestato, sia sul piano fattuale, avendo il tutore versato in atti documentazione tecnica attestante tale irreversibilità⁷⁵.

stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

⁷⁴ In tal senso si veda quanto rilevato da C. CASTRONOVO, in *Autodeterminazione e diritto privato*, *op. cit.* pag. 1060 e ss.; la questione è stata comunque toccata dalla stessa sentenza laddove è detto, al punto 7.5, che «[a]l avviso del Collegio, la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi...».

A fronte di ciò, la Corte ammette comunque la possibilità di interrompere le cure sebbene neghi che tale decisione possa essere richiesta alla Corte visto che «una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sé, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione».

⁷⁵ Nel decreto della Corte d'Appello di Milano, Sez. I, 9 luglio 2008, si legge che nel corso dell'*iter* giudiziario «è stata acquisita ulteriore ed aggiornata documentazione finalizzata a dimostrare sia sul piano clinico la sussistenza e l'irreversibilità di tale stato, sia a dar conto dei parametri che, sul piano dei più accreditati studi medici di carattere internazionale in questa materia, potevano giustificare scientificamente tale diagnosi-prognosi». A tal proposito la Corte d'Appello ha ritenuto di precisare che «[q]uanto a quest'ultimo tipo di documentazione, in particolare, risulta essere stata prodotta in causa dal tutore - proprio a giustificazione della reiterata presentazione dell'istanza finalizzata all'interruzione del trattamento di sostegno vitale dopo i primi provvedimenti reiettivi - copia della Relazione tecnica, di riconosciuto valore scientifico, redatta da un Gruppo di lavoro interdisciplinare formato da esperti (cd. commissione Oleari istituita dal ministro prof. Veronesi, *ndr*), in relazione agli obiettivi conoscitivi di cui ai Decreti del Ministero della Sanità 20.10.2000 prot. SSD/I/4.223.1 e 4 maggio 2001».

Deve purtroppo rilevarsi che tali lavori sono poi stati superati da successive ricerche condotte da altrettanto autorevoli Gruppi di lavoro istituiti sempre presso il Ministero della

Detto questo, non può però non evidenziarsi che è quantomeno anomalo che nell'ambito di un giudizio destinato a concludersi con la morte di un disabile, il collegio abbia assunto le proprie determinazioni basandosi su informazioni fornite dal medesimo tutore istante e da un curatore che, nel corso dell'intero giudizio, si è sostanzialmente allineato alle posizioni di questi. Ciò risulta tanto più anomalo, quanto più si consideri che nel 2008, anche nella pubblicistica italiana, erano ben chiare sia l'impossibilità di escludere la reversibilità della condizione vegetativa (come richiesto dalla Cassazione), sia l'erroneità della diagnosi⁷⁶.

Ciononostante, la Corte d'Appello nella sua decisione si è limitata ad evidenziare - come se questa fosse una circostanza dirimente - che al momento nel nostro ordinamento manca «una disciplina legislativa di carattere prescrittivo in ordine all'eventuale necessità od opportunità di consultare istituzionali organi tecnici o specifiche commissioni mediche». È però questa una giustificazione evidentemente scorretta e finanche irragionevole, specie se si considera che la Corte d'Appello si è pronunciata nell'ambito di una procedura giudiziale creata *ad hoc* dalla Cassazione per colmare una presunta lacuna normativa. Lungi dal ricorrere a formalismi unidirezionali, dunque, la novità e l'atipicità della materia trattata pare a chi scrive avrebbe dovuto spingere il giudice civile a colmare anche queste lacune normative, svolgendo un'istruttoria approfondita ed accertando se, oltre ogni ragionevole dubbio,

Salute. Si vedano a tal proposito le Relazioni redatte dal Gruppo istituito con d.m. del 12 settembre 2005 sullo “*Stato Vegetativo e Stato di Minima Coscienza*” e poi, in seguito e da ultimo, quello prodotto dal Gruppo costituito con d.m. del 15 ottobre 2008 su “*Stato Vegetativo e di Minima Coscienza. Epidemiologia, evidenze scientifiche e modelli assistenziali*”.

⁷⁶ Ancor prima che la Corte d'Appello di Milano tornasse a pronunciarsi sulla vicenda Englaro, in dottrina si era aspramente criticata la sentenza 21748/2007 della Cassazione anche sulla scorta del rilievo che «il Collegio non poteva (...) ignorare che non esistono criteri precisi, cioè parametri scientifici e quindi protocolli di riferimento, per accertare con sicurezza uno stato vegetativo irreversibile, così come, viceversa, esistono per la morte cerebrale. Il principio di precauzione non può pertanto non valere, fino al giorno in cui le neuroscienze offriranno strumenti certi di giudizio, tanto più in quanto esso è invocato perfino in materia di o.g.m., cioè di mais, patate e carote, sicché sarebbe ben strano se non dovesse valere quando si tratta di decidere della vita e della morte», così F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam.*, 2008, fasc. 1, pt. 1, pag. 119.

sussistessero o meno i presupposti indicati dalla Cassazione per il rilascio dell'autorizzazione.

Nulla di ciò, però, è stato fatto, con la conseguenza che la Corte ha rilasciato l'autorizzazione richiesta sulla base di uno studio che già allora, un'altra Commissione Tecnico-Scientifica⁷⁷, aveva ampiamente criticato specie per quanto attiene alla conclusione secondo la quale decorsi 12 mesi dall'inizio dello stato vegetativo «la probabilità di una ripresa di funzioni superiori è insignificante» (che poi significa comunque statisticamente improbabile, ma non per questo impossibile)⁷⁸.

In conclusione, quindi, non sembra scorretto affermare che la disciplina dettata dalla giurisprudenza per la risoluzione del caso Englaro ha condotto a risultati per lo meno discutibili e ciò, non tanto per aver permesso la morte di una disabile che versava da sedici anni in SV, quanto per il modo con cui tale

⁷⁷ Istituita presso il Ministero della Salute con d.m. del 12 Settembre 2005.

⁷⁸ In particolare il documento evidenzia che le conclusioni cui era giunta il primo Gruppo di lavoro, sebbene presentate come un dato di fatto, erano affermazioni di tipo meramente probabilistico ed erano altresì basate su uno studio della Multi-Society Task Force pubblicato sul *New England Journal of Medicine* (vol. 330, n. 21 e 22) inattendibile. In particolare, il documento del 2005 evidenzia che le definizioni elaborate dalla MSTF erano basate «sulla revisione di casistiche retrospettive risalenti agli anni 1972-1993, nessuna frutto di studi clinici controllati, raggruppanti casi diagnosticati senza criteri uniformi e quindi con probabilità di errori diagnostici. Inoltre le possibilità di recupero sono state valutate a prescindere dal tipo, dalla durata e dalla intensità del trattamento riabilitativo effettuato».

Come se ciò non bastasse viene evidenziato che quel lavoro si era limitato a considerare ciò che avveniva entro i dodici mesi dall'incidente concludendo poi, in maniera del tutto arbitraria, che, in seguito a tale periodo, il recupero era da considerarsi improbabile. Dunque non solo «non viene fornita alcuna indicazione sulla durata del periodo di osservazione» successiva ai primi 12 mesi, ma la stessa «Multi-Society Task Force aggiunge che “diversi case reports individuali hanno descritto alcuni recuperi tardivi della coscienza, adeguatamente verificati”» sicché «può essere affermato che lo studio della MSTF si caratterizza per una casistica non particolarmente ampia, fondata su esame retrospettivo di studi non controllati, priva di follow-up oltre i 12 mesi. Ciononostante, secondo la MSTF, lo SV post traumatico può essere definito permanente dopo 12 mesi, lo SV non traumatico dopo 3 mesi».

Ciò chiarito, il documento della seconda Commissione tecnico-scientifica ha poi evidenziato che «[a]l riguardo occorre dire che, oltre ai casi aneddotici, esistono anche casistiche ben documentate di recupero tardivo (Andrews 1993, 1996). Inoltre, allo stato attuale non siamo in grado di discriminare tra chi recupera entro l'anno e chi no. Infine, il limite di 12 mesi potrebbe spostarsi esaminando casistiche più ampie di tipo prospettico, migliorando le terapie e gli interventi riabilitativi. Peraltro, anche in ambito anglosassone, non esiste unanimità di pareri riguardo alla finestra di recupero. Una recente pubblicazione del Royal College of Medicine in England suggerisce un periodo di osservazione di 6 mesi per l'emergenza dallo stato vegetativo post-anossico».

risultato è stato perseguito. Un procedimento giurisdizionale privo di sostanziale contraddittorio⁷⁹, nel quale taluni organi dello Stato hanno abdicato alla propria funzione di tutela dei più deboli pur di porre fine ad una vicenda che aveva assunto una eccessiva esposizione massmediatica⁸⁰.

8.3. L'esecuzione della sentenza e le resistenze del S.s.n.

D'altra parte, che la vicenda non sia stata unicamente giudiziaria ma prevalentemente politica è dimostrato da quanto è poi avvenuto in fase esecutiva.

Prescindendo in questa sede dal conflitto di attribuzioni sollevato dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei Deputati contro la Corte di Cassazione e la Corte d'Appello di Milano⁸¹, nonché dallo scontro avvenuto tra

⁷⁹ Come ha peraltro confermato la stessa declaratoria di inammissibilità del ricorso presentato in Cassazione dal Procuratore Generale della Repubblica di Milano contro il citato decreto conclusivo pronunciato dalla Corte d'Appello ambrosiana. A tal proposito è stato rilevato, infatti, che «[d]i per sé la tradizione dell'*habeas corpus*, nel suo significato positivo, ha comportato che la forma giuridica e le procedure costituissero una sorta di baluardo a tutela dell'integrità fisica delle persone contro il pericolo dell'errore giudiziario. In contrasto con questa tradizione, e nel silenzio di alcuni suoi italici paladini, le sezioni unite della Cass. (13 novembre 2008, n. 27145) hanno assolutizzato la forma giuridica, subordinandole persino il bene della vita. Esse infatti, non prendendo nemmeno in considerazione che la vita costituisce il presupposto delle questioni di stato e di capacità delle persone per le quali la legge consente il ricorso del Pubblico ministero, non hanno ammesso il ricorso proposto da quest'ultimo nel caso Englaro, lasciando l'ultima parola, paradossalmente, a un decreto della Corte di Appello di Milano, ossia a un provvedimento privo nella sostanza di contraddittorio», così A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in Quad. cost., 2, 2010, pag. 270, nota 4.

⁸⁰ Ciò che vale, probabilmente per gli stessi uffici della Procura Generale della Repubblica, dal momento che dal decreto finale della Corte d'Appello emerge che il P.M. intervenuto non ha posto in dubbio «la correttezza ed attendibilità scientifica» delle perizie depositate agli atti dal tutore, ma solo ha chiesto il «rigetto del reclamo» pur riconoscendo «nel suo parere conclusivo che "in base alle conoscenze mediche E. E. si trova in condizione di Stato Vegetativo Permanente, non essendosi evoluto lo stato di coma derivato dalle lesioni riportate nel sinistro automobilistico da lei subito nel gennaio 1992», circostanza questa da cui il Collegio ha tratto la conclusione che la condizione di SV della paziente potesse pacificamente ritenersi irreversibile.

⁸¹ Ricorsi riuniti e dichiarati inammissibili dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 334 del 2008 sul presupposto, tra l'altro, che non si rilevavano nel caso all'esame «indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare» e che «d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una

il Governo e la Presidenza della Repubblica circa la legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza⁸², meritano qualche ulteriore considerazione gli ostacoli frapposti dall'amministrazione all'esecuzione del decreto.

A tal proposito si consideri che nella parte conclusiva del suddetto decreto, la Corte d'Appello ha dettato specifiche “[d]isposizioni accessorie cui attenersi in fase attuativa”⁸³ stabilendo, tra le altre cose, che gli interventi necessari a dare attuazione alla sentenza avrebbero dovuto essere posti in atto «in hospice o altro luogo di ricovero confacente».

Ebbene, in seguito alla richiesta del tutore, rivolta inizialmente al Servizio sanitario della Lombardia, di indicare la struttura presso cui ricoverare la figlia, nel settembre del 2008, il Direttore della Direzione Generale Sanità di regione Lombardia ha comunicato che «il personale del Servizio Pubblico Sanitario Regionale non avrebbe potuto procedere, all'interno di una delle sue strutture,

specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti».

Sulla questione si veda comunque R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in F.I., 2009, n. 1, I, pag. 49-55, C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul “caso Englaro” e la “cattiva battaglia” giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, *Giurisprudenza italiana*, 2009, 7, pag. 1630; M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore attuale come fondamento del diritto vivente*, in *Esperienze di diritto vivente: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Giuffrè, Milano, 2009, vol. 1, pag. 13, C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, *Giur. Cost.*, 2008, n. 5, pag. 3723.

⁸² Sulla questione si veda *ex plurimis* U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in *www.astrid-online.it*, 2009; M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Pol. dir.*, 2009, fasc. 3, pag. 409; G.M. SALERNO, *L'accesa dialettica tra poteri dello Stato ha compromesso soluzioni secondo diritto*, in *Guida dir.*, 2009, 8, pag. 11; G. AZZARITI, *Un inquietante schiaffo al Presidente della Repubblica*, in *www.Costituzionalismo.it*, 2009.

⁸³ In tal senso la Corte d'Appello ha infatti precisato che «in accordo con il personale medico e paramedico che attualmente assiste o verrà chiamato ad assistere E. E., occorrerà fare in modo che l'interruzione del trattamento di alimentazione e idratazione artificiale con sondino naso-gastrico, la sospensione dell'erogazione di presidi medici collaterali (antibiotici o antinfiammatori, ecc.) o di altre procedure di assistenza strumentale, avvengano, in hospice o altro luogo di ricovero confacente, ed eventualmente - se ciò sia opportuno ed indicato in fatto dalla miglior pratica della scienza medica - con perdurante somministrazione di quei soli presidi già attualmente utilizzati atti a prevenire o eliminare reazioni neuromuscolari paradosse (come sedativi o antiepilettici) e nel solo dosaggio funzionale a tale scopo, comunque con modalità tali da garantire un adeguato e dignitoso accudimento accompagnatorio della persona (ad es. anche con umidificazione frequente delle mucose, somministrazione di sostanze idonee ad eliminare l'eventuale disagio da carenza di liquidi, cura dell'igiene del corpo e dell'abbigliamento, ecc.) durante il periodo in cui la sua vita si prolungherà dopo la sospensione del trattamento, e in modo da rendere sempre possibili le visite, la presenza e l'assistenza, almeno, dei suoi più stretti familiari».

hospice compresi, alla sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale) di cui goda l'ammalato», dal momento che «ponendo in essere siffatta condotta, il personale sanitario, ivi operante, “[*sarebbe venuto*] meno ai propri obblighi professionali e di servizio, anche in considerazione del fatto che il provvedimento giurisdizionale di cui si chiede l'esecuzione, non contiene un obbligo formale a carico di soggetti o enti individuati”»⁸⁴.

Come se ciò non bastasse, onde evitare che strutture sanitarie afferenti ad altre regioni accettassero di accogliere presso le proprie strutture la donna, il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali ha indirizzato ai Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome una nota con la quale si chiedeva di adoperarsi affinché a tutti i pazienti in SV non venisse mai rifiutata l'alimentazione e l'idratazione in ossequio a quanto disposto dall'art. 25 della Convenzione ONU sulla disabilità, nonché delle indicazioni fornite dal CNB⁸⁵ e dal Gruppo di lavoro “*Stato vegetativo e stato di minima coscienza*”⁸⁶.

Come era prevedibile, entrambi questi atti sono stati impugnati innanzi ai Tribunali amministrativi, il primo innanzi al T.a.r. per la Lombardia ad opera dello stesso tutore, il secondo, invece, innanzi al T.a.r. per il Lazio, da parte del Movimento a difesa del cittadino (M.d.c.).

È interessante notare che se per quest'ultimo ricorso il giudice amministrativo si è detto carente della relativa giurisdizione⁸⁷, sul primo ha

⁸⁴ In tal senso T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, in Foro amm. Tar 2009, 4, pag. 976, con nota di V. MOLASCHI, *Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali e doveri dell'amministrazione sanitaria*, pag. 981; si veda inoltre in Giust. civ., 2009, 3, I, pag. 788, Guida dir., 2009, 7, pag. 82; Il civilista, 2010, 10, pag. 22, F.I., 2010, 2, III, pag. 100 e nota di D. MALTESE, *Sul caso E.: decreto camerale e ricorso straordinario per cassazione*, F.I., 2009, 4, III, pag. 238, Ragiusan, 2010, 317-318, pag. 178.

⁸⁵ È richiamato il parere adottato dalla maggioranza del CNB il 30 settembre 2005, quello cioè al quale è inclusa la *dissenting opinion* della minoranza dal quale la Corte di Cassazione ha ampiamente attinto per la redazione della Sent. n. 21748 del 2007.

⁸⁶ «Secondo il documento del 17 novembre 2008 del Gruppo di lavoro “Stato vegetativo e stato di minima coscienza” istituito presso il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali «lo stato vegetativo realizza una condizione di grave disabilità neurologica, potenzialmente reversibile».

⁸⁷ T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III, 12 settembre 2009, n. 8650 in Foro amm. Tar, 2009, 9, pag. 2471 e nota di D. MESSINEO, *La doppia tutela dei diritti incompressibili*, nonché in Giust. civ. 2010, 3, I, pag. 759, con nota di E. GIACOBBE, *La parola è d'argento, il silenzio è d'oro: a proposito di autodeterminazione e scelte di fine vita*, pag. 764; sul punto si veda però anche di A.

invece riconosciuto il proprio potere giurisdizionale⁸⁸ ravvisando nell'atto regionale un provvedimento adottato dall'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri di organizzazione del servizio sanitario e di identificazione dei propri compiti.

Venendo al merito della decisione, il giudice amministrativo ha ritenuto che, a fronte di diritti (già accertati) dei cittadini, né l'amministrazione regionale, né, peraltro, quella statale possono «intaccare il quadro del diritto oggettivo come ricostruito con la forza e l'efficacia propri del provvedimento giurisdizionale».

Sul punto il Collegio ha rilevato che l'attività del S.s.n., così come quella di qualsiasi altra amministrazione, deve sempre garantire la legalità dell'azione provvedimentale sicché, innanzi ad una pronuncia giurisdizionale che ha accertato il diritto individuale di interrompere le cure, l'amministrazione non può poi negare alla persona il ricovero, atteso che «[l]'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può (...) essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale», dal momento che «il ricovero ospedaliero [è] dovuto in linea di principio da parte del SSN a chiunque sia affetto da patologie mediche».

Secondo i giudici milanesi, infatti, a prescindere dalla disponibilità mostrata dai singoli medici ad eseguire la richiesta del tutore, spetta a «la struttura ospedaliera garanti[re] (...) la doverosità del “satisfacere officio”»⁸⁹,

PIOGGIA, *Il diritto alla salute e la “direttiva Sacconi” sull'obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 4, pag. 386.

Con tale sentenza il T.a.r. ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione sul presupposto che ad essere coinvolti fossero nel caso di specie «diritti soggettivi come quello alla salute, quello di autodeterminazione nonché il principio di dignità della persona, sulla violazione dei quali deve evidentemente esprimersi il giudice ordinario», in tal senso si veda A. PIOGGIA, *ibidem*.

La sentenza non ha mancato di generare critiche dal momento che, pur di introdurre taluni argomenti a sostegno del diritto del disabile in stato vegetativo di ottenere l'interruzione delle cure, ha ritenuto di invertire l'ordine delle questioni da esaminare e dunque il principio consolidato «per il quale l'accertamento della giurisdizione è pregiudiziale rispetto ad ogni altra questione» in tal senso E. GIACOBBE, *op. cit.*

⁸⁸ T.a.r. Lombardia, Milano, Sent. n. 214 del 2009, *cit.*

⁸⁹ Qui il T.a.r. richiama la possibilità che i medici si rifiutino di eseguire l'interruzione delle cure opponendo la questione etica (obiezione di coscienza) e lo fa aderendo a

giacché laddove il rispetto di un diritto, e nello specifico del diritto all'autodeterminazione personale, «passi per la necessaria intermediazione medica, [è compito de] la struttura sanitaria che realizza il diritto alla salute (...) far[si] carico del corrispondente dovere»⁹⁰.

A tal proposito, va detto che la sentenza, giudicando in punto di legittimità, non è entrata nel merito degli obblighi di servizio generati in capo ai singoli professionisti dalla richiesta interruttiva del tutore.

È però possibile qui segnalare che, in altra occasione, il medesimo giudice estensore della sentenza ha avuto precisato che, a suo parere, «nella diversa sede contenziosa, ovvero di accertamento dell'illiceità del rifiuto da parte dei sanitari di dare corso all'indicazione del legale rappresentante di interrompere la terapia salva vita, il giudice [avrebbe potuto] fornire ogni tutela specifica anche condannatoria»⁹¹.

Fortunatamente, nel caso Englaro non si è giunti ad un tale livello personalistico di scontro. Eppure, viene da pensare che la soluzione su riportata non sarebbe stata l'unica possibile, nella misura in cui il rifiuto del singolo professionista a procedere al distacco fosse stato motivato non sulla scorta di obiezioni morali (non opponibili nel caso di specie in quanto non

quell'orientamento più restrittivo secondo il quale l'obiezione di coscienza, lungi dall'essere un istituto dal carattere generale è in realtà un'eccezione alla regola della generale doverosità che per operare deve essere normativamente disciplinata. Afferma la sentenza, infatti che «[s]petta alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro cui possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca comunque il "satisfacere officio"».

D'altra parte, se così non fosse, come è stato segnalato in dottrina, si correrebbe il pericolo «di trascurare la dimensione concreta delle questioni affrontate, con il rischio di veder privati di contenuto i diritti stessi» giacché è solo ambientando i diritti «nella realtà anche organizzativa nell'ambito della quale si esprimono» che «nonostante il conflitto potenziale con altri diritti» essi possono realizzarsi «a carico» dell'intero sistema sul quale complessivamente pesa la doverosità organizzativa di fornire ad essi una risposta. In questo modo il diritto all'aborto o quello ad accedere ad alcune tecniche di procreazione medicalmente assistita debbono essere garantiti anche laddove fronteggino diritti contrapposti, dal momento che il servizio sanitario è comunque obbligato a realizzarli attivando professionisti e strutture idonei», in tal senso A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitarie amministrazione della salute*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2011, 1, pag. 127.

⁹⁰ A. PIOGGIA, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in www.Costituzionalismo.it.

⁹¹ D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure*, op. cit., pag. 1734.

previste dal legislatore) quanto su argomenti di stampo tecnico scientifico, legale ad esempio ad una diversa valutazione della situazione clinica della paziente, sia in termini di diagnosi che in termini di prognosi.

D'altra parte, non sembra che una tale obiezione tecnica, obiezione che poi altro non è se non l'esercizio di quell'autonomia professionale riconosciuta anche in sede di giurisprudenza costituzionale, avrebbe potuto ritenersi limitata dall'esistenza del decreto emanato dalla Corte d'Appello. Ciò in quanto era quello un provvedimento di volontaria giurisdizione senz'altro stabile nei propri effetti (e in questo senso idoneo al giudicato) eppure formalmente ed ontologicamente sempre revocabile, quindi aperto alle necessarie modifiche.

9. Il d.d.l. in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento

Come si è detto nelle pagine precedenti, la soluzione introdotta dalla prima sezione della Corte di Cassazione, poi fatta propria o comunque difesa in qualche modo sia dal giudice civile del merito che da quello costituzionale e amministrativo, ha inteso rispondere ad una richiesta di tutela che poneva interrogativi in sé effettivamente critici.

Se la contemporaneità pone, tra gli altri, il problema di bilanciare la tutela dell'individualità dell'incapace senza per ciò stesso cedere a soluzioni che finiscano in realtà con il sopprimere un'esistenza che è di peso tanto per la famiglia quanto per la collettività, la soluzione adottata dalla Corte non sembra aver raggiunto questo risultato.

La soluzione adottata dalla sentenza, infatti, come si è visto ha fatto ricorso ad una *functio juris* che ha attribuito ad alcuni soggetti un potere privo di responsabilità, esercitabile mediante un'autorizzazione giudiziale rilasciata a fronte di un procedimento che non ha assicurato né un contraddittorio, né la partecipazione degli organi amministrativi dotati delle necessarie competenze tecniche e scientifiche.

Quanto precede, giustifica l'attenzione e l'attesa che ancora circondano un eventuale intervento in materia del legislatore.

In effetti, da qualche anno, il Parlamento sta lavorando ad un disegno di legge in materia di “*alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*”, attualmente al vaglio della XII Commissione (Igiene e sanità) del Senato della Repubblica.

Purtroppo non si tratta, almeno al momento, di un buon disegno. Il testo attuale del provvedimento legislativo, infatti, è incentrato su regole

eccessivamente rigide e illiberali, per molti versi a rischio di incostituzionalità o comunque inadatte a risolvere i gravi problemi che descritti sin qui⁹².

A tal proposito è possibile rilevare che l'intero disegno ruota fondamentalmente attorno a due disposizioni da porsi fin dal primo comma dell'art. 1:

- i) il riconoscimento espresso della vita umana quale bene oggetto di un «diritto inviolabile e indisponibile»⁹³, perciò oggetto di tutela pubblica (così la lett. a);
- ii) il divieto assoluto di ogni e qualsiasi forma di eutanasia, assistenza o aiuto al suicidio⁹⁴.

Da tali premesse normative, il legislatore vorrebbe far discendere un sistema sanitario rigido, indisponibile a riconoscere e valorizzare le ineludibili differenze che sussistono tra le persone capaci e incapaci, così come anche quelle che pure sussistono tra le scelte che la persona adotti in dispregio ad una vita reputata indegna e quelle che intendano, invece, solo ristabilire il corso naturale degli eventi. In altri termini, insomma, si tratta di un d.l. che non prevede alcuna distinzione tra *atti di godimento* e *atti di disposizione* di una vita che, è bene ricordarlo, appartiene pur sempre all'individuo e non può perciò divenire motivo di imposizioni ingiustificate e illiberali.

In tal senso, è bene tener presente che una cosa è sostenere che l'individuo non possa pretendere di essere suicidato o che l'ordinamento debba preservare e difendere la vita di chi non ha la necessaria capacità cognitiva per

⁹² Sulla questione si veda di S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in www.federalismi.it, 2012.

Sul punto si veda anche E. MALFATTI, *Nella "babele delle lingue", una logica di inclusione porta con fatica alla composizione giudiziaria del caso Englaro*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), Jovene, Napoli, 2009, pag. 813.

⁹³ «La presente legge (...) riconosce e tutela la vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi di legge».

⁹⁴ «La presente legge (...) vieta ai sensi degli articoli 575, 579 e 580 del Codice penale ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio, considerando l'attività medica e quella di assistenza alle persone esclusivamente finalizzate alla tutela della vita e della salute nonché all'alleviamento della sofferenza».

decidere di non voler essere curato, altra è imporre, anche all'individuo perfettamente *compos sui*, obblighi di cura che umiliano e cancellano la sua libertà fisica, morale e terapeutica.

D'altra parte, se si scorrono le previsioni del d.l. non sembra possa dubitarsi che si vada attualmente proprio in questa direzione. In tal senso, è sufficiente soffermarsi a considerare la disciplina ipotizzata per il consenso informato al trattamento medico.

Nel riconoscere (o per meglio dire ribadire) che nessun trattamento medico può essere attivato senza il previo consenso (revocabile)⁹⁵ del paziente⁹⁶, il d.l. vieta al contempo qualsiasi interruzione delle cure salva vita che implichi l'assistenza di soggetti terzi. In tal senso, infatti, il d.l. prevede, da un lato, l'introduzione di un espresso divieto di compiere atti eutanasci di qualsiasi tipo (quindi anche quelli omissivi e volontari), dall'altro, il divieto specifico di rifiutare nutrizione e idratazione artificiali (art. 3, comma 4)⁹⁷.

La rigidità suddetta si riflette poi anche sulla disciplina ipotizzata per le direttive anticipate di trattamento, ossia per il cd. testamento biologico⁹⁸.

Nell'introdurre un istituto che dovrebbe servire al paziente capace di «esprime[re] orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'attivazione di trattamenti terapeutici» o «la rinuncia da parte del soggetto ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici» (art. 3, commi 1 e 2) per il

⁹⁵ Art. 2, comma 5.

⁹⁶ Art. 1, comma 1, lett. e) nonché art. 2, comma 1.

⁹⁷ Art. 3, comma 4: «...alimentazione e idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento».

⁹⁸ L'uso di questo documento è stato introdotto inizialmente negli Usa con il nome di *living will* per consentire a chi ha piena capacità, di esprimere la propria volontà circa i trattamenti cui desidererebbe o meno essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato.

Il primo Stato ad averlo previsto è stato quello della California, con il *Natural Death Act* del 1976, seguita poi da molti altri Stati e, nel 1991, dal *Patient self determination Act* federale, ai sensi del quale è fatto obbligo a tutte le strutture sanitarie beneficiarie di fondi federali di fornire un'accurata informativa scritta sul diritto del paziente di decidere circa i trattamenti terapeutici cui sottoporsi e sulla possibilità di redigere *advanced directives* da allegare alla cartella clinica.

caso in cui divenga incapace, il d.l. detta regole così stringenti da vanificare, pare, la stessa utilità del documento.

Il d.l., infatti, prevede che tali dichiarazioni possano avere ad oggetto soltanto cure sproporzionate o sperimentali (art. 3, comma 2) escludendo perciò la possibilità di dettare indicazioni per tutte quelle cure ancora oggettivamente proporzionate e tuttavia considerate inopportune per sé dal diretto interessato.

Peraltro, una ricostruzione tanto stringente dell'istituto sembra viepiù inadeguata, quanto si consideri che, ai sensi dell'attuale d.l., non solo le dichiarazioni anticipate di trattamento acquisterebbero efficacia solo al sopravvenire di una situazione di totale e permanente incapacità di intendere e volere (SV o stato di minima coscienza), ma non avrebbero neppure efficacia vincolante. Stando al d.l., infatti, il medico manterrebbe sempre integra la propria autonomia e potrebbe quindi discostarsi dalle indicazioni pregresse del suo assistito motivando le sue decisioni⁹⁹.

Quanto precede spiega le ragioni per le quali in dottrina il d.l. è stato reso oggetto di numerose critiche. In particolare, è stato rilevato che con l'introduzione di un istituto così congegnato non si lascerebbe alcuno spazio «né all'autodeterminazione del paziente, né all'autonomia del medico, privando la prima di valore e conformando la seconda quasi fosse un esercizio di potere

⁹⁹ A tal proposito, l'art. 7 del d.l. (*Ruolo del medico*) dispone che:

1. Gli orientamenti espressi dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono presi in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirli o meno.

2. Il medico curante, qualora non intenda seguire gli orientamenti espressi dal paziente nelle dichiarazioni anticipate di trattamento, è tenuto a sentire il fiduciario o i familiari, come indicati dal libro secondo, titolo II, capi I e II, del Codice civile, e ad esprimere la sua decisione motivandola in modo approfondito e sottoscrivendola sulla cartella clinica o comunque su un documento scritto, che è allegato alla dichiarazione anticipata di trattamento.

3. Il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti comunque a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica. Gli orientamenti sono valutati dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza.

decisionale funzionalizzato dalla legge al perseguimento di finalità specifiche», ossia nella tutela ad oltranza della vita biologica¹⁰⁰.

D'altra parte, il d.l. non è stato salutato con favore neppure dal mondo scientifico, che ha sin qui rilevato in più occasioni le numerose incongruenze del testo e la sua inidoneità a risolvere i problemi reali incontrati nella prassi clinica. Più specificamente, le varie società scientifiche che si sono pronunciate sulla questione hanno criticato la volontà legislativa di risolvere in maniera autoritaria questioni che dovrebbero invece essere rimesse in via esclusiva alla discrezionalità tecnica del medico, ciò che violerebbe quella che la sentenza n. 282/2002 della Corte Costituzionale ha individuato come «la regola di fondo in questa materia», ossia l'autonomia e la responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione.

Per le ragioni che precedono, da più parti è stata perciò avanzata la richiesta (si vedano in tal senso i documenti prodotti dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, FNOMCeO, e dalla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva, SIIARTI)¹⁰¹ di rivedere il d.l. limitandosi a definire la cornice di legittimità giuridica degli interventi medici, senza entrare nel merito delle scelte materiali adottabili.

Ciò che viene richiesto, insomma, è l'adozione di una regolamentazione mite della materia, nella quale i soggetti che partecipano alla relazione terapeutica possano inverte se stessi o la propria professionalità con responsabile autonomia ed entro un perimetro di liceità predeterminato dall'ordinamento. Una soluzione, insomma, nella quale «tanto più (...) si dà spazio a decisioni e assunzioni di responsabilità dei singoli interessati - tracciando magari i percorsi entro cui ciò è possibile - tanto più lo Stato cede quote e tentazioni di paternalismo autoritario, assolvendo (...) al ruolo di

¹⁰⁰ A. PIOGGIA, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento*, op. cit.

¹⁰¹ In www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/documenti/37148_documenti.htm

risolutore di problemi pratici» e creando, in tal modo, «i presupposti per definire gli ambiti riservati al “pubblico”, secondo canoni che (...) potrebbe dirsi di sindacato esterno sull’esercizio delle singole libertà»¹⁰².

In tal modo, infatti, rimarrebbe alle istituzioni «l’essenziale ruolo di pattugliare i confini che dividono il lecito dall’illecito» ma «i movimenti interni al recinto rimarrebbero (...) nella sostanziale disponibilità dei singoli invitati» sicché «lo Stato potrà intervenire per sensibilizzare gli individui sul portato e le conseguenze delle loro scelte»¹⁰³.

Certo, quanto precede, vale soprattutto per la cura dei pazienti che, possedendo almeno in parte capacità di intendere e volere, sono in grado di partecipare in prima persona all’instaurarsi di un’alleanza terapeutica vera. Per gli altri, per la tutela cioè degli incapaci, la situazione è, a giudizio di chi scrive e come si vedrà meglio nel prosieguo, più complessa.

¹⁰² P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 295.

¹⁰³ *Ibidem*

10. Libertà personale e tutela degli incapaci come nuova declinazione del perenne confronto tra libertà e autorità

L'ordinamento contemporaneo si trova a dover affrontare una nuova sfida: garantire alla persona la piena tutela delle sue libertà e dei suoi diritti senza con ciò cedere, però, alle lusinghe di un individualismo antisociale pronto a sacrificare la protezione dei più deboli ai superiori interessi del quieto vivere e dell'efficienza di sistema.

Così, mentre la libertà anche terapeutica di ciascuna persona rappresenta oramai un'irrinunciabile conquista di civiltà democratica, con riferimento a quanti versano in condizioni di oggettiva minorità è necessario trovare soluzioni che rifuggano le astrattezze e le finzioni. Innanzi alla persona indebolita nel corpo e nella mente dalla malattia, infatti, l'ordinamento e le sue istituzioni non possono essere né meri e indifferenti esecutori di richieste provenienti da terzi soggetti privati, né tanto meno biechi censori della moralità di queste stesse richieste.

Alla legge e alle istituzioni che da essa promanano, invece, spetta il compito di gestire situazioni umane tra loro diversissime e difficilmente riducibili ad astratte fattispecie avendo sempre come obiettivo il bene del consociato più debole.

Innanzi all'incapace che versa in SV e più in generale a quanti, incapaci, non sono nelle condizioni di godere autonomamente della propria esistenza (quindi anche dei propri diritti, compreso quello alla tutela della vita) l'ordinamento deve rendersi garante sincero della loro umanità. Nel fare ciò è necessario distinguere quanto meno due livelli di intervento pubblico.

Su un piano generale, infatti, è necessario un chiarimento circa la posizione della Repubblica in tema di tutela della vita umana, al fine di poter poi adottare tutte le conseguenti misure atte a creare consenso sociale intorno ad essa.

In tal senso, infatti, non è utile e sembra anzi illegittimo sul piano costituzionale, intervenire nelle materie eticamente sensibili di cui ci stiamo

occupando, imponendo, a quanti necessitano di assistenza solidale, divieti o obblighi. Ciò in quanto qualsiasi imposizione, in questa materia, si traduce inevitabilmente in una coercizione che lede i diritti e la dignità dell'uomo.

Al contrario, è bene che intorno al valore della vita, qualsiasi vita, l'ordinamento crei preventivamente misure di protezione che potremmo definire culturale. Finché qualcuno potrà infatti continuare a immaginare la persona in SV come un corpo tenuto in vita da macchine, o potrà sostenere senza un laico contraddittorio che esistono vite indegne, il dibattito sulla tutela di questi disabili continuerà ad essere inevitabilmente viziato (ciò che vale ovviamente, in vario modo e in varia misura, anche per tutte le altre situazioni in cui una persona si ritrova in una condizione di debolezza).

Campagne di informazione, educazione alla solidarietà e al rispetto di certi valori civici, dunque, rappresentano la misura più efficace per ridurre le occasioni di conflitto e fornire le indispensabili coordinate culturali necessarie per l'individuazione di soluzioni non influenzate da interessi ultranei rispetto al bene dell'ammalato¹⁰⁴.

¹⁰⁴ In tal senso, l'introduzione e la diffusione di un diverso modello di dichiarazioni anticipate di trattamento potrebbe risultare di grande interesse ed utilità. Le dichiarazioni anticipate di trattamento, infatti, se liberate dalle irragionevoli restrizioni sin qui ipotizzate dal d.l. *supra* descritto e se rese da persona giuridicamente capace in seguito all'acquisizione di una adeguata informativa sulla condizione clinica oggetto della dichiarazione, sui livelli essenziali di assistenza assicurati dal servizio sanitario nonché, comunque, sulle conseguenze delle proprie dichiarazioni, consentirebbero di affrontare con maggior serenità le situazioni bioeticamente più complesse e nello specifico gli stati vegetativi. Ciò anche laddove ad esse non fosse riconosciuta efficacia vincolante per i medici, opzione questa che appare peraltro preferibile. In tal senso si veda S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi (a cura della), in www.partecipasalute.it/cms/files/TestamentoBiologico_FV.pdf; L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia* 2006, 1, pag. 251; ma anche L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di Substituted Judgment attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in *Forum BioDiritto* 2008. *Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, C. CASONATO - C. PICCIOCCI - P. VERONESI (a cura di), Cedam, Torino, 2009, pag. 420, secondo cui «[r]iflettendo *de iure condendo* o, secondo altri, già *de iure condito*, la soluzione più opportuna sarebbe quella di una vincolatività relativa, sapiente compromesso fra una vincolatività assoluta, che svuoterebbe del tutto l'autonomia professionale del medico e sottoporrebbe a considerevoli rischi lo stesso paziente, e una mera orientatività, che farebbe riemergere il paternalismo medico a tutto scapito della volontà del paziente. In base a tale soluzione intermedia, le opzioni espresse in un testamento biologico dovrebbero essere rispettate dal medico, a meno che questi non ritenga, in scienza e coscienza, che non sussistano

In ogni caso, non v'è dubbio che il momento più faticoso e delicato di questa sfida è rappresentato ancora una volta da quello che coinvolge fisicamente il paziente, i suoi familiari e gli operatori del S.s.n..

Se si accetta l'idea che non esistono soluzioni astrattamente predefinite ma è necessario lasciare che le parti coinvolte dialoghino tra loro alla ricerca di soluzioni condivise per assicurare all'incapace le migliori cure, è allora necessario, da un lato, individuare con precisione i poteri e le responsabilità di quanti operano a sua garanzia (dunque medici, magistrati e rappresentanti legali) e, dall'altro, elaborare modelli organizzativi capaci di favorire la realizzazione di questo dialogo, evitando, per quanto possibile, i contrasti e predisponendo gli strumenti per risolverli.

Innanzitutto a decisioni da cui discende la sopravvivenza o la morte, infatti, ciò che conta in termini di sistema non è tanto impedire il sorgere di contrasti con la forza dell'autorità, quanto dotare il sistema di strumenti idonei per l'individuazione di soluzioni trasparenti e rispettabili, sia dai diretti interessati, sia più in generale dalla collettività. Ciò che appunto sarà oggetto delle riflessioni seguenti.

nella fattispecie concreta le precise condizioni previste dal paziente e non possa più parlarsi, perciò, di volontà attuali».

È bene considerare che se una dichiarazione resa in anticipo non può dirsi pienamente informata e attuale, ciononostante, a fronte di patologie o disabilità gravi e comunque destinate a produrre effetti invalidanti seri e stabili, essa rappresenta però anche l'unica possibilità per garantire che la decisione morale e giuridica della sospensione delle cure imputata al paziente sia davvero sua. Ciò senza considerare che a voler applicare al discorso le più recenti posizioni espresse dalla giurisprudenza, il difetto di attualità della dichiarazione dovrebbe ritenersi superabile laddove questa sia formulata come una «articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerge» una certa volontà terapeutica «ovvero un diverso soggetto (...) indicato [dal paziente, ndr] quale rappresentante *ad acta*, il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso [dunque un dissenso inizialmente comunque manifestato dal diretto interessato, ndr] all'esito della ricevuta informazione da parte del sanitario»; così, in materia di preventivo rifiuto delle emotrasfusioni la Cass. civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676 in *Ragiusan* 2008, 295-296, pag. 226.

Capitolo IV

**Le decisioni eticamente rilevanti e i conflitti che ne
possono scaturire**

1. L'ordinamento al cospetto della persona incapace: la tutela dei soggetti deboli quale funzione delle istituzioni repubblicane emergente dal quadro ordinamentale di insieme

1.1. Uno sguardo complessivo al sistema delle tutele

La presa in carico da parte dell'amministrazione sanitaria di quanti versano in situazioni di incapacità di intendere e volere comporta il sorgere di una pluralità di obbligazioni che non sono di ordine esclusivamente medico.

Prendersi cura di queste persone, infatti, significa certamente garantirne la salute, la dignità nella malattia, la sopravvivenza o, in caso di accanimento terapeutico, l'*exitus*, eppure, non di meno, implica anche la tutela della loro sicurezza personale, quella degli (o dagli) interessi familiari e patrimoniali, nonché la garanzia che in ogni caso verrà loro assicurato un sistema integrato di servizi. La condizione personale di debolezza che grava su queste persone, lungi dal degradare la loro dignità, genera doveri di solidarietà che sono tanto più ampi e penetranti, quanto più la capacità dell'ammalato di auto-tutelarsi sia degradata o assente.

Ebbene, come si è visto descrivendo la vicenda Englaro, negli ultimi anni i confini di queste funzioni di protezione sono talvolta diventati causa di conflitti che la magistratura ha ritenuto di risolvere adottando soluzioni deludenti e pericolose. I giudici, infatti, pur riconoscendo che soltanto il diretto interessato può decidere di non lasciarsi curare¹, hanno alla fine attribuito – *de facto* – ad un terzo (il tutore) il potere di disporre dell'esistenza del proprio pupillo incapace, rendendosi così autori di una sostanziale abdicazione alle pubbliche funzioni di protezione degli incapaci.

¹ Nella Sentenza della Cassazione n. 27148/2007 si era infatti sentita l'esigenza di precisare che, laddove non fosse possibile ricondurre direttamente al paziente, la volontà di non continuare a curarsi si sarebbe dovuta dare «incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici».

Il che appare tanto più grave, quanto si consideri che se solo i giudici si fossero curati di cercare le norme applicabili al caso concreto non tra le preselezionate pronunce di organi giurisdizionali esteri², bensì nelle disposizioni legislative poste dal legislatore nazionale, non avrebbero certamente potuto accogliere la domanda loro rivolta.

Dalle norme contenute nel primo libro del codice civile a quelle che puniscono i delitti contro la persona e poi ancora a tutte quelle altre che disciplinano nel dettaglio i servizi predisposti a favore degli incapaci³, l'ordinamento giuridico offre un complesso normativo volto a dare agli incapaci protezione attraverso l'opera coordinata di organi pubblici e soggetti privati. Un'opera nella quale l'autodeterminazione della persona non è mai assunta a valore assoluto e astratto, ma è sempre considerata come una prerogativa della persona che merita di essere massimamente tutelata nei limiti in cui essa effettivamente esista.

1.2. La tutela penale della persona come indice della rilevanza pubblicistica attribuita alla vita dell'individuo

Che l'ordinamento giuridico abbia uno specifico interesse alla protezione della vita, anche solo biologica, come si accennava *supra*, emerge da una pluralità di disposizioni, prime tra tutte quelle penali⁴.

² A tal proposito, F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam.*, 2008, fasc. 1, pt. 1, pag. 114, rileva che il Collegio è «andato alla ricerca di quelle decisioni di quegli ordinamenti, le quali, applicate al caso concreto, permettevano di non respingere, allo stato, la domanda» ciò che sarebbe indice del fatto che «il Collegio ha idealmente scritto il dispositivo prima della motivazione». Se così non fosse, infatti, «da rassegna comparatistica sarebbe dovuta essere estesa ad altri Paesi, magari a tutti quelli della U.E., la più parte dei quali ha, in materia, ordinamenti anche più restrittivi».

³ Si veda in tal senso, ad esempio, la legge n. 104 del 5 febbraio 1992, *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*.

⁴ A tal proposito la dottrina penalistica non ha dubbi sul fatto che vita e integrità fisica sono beni individuali oggetto di rilevanza giuridica pubblicistica e debbano perciò essere protetti contro ogni atto idoneo a lederli o porne in pericolo l'integrità; in tal senso si veda G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 6. Ma si consideri anche quanto rilevato da M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 9, secondo il quale tutelare la persona umana nella società

Se si scorrono le disposizioni dettate dal codice penale a tutela della vita e dell'integrità fisica degli individui, è agevole verificare che questi beni non sono tutelati soltanto dalle aggressioni dei terzi⁵ ma anche contro gli atti voluti, o acconsentiti dalla stessa "vittima". Ciò emerge in particolare dal disposto dell'art. 579⁶ c.p., dove la specifica previsione di una ipotesi omicidiaria, realizzata previo consenso della vittima, segnala che il legislatore ha voluto costruire intorno alla vita un sistema di protezione che prescinde dalla volontà del suo stesso titolare. E ciò non perché la vita dell'individuo è anche un bene *latu sensu* pubblico⁷, ma in quanto sottende una precisa scelta di valore da parte di un ordinamento che ha sin qui perseguito l'obiettivo di una società

costituisce proprio lo scopo del diritto penale, che può così aspirare a fungere anche da "fattore di socializzazione".

⁵ In tal senso si vedano in particolare le seguenti disposizioni:

Art. 575 c.p. – *Omicidio*

Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.

Art. 580 - *Istigazione o aiuto al suicidio*

Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima.

Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio.

Art. 582 - *Lesione personale*

Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.

Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dagli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa.

⁶ **Art. 579 c.p.** - *Omicidio del consenziente*

Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.

Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

- 1) contro una persona minore degli anni diciotto;
- 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;
- 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

⁷ Come pure taluno ritiene a partire dalla considerazione che la vita del singolo avrebbe anche un valore sociale in quanto funzionale all'assolvimento dei doveri che incombono sull'individuo verso la famiglia e lo Stato; in tal senso si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 44.

organizzata intorno a principi di stampo solidaristico e non invece solipsistici, nella quale l'esperienza e i bisogni dell'uno non siano mai indifferenti all'altro⁸.

D'altra parte, è bene ribadire che l'interesse pubblico alla vita del singolo con il corollario vincolo di indisponibilità del bene⁹ non pare siano in contrasto con l'individualità del bene stesso. Infatti l'indisponibilità del bene non impedisce all'individuo di goderne pienamente esercitando le prerogative che l'ordinamento gli riconosce, tra cui quelle in tema di autodeterminazione terapeutica¹⁰.

Quanto precede trova ulteriori conferme anche in quelle ricostruzioni che pure hanno ridimensionato la portata precettiva dell'art. 579 c.p. sino a riconoscere in capo all'individuo un qualche diritto a morire. Anche in quella sede, infatti, si è dovuto riconoscere che dichiarazioni avventate o non adeguatamente ponderate, seppur rese da persona capace, non possono avere efficacia scriminante; efficacia che, al contrario, potrebbe essere riconosciuta alle sole dichiarazioni che comunicano una volontà personale, reale (cioè non

⁸ Sul tema si veda il recente saggio di A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2012. Per richiami generali ai doveri di solidarietà si veda F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Giappichelli, Torino, 2003, secondo il quale nell'ordinamento vive un «dovere di solidarietà di cui debbono essere intessute tutte le relazioni tra soggetti (ivi compresa l'amministrazione) dell'ordinamento» (pag. 81).

⁹ Così G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e prospettive del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 20.

¹⁰ In tal senso si veda la decisione assunta dal Tribunale di Roma, GUP, con la Sent. n. 2049 del 17 ottobre 2009 (caso Welby), con la quale si è riconosciuto che l'individuo può autodeterminarsi, ma solo nell'ambito di rapporti terapeutici in corso. Qui, infatti, egli può richiedere in ogni momento la sospensione delle cure sebbene salva-vita, dal momento che ciò rappresenta un suo diritto costituzionale stante il «divieto di trattamenti sanitari coatti».

In altra sede, affrontando la questione dell'autodeterminazione dei pazienti capaci di intendere e volere, si è inoltre detto che «[i]l rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui», così Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

meramente presunta), libera, ponderata, informata e pienamente valida¹¹. Quanto sopra detto, implica che, pur al cospetto di un individuo capace di intendere e volere, l'esercizio delle sue libertà non è mai anarchico ma sempre soggetto a controlli, verifiche e ponderazioni esterne che trovano la propria giustificazione nell'interesse solidale che la collettività nutre per la stessa persona. Ciò tanto più che, in concreto, se la persona è capace, si traduce unicamente in attività volte a vagliare la serietà e la fondatezza delle determinazioni¹².

¹¹ In particolare SEMINARA, in *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1995, 3, pag. 719, riflettendo sull'ipotesi dell'eutanasia volontaria, ha rilevato che «ammessa la liceità del suicidio e il diritto di lasciarsi morire, l'assunto fondato sulla dimensione pubblicistica del bene-vita perde però di consistenza e la norma [art. 579 c.p., ndr] trova legittimazione solo se proiettata *comunque* su interessi individuali, come la protezione della vita rispetto a decisioni inconsulte o non sufficientemente ponderate da parte del suo titolare e in ogni caso attuate da un soggetto non autorizzato».

In particolare, l'autore segnala che la liceità della richiesta del soggetto non avrebbe dovuto essere ancorata «su una semplice istanza dell'interessato» ma su «determinati presupposti, come l'inutilità della terapia, il grave stato di sofferenza, l'irreversibilità della malattia e il suo stadio terminale». Solo così, infatti, «non si tratterebbe di una mera uccisione su richiesta bensì di una speciale autorizzazione rilasciata in casi-limite». Autorizzazione che, pertanto, dovrebbe essere circondata da particolari garanzie atteso che «l'accertamento non può essere demandato esclusivamente al medico curante o ad altro medico liberamente scelto dal malato, sia perché la designazione potrebbe essere influenzata da terzi contro-interessati, sia perché occorre comunque garantire un'uniformità di giudizi e valutazioni, sia perché al di là del rischio di un'errata accentuazione della gravità del male o di un'infondata minimizzazione dell'utilità della terapia – è necessario verificare se l'istanza non sia il frutto di una manipolazione della coscienza del malato e se in essa non si celi piuttosto una disperata ricerca di aiuto o una manifestazione di estremo dolore rimosibile attraverso un superamento delle sue condizioni di abbandono morale o materiale. Donde l'esigenza che l'indagine di cui si tratta sia affidata ad una commissione istituita presso un ente pubblico, le cui competenze investano il campo medico e quello psicologico, con un'assoluta garanzia di imparzialità». Il che conferma, pare, quanto si è andato via via dicendo nel presente lavoro, ossia che, pure al cospetto della persona capace, l'ordinamento non può comunque assecondare manifestazioni di volontà che non siano sorrette da adeguate ragioni e da una volontà effettiva e seria.

¹² Non a caso, in campo sanitario, la persona si autodetermina non mediante l'espressione di un mero consenso, ma attraverso l'espressione di dichiarazioni di volontà informate che il legislatore, in taluni casi, ha sin qui anche regolato nelle sue modalità di espressione stabilendo, ad esempio con riferimento alla disciplina dell'aborto, che «[s]e non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate» (art. 5, ult. comma, della l. n. 194 del 1978).

Deve poi segnalarsi che l'esistenza di un interesse pubblico, penalmente protetto, al *ben essere* di ogni persona, specie se potenzialmente (o certamente) non capace di autotutelarsi, emerge anche da altre disposizioni e in particolare da quell'art. 593 c.p. che punisce "chiunque"¹³, imbattendosi in un soggetto debole o bisognoso di assistenza, ometta di allertare immediatamente "l'Autorità"¹⁴. È questa, infatti, una disposizione che si iscrive nel solco del cd. diritto penale promozionale, ossia un diritto penale che diviene strumento per la promozione di una società più giusta¹⁵ mediante l'individuazione e la protezione della relazione indefettibile che lega ciascun consociato a quanti possano trovarsi in situazioni di debolezza¹⁶. Ciò sembra confermare che la tutela del debole, come quella della sua (e non solo) salute, sia una funzione indefettibile della Repubblica alla quale, a vario titolo, tutti sono chiamati a concorrere.

¹³ In tal senso si veda Corte assise Milano, Sent. del 24 luglio 2007 con nota di G. TROTTA, *Chi si imbatte in un soggetto malato ha però il dovere di avvisare l'autorità*, in Guida dir., 2008, 1, pag. 71.

¹⁴ **Art. 592 c.p.** – *Omissione di soccorso*

Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all'Autorità è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 2.500 euro.

Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'Autorità.

Se da siffatta condotta del colpevole deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è raddoppiata.

¹⁵ Sul punto si veda di F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2001, 2, pag. 337 e ss.

¹⁶ A tal proposito, con riferimento a quanti necessitano di prestazioni sociali agevolate, è stato rilevato di recente dal Consiglio di Stato, Sez. III, dec. 45945 del 23 agosto 2012 che «ai fini della valutazione dell'I.S.E.E. (...) il d.lgs. n. 109/98 prevede l'utilizzo di un parametro riferito alla situazione del solo interessato in deroga alla valutazione dell'intero nucleo familiare, escluso dunque il coinvolgimento di parenti ritenuti "obbligati per legge" (cfr. art. 438 c.c.)...». In tal senso la sentenza richiama anche la Convenzione di New York sui "diritti delle persone con disabilità" rilevando che essa «si basa sulla valorizzazione della dignità intrinseca, dell'autonomia individuale e dell'indipendenza della persona disabile (v. l'art. 3, che impone agli Stati aderenti un dovere di solidarietà nei confronti dei disabili, in linea con i richiamati principi costituzionali di uguaglianza e di tutela della dignità della persona, che nel settore specifico rendono doveroso valorizzare il disabile di per sé, come soggetto autonomo, a prescindere dal contesto familiare in cui è collocato, anche se ciò può comportare un aggravio economico per gli enti pubblici)».

1.3. La tutela della persona come attività complessa e multilivello

Che i privati abbiano un ruolo specifico nel sistema che assicura la protezione degli incapaci, emerge chiaramente se solo si guarda alle disposizioni contenute nel primo Libro del Codice civile. È qui, infatti, che il legislatore ha disciplinato una pluralità di istituti attraverso cui i privati possono essere associati alla cura degli incapaci assumendo nei loro confronti specifiche posizioni di garanzia. In tal senso, tutori, curatori, amministratori di sostegno e, per certi versi, anche i genitori¹⁷, lungi dall'essere titolari di poteri sull'altro si rivelano meri titolari di *uffici* di diritto privato¹⁸, incarichi, cioè, loro assegnati perché possano adempiere certe specifiche funzioni sotto il costante controllo di organi pubblici di varia natura, dai Servizi sociali al S.s.n., dalle Procure ai Tribunali della Repubblica.

Da quanto precede emerge un quadro complesso, nel quale soggetti aventi natura, poteri e compiti differenti concorrono insieme a realizzare un obiettivo comune. Un sistema, dunque, che sembra costituire una sorta di *amministrazione dell'incapacità (rectius, amministrazione rivolta alla cura dell'incapace)*, ossia un apparato multilivello costruito su modelli di sussidiarietà allo scopo di assicurare al debole un'attenzione che sia per quanto più possibile a lui vicina e non meramente burocratica o formale.

¹⁷ Qui il discrimine dipende dal fatto che, a differenza degli altri sostituti, la potestà genitoriale ha un preciso fondamento costituzionale giacché ai sensi dell'art. 29 Cost. la «Repubblica riconosce i diritti della famiglia» precisando poi al successivo art. 30 che «[è] dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli...» si ché «la legge provvede a che siano assolti i loro compiti» solo nel caso in cui essi siano incapaci di adempiervi autonomamente.

¹⁸ E. GIACOBBE, *Autodeterminazione, famiglie e diritto privato*, in *Dir. fam.*, 2010, 1, pag. 297 e ss.; ma si veda anche P. ZATTI - V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 2001, pag. 81.

2. Il ruolo dell'amministrazione e dei privati nella gestione degli incapaci che necessitano di assistenza medica e infermieristica

2.1. Le attività gravanti in capo al S.s.n. e la loro natura giuridica

La presa in carico (accettazione) di un paziente presso una delle tante strutture del S.s.n. pone a carico dell'amministrazione una pluralità di compiti che, a prescindere dalle condizioni di maggiore o minore capacità del paziente, non si risolvono nella mera resa di prestazioni diagnostiche o terapeutiche ma si estendono a prestazioni di carattere assistenziale, alberghiero e, più in generale, a tutte quelle che siano necessarie per garantire all'individuo la protezione della sua persona. In tal senso è anzi possibile affermare che i compiti spettanti al S.s.n. saranno tanto più numerosi e impegnativi, quanto maggiore sia la condizione di debolezza dell'individuo che ha diritto alle sue prestazioni.

Ciò d'altra parte non è una novità, dal momento che la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto che «[c]on riguardo all'obbligazione istituzionale primaria dell'ente ospedaliero di cura delle persone ricoverate (o presentate al pronto soccorso), la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo (art. 32, comma 1, cost. ed art. 1 l. 23 dicembre 1978 n. 833) non si esaurisce nella mera prestazione delle cure mediche, chirurgiche, generali e specialistiche (...), ma include [ad esempio, *ndr*] la protezione delle persone di menomata o mancante autotutela che siano destinatarie dell'assistenza ospedaliera, per le quali detta protezione costituisce la parte essenziale e, talora, massima della cura»¹⁹.

¹⁹ Cass. Civ, Sez. III, 4 agosto 1987, n. 6707 la quale prosegue affermando che «nel caso di rapimento e scomparsa di un neonato dal reparto di un ente ospedaliero, che risulti determinato da omissione di vigilanza o custodia nel nido o reparto in cui si trovava ricoverato, la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione non può essere esclusa sotto il profilo della mancanza di specifiche disposizioni che impongano e regolino detta vigilanza o custodia, tenuto conto che il dovere di curare l'assistito implica necessariamente l'adozione delle misure necessarie alla protezione della persona ed alla tutela dei suoi diritti primari».

Tale ricostruzione è stata poi costantemente confermata dalla giurisprudenza la quale ha ribadito più recentemente che «l'obbligo di assistenza scaturente da un contratto di cura non si

Si tratta di attività che, avendo immediata incidenza sul benessere complessivo dell'individuo e, più in generale, sulla protezione dei suoi diritti costituzionali (vita e salute *in primis*), costituiscono per l'amministrazione non generici doveri, ma vere e proprie obbligazioni. Il loro adempimento, infatti, grava sulle strutture sanitarie e/o in capo ai singoli professionisti da esse dipendenti in forza del contratto atipico di ospedalità concluso con il paziente²⁰, ma non solo. Ciò in quanto anche il mero *contatto* qualificato che si instaura tra

esaurisce nella mera prestazione delle cure mediche, ma include la protezione delle persone di menomata o mancante autotutela» dovendosi perciò confermare la responsabilità «della casa di cura per le lesioni subite dal paziente che, lasciato solo in siffatte condizioni, sia caduto nel bagno, atteso che una elementare regola di cautela, esigibile ex art. 1176 comma 2 c.c., impone al personale infermieristico di non acquietarsi alle rassicurazioni del paziente ma di verificare in concreto se sussistano o meno indici rivelatori della completa autosufficienza del malato o del ricoverato», così Tribunale di Roma, Sez. XIII, Sent. del 2 giugno 2005.

²⁰ Sul punto Cass. civ., Sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953, secondo la quale «il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo *lato sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ. ovvero all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto».

Ma si veda anche Corte dei Conti, I Sez. Centrale App., 5 marzo 2009, n. 137, secondo cui «[l]a sussistenza di un comportamento negligente del sanitario, il cui operato è riferibile all'ente, è presupposto per l'affermazione della responsabilità. La fonte del rapporto struttura ospedaliera - paziente si rinviene ora nel cosiddetto contratto sociale, cioè in un contratto non espressamente previsto dalla legge che è stato genericamente definito come contratto di ospedalità. Tale contratto sociale, proprio per la sua natura contrattuale, non esclude, dunque, l'applicazione delle regole in tema di responsabilità della struttura per l'illecito compiuto dal sanitario, ma determina semplicemente un aumento delle possibilità di ristoro del paziente danneggiato, configurandosi la deficienza organizzativa come fonte autonoma responsabilità della struttura; struttura che è chiamata a rispondere, in sostanza, non soltanto dei danni occorsi al paziente per l'attività illecita del sanitario nella prestazione della sua attività professionale, ma anche dell'inadempimento del contratto di cura o di ospedalità intercorso con la stessa. Il medico e la struttura sarebbero chiamati a rispondere a titolo contrattuale dei danni cagionati per esercizio della propria attività professionale per il solo fatto di essere venuti in contatto con il paziente, anche in assenza di un vero e proprio obbligo di prestazione a favore del paziente posto a loro carico».

il paziente e il professionista che eroga il servizio rappresenta una autonoma fonte di responsabilità²¹.

Obbligazioni contrattuali, dunque, in forza delle quali la persona risulta titolare non di meri interessi legittimi, ma di veri e propri diritti soggettivi esigibili nei confronti dell'amministrazione.

La dottrina ha osservato che una tale qualificazione si iscrive nel solco di una tendenza oggi diffusa e volta a qualificare come diritti non solo le posizioni giuridiche che abbiano ad oggetto la pretesa ad una specifica prestazione, «ma anche pretese al come e al quando la prestazione viene resa, e cioè pretese che, tradizionalmente, sarebbero state qualificate in termini di interesse legittimo, in quanto correlate ad una modalità di esercizio della funzione riferita alla supremazia dell'amministrazione anche nel caso in cui la funzione fosse connessa ad un servizio, e perciò ad una attività materiale»²². E si tratta di diritti che il più delle volte si prestano anche ad essere qualificati come *fondamentali* e perciò incompressibili, non riducibili per l'appunto a meri interessi legittimi, in quanto funzionali alla tutela degli aspetti più intimi ed essenziali dell'esperienza umana²³.

²¹ Sul punto si veda anche di recente Cass. civ., Sez. III, 26 maggio 2011, n. 11621, secondo cui «l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria - ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità, laddove la responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria, che è fonte di un rapporto il quale quanto al contenuto si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi (v. Cass., 13/4/2007, n. 8826)».

²² C.E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, V vol. del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, pag. 407.

²³ In relazione alla determinazione della natura della posizione soggettiva della persona come diritto soggettivo o interesse legittimo, è stato segnalato anche che «l'elemento determinante per la configurazione della posizione soggettiva è proprio la connessione col diritto alla salute (...): il nucleo consistente del diritto alla salute, qualificabile in termini di diritto soggettivo è quello che è più prossimo al diritto alla vita (*rectius*, in termini generali, la tutela della sua persona, *ndr*), mentre, man mano che ci si allontana da questo nucleo sono

Quanto precede non è ovviamente privo di conseguenze, se non altro perché la qualificazione in termini di diritto soggettivo delle pretese dell'utente esclude che l'amministrazione sanitaria, nell'adempire alle proprie obbligazioni (*rectius*, nello svolgimento delle proprie attività), goda di un qualche potere con tutte le conseguenze che ciò determina anche in termini di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo.

2.2. Il rapporto tra l'amministrazione e i privati coinvolti nella protezione del paziente incapace

Deve rilevarsi che l'adempimento delle obbligazioni gravanti in capo al S.s.n. e perciò, in altri termini, la tutela dei diritti dei pazienti a ben vedere vengono garantiti dall'ordinamento non solo impegnando l'amministrazione ad assicurare certi *standard* di qualità rispetto ai servizi erogati²⁴ o certi modelli organizzativi o anche la responsabilizzazione dei professionisti per l'opera loro espletata²⁵. Lo scopo suddetto, infatti, è assicurato altresì garantendo che tutti i

ammissibili delle valutazioni di carattere pubblicistico, che comportano il contemperamento della pretesa soggettiva alla cura con le esigenze della finanza pubblica», così sempre C.E. GALLO, *op. cit.*, pag. 418.

²⁴ A tal proposito è bene considerare che negli ultimi anni si è assistito ad un graduale ampliamento della portata dei livelli essenziali delle prestazioni che il S.s.n. è chiamato a garantire, includendosi, in detta categoria, non solo l'insieme delle prestazioni oggetto di erogazione, ma, più in generale, anche il livello minimo di qualità del servizio cui il cittadino ha diritto. Ciò ha consentito di estendere la copertura dei l.e.a. sino a ricomprendere anche profili di natura organizzativa e temporale (liste d'attesa) dei servizi sanitari.

Si tratta di una evoluzione importante che peraltro si iscrive nel solco della tendenza recessiva dell'interesse legittimo che si è *supra* descritta. Sul punto V. MOLASCHI, in *I livelli delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà – P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 517, ha rilevato che la categoria dei livelli essenziali delle prestazioni possono incidere sulla qualificazione delle posizioni giuridiche coinvolte secondo due distinti modelli. In primo luogo ritenendo che «prestazioni eventualmente “dovute” a seguito di apprezzamenti discrezionali della pubblica amministrazione divengano, in virtù dell'inclusione nei “livelli essenziali”, prestazioni “dovute” *ex lege*, ampliandosi così l'area dei diritti a scapito di quella degli interessi legittimi». In secondo luogo, poi, ipotizzando che «i “livelli essenziali” sostanzino di contenuto la doverosità dei servizi sociali e che, di conseguenza, attraverso la loro determinazione il legislatore specifichi e dia concretezza al dovere di protezione immanente alle disposizioni costituzionali sui diritti sociali, configurandolo in tal modo come obbligo, si può identificare in capo all'utente un diritto soggettivo anche senza valorizzare il nesso tra “livelli essenziali delle prestazioni” e “contenuto essenziale” dei diritti» (*ibidem*, pag. 518).

²⁵ Ciò che d'altra parte è specificamente imposto dall'art. 28 della Costituzione laddove si è stabilito che:

pazienti ed in particolare quelli incapaci, possano essere in qualche modo assistiti ed affiancati da soggetti estranei all'apparato amministrativo.

È questo il caso delle associazioni di volontariato operanti all'interno delle strutture sanitarie²⁶, ma è soprattutto il caso dei familiari e di quanti rivestono un qualche specifico ufficio a favore del paziente incapace. A loro spetta di vigilare, nell'interesse dell'ammalato, che l'amministrazione adempia nel migliore dei modi ai suoi obblighi, potendo eventualmente attivarsi a vantaggio dell'ammalato assistito²⁷.

Per quanto qui più rileva, però, il ruolo di quanti sono legati all'ammalato da un qualche rapporto familiare o legale, assume particolare rilievo laddove questi sia totalmente o parzialmente incapace di intendere e volere e risulti perciò incapace di prendere parte attiva alla relazione terapeutica ricevendo le dovute informazioni e prestando (o negando) il relativo consenso.

«I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

²⁶ Sul punto si segnala che l'introduzione di tali realtà associative entro le strutture sanitarie è avvenuta con il d.lgs. n. 502 del 1992. Nel disciplinare i *diritti dei cittadini*, infatti, il decreto ha previsto al comma 7 che «[è] favorita la presenza e l'attività, all'interno delle strutture sanitarie, degli organismi di volontariato e di tutela dei diritti. A tal fine le unità sanitarie locali e le aziende ospedaliere stipulano con tali organismi, sulla base di quanto previsto dalla legge n. 266/91 e dalle leggi regionali attuative, senza oneri a carico del Fondo sanitario regionale, accordi o protocolli che stabiliscano gli ambiti e le modalità della collaborazione, fermo restando il diritto alla riservatezza comunque garantito al cittadino e la non interferenza nelle scelte professionali degli operatori sanitari; le aziende e gli organismi di volontariato e di tutela dei diritti concordano programmi comuni per favorire l'adeguamento delle strutture e delle prestazioni sanitarie alle esigenze dei cittadini».

²⁷ Non a caso sono questi tutti soggetti che il legislatore ha ritenuto legittimati alla presentazione dei reclami presentabili a norma del quinto comma dell'art. 14 del d.lgs. n. 502 del 1992 laddove è detto che «[il] direttore sanitario e il dirigente sanitario del servizio, a richiesta degli assistiti, adottano le misure necessarie per rimuovere i disservizi che incidono sulla qualità dell'assistenza. Al fine di garantire la tutela del cittadino avverso gli atti o comportamenti con i quali si nega o si limita la fruibilità delle prestazioni di assistenza sanitaria, sono ammesse osservazioni, opposizioni, denunce o reclami in via amministrativa, redatti in carta semplice, da presentarsi entro quindici giorni, dal momento in cui l'interessato abbia avuto conoscenza dell'atto o comportamento contro cui intende osservare od opporsi, da parte dell'interessato, dei suoi parenti o affini, degli organismi di volontariato o di tutela dei diritti accreditati presso la regione competente, al direttore generale dell'unità sanitaria locale o dell'azienda che decide in via definitiva o comunque provvede entro quindici giorni, sentito il direttore sanitario. La presentazione delle anzidette osservazioni ed opposizioni non impedisce né preclude la proposizione di impugnative in via giurisdizionale».

In tal caso, infatti, è solo la presenza di questi soggetti esterni all'apparato sanitario²⁸ che permette di ricreare una relazione terapeutica paritaria con il medico impedendo che l'incapace si ritrovi abbandonato all'arbitrio di quest'ultimo e ai pur sempre possibili abusi (si pensi a tal proposito, in via puramente esemplificativa, alla possibilità che pazienti incapaci e soli siano usati a loro insaputa come cavie per sperimentazioni, o come fonte di organi).

2.3. I soggetti incaricati della protezione dell'incapace e l'autorizzazione degli interventi infermieristici, diagnostici e terapeutici

2.3.1. Le ragioni per cui si rende necessario il controllo di un soggetto estraneo all'amministrazione

Come si è avuto modo di chiarire diffusamente nel secondo capitolo, laddove non sussistano situazioni di necessità²⁹, ogni intervento medico, per essere bene adempiuto, deve essere sempre preceduto da una autorizzazione che, solitamente, è rappresentata dal consenso libero ed informato del paziente.

Quando il paziente è incapace di prestare tale consenso, l'ordinamento demanda tale autorizzazione ad un soggetto terzo che sarà: a) eccezionalmente il giudice tutelare se non vi è il tempo di procedere alla previa nomina di un

²⁸ In tal senso è bene considerare che i familiari del paziente maggiorenne, sebbene incapace anche solo temporaneamente di intendere e volere, non sono di per sé titolari di potestà specifiche. Sino alla nomina giudiziale di un rappresentante legale essi possono perciò soltanto instaurare una proficua relazione con il personale medico e vigilare sulle attività che vengono svolte.

D'altra parte, deve considerarsi che, proprio con riferimento alla fase antecedente alla nomina di un rappresentante legale, l'ordinamento è attualmente carente di una disposizione che chiarisca chi, tra più familiari, è il soggetto legittimato ad interloquire con i medici il che, in taluni casi, può rivelarsi d'ostacolo all'efficienza dei servizi di assistenza. Situazioni di questo tipo, infatti, possono non solo costringere i medici a dover mediare tra posizioni personali differenti, ma anche favorire l'insorgere di prassi di medicina difensiva.

Il problema è serio e, non a caso, nell'affrontare le questioni del consenso informato e delle dichiarazioni anticipate di trattamento, il d.l., attualmente al vaglio del Senato, che si è *supra* esaminato, prevede di introdurre nell'ordinamento anche la possibilità di designare anticipatamente un fiduciario quale «unico soggetto legalmente autorizzato ad interagire con il medico» (art. 6 del d.l.).

²⁹ Ciò che avviene laddove si sia in presenza di situazioni di emergenza che richiedono un intervento medico immediato e non procrastinabile; si veda A. BONELLI, *Gli aspetti medico-legali nell'emergenza sanitaria extraospedaliera*, in Riv. it. med. leg. 1997, 2, pag. 229.

rappresentante legale³⁰; b) l'amministratore di sostegno o il tutore se già nominati.

L'intervento di tali soggetti nella relazione terapeutica, come si è detto *supra*, ha prevalentemente lo scopo di (ri)stabilire la dualità del rapporto terapeutico assicurando quel livello minimo di garanzia previsto tra l'altro dalla stessa Convenzione di Oviedo proprio nell'affrontare il tema della "Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso". Ai sensi dell'art. 6 dell'accordo, infatti, «[a]llorquando, 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» (art. 6, comma 4)³¹.

La disposizione citata sembra mettere in luce un profilo particolarmente importante per il discorso che andiamo svolgendo, segnalando che l'attribuzione ai privati del compito di dare o negare il consenso non è riconducibile ad una loro prerogativa. Al contrario, l'interesse a che la decisione del medico sia controllata da un soggetto estraneo alla stessa amministrazione³² risponde, da un lato, all'esigenza di garantire il diritto dell'incapace di ricevere la massima protezione dei suoi interessi esistenziali e personalissimi e, dall'altro,

³⁰ Ai sensi dell'art. 405, comma 4, c.c., infatti, il legislatore ha previsto che «[q]ualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata...».

Eguale, anche nel caso in cui si intenda procedere all'interdizione della persona e alla nomina di un tutore, «[p]rima che il tutore o il protutore abbia assunto le proprie funzioni, spetta al giudice tutelare di dare, sia d'ufficio sia su richiesta del pubblico ministero, di un parente o di un affine del minore, i provvedimenti urgenti che possono occorrere per la cura (...)), così l'art. 361 del c.c..

³¹ Sulla portata della disposizione si veda comunque quanto rilevato da Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 2005, n. 8291, in *Dir. e giust.* 2005, n. 19, pag. 16), *Ragiusan* 2006, 267-268, pag. 242, *F.I.* 2005, pt. I, pag. 2359, *Famiglia* 2005, pag. 1183. Secondo la Corte, infatti, la disposizione convenzionale si limiterebbe a richiedere che il medico non assuma le proprie decisioni in solitudine, senza però precludere «ai singoli Stati di fissare condizioni specifiche - che essa Convenzione non ha previsto - per la validità della prestazione del consenso (sostitutivo)».

³² A tal proposito si consideri che ai sensi dell'art. 408, comma 3, del c.c., è espressamente escluso che possano «ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario».

all'interesse speculare dell'ordinamento - democratico e personalista - a che l'incapace sia protetto nella massima misura possibile.

Quanto precede sembra d'altra parte trovare conferme anche nella legge, che, non a caso, si crede, riconosce la legittimazione a richiedere al giudice la nomina di un amministratore di sostegno o di un tutore, non solo al coniuge dell'incapace, alla persona con lui stabilmente convivente, ai parenti fino al quarto grado e agli affini entro il secondo³³ (quindi ai soggetti comunque legati all'incapace da vincoli pregressi di familiarità), ma anche al Pubblico Ministero e ai responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona (art. 406, comma 3)³⁴.

Sono dunque evidenti le ripercussioni sulla definizione del ruolo e perciò dei "poteri" spettanti a tale soggetto incaricato.

³³ **Art. 406 c.c. - Soggetti**

1. Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'articolo 417.

2. Se il ricorso concerne persona interdetta o inabilitata il medesimo è presentato congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione davanti al giudice competente per quest'ultima.

3. I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'articolo 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero.

Art. 417 c.c. - Istanza di interdizione o di inabilitazione

1. L'interdizione e l'inabilitazione possono essere promosse dalle persone indicate negli articoli 414 e 415, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero.

2. Se l'interdicendo o l'inabilitando si trova sotto la potestà dei genitori o ha per curatore uno dei genitori, l'interdizione o l'inabilitazione non può essere promossa che su istanza del genitore medesimo o del pubblico ministero.

³⁴ A tali soggetti va aggiunto in realtà lo stesso paziente che, ai sensi dell'art. 408 c.c. ben può, prima che sopravvenga una condizione di incapacità designare il suo amministratore con atto pubblico o scrittura privata autenticata che tuttavia non vincola il giudice. Ai sensi del quarto comma del citato art. 408 c.c., infatti, «[i]l giudice tutelare, quando ne ravvisa l'opportunità, e nel caso di designazione dell'interessato quando ricorrano gravi motivi, può chiamare all'incarico di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II al cui legale rappresentante ovvero alla persona che questi ha facoltà di delegare con atto depositato presso l'ufficio del giudice tutelare, competono tutti i doveri e tutte le facoltà previste nel presente capo». Il che sembra rappresentare un altro chiaro indizio del fatto che la cura della persona, una volta che questa sia divenuta incapace, rappresenti una questione pubblica che coinvolge una precisa funzione di tutela dell'ordinamento.

2.3.2. I compiti del privato nella “cura” dell’incapace

Al fine di comprendere appieno la questione è bene considerare brevemente che il provvedimento di volontaria giurisdizione con il quale avviene la nomina di un soggetto ad amministratore di sostegno o tutore, non attribuisce a tali soggetti alcun potere di rappresentanza con riferimento alla cura degli interessi personali ed esistenziali dell’incapace. In altri termini, cioè, con riferimento alla cura di tali interessi non patrimoniali, il soggetto nominato non godrebbe di alcun potere che lo autorizzi ad assumere decisioni “in nome e per conto” dell’incapace sostituendo la sua volontà a quella (mancante) dell’incapace.

È questo un dato ampiamente confermato sia dalla lettera della legge, sia anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Infatti, è lo stesso art. 357 c.c.³⁵ che, nel precisare le funzioni assegnate al tutore, distingue la “cura della persona” da quelle altre attività volte a rappresentare il pupillo in tutti gli atti civili o ad amministrarne i beni³⁶. Allo stesso modo, la dottrina civilistica, ribadisce costantemente che devono ritenersi «ovviamente esclusi dal potere rappresentativo del tutore i diritti cd. personalissimi dell’incapace»³⁷ con la sola

³⁵ Norma applicabile al caso in esame giusto il rinvio ad essa operato dall’art. 424, comma 1, c.c. secondo cui «[l]e disposizioni sulla tutela dei minori e quelle sulla curatela dei minori emancipati si applicano rispettivamente alla tutela degli interdetti e alla curatela degli inabilitati».

³⁶ **Art. 357 c.c. - Funzioni del tutore**

Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni.

Si segnala per inciso che oggi, specie in seguito all’introduzione dell’istituto dell’amministrazione di sostegno avvenuta nel 2004, non sussistono più dubbi sul fatto che al tutore spetti anche la cura degli interessi esistenziali del proprio pupillo

³⁷ Così A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 279; ma si veda anche M. FIORINI, *La nomina del curatore speciale non supera il conflitto d’interessi*, Guida dir., 2005, n. 18, pag. 39, secondo il quale «la mancanza di determinate qualità personali, traducendosi per certi atti in un difetto di capacità giuridica, spiega perfettamente l’impossibilità di ricorrere alla rappresentanza: se il compimento dell’atto è vietato allo stesso soggetto interessato, a fortiori non potrà essere compiuto dal delegato». A tal proposito si segnala che un eventuale rilievo per il quale si ritenesse di poter trarre dalla possibilità per il paziente capace di rinunciare ad un trattamento medico anche salva-vita il corrispondente potere del suo rappresentante legale di farlo al suo posto, non sembra cogliere nel segno.

Ciò perché il rifiuto delle cure salva-vita da parte del paziente legittima l’eccezione alla regola della indisponibilità della vita solo in presenza di un esercizio autentico delle libertà

eccezione, peraltro neppure pacifica, della rappresentanza in seno ai giudizi di separazione e divorzio³⁸. E tale certezza non viene meno neppure in giurisprudenza, dove si rileva che i poteri di rappresentanza esercitati sull'interdetto «si arrestano di fronte all'esercizio dei diritti personalissimi» dal momento che «nel compiere atti nell'interesse del rappresentato il rappresentante manifesta la propria volontà. Diversamente (...) l'esercizio delle responsabilità di natura personale incontra un limite che non è proprio dei poteri di rappresentanza» ma tende ad «evitare un pregiudizio di tipo esistenziale»³⁹.

costituzionalmente tutelate. Perciò, laddove non vi sia esercizio di libertà (come certamente avviene al cospetto del paziente incapace) non c'è neppure la possibilità di rifiutare le cure né, tanto meno, la delegabilità ad altri di una libertà che, appunto, non esiste.

Si segnala con l'occasione che a nulla vale neppure il richiamo alla necessità di non creare disparità di trattamento tra quanti sono capaci di rifiutare autonomamente le cure e quanti invece non lo sono perché incapaci. Ciò in quanto è proprio la mancanza di autonomia (e perciò della relativa forma di libertà) a giustificare la differente disciplina.

D'altra parte è noto che il principio di eguaglianza non è certo violato quando il differente trattamento è giustificato da differenze esistenti sul piano oggettivo. A tal proposito sarà sufficiente ricordare che secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale fin dalla Sent. n. 3 del 16 gennaio 1957, il principio di uguaglianza fissato dall'art. 3 della Carta «deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione». Si ha perciò violazione del principio solo «quando di fronte a situazioni obiettivamente omogenee si ha una disciplina giuridica differenziata, determinando discriminazioni arbitrarie e ingiustificate» (C. Cost., Sent. n. 111 del 7 maggio 1981), ciò dal momento che il principio «postula l'omogeneità delle situazioni giuridiche messe a confronto e pertanto non può essere invocato quando trattasi di situazioni intrinsecamente eterogenee» (C. Cost., Sent. n.171 del 19 ottobre 1982).

³⁸ Sul punto P. ZATTI - V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato, op. cit.*, pag. 152.

Il richiamo alla questione della rappresentanza nei giudizi in materia di separazione e divorzio appare rilevante ai fini del presente discorso nella misura in cui, in quel caso, l'attribuzione al rappresentante legale (curatore speciale) dei poteri necessari a promuovere il giudizio è stata ricostruita dalla giurisprudenza in considerazione non solo dell'esigenza di garantire anche all'interdetto «l'esercizio di un diritto di particolare rilievo», ma soprattutto per evitare che ciò diventasse causa di «disparità di trattamento rispetto all'altro coniuge» che manteneva integro il proprio diritto d'azione. D'altra parte si segnala che tale apertura, è stata realizzata dalla Corte non colmando presunte lacune, ma per via analogica incaricandosi di precisare che «la legge che disciplina il caso analogo [ossia l'art. 4 della legge n. 898 del 1970 che consente la nomina di un curatore speciale all'interdetto per infermità di mente convenuto in un giudizio di divorzio, *ndr*] appartiene alla stessa materia, non si ravvisano ostacoli all'interpretazione analogica sotto il profilo dell'eccezionalità della norma (art. 14 preleggi)»; così Cass. Civ., Sez. I, 21 luglio 2000, n. 9582.

³⁹ Tribunale di Lecco, decreto del 2 Febbraio 2006. Conforme anche Cass. civ., Sez. I, 20 Aprile 2005, n. 8291, in *Corr. Giur.*, 2005, pag. 288, nota di E. CALÒ.

La posizione suddetta non sembra contraddetta neppure dalla successiva sentenza della Cassazione n. 27148 del 16 ottobre 2007, più volte citata, la quale non ha evidentemente

Chiarito dunque che la nomina giudiziale del privato a tutore, amministratore di sostegno (o eventualmente anche curatore speciale) non attribuisce alcun potere di sostituirsi all'incapace per quanto attiene ai diritti personalissimi dell'individuo, è adesso possibile descrivere quali sono le funzioni ad essi affidati in materia di cura della persona incapace e assistita dal S.s.n..

In merito a ciò, sembra indicativa l'attuale rubrica del Titolo XII del Codice civile la quale introduce gli istituti dell'Amministrazione di sostegno (Capo I), della Interdizione e della Inabilitazione (Capo II) come misure volte alla "*protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia*"⁴⁰.

La protezione dell'individuo, dunque, è lo scopo degli istituti; una protezione che, in mancanza di poteri rappresentativi, si traduce nella garanzia (protezione appunto) dei diritti dell'individuo incapace contro ogni forma di aggressione o lesione esterna.

Con riferimento al paziente che necessita di assistenza medica, ciò si traduce, da un lato, nell'instaurazione di una proficua relazione con i medici per l'individuazione delle cure necessarie a garantire i diritti del paziente (vita e salute) e, dall'altro, nella conseguente autorizzazione (informata) dell'intervento concordato.

Ora, è interessante notare che se i rappresentanti legali possono certamente anche negare il consenso all'intervento proposto oppure ritirare quello già prestato, cionondimeno neppure questa loro facoltà è espressiva di un potere sul paziente e sui suoi diritti. Infatti, a fronte di terapie il cui inizio o la cui prosecuzione siano ritenute obiettivamente necessarie alla salvaguardia dell'individuo (*rectius*, dei suoi diritti), è ben possibile, per quanti hanno in cura

ritenuto di poter superare tale carenza di potere rappresentativo laddove ha fatto ricorso alla contestata formula secondo cui il tutore avrebbe dovuto «decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente».

⁴⁰ Sul punto si consideri che tale rubrica è stata introdotta dalla legge n. 6/2004 la quale ha avuto il merito di spostare l'attenzione dell'ordinamento dalla cura degli interessi patrimoniali dell'individuo e perciò della sua famiglia, a quella della sua persona garantendo alle «persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana (...) interventi di sostegno temporaneo o permanente» (art. 1 della legge cit.).

o in carico l'incapace, richiedere un nuovo intervento del giudice tutelare (ciò che peraltro è adesso espressamente stabilito dall'art. 410 c.c.⁴¹). Non a caso, anche all'esito del più volte citato caso Englaro, la mera volontà del tutore non è apparsa sufficiente ad ottenere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, occorrendo invece la previa nomina di un curatore speciale (*ex artt.* 360 c.c. e 78 del c.p.c.) e l'autorizzazione preventiva del Tribunale.

In conclusione quindi, sembra corretto affermare che con riferimento alla cura della persona incapace, i privati investiti di funzioni di protezione partecipano all'*amministrazione dell'incapacità* su un piano di sostanziale parità con l'amministrazione sanitaria. Come essa, infatti, neppure i rappresentanti privati hanno poteri sull'incapace, ma solo obbligazioni cui adempiere prendendosi cura del proprio assistito o pupillo.

Quanto precede, sembra interessante per il nostro esame, dal momento che offre interessanti spunti di riflessione per l'individuazione di modelli decisionali che possano nuove modalità di esame e risoluzione dei conflitti (eticamente rilevanti) che spesso contrappongono l'amministrazione al tutore/amministratore di sostegno dell'incapace.

⁴¹ Il secondo comma della citata disposizione prevede, infatti, che «[i]n caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o gli altri soggetti di cui all'articolo 406 possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti».

3. I diritti della persona e i conflitti eticamente rilevanti sul merito delle scelte cliniche

3.1. Alcune considerazioni preliminari

Nel curare l'ammalato, l'amministrazione è chiamata a confrontarsi costantemente con esperienze cliniche e personali sempre e necessariamente differenti che perciò mal si prestano all'individuazione di soluzioni predefinite, passibili di generalizzazioni. Ciò fa sì che, nell'erogazione delle prestazioni e degli altri servizi accessori, si pongano di frequente dubbi e problemi di difficile soluzione perché, se da un lato investono i beni più intimi dell'individuo (dalla salute alla sua stessa sopravvivenza, dall'intimità del corpo alla sua dignità o anche alla libertà fisica e morale), dall'altro hanno frequentemente effetti definitivi o comunque difficilmente rimuovibili.

Ciononostante, o per meglio dire, proprio in ragione della delicatezza degli interessi coinvolti, chi ha la responsabilità di offrire alla persona le prestazioni necessarie alla tutela dei suoi diritti, deve decidere risolvendo spesso anche dilemmi di natura eminentemente etica.

Iniziare questo o quel percorso terapeutico, non iniziarlo, interromperlo, sono solo alcuni dei problemi che la prassi clinica pone non solo ai due soggetti classici della relazione terapeutica, ossia il medico e il suo paziente, ma ben più spesso ad una pluralità di individui formata dai componenti della équipe medica al paziente, ai suoi familiari o ai suoi eventuali rappresentanti legali. Ciò che, evidentemente, moltiplica le possibili occasioni di conflitto.

A tal proposito è bene considerare che se una sana relazione dialettica può favorire l'emergere della soluzione capace di attuare meglio il diritto alla salute del paziente, il conflitto, invece, allontana tale risultato perché genera diffuse prassi difensive, arroccamenti e perfino nocimento all'immagine di un servizio che dovrebbe invece sempre godere della fiducia dei suoi utenti.

In virtù di ciò diviene interessante verificare quali sono gli strumenti attualmente disponibili per la gestione di questi conflitti e la miglior tutela dei diritti del paziente, specie se incapace.

3.2. La risposta organizzativa e i comitati etici per la pratica clinica

L'alleanza terapeutica tra gli operatori del S.s.n. e i suoi utenti rappresenta indubbiamente l'esito auspicabile di ogni relazione terapeutica, ciò a prescindere dal fatto che il paziente sia capace o meno. Nel primo caso, infatti, l'accordo tra le parti sarà raggiunto direttamente con l'ammalato capace di ricevere e comprendere l'informativa medica; nel secondo, invece, tale accordo dovrà essere raggiunto con il soggetto al quale la legge riconosce il compito di consentire per l'altro.

Come si è già detto, è però ben possibile che, in concreto, i rapporti tra i citati soggetti non diano vita ad accordi, ma assumano la forma di contrasti, talvolta ideologici, talaltra, invece, ricollegabili alle situazioni di asimmetria informativa che corre tra le parti (e non solo in relazione ai profili tecnico-scientifici, ma anche al vissuto del paziente, etc.) o anche ai timori di futuri contenziosi che spesso condizionano le scelte degli operatori.

Il tema è importante ed ha immediate ricadute sulla qualità dei servizi offerti e perciò sulla stessa tutela dei diritti del malato. Il problema centrale dei conflitti, infatti, non risiede tanto nei costi che essi generano in termini di contenziosi e risarcimenti (per il quale peraltro vi è sempre il ricorso allo strumento assicurativo). Diversamente risiede nella possibilità di garantire che il servizio non tradisca il suo scopo e dia al cittadino la protezione alla quale ha diritto.

Per raggiungere un tale risultato è d'obbligo segnalare che, sebbene la questione sia spesso affrontata a partire dal problema finanziario sollevato dai conflitti e quindi ponendo attenzione al costo dei contenziosi e degli eventuali risarcimenti, questa appare come una prospettiva insufficiente. Essa, infatti,

consente al più di gestire il rischio economico dell'attività ricorrendo allo strumento assicurativo, ma non certo di migliorare le condizioni del servizio reso.

Meglio allora sembra operare anche nella direzione della prevenzione dei conflitti elaborando modelli organizzativi che non solo favoriscano fin dal momento dell'accettazione del paziente l'instaurarsi di una vera relazione terapeutica, ma che permettano di affrontare gli eventuali contrasti sul sorgere.

Modelli organizzativi, quindi, nei quali sia possibile "razionalizzare" il problema, facendo emergere le esigenze che effettivamente si celano dietro un rifiuto o una richiesta di interruzione del trattamento terapeutico e favorendo così il raggiungimento di un accordo.

Esperienze di questo tipo attualmente sono già presenti all'interno del S.s.n. dove, da qualche anno, hanno cominciato ad essere costituiti, accanto ai Comitati etici per le sperimentazioni, anche dei Comitati etici per la clinica. Organismi bioetici (e quindi multidisciplinari)⁴² a carattere tecnico, indipendenti ed autorevoli cui vengono assegnate dalle singole Aziende sanitarie funzioni consultive «in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona umana»⁴³ oltre che «iniziative di formazione di operatori sanitari relativamente a temi in materia di bioetica»⁴⁴.

In tal senso, sembra particolarmente interessante per il discorso che andiamo svolgendo l'esperienza avviata nel 2004 dalla Regione Veneto con la d.g.r. n. 4049 del 22 dicembre 2004⁴⁵. Con tale delibera, infatti,

⁴² In tal senso R. SALA, *Etica Pubblica e Biodiritto*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del Biodiritto*, vol. I del Trattato di Biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 125. Ma si veda anche C. VIDETTA, *I comitati etici nel sistema sanitario*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del Trattato di biodiritto diretto da Rodotà e Zatti, pag. 566, secondo la quale questi organismi sarebbero assimilabili a dei colleghi tecnici eterogenei.

⁴³ Così l'art. 1, comma 3 del decreto del ministero della Salute del 12 maggio 2006.

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ Avente ad oggetto "Interventi in materia di Bioetica. Istituzionalizzazione del Comitato regionale per la Bioetica. Linee-guida per la costituzione ed il funzionamento dei Comitati etici per la sperimentazione. Linee-guida per la costituzione ed il funzionamento dei Comitati etici per la pratica clinica".

quell'amministrazione regionale ha promosso l'istituzione, presso ogni sua Azienda sanitaria, dei cd. "Comitati di Etica per la pratica Clinica" e ciò proprio con l'auspicio che potessero diventare presto un «supporto al "decision making" dell'attività clinica quotidiana»⁴⁶.

Coerentemente a quanto poi ribadito dal d.m. del 2006 su citato, a tali comitati non sono state attribuite funzioni giustiziali, ma solo consultive⁴⁷ giacché essi «non si sostituiscono nella decisione che deve essere assunta dai soggetti coinvolti (pazienti, operatori sanitari e famiglie o tutori)»⁴⁸, o «alla

⁴⁶ Di seguito si riporta uno stralcio delle motivazioni adottate dalla Giunta a sostegno della propria decisione di istituire tali comitati dalla quale è possibile cogliere l'immediato nesso esistente tra tale esperienza e i problemi "etici" che sono stati oggetto di approfondimento nel presente lavoro: «La pratica medica e l'assistenza sanitaria sono sempre state oggetto di riflessione etica; la seconda metà del Novecento ha visto però trasformarsi l'etica medica tradizionale. Tale trasformazione è la conseguenza dei cambiamenti della medicina e della sanità legati agli straordinari progressi scientifici e al prevalente orientamento tecnologico della pratica sanitaria. Al progresso della tecnologia medica si è associata una parallela trasformazione della struttura sociale e del contesto socio-culturale in un rapido mutamento segnato dalla diffusione di una pluralità di valori, specie nei paesi nord-occidentali, che hanno coinvolto anche le prestazioni sanitarie. La relazione medico-paziente è progressivamente uscita dalla millenaria tradizione paternalista per orientarsi verso il principio dell'autonomia e dell'autodeterminazione della persona. Nei Paesi Europei e negli Stati Uniti l'etica medica professionale viene sempre più assunta dentro l'etica del sistema sanitario ("health care ethics") o "bioetica" ("bioethics"). Questi nuovi termini sottolineano l'allargamento delle problematiche oltre il tradizionale rapporto medico-paziente per includere i problemi etici posti da altri operatori sanitari professionali, nonché questioni morali emergenti dall'organizzazione dei sistemi sanitari e questioni etico-politiche prodotte dai progressi biomedici e della ricerca scientifica. Tutto questo ha condizionato anche un aumento della conflittualità etica dentro il sistema della cura, con la comparsa di nodi e dilemmi morali di non facile soluzione, densi di nuovi contenuti non facilmente interpretabili attraverso il solo ricorso alla tradizione. Oggi la tecnologia biomedica avanzata permea sempre più sia la vita pubblica che privata, determinando una nuova attenzione socio-culturale per le questioni medico-morali di rilevante interesse pubblico. I nuovi problemi che hanno reso obsoleta l'etica medica tradizionale hanno generato un'ampia questione pubblica sui fini che il sistema socio-sanitario vuole darsi. Di fronte alla complessità delle questioni emergenti dalla medicina ad orientamento tecnologico inserita nel contesto di una società pluralista e tendenzialmente conflittuale, sono necessari nuovi strumenti operativi capaci di chiarificare le questioni in gioco e in grado di proporre percorsi risolutivi. I Comitati di Etica per la pratica clinica rappresentano un moderno strumento per affrontare le nuove sfide morali che alle soglie del 3° millennio coinvolgono la struttura e l'organizzazione del sistema sociosanitario...».

⁴⁷ In tal senso il Comitato opera esaminando questioni a lui sottoposte provvedendo ad individuare il problema etico in corso, esaminarne le varie opzioni e alla fine adottare una "opinion" finale «costruita sull'analisi e la distinzione di tutti i dati rilevanti (medici, personali, legali, etici), sull'attenta valutazione delle conseguenze di ogni singola opzione, sulla identificazione di una serie di alternative eticamente appropriate», così Punto 1.1. dell'All. F alla d.g.r. n. 4049/2004

⁴⁸ Punto 1, dell'All. F alla d.g.r. n. 4049/2004.

coscienza morale dei singoli operatori né, tanto meno, alle responsabilità dei singoli»⁴⁹.

Diversamente, a tali Comitati è assegnato il compito di offrire «il supporto necessario a chiarire le questioni morali e i processi decisionali e a prevenire i conflitti»⁵⁰ venendo così a rappresentare «il punto di incontro e di mediazione tra gli operatori sanitari, i pazienti, i loro familiari, e quanti coinvolti nel problema in discussione, contribuendo al dialogo, alla chiarificazione delle questioni e al raggiungimento di una decisione finale»⁵¹.

In tal senso la legittimazione a rivolgere dei quesiti al Comitato non è stata riservata ai soli soggetti che operano per conto del S.s.n., ma anche agli utenti⁵², ciò con la richiesta di rivolgersi all'organo prima dell'«eventuale insorgere di situazioni conflittuali fra gli operatori e i pazienti, o all'interno della stessa equipe medico-assistenziale»⁵³.

È quella veneta un'esperienza positiva, perché sembra capace di coniugare il supporto tecnico e culturale ai processi decisionali più sensibili, con la salvaguardia dell'autonomia professionale del medico e delle libertà del paziente.

Essa, inoltre, sembra possa essere particolarmente utile anche in ragione del fatto che, pur laddove possa fallire la mediazione culturale e perciò comunque esplodere un conflitto eticamente rilevante, sarà a quel punto già

⁴⁹ D.g.r. *cit.*, punto 1.1.

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² **Punto 3** - *Accesso al Comitato Etico per la pratica clinica*

L'equipe medico-assistenziale e il personale operante nell'istituzione sanitaria sono i naturali interlocutori del Comitato Etico per la pratica clinica. Il diritto all'autodeterminazione e il principio di autonomia presuppongono che anche i pazienti e/o i loro familiari abbiano accesso al Comitato di Etica per la pratica clinica; in ogni caso, della richiesta di consulto al Comitato di Etica, va data informazione al paziente e/o alla famiglia. Si ritiene opportuno ricordare che è auspicabile che la richiesta di consulenza al Comitato Etico preceda l'eventuale insorgere di situazioni conflittuali fra gli operatori e i pazienti, o all'interno della stessa equipe medico-assistenziale. È necessario che la richiesta di consulto al Comitato e la raccomandazione seguita siano registrate nella cartella clinica del paziente.

(...)

disponibile del materiale “istruttorio” utilizzabile in seno alle successive fasi processuali⁵⁴. E quanto precede sembra possa arrecare giovamento alle successive fasi processuali offrendo al giudice ulteriori spunti di valutazione elaborati da un soggetto indipendente, dotato di particolari competenze tecniche e che ha altresì potuto conoscere la vicenda prima che divenisse oggetto di conflitto.

3.3. La risoluzione giurisdizionale delle controversie

È inevitabile comunque che intorno a questioni così delicate alla fine qualche conflitto venga a determinarsi e perciò diviene importante comprendere chi e come è chiamato a dirimerlo.

Si segnala che a fronte di contrasti che, come nelle ipotesi qui in esame, hanno ad oggetto dichiarazioni di volontà privata volte ad ottenere la cessazione o l'interruzione di trattamenti medici ritenuti utili da chi è dotato delle necessarie competenze professionali, la giurisdizione a conoscere il caso spetta sempre al giudice ordinario.

Pur trattandosi, infatti, di controversie che sorgono nell'ambito di un servizio pubblico, esse non hanno mai ad oggetto «provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo»⁵⁵ né, più in generale, possono ritenersi frutto dell'esercizio di un pubblico potere⁵⁶.

⁵⁴ In tal senso si segnala che il punto 3 dell'All. F alla delibera di giunta precedentemente citata stabilisce che «[è] necessario che la richiesta di consulto al Comitato e la raccomandazione seguita siano registrate nella cartella clinica del paziente» e che «[l]e raccomandazioni e i pareri del Comitato Etico per la pratica clinica devono essere redatti in forma scritta e portati a conoscenza di tutti i soggetti interessati, nel rispetto delle norme vigenti sulla tutela della privacy».

⁵⁵ Così art. 133, comma 1, lett. c) del c.p.a.

⁵⁶ In tal senso si veda Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 28 giugno 2011, n. 1150, in *Giur. mer.* 2011, 11, pag. 2809 con commento di G. IANNI, *Assistenza pubblica e tutela dei diritti fondamentali della persona*.

Sulla questione può comunque apportare dei chiarimenti la sentenza dal Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214 sulla vicenda Englaro. Allora, infatti, il T.a.r. ha riconosciuto il proprio potere giurisdizionale dovendosi vagliare la legittimità di un provvedimento amministrativo assunto dalla «Amministrazione Regionale, nella qualità di soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del Servizio Pubblico

Ciò chiarito è possibile rilevare che la legge assegna la risoluzione di tali conflitti alla competenza del Tribunale che opererà secondo il modello processuale tipico dei procedimenti di volontaria giurisdizione.

È questa una forma particolare di esercizio della funzione giurisdizionale che non risulta diretta a risolvere una lite, ma ad «attuare, per ragioni di pubblico interesse, un controllo circa la legalità dell'atto e/o l'opportunità degli atti maggiormente impegnativi (perciò detti di straordinaria amministrazione...), affinché i medesimi siano compiuti in modo che non siano lesi gli interessi (...) degli incapaci»⁵⁷. Un'attività giurisdizionale, quindi, volta ad assicurare la cura giudiziaria di certi interessi, garantendo anche il rispetto della «libertà dei soggetti da ogni ingerenza di pubblici enti o apparati»⁵⁸.

In tal senso, attese le sue funzioni di garanzia, è dunque possibile rilevare che l'attività giurisdizionale assegnata al giudice ordinario sembra porsi per

Sanitario Regionale, avente ad oggetto l'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti» e che perciò «si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretantesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato». A tal proposito, il Tribunale amministrativo ha poi rilevato che a nulla rileva «qualsivoglia considerazione sul formante di diritto soggettivo ovvero sul rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta, dal momento che, anche in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta Costituzionale, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva (come, per l'appunto, in caso di servizio pubblico), compete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al temperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge (cfr. Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187). Nessun principio o norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte Cost. 27 aprile 2007 n. 140)».

Sulla qualificazione in termini di diritto soggettivo e non di interesse legittimo della pretesa del paziente di rifiutare l'interruzione, si veda comunque anche C.E. GALLO, *op. cit.* pag. 438, secondo il quale l'alternativa che si pone in questi casi è del seguente tipo. «Il diritto può esservi, ed in questo caso va riconosciuto, il diritto può non esservi ed in questo caso va negato, ma, in entrambe le situazioni, non può certamente ritenersi che esista un potere della pubblica amministrazione che possa imporsi in quanto tale sulla scelta del cittadino e rispetto al quale, perciò, l'interessato possa essere titolare di un semplice interesse legittimo. L'amministrazione pubblica, in materia, può soltanto attuare quanto previsto dalla legge con un'attività esclusivamente materiale».

⁵⁷ In A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 5.

⁵⁸ MONTESANO, *ibidem*, il quale precisa cita ad esempio l'art. 29 della Costituzione ai sensi del quale sono i giudici gli unici «organi idonei a “sostituire” la volontà dei coniugi e dei loro figli nello svolgimento dei rapporti coniugali e familiari».

molti versi al vertice del sistema di tutele che l'ordinamento appronta a garanzia dell'incapace. E infatti al giudice spettano svariati compiti di controllo e coordinamento delle attività di cura dovendo lui, non solo nominare all'incapace il rappresentante legale, ma anche controllare l'operato di quest'ultimo e risolvere gli eventuali contrasti tra i soggetti che sono a vario titolo responsabili della cura dell'incapace.

Non stupisce allora ed anzi apre qualche spiraglio di riflessione, il fatto che, secondo taluni autori, questa forma di esercizio dell'attività giurisdizionale meriterebbe di essere ascritta tra quelle sostanzialmente amministrative⁵⁹. A tal proposito, in passato, si è anche parlato di amministrazione pubblica del diritto dei privati, amministrazione che il legislatore avrebbe assegnato alle cure di un magistrato in virtù della particolare qualità dei diritti coinvolti⁶⁰.

Se però l'attività svolta dal giudice è anche cura di interessi, è evidente allora che l'effettività della tutela offerta all'incapace passa non solo dalle qualità dell'organo decidente, ma anche dal modo attraverso cui essa si svolge.

In tal senso è importante garantire che nel giudizio possano avere accesso tutti gli elementi valutativi necessari per l'assunzione della decisione finale e ciò soprattutto con riferimento alle valutazioni di tipo tecnico e quindi medico.

⁵⁹ *Ex plurimis* P. PAJARDI, *La giurisdizione volontaria*, Milano, 1963, pag. 20, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 1928, pag. 315, P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1942, pag. 74, G. ZANOBINI in *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1958, cap. VI e in *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Riv. dir. pubbl. 1918, I, pag. 168.

⁶⁰ Anche di recente è stato addirittura affermato che nella volontaria giurisdizione il giudice non eserciterebbe neppure un potere giurisdizionale, ma solo perseguirebbe «uno scopo, che la legge gli affida unicamente in considerazione delle sue qualità personali», così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 286.

Può risultare interessante il fatto che in sede di redazione del codice civile, nel discutere dell'abolizione dei consigli di famiglia, organi cui, vigente il vecchio codice del 1865, era assegnata la tutela dei minori, «[u]na volta accertata l'esigenza di ricorrere a un organo ufficiale esterno alla famiglia per la direzione e la vigilanza della tutela» si era anche proposto «che fossero affidati i poteri del giudice tutelare a un funzionario amministrativo, ma venne opposto che a ciò ostava il carattere squisitamente giurisdizionale della funzione del giudice tutelare, il quale, d'altra parte, avrebbe ben potuto esercitare le facoltà discrezionali che avrebbero potuto attribuirsi a un funzionario amministrativo», in tal senso A. DELL'ORO, *Della tutela dei minori*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna - Roma, 1979, pag. 27.

A un tale risultato, d'altra parte, non osta l'attuale legislazione processuale che non solo permette al giudice di acquisire tutti gli elementi probatori ritenuti necessari ai fini del decidere, ma consente anche l'intervento in giudizio del Pubblico Ministero. Organo pubblico, quest'ultimo, che, potendo «produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni» (così art. 72 c.p.c.), ben potrebbe (e dovrebbe) farsi promotore dei diritti fondamentali dell'incapace introducendo, nel procedimento giurisdizionale, gli elementi di giudizio elaborati dagli organi tecnici dell'amministrazione.

Alla luce di tutto quanto precede, pare allora che, anche in sede giudiziaria, la tutela dell'incapace debba essere attuata mediante il coordinamento delle attività di tutti organi pubblici preposti alla tutela della persona. Coordinamento necessario, pare, anche allo scopo di evitare il ripetersi di casi⁶¹ in cui il giudice si ritrovi ad assumere le proprie decisioni in violazione del diritto dell'incapace a godere di un giusto processo e perciò di una decisione formatasi nell'ambito di un vero contraddittorio⁶².

⁶¹ Il riferimento è evidentemente ancora una volta al caso Englaro e alla decisione assunta al termine dalla Corte d'Appello di Milano, Sez. I, decreto 9 luglio 2008, senza esperire alcuna seria istruttoria ma solo dando credito a valutazioni tecnico-prognostiche introdotte dal tutore che già allora superate.

⁶² C.E. GALLO, *op. ult. cit.*, pag. 438 ha peraltro avuto occasione di segnalare che, in tema di tutela dei pazienti incapaci, i problemi via via qui descritti meriterebbero di essere risolti per via legislativa, dal momento che «in questo caso, anche il legislatore non è in condizioni di disporre del bene della vita del quale non può disporre il cittadino: l'unica valutazione che può essere compiuta è una valutazione di natura tecnica, e perciò di natura medica, su quando ed in quali situazioni il trattamento in questione possa considerarsi frutto di un accanimento terapeutico e quindi ingiustificato e quando, invece, sia semplicemente connesso all'esigenza di rispettare l'indisponibilità della vita che è principio fondamentale del nostro ordinamento».

Conclusioni

Giunti al termine del lavoro è adesso possibile tentare di trarre le fila del discorso sin qui svolto a partire dalla consapevolezza che il diritto pubblico, se applicato ai temi più spinosi della contemporaneità sanitaria, lungi dal rappresentare un rischio per la libertà dell'individuo, può invece rivelarsi elemento capace di garantire la persona contro certe pericolose ansie libertarie.

In particolare, si è avuto modo di osservare come la libertà sia per l'attuale ordinamento democratico un bene di incommensurabile valore. Il cittadino è soggetto libero; libero di pensare, di esprimersi, di partecipare alla vita del Paese, di aspirare alla felicità, etc.

Ma il cittadino, o per meglio dire, la persona senza altri attributi, è anche libera di autodeterminarsi per quanto concerne le scelte che coinvolgono se stessa; perciò anche di scegliere se curarsi, come farlo e fino a quando. E di tale libertà la Repubblica è garante attivo, nel senso che deve assicurare la rimovibilità di quegli ostacoli fisici che possano limitarne il godimento.

Nel fare ciò, la comunità e le sue istituzioni non sono però indifferenti al destino dell'altro, non sono cioè semplici esecutrici di ordini, ma soggetti di una relazione nella quale deve esserci spazio per il dialogo, per la verifica che certe richieste non siano frutto di mero sconforto o della sofferenza fisica, ma di valutazioni ponderate e definitive.

In quest'ottica, quindi, libertà e solidarietà sono risultate essere parti di una endiadi che descrive l'esperienza sociale, comunitaria dell'individuo.

Eppure, sebbene sia questa la dimensione nella quale la persona vive la propria esperienza, la gran parte delle riflessioni che la scienza giuridica ha svolto sui temi dell'autodeterminazione sono state finalizzate o a dimostrare che la persona *può* assumere scelte talvolta autodistruttive, oppure a definire le condizioni alle quali deve essere vietata la realizzazione di una certa richiesta.

Il risultato di questo modo di procedere ha favorito la polarizzazione delle posizioni culturali in campo e l'affermarsi di una certa incapacità del diritto di osservare e giudicare la diversità del singolo caso.

Così mentre taluno rivendicava il diritto per l'individuo capace di intendere e volere di autodeterminarsi, sottraendosi a quei trattamenti medici da lui stesso non più voluti, si è finito per estendere la forza evocativa e normativa di tale *diritto* ad autodeterminarsi anche al caso di quelle persone che, seppur accomunate alle altre dalla malattia, non possiedono (alcuna o abbastanza) capacità per assumere decisioni. E ciò ha avuto ed ha effetti gravi.

In nome di una libertà di scelta che non esiste, infatti, si lascia l'incapace, per definizione soggetto debole e meritevole di protezione, alla mercé dell'altrui arbitrio. Tizio decide per Caio affermando che la decisione è frutto della volontà di quest'ultimo e ciò è sostanzialmente sufficiente per imporre alla collettività obbligazioni volte a favorirne la morte. Un assurdo, che esprime bene, però, lo stato di una realtà ferma al guado tra un passato di divieti e un futuro di possibilità che attendono di essere regolate.

In tal senso sembra condivisibile allora l'opinione di chi ritiene opportuno un intervento chiarificatore del legislatore in materia di fine vita. Un intervento che dovrebbe mirare però non ad irrigidire ulteriormente i rapporti tra operatori sanitari e pazienti, ma che dovrebbe limitarsi, da un lato, a chiarire le condizioni e le modalità alle quali la persona può disporre per il suo futuro, dall'altro, a ribadire solennemente l'impegno della Repubblica a dare piena e integrale protezione alla salute, alla sicurezza e perciò alla vita di chi deciderà di non disporre nulla nel pieno rispetto, ovviamente, delle indicazioni tecniche e perciò mediche.

Una soluzione di questo tipo avrebbe molti meriti e, tra questi, certamente quello di comporre i conflitti oggi in corso attraverso una soluzione chiara, non arbitraria e per questo soggetta a tutti i controlli di legalità costituzionale previsti dall'ordinamento.

Bibliografia

- AA. VV., *Prospettive di Filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- ADORNO ROBERTO, *Les souhaits précédemment exprimés au sujet des soins de santé. Principes communs et différentes règles applicables dans les systèmes juridiques nationaux*, in *www.coe.int*.
- ALPA GUIDO, *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova, 2011.
- ANDALORO SERENA, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Famiglia e diritto*, 2011, n. 1, pag. 85 e ss.
- ANGUS D.C., BARNATO A.E., LINDE-ZWIRBLE W.T., ET AL., *Use of intensive care at the end of life in the United States: an epidemiologic study*, in *Critical Care Medicine*, 2004, n. 32, pag. 638 e ss.
- ANSALDO ANNA, *Art. 5*, in G. Alpa - A. Ansaldo (a cura di), in *Il Codice Civile Commentato diretto da P. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1996.
- ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, Milano, Giuffrè, 2008.
- APOSTOLI ADRIANA, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2012.
- AZZARITI GAETANO, *Un inquietante schiaffo al Presidente della Repubblica*, in *www.costituzionalismo.it*, 2009.
- BALDASSARRE ANTONIO, *Diritti Sociali* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988.
- BALDUZZI RENATO - PARIS DAVIDE, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, n. 6, pag. 4953 e ss.
- BALDUZZI RENATO, *Sistemi Costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- BALDUZZI RENATO, *Titolo V e tutela della salute*, in R. Balduzzi - G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002.
- BARAGGIA ANTONIA, *Interruzione di trattamenti di sostegno vitale e volontà del paziente incapace nella recente giurisprudenza tedesca: nuovi equilibri di una relazione problematica*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.
- BARBERA AUGUSTO, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione italiana*, Zanichelli, Bologna, 1975.
- BARBERIS MAURO, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.
- BARBISAN BENEDETTA, *Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*, in *Foro Italiano*, 2003, fasc. 2, pt. IV, pag. 61 e ss.

- BARILE PAOLO, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BARNATO AMBER, MC CLELLAN MARK E AL., *Trends in inpatient treatment intensity among Medicare beneficiaries at the end of life*, in *Health Service Research*, 2004, n. 39, pag. 363 e ss.
- BARNI MAURO, *La autolegittimazione dell'attività medica e la volontà del paziente*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, n. 10, pag. 2170 e ss.
- BAUMAN ZYGMUNT, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Laterza, Bari, 2007.
- BECCHI PAOLO, *Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il Governo del corpo*, vol. II del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 2053 e ss.
- BENVENUTI FELICIANO, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, Cedam, Padova, 1996.
- BENVENUTI FELICIANO, *L'ordinamento repubblicano*, Cedam, Padova, 1996.
- BENVENUTI FELICIANO, *Funzione (Teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988.
- BENVENUTI FELICIANO, In re: *Stato del benessere V. benessere di Stato*, in *Diritto e società*, 1984, n. 1, pag. 11 e ss.
- BERDIAEV NICOLAS, *De l'esclavage et de la liberté de l'homme*, Desclée De Brouwer, Paris, 1946.
- BERTI GIORGIO, *Diritto Amministrativo. Memorie e argomenti*, Cedam, Padova, 2008.
- BIFULCO RAFFAELE, CELOTTO ALFONSO, MARCO OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006.
- BIFULCO RAFFAELE, *Costituzione europea e bioetica, relazione tenuta all'Incontro del Gruppo di San Martino*, Firenze 11.04.2008, in www.grupposanmartino.it.
- BIN ROBERTO, PITRUZZELLA GIOVANNI, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BISCARETTI DI RUFFIA PAOLO, *Stato* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988.
- BOBBIO NORBERTO, *Verità e libertà*, in *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Net, Milano, 2006.
- BOBBIO NORBERTO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.
- BOBBIO NORBERTO, *Prefazione a L. Ferrajoli, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990.
- BONELLI AURELIO, *Gli aspetti medico-legali nell'emergenza sanitaria extraospedaliera*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1997, n. 2, pag. 229 e ss.
- BONSIGNORI FRANCO, *Il realismo giuridico*, in *Prospettive di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BOTTARI CARLO, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2011.

- BRANCA GIUSEPPE (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli - Società ed. del Foro italiano, Bologna - Roma, 1976.
- BURDEAU GEORGES, *Traité de science politique, vol. VII: La démocratie gouvernante*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.
- BUSNELLI FRANCESCO DONATO, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, n. 1, pag. 245 e ss.
- GALLO CARLO EMANUELE, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in Ferrara R. (a cura di), *Salute e sanità*, vol. V del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 381 e ss.
- CAFERRA VITO MARINO, *Diritti della persona e Stato sociale*, Zanichelli, Bologna, 1992.
- CALAMANDREI PIERO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1942.
- CALÒ EMANUELE, *Richiesta di sospensione dell'alimentazione a paziente in stato vegetativo: la Cassazione decide di non decidere*, in *Corriere giuridico*, 2005, pag. 790 e ss.
- CALÒ EMANUELE, *Il ritorno della volontà - Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CAMMEO FEDERICO, *Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria*, in *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. IV, Parte II, Società editrice libraria, Milano 1905.
- CANNIZZARO ENZO, *Tutela dei diritti dell'uomo e rapporti fra fonti internazionali e ordinamento interno*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2010, n. 1, pag. 183 e ss.
- CARETTI PAOLO, *I diritti fondamentali: Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011.
- CARLASSARE LORENZA, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, n. 1, pag. 33 e ss.
- CARRASCO DE PAULA IGNACIO, PENNACCHINI MADDALENA, *Bioetica* (voce), in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.
- CASSETTA ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011.
- CASONATO CARLO, CEMBRANI FABIO, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 39 e ss.
- CASSESE SABINO, *Lo Stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, fasc. 2, pag. 389 e ss.
- CASTRONOVO CARLO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, n. 4, pag. 1037 e ss.
- CASTRONOVO CARLO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e diritto privato*, 2010, n. 2, pag. 483 e ss.

- CASTRONOVO CARLO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006.
- CASTRONOVO CARLO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, pag. 179 e ss.
- CATELANI ALESSANDRO, *La sanità pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, Cedam, 2010.
- CAVINO MASSIMO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2009.
- CECCHERINI ELEONORA, *La tutela della dignità dell'uomo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2008.
- CECCHI ROSSANA, *Lo stato vegetativo permanente: una questione bioetica aperta*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2008, nn. 4-5, pag. 973 e ss.
- CHIEFFI LORENZO (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CHIODI VITTORIO, *Della responsabilità professionale del medico*, in Chiodi e altri (a cura di) *Manuale di medicina legale*, Vallardi ed., Milano, 1976, pag. 89 e ss.
- CHIOVENDA GIUSEPPE, *Principi di diritto processuale civile*, IV ed., Jovene, Napoli, 1928.
- CICERI MASSIMO, *Origini Controllate. La prima eugenetica italiana 1900 - 1924*, Prospettiva editrice, Civitavecchia, 2009.
- CONTICELLI MARTINA, *Privato e pubblico nel Servizio sanitario*, Giuffrè, Milano, 2012.
- CORSO GUIDO, MAGISTRELLI PAOLO (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CORSO GUIDO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, in *Nuove Autonomie*, 2011, fasc. 1, pag. 17 e ss.
- CRISAFULLI VEZIO, *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985.
- CROSETTI ALESSANDRO, *Il servizio sanitario*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010.
- D'AGOSTINO FRANCESCO, *Di che cosa parliamo quando parliamo di giustizia*, Prefazione a Galantini L. - Palmaro M., *Relativismo giuridico*, Vita e Pensiero, Milano, 2011.
- D'ORO FLAVIA, *L'applicabilità della Cedu nel diritto italiano*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2010, fasc. 11-12, pag. 615 e ss.
- DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2010.
- DE ANGELIS MONICA, *Devoluzione e federalismo fiscale in sanità*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2010, n. 1, pag. 245 e ss.
- DEFANTI CARLO ALBERTO, *Eugenetica: un tabù contemporaneo*, Codice edizioni, Torino, 2012.

- DEFANTI CARLO ALBERTO, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, pag. 583 e ss.
- DEFANTI CARLO ALBERTO, *La morte cerebrale. definizioni tra etica e scienza*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il Governo del corpo*, vol. II del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 2037 e ss.
- DELL'ORO ALDO, *Della tutela dei minori*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1979.
- DELLA MIRANDOLA GIOVANNI PICO, *De hominis dignitate*, ed. Vallecchi, Firenze, 1942.
- DOGLIOTTI MASSIMO, *Persone e Famiglia*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, II, Utet, Torino, 2002.
- DOLCINI EMILIO, *Laicità, sana laicità e diritto penale. La Chiesa Cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2009, n. 3, pag. 1017 e ss.
- DRIGO CATERINA, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 239.
- ENGELHARDT HUGO TRISTRAM JR., *Manuale di Bioetica*, Il Saggiatore, Milano, ed. 1999 e 1986.
- EUSEBI LUCIANO, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni anticipate di trattamento nei trattamenti sanitari*, *Criminalia*, 2006, n. 1, pag. 251 e ss.
- FALZEA ANGELO, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, n. 1, pag. 473 e ss.
- FALZEA ANGELO, *Capacità (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960.
- FATTA CHIARA, *Il conflitto di attribuzioni sul "caso Englaro" e la "cattiva battaglia" giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, n. 7, pag. 1630 e ss.
- FERRANDO GILDA, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999.
- FERRARA ROSARIO, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2010, pag. 3 e ss.
- FERRARA ROSARIO, *L'ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2007.
- FERRARA ROSARIO, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV ed., vol. XIII, Utet, Torino 1997.
- FERRI ENRICO, *L'omicidio-suicidio: responsabilità giuridica*, F.lli Bocca, Torino, 1895.
- FINOCCHI GHERSI RENATO, *Sanità pubblica e privata*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1988.

FIORI ANGELO - MARCHETTI DANIELA, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009.

FIORINI MARCELLA, *La nomina del curatore speciale non supera il conflitto d'interessi*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 18, pag. 39 e ss.

FORTI GABRIO, CATINO MAURIZIO, D'ALESSANDRO FRANCESCO, MAZZUCATO CLAUDIA, VARRASO GIANLUCA (a cura di), *Il problema della medicina difensiva: una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, ETS, Pisa, 2010.

FORTUNA ENNIO, *Il consenso informato e l'eutanasia nella casistica giudiziaria di Stati Uniti, Europa e Italia*, in *Rivista Italiana Medicina Legale*, 2008, nn. 4-5, pag. 991 e ss.

FRACCHIA FABRIZIO, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Giappichelli, Torino, 2003.

FUSCO MAURO, *Eluana vivrà. Per una questione di rito gli ermellini decidono di non decidere*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, n. 19, pag. 12 e ss.

GATTI ANDREA, *La liceità dell'eutanasia realizzata attraverso un'azione commissiva nel più recente orientamento giurisprudenziale tedesco (nota alla sentenza del Bundesgerichtshof 2StR 454/09)*, in www.forumcostituzionale.it.

GAVAZZI LAURA, *La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: breve excursus sulle evoluzioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato la materia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, n. 12, pag. 2533 e ss.

GAZZONI FRANCESCO, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2008, fasc. 1, I, pag. 114 e ss.

GENNARI GIUSEPPE, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, n. 10, pag. 2133 e ss.

GENNARI GIUSEPPE, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, n. 9, pag. 1411 e ss.

GHEZZI MORRIS LORENZO, *Bioetica tra scienza e superstizione*, in *Sociologia del diritto*, 2001, n. 2, pag. 7 e ss.

GIACOBBE EMANUELA, *Autodeterminazione, famiglie e diritto privato*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010, n. 1, pag. 297 e ss.

GIACOBBE EMANUELA, *La parola è d'argento, il silenzio è d'oro: a proposito di autodeterminazione e scelte di fine vita*, in *Giustizia civile*, 2010, 3, I, pag. 764 e ss.

GIARDINA FRANCESCA, *Vita (dir. Civ.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1988.

GRAZIADEI MICHELE, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 191 e ss.

GROSSI PIERFRANCESCO, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili della Costituzione italiana*, Padova, 1972.

- GUIZZETTI GIAMBATTISTA, *Terry Schiavo e l'umano nascosto*, Firenze, Società Editrice Fiorentina, 2006.
- GUSTAVO SERGIO, *Il ruolo del Pubblico Ministero minorile tra amministrazione e giurisdizione e le funzioni del "garante dell'infanzia"*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 1, pag. 67 e ss.
- HILLIARD BRYAN, *The U.S. Supreme Court and medical ethics: from contraception to managed health care*, St. Paul, MN, Paragon House, 2004.
- HOTTOIS GILBERT, *A Philosophical and Critical Analysis of the European Convention of Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2000, 2, pag. 133 e ss.
- IRTI NATALINO, *Diritto senza verità*, Laterza, Bari, 2011.
- JANNUZZI ALDO - LOREFICE PAOLO, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2004.
- JÜNGER ERNST, *Al muro del tempo*, trad. it., Adelphi, Milano, 2000.
- KASS LEON R., *Is there a right to die?*, in *Hastings Center Report*, 1993, vol. 23, n. 1, pag. 34 e ss.
- LAVAGNA CARLO, *Capacità di Diritto Pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960.
- LENER ANGELO, *Potere (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958.
- LOMBARDI VALLAURI LUIGI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981.
- LUCIANI MASSIMO, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Politica del diritto*, 2009, fasc. 3, pag. 409 e ss.
- LUCIANI MASSIMO, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto alla salute alla soglia del terzo millennio Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, a cura di L. Chieffi, Giappichelli, Torino, 2003.
- LUCIANI MASSIMO, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, fasc. 4, pag. 769 e ss.
- MACIOCE FABIO, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Giappichelli, Torino 2010.
- MAGLIONA BRUNO, DEL SANTE MARIAFRANCESCA, *Negato consenso da parte del paziente in dubbie condizioni di capacità al trattamento sanitario indefettibile quoad vitam: aspetti giuridici, deontologici e medico-legali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2004, pag. 1083 e ss.
- MALFATTI ELENA, *Nella "babele delle lingue", una logica di inclusione porta con fatica alla composizione giudiziaria del caso Englaro*, in Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P. (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, pag. 813 e ss.
- MALTESE DOMENICO, *Sul caso E.: decreto camerale e ricorso straordinario per cassazione*, in *Foro Italiano*, 2010, 2, III, pag. 100 e ss.

- MANAI DOMINIQUE, *Images du droit du patient au miroir de la Convention européenne pour les droits de l'homme et la biomédecine*, in Werro F. (a cura di), *L'europeizzazione del diritto privato? Vers un code civil européen?*, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg, 1998.
- MANTOVANI FERRANDO, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, n. 2, pag. 337 e ss.
- MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MARONGIU GIOVANNI, *Funzione amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988.
- MATTIONI ANGELO, *La tutela costituzionale del diritto alla salute del singolo cittadino*, Ragiusan, 2003, fasc. 231/232, pag. 19 e ss.
- MAZZAMUTO MARCO, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000.
- MAZZARELLO PAOLO, *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, pag. 3 ss.
- MENGONI LUIGI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996.
- MENGONI LUIGI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, pag. 1117 e ss.
- MERUSI FABIO, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX Convegno di studi dell'amministrazione di Varenna, 20-22 settembre 1984*, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 137 e ss.
- MESSINEO DONATO, *La doppia tutela dei diritti «incomprimibili»*, in *Foro amministrativo TAR*, 2009, n. 9, pag. 2477 e ss.
- MESSINETTI DAVIDE, in *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, pag. 1983 e ss.
- MINGARDO LETIZIA, Quinlann, Cruzan ed Englaro. *La giurisprudenza americana in tema di Substituted Judgment attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. Casonato, C. Picciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Forum BioDiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Torino, 2009, pag. 423 e ss.
- MODUGNO FRANCO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010.
- MODUGNO FRANCO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- MOLASCHI VIVIANA, in *I livelli delle prestazioni nella sanità*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 517 e ss.

- MOLASCHI VIVIANA, *Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali e doveri dell'amministrazione sanitaria*, in *Foro amministrativo TAR*, 2009, n. 4, pag. 981 e ss.
- MONTANARI VERGALLO GIANLUCA, FRATI PAOLA, ZAMPI MASSIMILIANO, DI LUCA NATALE MARIO, *La responsabilità penale per trattamento chirurgico arbitrario*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2010, n. 1, pag. 21 e ss.
- MONTESANO LUIGI, *Giurisdizione volontaria* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, Utet, Roma, pag. 3 e ss.
- MONTESANO LUIGI, ARIETA GIOVANNI, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2002, vol. II, tomo II.
- MONTI M.M., VANHAUDENHUYSE A., COLEMAN M.R., BOLY M., PICKARD J.D., TSHIBANDA L., OWEN A.M., LAUREYS S., *Willful Modulation of Brain Activity in Disorders of Consciousness*, in *New England Journal of Medicine*, 2010, n. 362, pag. 579 e ss.
- MONTUSCHI LUIGI, *Art. 32, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, pag. 146 e ss.
- MORANA DONATELLA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002.
- MORTATI COSTANTINO, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza Costituzionale repubblicana*, III, Giuffrè, Milano, 1972.
- MORTATI COSTANTINO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1958.
- NANNINI UBALDO GIUSEPPE, in *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano 1989.
- NERI DEMETRIO, *Il diritto di decidere la propria fine*, in s. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il Governo del corpo*, vol. II del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 1791 e ss.
- NICOLUSSI ANDREA, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, pag. 269 e ss.
- NICOLUSSI ANDREA, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europae diritto privato*, 2009, n. 1, pag. 1 e ss.
- OCCHIENA MASSIMO, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.
- OCCHIOCUPO NICOLA, *Liberazione e promozione umana: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano, 1988.
- ONDEI EMILIO, *Le Persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, Torino, 1965.
- OPPO GIORGIO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, fasc. 5, pag. 499 e ss.
- PAJARDI PIERO, *La giurisdizione volontaria*, Milano, Giuffrè, 1963.

- PALMIERI VINCENZO MARIO, *Medicina forense*, I, Morano, Napoli, 1964.
- PARIS DAVIDE, *Coscienza e politica nell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni regionali*, 2011, n. 1, pag.151 e ss.
- PASSERIN D'ENTREVES ALESSANDRO, *La dottrina del diritto naturale*, Ed. di Comunità, Milano, 1954.
- PASTORI GIORGIO, *Diritti della persona e interesse della collettività nel Servizio sanitario nazionale*, ora in *Scritti scelti*, vol. I, Jovene, Napoli, 2010.
- PASTORI GIORGIO, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto pubblico*, 2002, n. 1, pag. 85 e ss.
- PASTORI GIORGIO, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in AA. VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 1083.
- PASTORI GIORGIO, *Società e Stato in Italia dal 1948 ad oggi*, in AA.VV., *Stato e senso dello stato oggi in Italia*, Atti del LI Corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Pescara, 20-25 settembre 1981, Vita e Pensiero, Milano, 1981.
- PATTI SALVATORE, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi (a cura della), in www.partecipasalute.it.
- PERTICONE GIACOMO, *Stato (Teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1987.
- PESANTE MICHELE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958.
- PEZZINI BARBARA, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 1, pag. 21 e ss.
- PEZZINI BARBARA, *La scelta terapeutica tra esercizio di potere e assunzione di responsabilità (profili costituzionali del caso Di Bella)*, in Bruti Liberati Eugenio (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 76 e ss.
- PEZZINI BARBARA, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. Gallo, B. Pezzini (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 1 e ss.
- PICCINNI MARIASSUNTA, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in Lenti L., Palermo Fabris E., Zatti Paolo (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 361 e ss.
- PIEPOLI GAETANO, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pag. 1 e ss.
- PIO XII, *Discorso al Congresso internazionale degli Anestesisti, 24 Novembre 1957*, in *Biologia, medicina, etica. Testi del magistero cattolico*, Brescia, Queriniana, 1990.
- PIO XII, *Allocutio ad Delegatos Unionis Internationalis Sodalitatum mulierum catholicarum*, 11 sett. 1947, in AAS 39 [1947], pag. 483; *Allocutio ad membra Unionis Catholicae Italicae inter obstetrices*,

29 ott. 1951, in AAS 43 [1951], pag. 835-854; *Allocutio ad membra Consilii Internationalis inquisitionis de medicina exercenda inter milites*, 19 ott. 1953, in AAS 45 [1953], pag. 744-754; *Allocutio ad participantes XI Congressum Societatis Italicae de anaesthesiologia*, 24 feb. 1957, in AAS 49 [1957], pag. 146.

PIOGGIA ALESSANDRA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 1, pag. 127 e ss.

PIOGGIA ALESSANDRA, *Consenso informato e rifiuto di trattamenti sanitari*, in *www.astrid-online.it*.

PIOGGIA ALESSANDRA, *Il diritto alla salute e la "direttiva Sacconi" sull'obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 4, pag. 386 e ss.

PIOGGIA ALESSANDRA, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*.

PIOGGIA ALESSANDRA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 3, pag. 267 e ss.

PIOGGIA ALESSANDRA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2008, pag. 409 e ss.

PIZZORUSSO ALESSANDRO, «Normazioni etiche» e sistema delle fonti, in *Quaderni Costituzionali*, 2011, 3, pag. 637 e ss.

PIZZORUSSO ALESSANDRO, *Persone fisiche*, in *Commentario del Codice civile Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1988, pag. 16 e ss.

PLATONE, *Politica*, fr. 304a, in *Opere complete*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

POLICE ARISTIDE, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 11/12, 2003, pag. 1173 e ss.

PONZANELLI GIULIO, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, in *Foro Italiano*, 1991, fasc. 2, pt. IV, pag. 72 e ss.

PONZANELLI GIULIO, *La Corte suprema esclude la garanzia costituzionale del «right to assisted suicide»*, in *Foro Italiano*, 1998, fasc. 2, pt. IV, pag. 76 e ss.

PRINCIPATO LUIGI, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, fasc. 6, pag. 3853 e ss.

RABAGLIETTI GIUSEPPE, *Trattato di diritto sanitario*, Caparrini, Empoli, 1965.

RANDAZZO SALVO (a cura di), *Etica e diritto nella medicina di fine vita*, Aracne, Roma, 2010.

RATZINGER JOSEPH, *Fede, verità, tolleranza: il cristianesimo e le religioni del mondo*, Cantagalli, Siena, 2005.

RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit européen des droit de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007.

- RESCIGNO GIUSEPPE UGO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 1, pag. 85 e ss.
- RESCIGNO PIETRO, *La fine della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, fasc. 6, pag. 634.
- RICCIARDI VON PLATEN ALICE, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Le Lettere, Firenze, 2000.
- RIPEPE EUGENIO, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pag. 11 e ss.
- RODOTÀ STEFANO, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di) *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 169 e ss.
- ROMANO MARIO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- ROMBOLI ROBERTO, *Art. 5*, in *Commentario del Codice Civile*, Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1988.
- ROMBOLI ROBERTO, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro Italiano*, 2009, 1, I, pag. 49 e ss.
- ROSSI GIAMPAOLO, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- ROVAGNATI ANDREA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), II comma, art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 6, pag. 1141 e ss.
- SALA ROBERTA, *Etica Pubblica e Biodiritto*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e Fonti del Biodiritto*, vol. I del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 125 e ss.
- SALERNO GIULIO MARIA, *L'accesa dialettica tra poteri dello Stato ha compromesso soluzioni secondo diritto*, in *Guida al Diritto*, 2009, 8, pag. 11 e ss.
- SALVATERRA ELENA, *Capacità e competenze*, in Lenti L., Palermo Fabris E., Zatti P. (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano 2011, pag. 341 e ss..
- SANDULLI ALDO MARIA, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e società*, 1978, pag. 508 e ss.
- SANDULLI ALDO, VESPERINI GIULIO, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 1, pag. 47 e ss.
- SANTORO PASSARELLI FRANCESCO, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1959.
- SANTOSUOSSO AMEDEO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro Italiano*, 1991, 2, IV, pag. 66 e ss.
- SASSI ANDREA, *L'atto eutanasi al vaglio della cassazione civile: nessuna decisione nel merito*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, fasc. 1, p. 1, pag. 42 e ss.

- SATTA SALVATORE, *Commentario al codice di procedura civile*, CEDAM, Padova, 1959.
- SCHREIBER HANS LUDWIG, *The European Ethical Convention: Legal Aspects*, in Schauer A., Schreiber H. L., Ryn Z. (a cura di), *Ethics in Medicine*, Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 2001.
- SEMINARA SERGIO, in *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1995, n. 3, pag. 670 e ss.
- SGRECCIA ELIO, *Manuale di bioetica*, vol. 1 e 2, Milano, Vita e pensiero, 2007-2011.
- SIMEOLI DARIO, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giustizia Civile*, 2008, nn. 7-8, pag. 1727 e ss.
- SINGER PETER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli, 1989.
- TALLACCHINI MARIA CHIARA, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in Grassi, Cecchetti, Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Olschki, Firenze, 1999.
- TORRENTE ANDREA - SCHLESINGER PIERO, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999.
- TRAVI ALDO, *Un Criterio di giustizia per l'azione politica*, parte della discussione dal titolo *L'uomo, la legge, lo Stato dopo Ratzinger al Bundestag*, Irti N., Nicolussi A., Travi A., Cappellini P. (a cura di), in *Vita e Pensiero*, n. 1/2012.
- TRAVI ALDO, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012.
- TRIPODINA CHIARA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, n. 5, pag. 3723 e ss.
- TRIPODINA CHIARA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004.
- TROTTA GIANFRANCO, *Chi si imbatte in un soggetto malato ha però il dovere di avvisare l'autorità*, in *Guida al Diritto*, 2008, n. 1, pag. 71 e ss.
- VAN RENSSLAER POTTER, *Bioethics. Bridge to the future*, Prentice-Hall, 1971.
- VENCHIARUTTI ANGELO, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011.
- VEDASCHI ANNA, *Il principio personalista*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 274 e ss.
- VERONESI PAOLO, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007.
- VIAFORA CORRADO, *La proporzionalità delle cure: orizzonte normativo dell'etica dell'accompagnamento*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. III del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, pag. 565 ss.

VIDETTA CRISTINA, *I Comitati etici nel sistema sanitario*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, vol. V del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, pag. 549.

VIDETTA CRISTINA, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2009.

ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Il diritto mite, legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Imparare la democrazia*, Einaudi, Torino, 2007.

ZAGREBELSKY GUSTAVO, *La virtù del dubbio*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

ZAMPERETTI NEREO, *Le direttive anticipate tra clinica e bioetica. Il punto di vista del rianimatore*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il Governo del corpo*, vol. II del *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 2005 e ss.

ZAMPERETTI, MAZZON, ORSI, BARNESCHI, MARSILI, ROSSI, PRIMADEI, *Managing intensive supports. The attitudes of the health care workers off five Italian Hospitals to institution of CPR and admission to the ICU*, in *Minerva Anesthesiol*, 2007, n. 73, pag. 119 e ss.

ZANOBINI GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.

ZANOBINI GUIDO, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1918, I, pag. 168 e ss.

ZATTI PAOLO, *Il processo del consenso informato*, in *I nuovi diritti dell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Klesta Dosi (a cura di), *Atti del Corso-colloquio: Progetto Jean Monnet (Padova, 11 - 15 gennaio 1999)*, Cleup, Padova 2000.

ZATTI PAOLO, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, pag. 42 e ss.

ZATTI PAOLO, COLUSSI VITTORIO, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 2001.

