



SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA:

“LA DOVEROSITÀ DEI DIRITTI: ANALISI DI UN OSSIMORO COSTITUZIONALE?” - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “SUOR ORSOLA BENINCASA” DI NAPOLI – 19 OTTOBRE 2018

## IL CONSENSO INFORMATO “ALLA LUCE DELLA NUOVA NORMATIVA” TRA DIRITTO E DOVERE ALLA SALUTE

ANTONELLO LO CALZO

SOMMARIO: 1. Premessa. Il consenso informato nella sintesi tra diritto e dovere alla salute. – 2. I fondamenti costituzionali del consenso informato e il contributo decisivo della Corte costituzionale. – 3. Gli sviluppi del consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione. – 4. La legge n. 219 del 2017 come prima disciplina organica in materia di consenso informato. – 5. La valorizzazione dell'autodeterminazione del paziente tra “consenso informato”, “disposizioni anticipate di trattamento” e “pianificazione condivisa delle cure”. – 6. I caratteri dell'informazione e la consapevolezza della scelta personale del paziente. – 7. Rapporto medico-paziente: tra “alleanza terapeutica” e vincolatività delle disposizioni di volontà del paziente sulle cure. Assenza di una disciplina dell'obiezione di coscienza per il medico. – 8. Osservazioni conclusive. Una legge necessaria, destinata ad essere integrata dalla prassi.

### ***1. Premessa. Il consenso informato nella sintesi tra diritto e dovere alla salute***

Il tema del consenso informato, di grande attualità soprattutto in ragione delle recenti riforme legislative che lo hanno interessato, può assurgere a parametro emblematico della dicotomia tra diritto e dovere costituzionale alla salute, ma secondo una prospettiva del tutto particolare. Mentre si è soliti discorrere di situazioni di diritto-dovere in capo al medesimo soggetto (l'art. 32 Cost., infatti, tutela la salute come “fondamentale diritto dell'individuo”, ma, allo stesso tempo come “interesse della collettività” da cui possono derivare, per legge, “doveri” di cura in capo al medesimo soggetto che in prima istanza beneficia del diritto affermato), nel caso del consenso informato diritto e dovere si pongono in capo a soggetti diversi, ma destinati a relazionarsi imprescindibilmente nella c.d. “alleanza terapeutica”, vale a dire il paziente e il medico. Il primo, come si avrà modo di approfondire, titolare di un vero e proprio autonomo diritto all'informazione, prodromico all'espressione di un consenso “consapevole”, il secondo gravato da un vero e proprio “dovere”, dal mancato assolvimento del quale può sorgere responsabilità sia di tipo civile che penale. Al di fuori dei casi di doverosità imposti dalla legge è, altresì, interessante interrogarsi se il “corrispettivo” del consenso informato, vale a dire il “dissenso informato” possa incontrare una qualche forma di limitazione nei principi costituzionali che valga a configurare anche in questa ipotesi un dovere di curarsi (e, quindi, a non rifiutare le cure).

È stato opportunamente evidenziato<sup>1</sup> che nella disciplina del consenso informato l'aspetto del diritto è preponderante rispetto a quello del dovere. In caso contrario, la funzione dell'istituto sarebbe stata quella di un mero adempimento burocratico necessario a liberare il medico da possibili responsabilità legate al trattamento (appunto, un dovere), piuttosto che quella diretta a valorizzare l'autodeterminazione del paziente (in quanto suo diritto).

Le elaborazioni sul consenso informato non possono certo considerarsi acquisizione recente, in quanto accompagnano da diverso tempo la logica dei rapporti tra medico e paziente<sup>2</sup>. Ciò che a lungo è mancato in Italia è stata una disciplina generale dell'istituto che non fosse legata a specifiche ipotesi di malattia o trattamento di volta in volta prese in considerazione dal legislatore. Infatti, prima della recente legge 22 dicembre 2017, n. 219, numerosi sono i casi in cui il consenso informato è posto a fondamento della legittimazione dell'intervento medico secondo quanto puntualmente stabilito da diverse fonti di rango legislativo<sup>3</sup>.

Una valenza di carattere generale<sup>4</sup> si sarebbe potuta riconoscere alle disposizioni della Con-

---

<sup>1</sup> U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018, 24.

<sup>2</sup> Osserva G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Atti del convegno di Milano, 24 maggio 2010, Milano, 2012, 42 ss., che riferimenti al consenso informato sarebbero rintracciabili già nella giurisprudenza statunitense di inizio novecento, anche se una compiuta affermazione ne sarebbe fatta a partire dal caso Salgo del 1957, ove la Corte d'appello della California aveva riconosciuto la responsabilità dei medici per un intervento compiuto senza una adeguata informazione preventiva al paziente che consentisse la formazione di quello che nella sentenza viene definito alternativamente "intelligent consent" o "informed consent". Per ulteriori approfondimenti sull'origine storica del consenso informato a partire da casi giurisprudenziali del XVIII secolo l'Autore rinvia a V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, in *Acta otor. ital.*, 25, 320 s.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di biodiritto*, vol. III, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, Milano, 2011, 210 ss.

La valorizzazione del consenso informato trova, inoltre, una matrice completamente diversa nel contesto europeo dove essa si pone anche in avversione ai crimini compiuti dal regime nazista. È infatti durante il processo di Norimberga del 1946 che si pone l'esigenza di trovare un limite al potere del medico che «incontrollato, può giungere a calpestare la dignità delle persone ed a commettere i peggiori crimini». G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 4. In quella sede si poneva soprattutto il problema del rapporto tra dignità e sperimentazioni mediche, compiute in totale spregio della persona, da cui l'esigenza di subordinare ogni trattamento o esperimento al consenso volontario del soggetto, senza che questo possa essere estorto «con la violenza, l'inganno, l'astuzia, le pressioni, le illusioni o qualsiasi altra forma di influenzamento o di costrizione», ciò significa che «prima di accettare il sì dell'interessato, questi deve essere informato sulla natura, la durata e lo scopo dell'esperimento, nonché sui metodi e sui mezzi che saranno adoperati, sugli effetti spiacevoli e sui pericoli che si ha ragione di prevedere, e sulle possibili conseguenze per la sua salute o per la sua persona». A. MITSCHERLICH e F. MIELKE, *Medicina disumana. Documenti del "Processo dei medici" di Norimberga (1949)*, trad. it. P. Bernardini Marzolla, Milano, 1967, 216. Ulteriori riferimenti in M. CARDUCCI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, III, Napoli, 2010, 424 s.; A.G. SPAGNOLO e R. MINACORI, *Il consenso informato alle sperimentazioni mediche prima e dopo Norimberga*, in A. TARANTINO e R. ROCCO (a cura di), *Il Processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano, 1998, 173 ss.

<sup>3</sup> Puntuali indicazioni sul consenso informato erano, ad esempio, previste: dalla legge 25 luglio 1956, n. 837, in materia di profilassi delle malattie veneree; dalla legge del 26 giugno 1967, n. 458, sul trapianto del rene tra persone viventi; dalla legge del 14 luglio 1967, n. 592, sulla raccolta, conservazione e distribuzione di sangue umano; dalla legge del 22 maggio 1978, n. 194, sulla tutela sociale della maternità e l'interruzione volontaria della gravidanza; dalla legge del 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale; dalla legge del 4 maggio 1990, n. 107, sulle attività di trasfusione relative al sangue umano ed ai suoi componenti; dalla legge del 5 giugno 1990, n. 135, in materia di prevenzione e lotta all'AIDS; dalla legge del 25 febbraio 1992, n. 210, sull'indennizzo a favore di persone danneggiate da vaccinazioni obbligatorie; dal d.lgs., 17 marzo 1995, n. 230, in materia di protezione sanitaria contro i rischi derivanti da radiazioni ionizzanti; dalla legge dell'8 aprile 1998, n. 94, sul "multi trattamento Di Bella"; dalla legge del 1 aprile 1999, n. 91, in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti; dal d.lgs., 24 giugno 2003, n. 211, che dà attuazione alla direttiva in materia di sperimentazione di medicinali per uso clinico; dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita; dalla legge del 21 ottobre 2005, n. 219, in materia di disciplina delle attività trasfusionali e della produzione degli emoderivati. Per ulteriori e dettagliate indicazioni su ogni singolo provvedimento si rinvia a G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 56 ss.

<sup>4</sup> Sempre sul piano sovranazionale, come norma di carattere generale, si veda l'art. 3 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea il quale sancisce che «nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge». Al riguardo R.

venzione di Oviedo del 4 aprile 1997, la quale in particolare prevede all'art. 5 che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia accordato il proprio consenso libero ed informato», ma provvede, altresì, a dettare una disciplina completa del consenso informato anche in relazione alle particolari ipotesi della persona priva della capacità di prestare il consenso (in generale) o per situazioni di emergenza.

Il problema al riguardo risiede nel fatto che la Convenzione di Oviedo non è mai entrata concretamente in vigore in quanto, pur essendo stata approvata legge di autorizzazione alla ratifica n. 145 del 2001, lo strumento di ratifica non è stato mai depositato dal nostro Paese, per cui tale atto non può produrre alcun effetto sul piano normativo<sup>5</sup>. La circostanza che la suddetta Convenzione non possa esplicare effetti su un piano strettamente precettivo non ha escluso che essa potesse svolgere un'importante funzione di orientamento dell'interpretazione del giudice, come d'altra parte ha chiaramente affermato la Corte di cassazione nella sentenza n. 21748 del 2007, relativa al noto caso Englaro<sup>6</sup>.

L'indagine sull'individuazione di una disciplina generale del consenso informato può estendersi inoltre dal piano normativo in senso stretto a quello deontologico<sup>7</sup>. Se si guarda alla versione aggiornata al 2018 del Codice di deontologia medica si possono riscontrare diversi riferimenti di carattere generale al consenso informato, in particolare agli articoli 33 (Informazione e comunicazione con la persona assistita) e 35 (Consenso e dissenso informato)<sup>8</sup>, che ben dimostrano la necessaria e stretta relazione che deve legare il consenso al suo essere informato; informazione che deve tener

---

BIFULCO, *Art. 3 Diritto all'integrità della persona*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 51 ss.

<sup>5</sup> D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, 103; nonché S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum costituzionale*, 2007.

<sup>6</sup> Afferma la Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, che il mancato deposito della ratifica non implica «che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione delle norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme». Sul punto U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 36 s. In generale sull'influenza della Convenzione di Oviedo sull'interpretazione dei giudici si veda F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 4811 ss.

<sup>7</sup> D'altra parte, osserva I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato. Riflessioni a margine della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Biodiritto*, n. 1/2018, 93, che anche dal punto di vista deontologico il consenso informato non è acquisizione recente, in quanto se ne rinviene traccia già nel Codice deontologico dell'ordine dei medici della provincia di Sassari del 1903, il quale afferma che «Il medico non intraprenderà alcun atto operativo senza avere prima ottenuto il consenso dell'ammalato o delle persone dalle quali questo dipende se è minorenne e civilmente incapace. Certi casi di urgenza autorizzano però a derogare da questa regola. Ma nelle contingenze gravi domanderà, potendolo, il concorso di un collega che assuma una parte di responsabilità: ciò farà specialmente quando si tratti di procurare l'aborto a scopo terapeutico».

<sup>8</sup> La prima disposizione stabilisce che «Il medico garantisce alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura. Il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale, corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza. Il medico rispetta la necessaria riservatezza dell'informazione e la volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione, riportandola nella documentazione sanitaria. Il medico garantisce al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale», la seconda che «L'acquisizione del consenso o del dissenso è un atto di specifica ed esclusiva competenza del medico, non delegabile. Il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato. Il medico acquisisce, in forma scritta e sottoscritta o con altre modalità di pari efficacia documentale, il consenso o il dissenso del paziente, nei casi previsti dall'ordinamento e dal Codice e in quelli prevedibilmente gravati da elevato rischio di mortalità o da esiti che incidano in modo rilevante sull'integrità psico-fisica. Il medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano».

conto anche della necessaria adeguatezza alle capacità di comprensione della persona assistita<sup>9</sup>.

Ciò che cambia con la legge n. 219 del 2017 pertanto non è da ravvisare in una nuova presa di coscienza sul consenso informato, in quanto – si avrà modo di approfondirlo nei paragrafi successivi – le ampie elaborazioni della giurisprudenza costituzionale e ordinaria precedenti dimostrano una consapevolezza ben radicata al riguardo, piuttosto nel fatto che per la prima volta, e dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare, in Italia si perviene all'adozione di una legge generale, organica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento, caratterizzata da scelte chiare nella definizione dei rapporti tra autodeterminazione, diritto alla cura (o al suo rifiuto) e ruolo del medico.

## ***2. I fondamenti costituzionali del consenso informato e il contributo decisivo della Corte costituzionale***

La ricostruzione del fondamento costituzionale del consenso informato è stata ampiamente approfondita tanto in dottrina che nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tanto che oggi la connessione diretta tra consenso informato e principi fondamentali della Costituzione non può più essere messa in discussione.

Il dibattito maggiore riguarda, quindi, l'esatta individuazione di questo fondamento, essendo possibile sintetizzare le diverse tesi sostenute attorno a due "orientamenti" prevalenti: da una parte, la tesi che rinviene il fondamento del diritto al consenso informato nella sua diretta derivazione dal diritto alla salute e, quindi, dall'art. 32 Cost.; dall'altra, una tesi che può essere definita del "combinato disposto", in quanto rinviene il fondamento del consenso informato nella sintesi degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Alla seconda di queste due tesi ha aderito la Corte costituzionale sin dalla nota sentenza del 23 dicembre 2008, n. 438<sup>10</sup>, nella quale per la prima volta il Giudice delle leggi si è occupato in maniera espressa del fondamento costituzionale del consenso informato. La decisione, che ha risolto un giudizio in via principale tra lo Stato e la Regione Piemonte, si conclude con una censura della legge regionale in quanto essa è andata al di là della mera disciplina di dettaglio, disciplinando aspetti di primario rilievo che, in ragione della natura di "principio fondamentale in materia di tutela della salute" del consenso informato, dovevano essere rimessi alla conformazione del legislatore statale.

Tuttavia, l'aspetto più interessante della decisione ai nostri fini riguarda due brevi passaggi della motivazione dove la Corte specifica che il consenso informato trova un espresso fondamento costituzionale e, in particolare, in quali diritti della persona.

Quanto al primo profilo la Corte afferma che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"». Specificando, poi, la Corte ritiene che il fondamento congiunto negli artt. 2, 13 e 32 Cost. «pone in risalto la sua funzione

<sup>9</sup> Al riguardo si veda U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 41 s.

<sup>10</sup> Seguita dopo meno di un anno dalla analoga ma più sintetica sentenza Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, redatta dalla stessa giudice Maria Rita Saule. Analogamente, più di recente, la sentenza Corte cost., 18 ottobre 2016, n. 262, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, 13 marzo 2015, n. 4, (Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti), e della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, 10 luglio 2015, n. 16, (Integrazioni e modificazioni alla legge regionale 13 marzo 2015, n. 4 "Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti"), in quanto provvedimenti che, inerenti alla materia "ordinamento civile", invadevano la competenza legislativa dello Stato determinata dall'art. 117, comma 2.

di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

Proprio partendo da tale decisione non è mancato in dottrina chi abbia evidenziato – aderendo pertanto all'altra delle due tesi sopra menzionate – l'anomalia di voler fondare il diritto al consenso informato, oltre che sull'art. 32, anche su altri articoli della Costituzione. Così, ad esempio, è stata rilevata la sostanziale “inutilità” del richiamo all'art. 2 Cost., quasi si tratti di una «irrefrenabile tendenza a coinvolgere l'art. 2 Cost. quale parametro di costituzionalità anche nelle ipotesi in cui [...] sussistono specifiche disposizioni costituzionali alle quali ancorare il riconoscimento di un diritto. L'impressione è che si senta il bisogno di ricorrere all'“appoggio” dell'art. 2 Cost. ogni qual volta il riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva non sia espressamente “nominato” in una disposizione costituzionale», ma in questo caso la Corte avrebbe ben potuto far riferimento ai soli artt. 13 e 32 Cost.<sup>11</sup>.

Ma il punto più controverso riguardava il fondamento congiunto del consenso informato negli artt. 13 e 32 Cost. Sempre ad opinione della stessa Autrice, infatti, il fondamento del diritto al consenso informato potrebbe rinvenirsi nel solo art. 32 Cost., in quanto «il consenso al trattamento non è [...] il contenuto di un diritto autonomo, distinto e distinguibile da quello alla salute» ma, al contrario, al diritto alla salute «è immanente l'espressione di un consenso – e quindi, specularmente, di un eventuale dissenso – ai percorsi terapeutici proposti dal medico»<sup>12</sup>. L'unica ragione che, invece, avrebbe potuto giustificare il richiamo al parametro dell'art. 13 Cost. in merito al consenso informato poteva rinvenirsi soltanto ove i trattamenti sanitari avessero assunto il carattere di misure coercitiva, da attuare anche contro la volontà dell'interessato<sup>13</sup>.

Altra parte della dottrina, tuttavia, in maggiore adesione alle tesi della Corte costituzionale, ha ritenuto non privo di una propria autonoma rilevanza argomentativa il richiamo all'art. 13 Cost. per dare fondamento al consenso informato. Infatti, tale rinvio avrebbe la funzione di valorizzare il principio di autodeterminazione nel consenso informato, ponendo l'accento sul profilo attivo della libertà di scelta<sup>14</sup>. Pertanto, «il fatto [...] che la Corte abbia individuato come matrici del consenso informato non solo il diritto alla salute, ma anche il diritto di autodeterminazione, amplia l'ambito applicativo del principio che abbraccia non soltanto le decisioni relative alla salute, ma più in generale tutte quelle relative al corpo»<sup>15</sup>.

L'immediato fondamento costituzionale del consenso informato vale anche ad orientare una corretta lettura dell'art. 5 c.c. sugli atti di disposizione del proprio corpo. Questi infatti sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, tuttavia, tale disposizione codi-

---

<sup>11</sup> D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4972; ora anche in ID., *La salute come diritto costituzionale*, cit., 109.

<sup>12</sup> ID., *La salute come diritto costituzionale*, cit., 110. Sulla possibilità di fondare il diritto al consenso informato sull'art. 32 Cost., e in particolare, nel divieto di imposizione delle cure si vedano anche A. SIMONCINI e E. LONGO, *Commento all'art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 665; C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 329; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, c.2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubb.*, 2008, 91.

<sup>13</sup> ID., *La salute come diritto costituzionale*, cit., 116. Sul punto, anche di recente, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 31, ha ritenuto che il fondamento del diritto al consenso informato non possa essere rintracciato di fronte ad una interpretazione estensiva dell'art. 13 Cost., in quanto è sufficiente riscontrarne l'immanenza nell'art. 32, comma 2, Cost.

<sup>14</sup> Così G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 82; nonché R. BALDUZZI e D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4963.

<sup>15</sup> G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 9.

cistica non potrebbe mai essere interpretata in senso limitativo del dissenso alle cure, per cui, secondo una lettura correttamente orientata dei rapporti tra legge e Costituzione dovrebbe assegnarsi al suddetto art. 5 c.c. un significato compatibile con il diritto a rifiutare le cure anche quando comportino una lesione dell'integrità fisica<sup>16</sup>, sempre che il rifiuto sia oggetto di adeguata preventiva informazione e quindi realmente consapevole.

L'individuazione del fondamento costituzionale del consenso informato induce ad interrogarsi sulla possibilità di ricavare, dal medesimo contesto di principi, un corrispondente e contrario dovere in capo al paziente; vale a dire, a verificare la sussistenza di situazioni in cui l'eventuale rifiuto delle cure da parte del singolo, pur adeguatamente informato, possa incontrare un limite in un principio ricavato dalla Costituzione. Detto in altri termini, se la libertà di consenso-dissenso del paziente sia costituzionalmente assoluta o meno.

A tale riguardo, il dibattito si è sviluppato soprattutto a partire dal principio di solidarietà e, in particolare, dalla considerazione che le scelte sul consenso o il rifiuto delle cure non possano essere collocate sotto la mera autodeterminazione del paziente, quasi in una sorta di ambito di irrilevanza giuridica per l'ordinamento dello Stato<sup>17</sup>. La ragione di ciò andrebbe individuata nel fatto che la persona, nell'ordinamento costituzionale, è considerata valore in sé, per cui non può accettarsi un punto di vista meramente individualistico perché la vita non è qualcosa di indifferente al sistema. Tuttavia, dalla considerazione della vita umana come valore in sé alla limitazione dell'autodeterminazione nella scelta sulle cure il passo è troppo lungo da colmare, per cui non potrà riconoscersi allo Stato la possibilità di assumere posizioni coercitive in grado di vincolare le scelte individuali.

Ragionando sulla doverosità, quindi, in un ambito come quello di cui si discorre non potrebbe attribuirsi ad essa una "servalutazione" in termini giuridici, fino al punto da porsi a limite dell'autodeterminazione; potrebbe essa sì assumere uno specifico peso morale<sup>18</sup>, ma questo si collocerebbe di fatti al di fuori della sfera del giuridicamente rilevante.

In dottrina diverse sono state le voci, anche molto autorevoli<sup>19</sup>, che in qualche modo hanno sostenuto la possibilità di rinvenire una forma di doverosità delle cure nel principio di solidarietà, sulla base di una duplice considerazione legata, da una parte all'interesse dello Stato per la persona e, dall'altra, all'inserimento di quest'ultima in formazioni sociali espressamente tutelate dall'art. 2 Cost. e finalizzate al suo sviluppo.

Tuttavia, si ribadisce che tale doverosità, per quanto ispirata a profonde e moralmente condi-

---

<sup>16</sup> Sulla necessità che l'art. 5 c.c. sia interpretato alla luce della Costituzione v. G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 54. Secondo U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 11, «l'entrata in vigore della Carta costituzionale ha comportato un'implicita riscrittura dell'art. 5 del codice civile [...]. La costituzionalizzazione del principio personalistico ha comportato che la *questio* relativa alla portata dell'art. 5 del codice civile fosse reimpostata in termini non più di *potere* di disporre, ma di *libertà* di decidere del proprio corpo». Su una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c. si rinvia a R. ROMBOLI, *Art. 5. La libertà di disporre del proprio corpo*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1988, 241.

<sup>17</sup> Osserva G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 104, che «in un ordinamento autenticamente solidale e relazionale, il rifiuto di un trattamento sanitario, che porta al sacrificio della vita, non può essere confinato in un limbo di irrilevanza giuridica, dominato esclusivamente dall'autonomia del singolo», tuttavia, «l'ordinamento [...], se non potrà certo impedire una scelta di autodeterminazione contraria alla vita, neppure potrà incentivare quella scelta agevolandola».

<sup>18</sup> Sempre G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 105, ad esempio, ritiene che particolari condizioni di vita possano fungere da metro della valutazione della doverosità legata alla solidarietà, si pensi in particolare alla «condizione di genitore con figli in minore età» se non possa comportare una diversa valutazione sul rifiuto delle cure «da cui deriva la sicura morte del paziente, per la responsabilità che ha quel paziente di mantenere, istruire e far crescere i propri figli».

<sup>19</sup> Si veda in particolare A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in M. GENABELLA FURNARI e A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, 2010, 307 ss., il quale pone l'accento sul necessario bilanciamento tra autodeterminazione e altri valori costituzionali che richiamano la responsabilità. La persona avrebbe quindi il diritto-dovere di prendersi cura di sé fino alla fine, ove al diritto dovrebbe riconoscersi appunto la funzione di "imporre l'esercizio del dovere di solidarietà". Già in passato, però, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana (1961)*, ora in ID., *Raccolta di studi*, III, Milano, 1972, 437, in modo più radicale collegava l'esistenza di un dovere di curarsi a ragioni di solidarietà sociale. Analogamente P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

visibili ragioni di solidarietà, potrebbe assurgere ad un mero rilievo etico<sup>20</sup>, ma non al punto da tradursi in una doverosità di tipo giuridico, la quale necessita, per sua natura, di misure coercitive e concretamente limitative dell'autodeterminazione. Come è stato correttamente osservato «il dovere morale di curarsi, che può scaturire [...] da responsabilità verso altre persone, o può attingere a valori trascendenti, non si traduce nell'obbligo giuridico di preservare la propria vita ad ogni costo, essendo prevalente il rispetto della libertà della persona e della sua dignità»<sup>21</sup>.

In conclusione, la solidarietà può fungere da limite all'autodeterminazione e, quindi, alla scelta di consentire o rifiutare le cure, ma soltanto su un piano etico e non giuridico. Da quest'ultimo punto di vista l'autodeterminazione non può subire compressioni<sup>22</sup>.

### 3. *Gli sviluppi del consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione*

Il consenso informato, si è detto, non giunge alla legge n. 219 del 2017 come istituto privo di qualsiasi disciplina, in quanto aveva ricevuto nel tempo un'ampia conformazione che gli derivava da un numero cospicuo di sentenze della Corte di cassazione<sup>23</sup>, sia precedenti che successive alla sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2008.

A partire dalla sentenza Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639<sup>24</sup>, la Suprema Corte ha riconosciuto la stretta relazione che deve sussistere tra consenso ricevuto e trattamento medico praticato, affermando la responsabilità penale del medico (per lesioni o omicidio preterintenzionale) ove abbia posto in essere, in assenza di ragioni di necessità e urgenza, un intervento di più grave entità rispetto a quello per il quale aveva fornito informazione e raccolto il consenso. La giurisprudenza della Cassazione non segue, però, un percorso lineare nella sua evoluzione, ad esempio, con la sentenza Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437<sup>25</sup>, sembra collegare la responsabilità penale del

---

<sup>20</sup> A tale conclusione pare giungere anche chi, come A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit., 336, ha sostenuto il diritto dovere di prendersi cura di sé fino alla fine, ove afferma che «il diritto, come si sa, può imporre l'esercizio del dovere di solidarietà; certo, non può prescrivere ad alcuno con quale animo adempiervi. È l'etica e, ancora prima (e di più), la religione che riesce a convertire, in modo mirabile, innalzandola in una sfera non raggiungibile dal diritto, la solidarietà in fraternità».

<sup>21</sup> Così G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 17 s. Analogamente, di recente, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 16 s., ha rilevato che i fini solidaristici non potrebbero mai estendersi fino al punto da limitare la scelta sulle cure, perché «la persona [...] non è per nessun motivo strumentalizzabile [...], neanche per fini solidaristici o collettivistici». D'altra parte, l'Autore rileva il controsenso di considerare l'operatività della solidarietà in modo unilaterale, cioè, solo per coloro che hanno prestato il loro consenso alle cure e non anche per quelli che l'hanno rifiutato. Nemmeno sarebbe possibile, ad opinione di altri autori (G. GEMMA, *Diritto a rifiutare le cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 20 ss.), individuare un limite all'autodeterminazione nel rifiuto delle cure in altri specifici doveri costituzionali, quali quello al lavoro e alla difesa della Patria, al mantenimento e all'educazione di figli.

<sup>22</sup> L'interesse dello Stato per la vita umana individuale potrebbe, quindi, manifestarsi attraverso una «strategia della persuasione» diretta ad incentivare l'attenzione e l'interesse dei cittadini per la propria salute. Si veda C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, cit., 330. Un'interessante ambito di applicazione della suddetta strategia potrebbe riguardare, ad esempio, un tema di particolare attualità, quello delle vaccinazioni obbligatorie, ove una maggiore efficacia nell'adesione del cittadino alle scelte fatte a monte dal legislatore potrebbe conseguirsi attraverso adeguate campagne di informazione sull'utilità delle vaccinazioni, piuttosto che attraverso un asettico obbligo vaccinale, percepito come imposizione ed esposto al contemporaneo rischio di quella che, con un po' di libertà, potrebbe definirsi «mistificazione ascientifica».

<sup>23</sup> Al riguardo, per una più approfondita trattazione si veda G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 67 ss.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, «il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità, del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità».

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437, «ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il

medico non tanto al profilo del consenso, ma all'esito fausto o infausto del trattamento medico, prevedibile in prospettiva, ma non oggetto di previo consenso del paziente. In una successiva sentenza, 7 aprile 2011, n. 13746, addirittura la Suprema Corte svincola il profilo della responsabilità dal consenso nell'ipotesi in cui il medico, pur avendo fornito tutte le informazioni necessarie e aver raccolto il consenso, abbia operato in spregio del codice deontologico dando luogo ad una forma di accanimento terapeutico.

Particolarmente interessante è la giurisprudenza della Cassazione civile, la quale probabilmente offre spunti maggiori di riflessione e approfondimento sui principi attorno a cui ruota il consenso informato.

A partire dal noto caso Englaro, con la sentenza Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, la Suprema Corte ha affermato in via di principio che «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi» ed inoltre «esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico». Corrispettiva al consenso informato è, altresì, «la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»<sup>26</sup>. In pratica, secondo la Corte, l'aspetto consensuale è quello che domina le relazioni di cura tra medico e paziente, al punto tale da configurare un vero e proprio «diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire», senza che ciò si traduca in una forma di eutanasia «esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale».

In successive decisioni la Corte di cassazione ha precisato ulteriormente la portata del consenso informato, sia contribuendo a configurarlo come diritto "autonomo", sia precisando i caratteri dell'informazione adeguata.

Quanto al primo profilo la Suprema Corte, pur mantenendo il diritto al consenso informato nel novero del diritto alla salute lo ha distinto dal diritto all'integrità fisica, al punto che la sua lesione è immediatamente risarcibile a prescindere dall'esito dell'intervento.

Con la sentenza Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847, si è infatti affermato che il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute, per cui «anche in assenza di lesione alla salute per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, si prospetta – ove manchi il consenso informato – la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente: sarà pertanto risarcibile, a condizione che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa, il conseguente danno non patrimoniale, che corrisponde sia alla privazione della possibilità di scelta spettante al paziente tra interessi configgenti a quest'ultimo facenti capo, sia al turbamento e alla sofferenza provocati dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate»<sup>27</sup>.

---

profilo della fattispecie di cui all'art. 582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 c.p.). In questo senso anche Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638.

<sup>26</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, «ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».

<sup>27</sup> Numerosi sono i casi in cui la Suprema Corte ha ribadito tali principi, per tutte, anche di recente si vedano Cass. civ., Sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220; Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751; Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854; Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2015, n. 14642; Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2016, 10414; Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2018, n. 9180. Ampi riferimenti al riguardo in N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla personalizza-*



In questo senso, gli eventuali inadempimenti del medico in ordine all'informazione e al consenso non si connettono nello specifico ad una lesione dell'integrità fisica, ma costituiscono un'autonoma lesione dell'autodeterminazione del paziente.

La Cassazione ha, infine, puntualizzato i caratteri dell'informazione in quanto prodromica all'acquisizione del consenso<sup>28</sup>. Questo «deve essere personale, specifico ed esplicito, nonché reale ed effettivo. Invero, il consenso deve essere pienamente consapevole, ossia deve essere “informato”, dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico ed implicando, quindi, la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative». Inoltre, l'informazione «deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate e adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado di conoscenze specifiche di cui dispone»<sup>29</sup>. La funzione dell'informazione, quindi, nella prospettiva della Cassazione, non sarebbe tanto quella di colmare il divario di conoscenza tra medico e paziente, ma di permettere a quest'ultimo di autodeterminarsi sulla scelta<sup>30</sup>. Ad ogni modo, si tornerà su questo aspetto, il problema dell'asimmetria informativa si pone su un piano pratico difficilmente superabile, a tal punto da indurre ad interrogarsi sulla effettività dell'informazione in determinate ipotesi.

Prima della legge n. 219 del 2017 abbiamo, pertanto, un consenso informato perfettamente definito nei suoi tratti essenziali dalla giurisprudenza come diritto fondamentale del paziente, cui corrisponde l'omologo diritto al rifiuto informato; diritto autonomo da quello all'integrità fisica e fondato su un'informazione che abbia determinati requisiti di adeguatezza, completezza ed effettività.

#### **4. La legge n. 219 del 2017 come prima disciplina organica in materia di consenso informato**

La legge n. 219 del 2017 non ha, quindi, disciplinato per la prima volta il consenso informato nel nostro ordinamento, piuttosto ha voluto porre rimedio a gravi lacune normative, evidenziate a più riprese dalla giurisprudenza<sup>31</sup>, nella regolamentazione, in generale, dei rapporti tra autodeterminazione del paziente e consenso/dissenso alle cure<sup>32</sup>. Già dal titolo “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento” emerge che l'intento del legislatore fosse quello di fornire una disciplina organica, ad ampio spettro, sulle situazioni più controverse legate al rap-

---

*zione del rapporto medico-paziente*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 9 ss.; ID., *Il “problema” del consenso informato: dai diritti del malato alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Med. e mor.*, n. 3/2017, 371 ss.; R. CATALANO e A. MARTINO, *Il consenso informato: la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente e la tutela risarcitoria*, in *Quest. giust.*, n. 2/2016, 191 ss.

<sup>28</sup> Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847, stabilisce, infatti, che l'obbligo di informazione «deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente».

<sup>29</sup> Cass. civ., Sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220. Inoltre, su un carattere non meramente formale dell'informazione Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2013, n. 18334, «il professionista sanitario ha l'obbligo di fornire tutte le informazioni possibili al paziente in ordine alle cure mediche o all'intervento chirurgico da effettuare. Deve sottoporre al paziente, perché lo sottoscriva, un modulo non generico dal quale sia possibile desumere con certezza l'ottenimento in modo esaustivo da parte del paziente di dette informazioni».

<sup>30</sup> N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato*, cit., 6 s.

<sup>31</sup> Si pensi a Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, ove «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», esponendo così il giudice ad una “pericolosa” attività di interpretazione svolta sul confine dei rapporti con la discrezionalità del legislatore.

<sup>32</sup> Osserva U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 7 s., che l'adozione di una legislazione espressa in materia nasce dall'esigenza di una maggiore garanzia della certezza giuridica, risolvendo una molteplicità di problematiche che in precedenza dovevano essere necessariamente rimesse al giudice.

porto di cura, sia per la persona cosciente, sia in previsione di una eventuale (o prevedibile) perdita di coscienza futura. Ciò ha imposto una chiara presa di posizione “ideologica” su determinate questioni che può tradursi, in termini estremamente sintetici, in una decisa prevalenza dell’autodeterminazione individuale su altri fattori coinvolti nell’ambito del diritto al consenso/dissenso alle cure. La legge in commento, quindi, più che una legge sul consenso informato, può essere definita come una legge sull’autodeterminazione della persona in ambito medico, dove la disciplina del consenso informato è svincolata dalle particolarità dei singoli provvedimenti che la prevedevano in passato ed inserita nel contesto generale che le è proprio: quello delle scelte sulla propria salute presente e futura alla luce di una consapevole determinazione individuale.

La delicatezza “ideologica” dei temi trattati rende, come sempre, difficile l’espressione di un giudizio basato su obiettivi dati giuridici e ciò ha acuito nel tempo la difficoltà nel giungere all’approvazione parlamentare di una legge coinvolgente in prima battuta temi etici, la cui risoluzione, però, veniva faticosamente rimessa all’attività interpretativa del giudice.

La difficoltà di cui si discorre ben può essere dimostrata ponendo a raffronto alcuni passaggi della legge n. 219 con il precedente disegno di legge “Calabrò”<sup>33</sup>, ispirato ad un’etica diversa da quella dell’attuale legge.

Già gli *incipit* dei due atti, nel definire la “traccia” ideologica che li ispira, denotano una profonda differenza. Entrambi pongono “a sistema” la disciplina che intendono dettare con gli art. 2, 13 e 32 Cost. – con ciò recependo le argomentazioni in passato offerte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2008 – tuttavia, differiscono completamente nella fissazione del valore preminente che li ispira<sup>34</sup>. Mentre il ddl Calabrò «riconosce e tutela la vita umana, quale diritto inviolabile e 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 previsti dalla legge», la legge n. 219 «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata».

Un secondo aspetto è quello che concerne la definizione dei rapporti di cura tra medico e paziente. Mentre il ddl Calabrò usa una formula dall’effetto semantico più forte, parlando di «*alleanza terapeutica* costituitasi all’interno della relazione tra medico e paziente», la legge n. 219 preferisce la valorizzazione della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l’autonomia decisionale del paziente e la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico». Tale impostazione, pur non riducendo il medico a mero esecutore della volontà del paziente<sup>35</sup>, denota una chiara impostazione nei rapporti di prevalenza: prima viene il paziente, poi il medico.

Ancora, entrambi gli atti avevano per scopo di chiarire definitivamente la collocazione o meno dell’alimentazione e idratazione artificiale tra i trattamenti sanitari, a cui sarebbe seguita la possibilità di porle o meno ad oggetto di rifiuto da parte del paziente. Anche su questo profilo si riscontra una netta contrapposizione nell’impostazione con il ddl Calabrò che le sottraeva espressamente

---

<sup>33</sup> L’A.C. 3596, presentato alla Camera il 9 febbraio 2016, recante “Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento”, ha ripreso sostanzialmente l’A.C. 2350, approvato alla Camera il 12 luglio 2011 in prima lettura e decaduto per la fine della legislatura. Per considerazioni critiche su tale disegno G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 26 ss.; C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato “Calabrò” su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum costituzionale*, 2009.

<sup>34</sup> Al riguardo P. SERRAO D’AQUINO, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e advance care health planning: prime considerazioni riguardo alla legge sul “testamento biologico”*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, n. 1/2018, 2 s.

<sup>35</sup> Al riguardo B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Napoli, 2018, 88. Contraria a tale lettura R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita: la nuova legge sul biotestamento*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, n. 2/2018, 14.

dagli oggetti disponibili con dichiarazioni anticipate di trattamento<sup>36</sup> e la legge n. 219 che le equipara agli altri trattamenti sanitari e, al pari di questi, rientranti nella piena disponibilità del paziente<sup>37</sup>.

L'ultimo e rilevante profilo di divergenza è quello che riguarda il vincolo derivante dalle dichiarazioni del paziente. Mentre quando si parla di consenso informato questo è pieno, controversa è stata la rilevanza da attribuire al vincolo derivante dalle disposizioni anticipate. Il ddl Calabrò, infatti, non pare attribuire alle dichiarazioni carattere vincolante, ma meramente "orientativo", ricalcando quanto già affermato sul piano internazionale dalla Convenzione di Oviedo<sup>38</sup>. Le dichiarazioni cui si riferisce la legge n. 219 sono «manifestazioni di volontà e non di opinioni»<sup>39</sup>, per cui «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari», potendo essere disattese soltanto in ipotesi particolari (come si avrà modo di specificare). D'altra parte, anche a tale riguardo è determinante la scelta lessicale in quanto il ddl Calabrò parla di "dichiarazioni", mentre la legge n. 219 di "disposizioni", attribuendo a manifestazioni contenutisticamente identiche una precettività sul piano giuridico ben diversa<sup>40</sup>.

Questi aspetti, unitamente al fatto che nella legge n. 219 ricevono disciplina istituti con funzioni diverse (consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione condivisa delle cure), inducono a ritenere che il vero fine della legge non sia stato quello, pur meritevole, di dare veste organica alla disciplina del consenso informato prima sparsa tra innumerevoli testi legislativi o ricavabile dalla giurisprudenza della Cassazione, ma quello di approntare un testo organico in materia di autodeterminazione del singolo in ambito medico.

### **5. La valorizzazione dell'autodeterminazione del paziente tra "consenso informato", "disposizioni anticipate di trattamento" e "pianificazione condivisa delle cure"**

La valorizzazione dell'autodeterminazione è il filo conduttore dell'intera legge n. 219 del 2017 e pervade sostanzialmente tutti gli istituti che essa disciplina.

Il consenso informato, così come regolato dalla legge<sup>41</sup>, costituisce sia il "presidio" al rispetto della libertà e dell'autodeterminazione della persona sulla propria dimensione corporea, sia uno strumento di disciplina della relazione tra medico e paziente, il quale appare improntato alla necessaria autorizzazione che deve essere rilasciata dal titolare del diritto<sup>42</sup>. Esso conserva intatta la sua impostazione "duale" comprensiva del momento informativo e di quello dell'accettazione, la quale

---

<sup>36</sup> Lo stesso disegno, all'art. 3, comma 5, affermava che «l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno delle funzioni vitali e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita».

<sup>37</sup> Critica, in quanto fallace, il ragionamento seguito dal ddl Calabrò, P. SERRAO D'AQUINO, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e advance care health planning*, cit., 12.

<sup>38</sup> A. D'ALLOIA, *Eutansia (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., Torino, 2012, 300 ss.

<sup>39</sup> P. SERRAO D'AQUINO, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e advance care health planning*, cit., 9.

<sup>40</sup> Criticamente su tale profilo R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 13 s., osserva che una disciplina intesa a dare preminenza alla sola dichiarazione di volontà del malato, pur rispettosa dell'autodeterminazione, vincola il medico anche quando "palesamente assurda o dannosa", senza che al riguardo sia possibile alcuna «forma di controllo giuridicamente rilevante sul bene della persona». Per un'analisi attenta della scelta terminologica e della sua incidenza sul livello di vincolatività si veda U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 10 ss.

<sup>41</sup> Va infatti precisato che la legge non fornisce una definizione di consenso informato, dando per presupposto che ve ne sia una univocamente riconosciuta. Cfr. I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato*, cit., 91 s.

<sup>42</sup> S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Biodiritto*, n. 1/2018, 21.

a sua volta potrà essere intesa nella duplice prospettiva del consenso e del dissenso<sup>43</sup>.

Ciò che interessa maggiormente, sotto il profilo dell'autodeterminazione, riguarda l'espressa disciplina non soltanto del consenso informato come fondamento di liceità dell'attività medica (acquisizione sicuramente non recente), ma della possibilità, a fronte di adeguata informazione, di «rifiutare, in tutto o in parte, [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso». L'espressa disciplina del «rifiuto informato» assume una duplice funzione: da una parte essa costituisce uno degli strumenti attraverso i quali si manifestano le scelte personalissime del malato sul proprio corpo e sulla propria salute, dall'altra vale a risolvere definitivamente la questione inerente alla responsabilità del medico, il quale, di fronte ad un rifiuto raccolto nelle modalità stabilite dalla legge, non potrà essere oggetto di alcun addebito di responsabilità<sup>44</sup>.

Il principio di autodeterminazione è il fulcro dell'intera disciplina del consenso informato, anche per quanto riguarda le ipotesi di soggetti in particolari condizioni che lo devono prestare. Si pensi all'art. 3 della legge n. 219 che tende a valorizzare, per quanto possibile, l'autonomia di scelta del minore o dell'incapace nella formazione del consenso, questi devono ricevere informazioni adeguate al loro grado di comprensione, soprattutto alla luce della loro partecipazione al processo decisionale. Infatti, se il consenso è espresso o rifiutato per il minore dagli esercenti la potestà genitoriale o dal tutore, questi devono pur sempre tener conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e alla sua capacità. Addirittura, nel caso dell'inabilitato è quest'ultimo a prestare o rifiutare il consenso, salvo la nomina di un amministratore di sostegno. La *ratio* di tale ampio coinvolgimento risiede nella necessità di garantire eguale dignità e libertà al malato, senza che queste possano subire pregiudizio in ragione delle sue diverse condizioni di capacità<sup>45</sup>.

La focalizzazione sull'autodeterminazione, d'altra parte, costituisce il filo conduttore che garantisce l'omogeneità del provvedimento legislativo, consentendo di assimilare istituti ontologicamente distinti. Già in passato era stato evidenziato che il consenso informato e le direttive di trattamento, per quanto riconducibili ad una comune matrice, fossero espressione di distinte esigenze di tutela<sup>46</sup>. La legge n. 219 non solo mantiene tale distinzione, ma addirittura aggiunge un ulteriore istituto – la pianificazione delle cure – che si colloca a metà strada tra i primi due.

La differenza tra i tre istituti è abbastanza semplice da individuare. Il consenso informato ha carattere di attualità, nel senso che si riferisce ad uno specifico trattamento nell'imminenza della sua concreta realizzazione, pertanto presuppone già una patologia in atto rispetto alla quale il trattamento ha margini più o meno elevati di tempestività. Le disposizioni anticipate di trattamento, invece, non hanno il carattere della attualità e, soprattutto, della necessità. Questo significa che le stesse possono essere adottate da chiunque, anche se non affetto da alcuna patologia, in vista di una eventuale futura patologia che dovesse sopraggiungere quando il soggetto è ormai privo di coscienza. Si tratta di una dichiarazione resa in un determinato momento storico (l'art. 4, comma 1, della legge n. 219 dispone che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di

---

<sup>43</sup> E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 81 s.

<sup>44</sup> S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente*, cit., 22, osserva che la disposizione del comma 5 dell'art. 1, relativa appunto al rifiuto delle cure, è formulata ancora in termini eccessivamente vaghi tali da determinare ancora il dubbio sulla responsabilità del medico ove gli sia richiesto di porre in essere una condotta attiva necessaria a dare attuazione alla rinuncia alla prosecuzione del trattamento sanitario.

<sup>45</sup> Osserva G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 46 ss., che la Costituzione riconosce pari dignità a tutti i cittadini a prescindere dalle loro condizioni di capacità. Ora, visto che la condizione di capacità/incapacità non è standardizzata, ma va valutata adeguatamente a ciascuna persona, occorrerà tener conto sempre dell'effettivo grado di capacità e volizione del minore o dell'incapace, senza la possibilità di adottare soluzioni che aprioristicamente tendano a estrometterli dalla gestione del rapporto terapeutico del quale restano pur sempre i protagonisti.

<sup>46</sup> In questo senso già G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 2009, 528, affermava che la diversità concettuale tra consenso e direttive fa sì che «le direttive anticipate, il testamento biologico, non possono essere una specie di succedaneo del consenso informato».

un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari») per il futuro, e ciò vale a distinguerne anche determinati profili di vincolatività rispetto al consenso informato.

Intermedia, si diceva, è la *ratio* della pianificazione condivisa delle cure disciplinata dall'art. 5 della legge in commento. Infatti, questa ha in comune con le DAT l'essere rivolta al futuro, per l'ipotesi in cui «il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità», ma, a differenza di queste, non è rivolta a qualsiasi possibile ed imprevedibile patologia o trattamento che possa riguardare il titolare del diritto, ma presuppone una patologia cronica o invalidante in atto, «caratterizzata da inarrestabile evoluzione verso prognosi infausta».

È evidente che, essendo diverse le condizioni in presenza delle quali si può ricorrere agli istituti sopra richiamati cambieranno anche le condizioni dell'informazione che il medico deve fornire al paziente. Premesso che l'informazione deve sempre sussistere, questa si esplicherà diversamente per il consenso informato e la pianificazione delle cure da una parte e per le DAT dall'altra. Mentre nel caso del consenso e della pianificazione abbiamo una precisa patologia in atto il medico sarà tenuto a dare un tipo di informazione maggiormente dettagliata, sia in merito al possibile evolversi della malattia sia in ordine alle conseguenze dei trattamenti<sup>47</sup>. Nel caso delle DAT la malattia oltre che non attuale è anche imprevedibile, per questo motivo l'informazione non può avere lo stesso livello di completezza (non essendo immaginabile fornire informazioni su tutte le patologie esistenti)<sup>48</sup>. La differenza che, inoltre, caratterizza consenso e pianificazione risiede nel fatto che mentre il primo si riferisce generalmente ad un singolo atto terapeutico, la seconda ha uno spettro più ampio, rivolgendosi ad un "percorso"<sup>49</sup>.

In dottrina non è mancato chi abbia rilevato una probabile contraddizione tra consenso informato e DAT, nella misura in cui, se il primo, per il suo valido rilascio, presuppone che il paziente si determini nell'attualità attraverso un bagaglio di informazioni e una comprensione adeguata allo scopo, nel caso delle DAT non potrebbe ritenersi effettivamente rispettato questo principio, visto che sono destinate a trovare applicazione in un momento futuro in presenza di una imprevedibile malattia, non corrispondendo ad esse un vero e proprio consenso, ma al più un "desiderio"<sup>50</sup>.

Tale timore mi pare possa essere agevolmente superato se si riflette sull'esatto oggetto della legge in commento. Come si è accennato la legge n. 219 non è tanto una legge sul consenso informato, altrimenti non si spiegherebbe l'inserimento della disciplina di istituti completamente diversi, quanto piuttosto una legge "organica" sull'autodeterminazione della persona nella sfera medica che la riguarda. In questo senso non può leggersi contrasto tra consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento sulla base della considerazione che anche le seconde debbano rispettare i medesimi requisiti di effettività ed attualità del primo, ma deve porsi l'accento sulla valorizzazione dell'autodeterminazione (non del consenso in sé) la quale prescinde dalla attualità ed è pienamente realizzata anche quando la manifestazione di volontà riguarda un fatto futuro e imprevedibile; ove

---

<sup>47</sup> F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previste dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 54 ss.

<sup>48</sup> P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 66.

<sup>49</sup> P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, cit., 68.

<sup>50</sup> R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 14, osserva che «la legge si rivela così inaspettatamente contraria al principio, enunciato nell'art. 1, del consenso informato, se si considera che il consenso può essere veramente libero e informato soltanto quando, trovandosi il soggetto in una determinata occorrenza di malattia, gli vengano spiegate le proprie condizioni di salute e le diagnosi, le prognosi, i benefici e i rischi dei trattamenti sanitari, le possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento e della rinuncia al medesimo. Pertanto, può dirsi che una disposizione effettuata anticipatamente, magari anni prima rispetto al momento in cui si pone la necessità del trattamento, non corrisponde veramente ad un consenso informato, bensì esclusivamente ad un desiderio. Da questo punto di vista, la legge va contestata per la sua sostanziale contraddittorietà, giacché, tramite la vincolatività delle DAT, travolge il principio del consenso informato che soltanto fittiziamente pare posto a fondamento dell'intera legge stessa».

così non fosse, ipotizzando che la stessa persona che oggi ha disposto per il rifiuto domani possa preferire sottoporsi alle cure, si finirebbe irrimediabilmente per affidare ad un terzo il compito di interpretare la volontà presunta del malato privo di coscienza, vanificando di fatto l'utilità delle DAT<sup>51</sup>.

La valorizzazione dell'autodeterminazione ad opera della legge n. 219 del 2017 si inserisce a pieno titolo nella progressiva evoluzione dei rapporti tra medico e paziente da un modello paternalista ad un modello personalista<sup>52</sup> nel quale la persona non è più semplice oggetto della tutela, ma diventa parte attiva della stessa. L'autodeterminazione è, quindi, intimamente connessa al personalismo, il quale «non può che tutelare la capacità del soggetto di non perdere il controllo sul proprio corpo, non esistendo alcuna ragione per non poterlo fare durante la fase del trattamento. Il diritto fondamentale al consenso (e con esso il principio di autodeterminazione) non si perde neanche con la perdita della coscienza, non potendo la persona essere privata di tale diritto fondamentale sia perché esso è inviolabile sia perché lo esige il principio di eguaglianza; ciò che cambia è l'esercizio del diritto»<sup>53</sup>.

### **6. I caratteri dell'informazione e la consapevolezza della scelta personale del paziente**

La validità del consenso prestato dipende indissolubilmente dall'informazione offerta al paziente. Già in tempi remoti era stata evidenziata l'importanza di un'informazione adeguata alla formazione della consapevolezza personale sull'atto medico cui ci si andava a sottoporre, infatti, «il paziente è di regola un profano dell'arte medica, per cui il suo consenso non avrebbe senso, se egli non ricevesse dal medico stesso le informazioni e le spiegazioni opportune», tuttavia «al fine di spiegare la portata dell'intervento, il medico non è tenuto [...] a svolgere per ogni cliente una lezione di scienza medica, che spesso potrebbe non essere neppure capita, [...] ma] le spiegazioni vanno adeguate al livello di intelligenza e di istruzione del paziente»<sup>54</sup>. Nel tempo si è quindi assistito ad una progressiva evoluzione del concetto di informazione in campo medico, sempre più inserita in un quadro di condivisione<sup>55</sup>, da cui «l'inderogabile esigenza di fornire al singolo un'informazione completa e comprensibile, con il superamento del meccanismo della delega al tecnico come unico modello di rapporto prospettabile a livello singolo, e con l'avvio di forme di controllo e di gestione partecipativa a livello collettivo»<sup>56</sup>.

L'informazione assolverebbe pertanto ad una duplice funzione. In primo luogo, essa è pro-

---

<sup>51</sup> In questo senso si veda U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 11 ss., il quale rileva che la *ratio* delle DAT risiede proprio nella conservazione della loro attualità nel tempo, ove si ponesse in dubbio questa sulla scorta di un criterio meramente cronologico (disporre "ora per allora"), ne verrebbe sostanzialmente mortificata l'essenza. Infatti, «la conclusione paradossale del non attribuire valore giuridico-vincolante alle DAT è che, per escludere la possibilità del rischio di inattualità derivante dallo sfasamento temporale tra il momento in cui sono state redatte e quello in cui vengono applicate, si mortifica, fino ad annullarla, l'autonomia del malato, finendo col far prevalere il paternalismo del medico su una manifestazione di volontà comunque espressa (inattuale in senso cronologico ma non in senso logico)».

<sup>52</sup> La differenza conoscitiva tra medico e paziente faceva sì che quest'ultimo si ponesse in un rapporto di subordinazione rispetto al primo. La medicina, le cui conoscenze erano poste nelle mani esclusive del medico, lasciava uno spazio molto limitato alla determinazione individuale. Al contrario oggi «si assiste ad una vera e propria emancipazione del paziente e si riconosce una maggiore autonomia del singolo malato le cui libere scelte vengono legittimate nell'ambito d'un rapporto terapeutico paritetico ed equiparato». N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato*, cit., 17.

<sup>53</sup> U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 17.

<sup>54</sup> G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 959 ss.

<sup>55</sup> Si pensi a quanto afferma C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 547, secondo cui il consenso «può definirsi come il risultato di un processo di condivisione degli elementi di certezza e di incertezza legati ad una determinata proposta diagnostica e terapeutica».

<sup>56</sup> B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 42 s.

dromica alla formazione del consenso<sup>57</sup>, costituendo, al tempo stesso, una condizione di liceità di un'attività altrimenti illecita<sup>58</sup>. Da questo punto di vista, quindi, l'informazione svolgerebbe una funzione strumentale rispetto alla formazione del consenso, ossia, varrebbe a determinarne gli specifici connotati (visto che tra tutte le possibili manifestazioni consensuali si è scelto di attribuire pregio soltanto a quella che può dirsi realmente "informata").

In secondo luogo, l'informazione è idonea a porsi quale autonomo bene giuridico a presidio e garanzia della libertà di cura del paziente, non necessariamente in funzione strumentale alla raccolta del consenso. Si pensi, ad esempio, al caso dei trattamenti sanitari obbligatori che per loro natura prescindono dal consenso della persona che vi è sottoposta, ma, al tempo stesso, non implicano che questa debba rinunciare anche al diritto ad ottenere tutte le informazioni sul trattamento. Addirittura, è stato osservato, l'esigenza di garanzia in queste ipotesi sarebbe ancora più forte, non potendo il medico sottrarsi all'obbligo di fornire tutte le informazioni necessarie «sulle ragioni che hanno condotto il legislatore a prevedere l'obbligatorietà del trattamento e dunque sulle finalità che giustificano tale obbligatorietà; sulle modalità con le quali viene effettuato il trattamento; sugli eventuali rischi per la salute individuale connessi al trattamento»<sup>59</sup>.

In sintesi, l'informazione viene in rilievo non solo quando è strumentale alla formazione del consenso, ma anche quando assolve ad una più ristretta funzione di garanzia della libertà individuale. Il diritto ad essere informati permane anche nell'ipotesi in cui difetti la possibilità di manifestare il consenso.

L'informazione in ambito medico, per sua natura, reca però un problema concreto apparentemente insuperabile che può così sintetizzarsi: l'asimmetria conoscitiva tra medico e paziente in ordine al trattamento vale a configurare il consenso informato come un obiettivo realisticamente raggiungibile, oppure residuano aspetti di puro "formalismo" legati ad una informazione che rimane incomprensibile?

La questione non è di poco conto, perché coinvolge l'intera riflessione intorno alla effettività ed efficacia dell'informazione. Il divario conoscitivo tra medico e paziente è un dato di fatto, che può variare sensibilmente in relazione all'età, al livello culturale, alle condizioni cognitive del paziente, ma è un divario per sua natura insopprimibile, neppure attraverso interventi di tipo normativo<sup>60</sup>, e, paradossalmente, è destinato a crescere quanto maggiormente si vuole garantire la completezza dell'informazione. Infatti, è ben probabile che più dettagliata è l'informazione meno comprensibile risulterà al "profano" della scienza medica<sup>61</sup>.

Oggi questo problema, che accompagna la problematica del consenso sin dai suoi primi sviluppi e che, verosimilmente l'accompagnerà sempre, è destinato a confrontarsi (per non dire a crescere) con la "disinformazione" medica causata dalla autonoma ricerca di informazioni in rete non supportata da adeguata e consapevole capacità di comprensione tecnico-scientifica, con il rischio che alla "informazione" consapevole del medico possa sostituirsi (o addirittura metterne in dubbio la validità) una "disinformazione" diffusa e non verificabile su basi scientifiche (anche se magari

---

<sup>57</sup> D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 112, osserva che l'informazione avrebbe un ruolo "servente" rispetto alla formazione del consenso. A sua volta il consenso informato costituisce «la fase pregiudiziale al corretto esercizio del diritto al rifiuto, ma anche del diritto alla cura». U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 19.

<sup>58</sup> D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 104.

<sup>59</sup> D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 114, conclude, quindi, che «il paziente conserva [...] un diritto a ricevere informazioni anche se non può parlarsi, in questo caso, di puro e pieno consenso al trattamento: ed il fondamento costituzionale di tale diritto [...] può senz'altro individuarsi nel rispetto della persona umana che l'art. 32 introduce come "controlimite" al "limite" dell'obbligatorietà, vincolando il legislatore al suo rispetto».

<sup>60</sup> G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 86.

<sup>61</sup> G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 87, provocatoriamente osserva che «nemmeno se il paziente fosse un medico, visto il grado di specializzazione che regna in campo medico-chirurgico, la sua differenza (ed "inferiorità") con il medico che compie l'intervento medico-chirurgico o che si adopera per un determinato trattamento sanitario, nei suoi confronti, potrebbe azzerarsi, salvo il caso, forse, di un'identità di specializzazione e di competenza tra il medico che opera e interviene e il medico che viene operato».

più accattivante nel linguaggio e, per questo, maggiormente vicina al suo fruitore)<sup>62</sup>.

La riduzione del *gap* informativo (ma non il suo superamento, trattandosi di un dato “strutturale”) può dipendere dall’adozione di norme specifiche, dirette a disciplinare il rapporto tra medico e paziente secondo un approccio dialogico e partecipato, ma pur sempre nel rispetto dell’autonomia di scelta del paziente. In questa direzione parrebbe muoversi la recente legge n. 219, nella disciplina del profilo informativo.

Si è visto come la Corte di cassazione, attraverso la sua giurisprudenza, abbia contribuito in maniera decisiva a delineare i caratteri dell’informazione per cui essa deve ritenersi esaustiva, dettagliata e completa. Già in dottrina, però, si evidenziava che l’informazione necessaria al consenso fosse adeguata ed effettiva<sup>63</sup>.

La legge n. 219 del 2017 ha tentato di fornire una definizione dei contenuti dell’informazione, avendo riguardo alle peculiarità di ciascuno degli istituti da essa disciplinati. Per quanto riguarda il consenso informato l’art. 1, comma 3, stabilisce che «ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell’eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell’accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi». L’obiettivo perseguito dal legislatore, quindi, sembra essere quello di evitare una deriva del consenso informato verso un eccessivo tecnicismo, conservando per quanto possibile una relazione “umana” tra paziente e medico. Su quest’ultimo grava un onere che non è meramente tecnico, in quanto ad esso spetta valutare le modalità di comunicazione più adeguate al paziente che possano sortire il miglior effetto in termini di formazione di un consenso/dissenso consapevole<sup>64</sup>. Nella medesima prospettiva della “umanizzazione” dell’informazione si inserisce anche quanto stabilito dalla seconda parte del comma 3 in esame<sup>65</sup>, giacché il paziente «può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole».

L’onere informativo non riguarda soltanto il profilo del consenso, ma è preso in considerazione (in termini ovviamente diversi) anche per gli istituti delle DAT e della pianificazione condivisa

---

<sup>62</sup> Un caso emblematico è quello che ha accompagnato la vicende delle vaccinazioni obbligatorie, ove forte è il rischio che «la mancanza di una guida autorevole che provveda ad informare il singolo individuo può far scolorire l’intensità del principio dell’autodeterminazione informativa perché il singolo è lasciato solo nella formazione di un convincimento e nell’assunzione di un consenso che non sempre può essere presuntivamente assunto con piena consapevolezza». A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta Online*, n. 1/2018, 93.

<sup>63</sup> L’adeguatezza andrebbe commisurata a diversi fattori oggettivi e soggettivi: al tipo di malattia e alla sua gravità, alle capacità cognitive e culturali del paziente, al suo essere da un punto di vista psicologico ed emotivo. L’effettività, a sua volta, presuppone che il paziente non possa essere ridotto a “soggetto che ha perso la sua libertà decisionale” ed occorre evitare che il consenso si appiattisca su una mera accettazione della volontà medica. L’informazione è effettiva quando è diretta a sviluppare la consapevolezza del paziente e non ad ottenere il suo consenso, dopotutto, la sua salute è qualcosa che lo riguarda direttamente e non un interesse esclusivo del medico. R. ROMBOLI, *Art. 5. La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., 250.

<sup>64</sup> Sul ruolo del medico nella selezione delle informazioni e sulla scelta delle modalità più adeguate di comunicazione cfr. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, 278. Proprio su tale ultimo profilo, S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente*, cit., 24, osserva che la stessa informazione, comunicata in modo di per sé asettico e freddo, è in grado di sortire effetti diversi a seconda del paziente in relazione al suo modo di percepire la realtà, per cui quella che in alcuni può generare una reazione “combattiva” verso la malattia, in altri può portare a forme di rassegnazione e depressione. A questo riguardo già S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 277, sosteneva che «contano le parole usate, e il modo, dunque il momento della comunicazione, il tempo a essa dedicato, il dialogo con un linguaggio capace di far sì che il sapere medico giunga alla persona con l’indispensabile grado di comprensibilità, e non come una sottile sopraffazione attraverso la quale il medico recupera il suo potere».

<sup>65</sup> L. ORSI, *Un cambiamento nella relazione di cura, quasi una rivoluzione (articolo 1, commi 2 e 3)*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 26, ritiene infatti che tale eventualità eviti «una fredda trasmissione di informazioni al solo scopo di ottemperare ad una indicazione giuridico-deontologica».



delle cure. Come già osservato in precedenza il livello delle informazioni muta sensibilmente in ragione delle finalità dell'istituto e del grado di prevedibilità delle patologie.

Nel caso delle DAT l'art. 4, comma 1, si limita a prevedere che il paziente acquisisca «adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte». La ragione di ciò, si è detto, dipende dal fatto che le DAT non riguardano una patologia specifica o un determinato atto terapeutico, quindi, sarebbe impossibile preventivare in astratto che tipo di informazione fornire. Lo scopo della norma, pertanto, è quello di consentire che il convincimento sulle DAT avvenga comunque sulla base di informazioni mediche e non sulla base di dati privi di scientificità<sup>66</sup>.

Nel caso della pianificazione condivisa delle cure l'art. 5, comma 2, offre un'indicazione di maggior dettaglio rispetto alle DAT, in quanto «il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari [...] sono adeguatamente informati, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative».

In sintesi, nel caso del consenso l'informazione avrà un livello di dettaglio “massimo” perché riferita ad uno specifico trattamento, nel caso della pianificazione il livello può definirsi “intermedio” perché l'oggetto è una malattia in corso e i suoi possibili sviluppi, nel caso delle DAT è “minimo” perché non si fa riferimento né a un trattamento né ad una patologia, ma ad imprevedibili condizioni di vita e di salute future.

Un secondo aspetto che mi pare di fondamentale importanza nella connessione tra informazione e consenso, e che assume diverse declinazioni a seconda dell'istituto, è quello dell'attualità e della revocabilità del secondo, anche alla luce delle vicende che nel tempo possono investire la prima.

La circostanza che il consenso possa essere revocato in qualsiasi momento è abbastanza intuitiva e si connette direttamente alla possibilità di rifiutarlo sin dall'inizio. La legge si limita a recepire questo dato al comma 5 dell'art. 1, il quale sancisce il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, anche quando questo comporti l'interruzione delle cure. Se la scelta fatta dalla legge è nel senso della garanzia dell'autodeterminazione la possibilità di revoca del consenso prescinde da ogni rapporto con l'informazione, essendo rimessa esclusivamente al convincimento individuale. D'altra parte, è stato correttamente osservato<sup>67</sup>, non potrebbe attribuirsi al consenso alcun valore “contrattuale” che impegna il paziente quasi si tratti di un accordo tra parti, pertanto, così come il consenso al trattamento medico non è idoneo a costituire alcun vincolo, così la sua revoca resta priva di conseguenze al di fuori della sfera giuridica del titolare del diritto, salvo l'obbligo del medico di rispettare il sopravvenuto mutamento di volontà.

Più complesso, invece, è il discorso per quanto riguarda l'attualità del consenso e dell'informazione nelle DAT<sup>68</sup> e nella pianificazione delle cure, trattandosi, in un certo senso, di dichiarazioni di volontà destinate a produrre effetti anche a notevole distanza di tempo.

Tale eventualità è espressamente presa in considerazione dal legislatore che, oltre a prevedere la possibilità di nominare un fiduciario, stabilisce che le DAT possano essere disattese quando non corrispondono alla condizione clinica attuale del paziente «ovvero sussistano terapie non prevedibili

---

<sup>66</sup> Ad ogni modo la formulazione appare estremamente generica e rischia di lasciare spazio a fraintendimenti, soprattutto nella parte in cui non specifica le competenze del soggetto che deve fornire l'informazione (medico generico o specialista) e soprattutto lascia aperta l'eventualità che sia lo stesso paziente a reperire autonomamente le informazioni necessarie a convincersi. F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 55.

<sup>67</sup> G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 20.

<sup>68</sup> Sul problematico rapporto tra disposizioni anticipate e attualità della volontà già A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 285 ss., osservava il rischio di trovarsi di fronte ad «una volontà presunta o addirittura ipotetica, nella misura in cui questa volontà non è la volontà di chi si trova effettivamente nella situazione concreta. Anche quando una persona abbia predisposto delle direttive per il tempo futuro in cui eventualmente non sarà capace, l'inattualità di tali dichiarazioni, rese in condizioni così diverse da quelle in cui la persona si troverà, costituisce uno scoglio molto grave all'applicazione effettiva, non finzionistica, del principio di autonomia»; citando al riguardo quanto disposto dalla decisione Trib. Roma, 17 ottobre 2007, nel noto caso Welby.

all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»<sup>69</sup>. Questa è una chiara ipotesi di valutazione sull'attualità del consenso alla luce del mutamento dell'informazione, vale a dire che il consenso (o, più in generale, la volontà) conserva sempre intatta la propria attualità finché permangono le medesime condizioni informative che lo hanno originato, quando queste dovessero mutare perché, ad esempio, il progresso scientifico permette di accedere a nuovi tipi di terapia non prevedibili in origine<sup>70</sup>, è necessaria una "attualizzazione" della volontà iniziale alla quale possono assolvere o il fiduciario<sup>71</sup> o direttamente il paziente nel caso della pianificazione delle cure<sup>72</sup>.

In sintesi, il concetto di "attualità" del consenso vale sempre per tutti gli istituti, ma non alla luce di una valutazione "storica" della volontà, bensì adeguata agli sviluppi della scienza che rappresentano presupposti di un mutamento informativo *in itinere* che il paziente non poteva conoscere, trasformando quello che era un consenso consapevole in un consenso "disinformato".

### **7. Rapporto medico-paziente: tra "alleanza terapeutica" e vincolatività delle disposizioni di volontà del paziente sulle cure. Assenza di una disciplina dell'obiezione di coscienza per il medico**

Nella quadro complessivamente disegnato dalla legge n. 219 del 2017 occorre, infine, interrogarsi sul modello scelto dal legislatore per definire i rapporti tra medico e paziente. Il peso riconosciuto all'autodeterminazione porta a connotare il consenso informato, oltre che come modo di esercizio del diritto alla salute del paziente nei confronti del medico, anche come limite invalicabile per quest'ultimo rispetto all'inviolabilità del corpo<sup>73</sup>. Questo significa che l'elemento consensuale è imprescindibile nel rapporto di cura e che il medico non può disattendere quanto emerge dalla volontà del paziente.

Ciò si giustifica alla luce della rilevata inesistenza di un "potere di curare" in capo al medico<sup>74</sup>, senza togliere che il proprio ruolo non possa essere degradato a quello di mero "burocrate del-

---

<sup>69</sup> Una medesima funzione di attualizzazione della volontà sarebbe da attribuire da C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017, anche alla clausola di "palese incongruità" delle disposizioni, in quanto dovrebbe «al contempo garantire la corrispondenza delle disposizioni all'effettiva volontà del paziente, sia in termini di attualità del consenso che di consapevolezza (previa adeguata informazione) delle scelte terapeutiche anticipate».

<sup>70</sup> In questo senso anche U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 17. L'Autore ipotizza, come possibile soluzione, la previsione di un onere di aggiornamento periodico delle DAT, in modo da garantirsi un loro tendenziale aggiornamento (in tal senso cita C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 106). Un problema non secondario che tale disposizione porrebbe riguarda il rischio di una eccessiva discrezionalità del medico nella valutazione della idoneità delle nuove cure al miglioramento delle condizioni del malato che consentirebbe di derogare alle DAT, discrezionalità che potrebbe riguardare anche l'ipotesi dalla valutazione della "manifesta incongruità" delle disposizioni. Cfr. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT*, cit., 274 s., U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 19. Il problema, tra l'altro, sarebbe acuito nella circostanza, del tutto verosimile, in cui il medico che è chiamato a dare esecuzione alle DAT sia diverso da quello che ha fornito l'informazione e rispetto al quale potrebbe avere un'opinione diversa, pur sempre basata su dati scientifici.

<sup>71</sup> Particolarmente delicato è il ruolo del fiduciario proprio in riferimento alla "attualizzazione" del consenso rispetto al mutare delle condizioni informative. Infatti, come osserva U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 30, il fiduciario «non deve mai far prevalere la propria volontà, ma deve "semplicemente" essere un tramite della volontà altrui», ovvero, usando le parole di G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Roma, 2017, 107 s., il fiduciario non potrà mai decidere "al posto" del paziente.

<sup>72</sup> In queste ipotesi, anche su suggerimento del medico. Si veda P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, cit., 69.

<sup>73</sup> G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 10.

<sup>74</sup> Osserva U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 21, infatti, che «il medico ha la possibilità di rispondere ad una domanda di salute derivatagli dalle sue competenze tecnico-scientifiche, ma senza il consenso all'atto tale capacità basata sulla conoscenza scientifica è confinata ad un'accezione teorica e non pratica, potendo soltanto il paziente legittimare l'esercizio del *facere medico*».

la medicina”, in quanto può condizionare in modo indefettibile la formazione del consenso attraverso l’informazione, che, come si è visto, costituisce il punto di partenza di ciascuno degli istituti in oggetto.

La preminenza assegnata alla volontà personale del paziente non vale a privare il medico di ogni mezzo diretto, in qualche modo, ad incidere sulla volontà del primo. Questi “mezzi” però dovranno arrestarsi sul piano della “persuasione” senza potersi spingere al livello di un convincimento coartato<sup>75</sup>. Detto in altri termini, il medico potrà fornire al paziente delle informazioni che, nella prospettiva di una migliore realizzazione della propria salute, tentino di persuaderlo della bontà del trattamento, ovviamente dando per assodato che l’informazione debba essere sempre completa e veritiera per tenerlo indenne da responsabilità. Ove la “tecnica” della persuasione non dovesse sortire effetto il medico non può fare altro che prendere atto della decisione del paziente e adeguarvisi.

Il medico conserva, altresì, una propria “autonomia” operativa nel caso descritto dal comma 7 dell’art. 1, «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell’equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla», tuttavia, ove il paziente si trovi in stato di incoscienza «il medico sceglierà secondo un criterio di appropriatezza clinica e di proporzionalità»<sup>76</sup>.

La necessità di evitare un eccessivo appiattimento della posizione del medico di fronte alla prevalenza quasi assoluta del paziente ha indotto la dottrina ad interrogarsi sulla portata di alcune disposizioni della legge n. 219 nella parte in cui sembrerebbero lasciare margini per una disciplina dell’obiezione di coscienza del medico.

Il punto di partenza è costituito dall’art. 1, comma 6, che, dopo aver ribadito che il medico è tenuto a rispettare il rifiuto del paziente, stabilisce che questi «non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Disposizione che trova applicazione anche alle DAT (per le quali l’art. 4, comma 5, stabilisce anche che il medico possa disattenderele quando appaiano palesemente incongrue) e alla pianificazione delle cure<sup>77</sup>. Ci si chiede, quindi, se quelle appena esposte costituiscano ipotesi di obiezione di coscienza in senso proprio o meno.

Sul fatto che la legge n. 219 del 2017 non preveda una norma sull’obiezione di coscienza la dottrina pare sostanzialmente unanime<sup>78</sup>; sulla sua necessità e sulle possibili soluzioni invece le proposte sono diverse, da chi ha ritenuto di poterla ricavare in via interpretativa dal comma 6 attra-

---

<sup>75</sup> Secondo G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 18, «il medico può convincere, ma non può vincere il dissenso che, nonostante la sua opera, persista». La logica della “persuasione” sarebbe, inoltre, espressione della non indifferenza dell’ordinamento per la salute individuale. Per quanto in apparenza si possa leggere una forte “individualizzazione” nel primato assegnato all’autodeterminazione personale, l’ordinamento non vuole lasciare solo il malato in una scelta tanto complicata. Infatti, come osserva G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 72, «nell’ambito dell’alleanza terapeutica che tiene uniti il malato e il medico, vi è spazio esclusivamente “per una strategia della persuasione, perché il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”; il medico ha il dovere “di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale”, ma se il rifiuto ha tali caratteristiche non è possibile disattenderelo».

<sup>76</sup> G.R. GRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell’art. 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 29.

<sup>77</sup> Particolarmente critico su tale rinvio è U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 20 ss., il quale osserva che si tratta di un rinvio inutile, ovvero “altamente pericoloso”.

<sup>78</sup> Propende, invece, per un automatico riconoscimento dell’obiezione di coscienza nella legge n. 219 quando al medico si prospetti «il divieto di proseguire un trattamento e [...] l’obbligo di interrompere il trattamento», M. SCHIAVI, *Disposizioni anticipate di trattamento e obiezione di coscienza per medici e notai. Profili interpretativi della legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *L-Jus*, n. 1/2018, 89 ss. Si tratterebbe, secondo l’Autore, di tutti quei casi in cui al medico si imporrebbe un obbligo “positivo” che presupponga un trattamento sanitario, in tal senso, ad esempio, «il medico può opporsi, non alla richiesta di non iniziare idratazione e nutrizione artificiali, ma alla richiesta di interromperla, in quanto questa richiesta implica una attività positiva, quale quella di staccare i “dispositivi medici”». Tra l’altro, il richiamo al Codice di deontologia medica e, implicitamente, alla “clausola di coscienza” sarebbe da leggere nella prospettiva di un ampliamento della tutela del bene dell’indisponibilità della vita umana, dando «a ciascun soggetto coinvolto la possibilità di non collaborare alla lesione di un bene così fondamentale».

verso il rinvio che questo fa alle norme deontologiche<sup>79</sup>, a chi ha ritenuto più opportuna una dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale della disposizione nella parte in cui non disciplina espressamente l'obiezione di coscienza<sup>80</sup>.

La soluzione preferibile, però, pare quella della necessità di una riforma espressa ove si volesse introdurre una disciplina dell'obiezione di coscienza di tale ambito<sup>81</sup>, vista la distanza tra il significato proprio di questo istituto e le limitazioni sancite dall'art. 1, comma 6, in esame.

Le ragioni al riguardo sarebbero essenzialmente due. In primo luogo, si condivide quanto sostenuto circa una differenza incolmabile tra obiezione in senso proprio e semplice rifiuto sul piano della *ratio*<sup>82</sup>. Mentre l'obiezione si fonda su parametri essenzialmente morali/soggettivi, il rifiuto si fonda su parametri tecnici/oggettivi. Ciò che caratterizza l'obiezione, infatti, è dato dalla circostanza che il medico si trova di fronte alla necessità di dar corso ad un trattamento sanitario perfettamente conforme alle regole della scienza medica, ma che per ragioni etiche contrasta con un proprio convincimento interiore; nel caso del rifiuto, invece, il medico si trova di fronte alla richiesta di un trattamento non conforme ai canoni della scienza medica in senso ampio ("contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali") ai quali, secondo una valutazione che compirebbe qualunque medico, non si può dar corso. Ciò comporta, inoltre, che mentre l'obiezione riguarda il singolo medico in relazione ai propri convincimenti, il rifiuto può riguardare potenzialmente ogni medico perché determinato da ragioni oggettive<sup>83</sup>.

In secondo luogo, occorrerebbe sempre tener conto del fatto che nel caso del rifiuto il medico si opporrebbe all'esecuzione di trattamenti già qualificabili a monte come "illeciti" alla luce dell'ordinamento secondo le norme che regolano la pratica medica (perché, ad esempio, abnormi, assurdi, autolesivi o privi di qualsiasi valenza terapeutica); nel caso dell'obiezione in senso stretto il medico si oppone all'esecuzione di atti o trattamenti di per sé perfettamente leciti secondo l'ordinamento e la cui omissione, in caso di mancata disciplina dell'obiezione, lo esporrebbe a forme di responsabilità giuridica, che sia penale o civile.

A maggior ragione, inoltre, si dubita dell'ammissibilità dell'obiezione di coscienza nel caso della pianificazione delle cure visto che queste si reggono su un vincolo di "condivisione", come espressamente stabilito dalla legge, per cui sarebbe contrario ad ogni logica prima "condividere" la pianificazione e poi "obiettare" sulla sua esecuzione<sup>84</sup>.

Qualche dubbio ulteriore era stato avanzato sulla base della lettura del comma 9 dell'art. 1 il quale stabilisce che «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale». Infatti, si è ritenuto che la funzione della disposizione fosse anche quella di consentire al "singolo" medico di obiettare, con la garanzia che la struttura fosse sempre in grado di assicurare il rispetto delle dichiarazioni di

---

<sup>79</sup> F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 59, ritiene che il richiamo al codice deontologico consentirebbe al medico di opporre eventuali questioni di coscienza all'esecuzione, in particolare delle DAT, risultando diversamente lese quelle disposizioni deontologiche (art. 22 Codice deontologico dei medici, «Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza») che riconoscono al medico l'obiezione di coscienza.

<sup>80</sup> R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 17.

<sup>81</sup> Secondo D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 34, un possibile adeguamento in via interpretativa che pretenda di estrapolare dal testo una norma sull'obiezione di coscienza o una declaratoria di illegittimità costituzionale per omissione del legislatore sarebbero poco aderenti alla lettera della legge.

<sup>82</sup> Si condivide il pensiero di D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., 31.

<sup>83</sup> Osserva G. DI MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 13 marzo 2018, 4, che un'ulteriore distinzione sarebbe da ravvisare nel fatto che la legge n. 219 «giustifica il rifiuto del medico di eseguire prestazioni in contrasto con la legge, con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici (in ciò sostanziosamente il *proprium* del codice deontologico), o con le buone pratiche, mentre l'obiezione parrebbe assumere rilievo nella direzione opposta, ossia quando sia il medico a volere eseguire prestazioni sanitarie che il paziente rifiuta».

<sup>84</sup> P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, cit., 68.

volontà del paziente. Ad ogni modo, quando il comma 9 si riferisce alla corretta attuazione dei principi della legge n. 219 fa poi specifico riferimento solo agli obblighi informativi e alla formazione del personale, senza alcun riferimento alla sua funzione di “paracadute” dell’obiezione in altra sede riconosciuta<sup>85</sup>.

D’altra parte, ad una valutazione complessiva, è possibile che la questione dell’obiezione possa porsi su un piano pratico in modo molto meno frequente di quanto appaia in astratto, sia perché a monte la scelta del medico è influenzata da un rapporto di fiducia che spesso implica anche sintonia sulle cure<sup>86</sup>, sia perché gli atti che possono effettivamente contrastare con la coscienza del medico si riducono verosimilmente alle sole DAT<sup>87</sup>.

Alla luce della disciplina fornita dalla nuova legge n. 219 del 2017, quindi, il consenso informato viene a delinarsi come un procedimento partecipato che, pur dando assoluta preminenza all’autodeterminazione individuale, non vuole sminuire la dignità professionale del medico<sup>88</sup>, riconoscendo a questo, in determinate e limitate ipotesi, la possibilità di disattendere la manifestazione di volontà del paziente. D’altra parte, come già si osservava in passato, il consenso informato «non è un’autorizzazione da parte del soggetto destinatario delle cure ad agire “su di lui” ma è lo svolgimento corretto e compiuto del procedimento di formazione della volontà del malato di scegliere un percorso terapeutico attraverso la mediazione ed il concorso indispensabile del medico»<sup>89</sup>. Il consenso informato è, in sostanza, un metodo e «solo con un saldo rapporto tra medico e paziente si può giungere alla piena autodeterminazione di sé, anche se [...] sul medico ricade un vero e proprio dovere di conformità»<sup>90</sup> alla manifestazione di volontà del paziente.

### **8. Osservazioni conclusive. Una legge necessaria, destinata ad essere integrata dalla prassi**

La legge n. 219 del 2017 ha avuto come scopo quello di trovare soluzione a difficili casi di coscienza sulle cure e sulla vita. In questo senso essa si poneva come una legge assolutamente necessaria ed imprescindibile. È vero, comunque, che essa non possa essere considerata un punto di arrivo, piuttosto di partenza<sup>91</sup>, essendo necessario porre la dovuta attenzione a tutti quei profili che ancora non trovano espressa soluzione e che potranno acuirsi o attutirsi soltanto negli sviluppi concreti della prassi: si pensi ai dubbi legati ancora all’informazione nelle DAT, al rifiuto del medico, alla garanzia di attuazione da parte delle strutture sanitarie<sup>92</sup>.

La concreta attuazione che la legge è destinata a ricevere non potrà poi trascurare un’altra ne-

---

<sup>85</sup> Le ragioni di tale disposizione potrebbero leggersi, infatti, nella necessità di garantire l’accesso al servizio anche in ipotesi di obiezione. Tuttavia, non essendo prevista tale eventualità, si tratterebbe, come è stato osservato da B. LIBERATI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT*, cit., 273, di «un indubbio elemento di eccentricità, che sembra adombrare i (realistici) rischi della mancata effettiva applicazione della legge».

<sup>86</sup> D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., 35.

<sup>87</sup> B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, cit., 100, osserva che difficilmente la legge n. 219 possa dar luogo ad atti che contrastino con la coscienza del medico tali da necessitare un’obiezione. Ad ogni modo, esclude che possano sorgere vere e proprie questioni di obiezione di coscienza U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 23, perché «lo si deduce dall’essere il consenso informato un diritto fondamentale e dal fatto che la revoca al consenso del trattamento (anche) salvavita non si pone in nesso di causalità con la fine della vita, ovverosia, dando seguito all’esercizio del diritto del consenso/dissenso informato non si procura la morte ma si limita il solo trattamento».

<sup>88</sup> Come già osservava G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 89.

<sup>89</sup> B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire: riflessioni interdisciplinari*, Pisa, 2011, 179.

<sup>90</sup> U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 32.

<sup>91</sup> I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato*, cit., 103.

<sup>92</sup> Proprio a tale riguardo D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., 35, osserva che «solo qualora emerga che tali richieste [di rifiuto] non possano essere accomodate attraverso un’adeguata organizzazione interna, si porrà la questione di un intervento sussidiario del legislatore, o eventualmente del giudice, ordinario e costituzionale, a tutela della libertà di coscienza».

cessità. Una sopravvalutazione dell'autodeterminazione rischia, infatti, di lasciare solo il malato che trovandosi «in una condizione di debolezza, vulnerabilità, dipendenza e bisogno» può restare «in balia di chi, nel momento di debolezza, può esercitare un potere, anche solo morale, su di lui»<sup>93</sup>. L'autodeterminazione, fulcro della legge in esame, non può mai tradursi in isolamento, e in questa prospettiva vanno lette tutte quelle disposizioni che in qualche modo coinvolgono i familiari nella formazione della consapevolezza su decisioni tanto delicate.

Questo dato non deve, però, spingere fino al punto da criticare radicalmente la legge perché non riconosce come inviolabile il «diritto alla vita umana»<sup>94</sup>. Su questo aspetto occorre correttamente intendersi perché il rischio di contaminazioni ideologiche è evidente (se non, addirittura, ineliminabile).

Ciò che bisogna capire è il significato da attribuire alla «inviolabilità della vita umana». Cioè se la vita umana debba essere valorizzata con riferimento alla persona come «oggetto corporeo» o piuttosto come «ente sensibile»; se della persona debba essere considerata sacra e inviolabile la sua «materialità» o la sua «sensibilità», secondo il ben noto *cogito ergo sum* cartesiano.

Si tratta indubbiamente di una difficile scelta etica e non giuridica; il diritto non può dare una soluzione valida in ogni caso, può solo fare in modo che la persona sia posta nelle migliori condizioni possibili per decidere serenamente, e questo è lo scopo della valorizzazione dell'autodeterminazione.

La libertà di formare in maniera autonoma e consapevole la propria volontà in ambito medico supera ogni pretesa lettura in chiave di «assolutismo etico» dell'inviolabilità della vita umana. D'altra parte, assolutista in chiave etica è colui che ritiene che «ben oltre i limiti dell'umana esperienza, esistano valori assoluti che si dispiegano solo all'eletto», mentre la scienza ritiene che i «valori non possano essere provati come assoluti per mezzo di una conoscenza razionale»<sup>95</sup>. L'inviolabilità della vita, assunta su basi non eticamente assolutistiche, è fattore di tolleranza e trova la sua più alta rappresentazione non in una protezione puramente «corporea», ma nella valorizzazione della persona quale «essere senziente», bisognosa in un momento di estrema difficoltà e debolezza di sostegno, ma conservando sempre intatto, come «mente», il dominio sul proprio «corpo».

---

<sup>93</sup> M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 464 s.

<sup>94</sup> Osserva criticamente R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 19, che «valorizzando questo dato, si potrebbe sostenere che la medicina sia stata, ormai, orientata non al bene del paziente ma al rispetto assoluto della volontà del paziente, con il grave inconveniente che tale volontà sia stata espressa, magari anni prima, e in contesti diversi e, cosa più importante, senza assicurare alcun controllo giudiziale, preventivo o successivo, sul contenuto di questa volontà».

<sup>95</sup> H. KELSEN, *La democrazia*, trad. it., Bologna, 1981, 262.