

5. L'autodeterminazione del paziente tra limitazioni effettive ed apparenti

A questa riconosciuta **libertà di decidere della propria salute** come “meglio si ritiene”, l'ordinamento giuridico pone, effettivamente, delle – apparenti – **limitazioni dirette**, quando **all'articolo 5 c.c.** vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che «*cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica ovvero siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume*», ed al **secondo comma dell'articolo 32 Cost.** disciplina, invece, i rapporti tra il singolo e la collettività (nell'ottica dei c.d. trattamenti sanitari obbligatori).

Quanto al primo – presunto – limite, bisogna fin da subito precisare che, in realtà, esso non rappresenta un principio assoluto. Per conseguire il benessere psicofisico, infatti, il paziente ha il diritto di sottoporsi ai trattamenti sanitari ritenuti all'uopo più efficaci per la sua salvaguardia; e se dunque il diretto interessato può disporre del diritto all'integrità psicofisica nei limiti in cui essa sia funzionale a finalità terapeutiche, la *ratio* interpretativo-applicativa dell'articolo 5 è normale che debba essere circoscritta agli atti che non siano rivolti alla tutela della propria salute e che, anzi, prescindano da essa (come, per esempio, all'atto di disposizione di una ghiandola sessuale – c.d. innesto Woronoff –, ovvero alla pratica dell'infilulazione, che rappresentano vere e proprie mutilazioni rispetto alle quali il consenso prestato deve ritenersi non valido e la volontà di disposizione non rintracciabile come tutelata dall'art. 32 Cost.).

Bisogna infatti precisare, a scanso di equivoci, che nell'art. 5 c.c., dopotutto, trova espressione l'impostazione tradizionale che guardava al corpo come «*all'oggetto di un diritto – anche patrimoniale – e non invece come ad un elemento costitutivo della persona umana*» (BESSONE, FERRANDO), un'impostazione che oggi, alla luce di quanto finora scritto, risulta essere assolutamente non più supportata dai fatti. Nel nuovo quadro costituzionale, infatti, diventa necessario raccordare il divieto di cui trattasi con il riconoscimento costituzionale di una pluralità di diritti di libertà, alcuni dei quali immediatamente collegati, appunto, alla gestione del proprio essere fisico; ed è in tale prospettiva, quindi, che si guarda adesso all'articolo 5 c.c., come ad una disposizione limitativa circoscritta alla eventuale commercializzazione di parti del proprio corpo, riferita al potere di disposizione negoziale del privato, e non al più generale diritto alla

libertà di salute, ormai riconosciuto come fondante e preponderante. Come affermato dalla Corte costituzionale, «*per giurisprudenza costante gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti*», pur se vadano concretamente a minare l'integrità fisica d'un soggetto malato fino a renderlo menomato rispetto a come si presentava prima della disposizione. «*La natura terapeutica che la scienza assegna all'intervento chirurgico, e che la legge riconosce [...] ne esclude l'illiceità*» (Corte cost., sent. n. 161/1985).

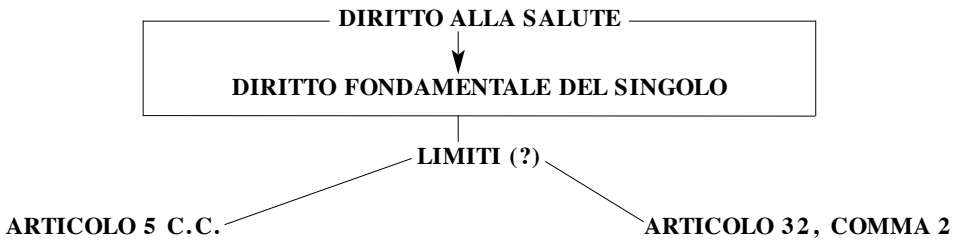
Si pensi al caso d'un'operazione quale quella dell'amputazione del piede diabetico, in assenza della quale il paziente rischierebbe la morte. Il disposto dell'articolo 5 c.c., in definitiva, non restringe la libertà di autodeterminazione, ma, all'opposto, la protegge, poiché vieta l'abuso ma non l'atto dispositivo del proprio corpo: tutto ciò, infatti, non «*depotenzia, né intacca, la libertà di salute e le altre libertà, alle quali, anzi, va ricondotta la disposizione materiale del proprio corpo, anche allorché determini una diminuzione permanente delle integrità collegate all'una o all'altra*» (BARILE). Il divieto di cui all'art. 5 c.c., allora, così come inteso prima delle valorizzazioni personalistiche, è andato via via, nel tempo, *svuotandosi progressivamente nella sua portata applicativa*: del corpo non si può liberamente disporre nell'ottica dello scambio di mercato (HELZEL); di esso, però, si può liberamente decidere nell'ottica della tutela del proprio ampio – e assai generale – *status* salutare.

Quanto al **secondo limite**, la nostra Carta Costituzionale specifica, al secondo comma dell'articolo 32, che la stessa ultima decisione del singolo potrà essere messa in discussione – e dunque valutata come irrilevante e inutilmente rilasciata – soltanto quando, sulla base di certe specifiche esigenze ben più preminenti, la legge ordinaria abbia disposto un c.d. **trattamento sanitario obbligatorio**. Rispetto alle *ben più preminenti esigenze*, la Corte costituzionale ha più volte precisato che il trattamento sanitario obbligatorio eventualmente disposto occorre che sia finalizzato precipuamente a salvaguardare la salute della collettività entro cui il singolo trova accogliimento, poiché sarebbe illegittimo stabilirlo al solo fine di tutelare la salute di un singolo soggetto. In questo modo – e solo così – si trova una giustificazione plausibile alla eccezionale limitazione cui va incontro la libertà personale dell'obbligato. Il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere costretto, restando

così «*legittimamente limitata la sua autodeterminazione*», ad un dato trattamento sanitario, anche se ciò importi un rischio specifico: «*le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari*». (Corte cost., sent. n. 218/1994).

In questo modo la norma, delineando due aspetti tra loro distinti ma, in definitiva, coordinati – quali quello del diritto e quello dell'interesse, appunto – vuole specificare che lo “*stato di salute*” **non riguarda soltanto il singolo quale soggetto a sé stante, ma coinvolge e si riflette anche sulla collettività in cui lo sviluppo del singolo si svolge** (PEZZINI): la sua tutela, dunque, non si esaurisce solo in situazioni attive di pretesa, ma *implica e comprende pure il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui*. L'incontro tra i due concetti, perciò, non pare potersi mettere assolutamente in discussione, ed una tale rappresentazione del diritto alla salute permette di ravvisare in concreto quel senso tipico di solidarietà che ogni diritto sociale in definitiva sottende: le conseguenze delle decisioni individuali assunte nel momento antecedente alla loro realizzazione si riversano, inevitabilmente, sull'intera collettività, poiché è proprio nella personalità del singolo che trova, dunque, pieno asilo lo sviluppo degli altri consociati. **Il pieno sviluppo della collettività in occasione del fare del singolo soggetto considerato** è, in realtà, un **processo di sviluppo intercambiabile**, sulla base dei più noti principi generali del nostro ordinamento (art. 2 Cost.). All'individuo dinamico, quindi, sono richieste delle prestazioni in ottemperanza a quei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale stabiliti all'articolo 2 Cost., e che aiutano a dare riprova evidente d'un chiaro ripensamento di non poco momento del concetto di persona.

L'interesse della collettività, in questo senso, rappresenta un limite esterno al diritto individuale, una *barriera che ne circoscrive l'ampiezza senza tuttavia condizionarne il godimento*: la tutela del diritto dell'individuo sarebbe quindi, in una tale prospettiva, la regola generale; l'interesse collettivo, invece, costituirebbe la sua – giustificata – eccezione (CARLASARE).



6. Dalla salute quale diritto fondamentale al consenso informato nell'ottica della nuova prospettiva relazionale

In questa prospettiva, l'importanza di tale libertà di scelta si rintraccia nella rilevanza che assume il c.d. consenso nei rapporti di tipo terapeutico. La salute è propria dell'uomo; di essa ciascuno può liberamente disporre in conformità a quanto previsto espressamente dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.: **il consenso rappresenta il miglior modo per poter concretizzare questa libertà di scelta nel contesto dei rapporti sanitari.** Esso incide chiaramente su aspetti di autonomia, indipendenza, diritto/dovere di curare e farsi curare; è l'elemento imprescindibile per riuscire a legittimare l'attività medico-curativa.

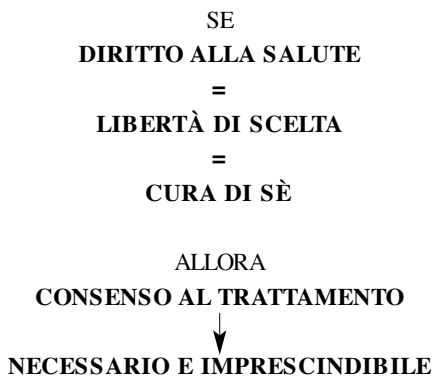
Esso, *illuminismo della medicina* (SPINSANTI), viene alla luce quale momento fondante d'un'attività di per se stessa pericolosa (DONATI, DASSANO): viene letto come espressione della consapevole adesione del paziente al trattamento sanitario proposto dal sanitario e si configura quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento sicuro nei più oggettivi principi fondamentali espressi dalla nostra fonte suprema. Il diritto del paziente di formulare un consenso informato all'intervento «*appartiene ai diritti inviolabili della persona, ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo*» (Tribunale di Milano n. 3520/2005).

In questo senso, il consenso «*riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*» (Corte costituzionale, sent. n. 253/2009); non può essere compromesso in nessun modo, e diventa «*diritto irretrattabile*» dell'individuo (Corte di cassazione, Sez. III Civ., sent. n. 16543/2011).

Il principio del consenso agli interventi altrui sulla propria persona,

così, «*costituisce il naturale corollario del più ampio principio della libertà personale*», scrive Mantovani, e «*si sostanzia nella esclusività del proprio essere fisico e psichico in virtù del quale la persona non può essere sottoposta a coercizione nel corpo e nella mente, a violazione della sua sfera di libertà corporale e anche soltanto morale; ogni potere o dovere del medico sul paziente trova in radice la sua unica ed esclusiva fonte nel consenso del paziente stesso, che rappresenta il momento focale della stessa autorizzazione legislativa dell'attività medica*».

Il paziente, per essere legittimamente sottoposto a qualsiasi tipo di trattamento sanitario deve necessariamente esplicitare a monte la propria legittimante volontà di scelta, poiché, in caso contrario, la volontà del medico di intervenire finirebbe per sostituirsi ingiustamente a quella del suo paziente, in palese violazione proprio con gli articoli 32 e 13 Cost.



6.1 Sui caratteri del consenso (a cura di Stefano Corso)

Momento cruciale, all'interno del rapporto fra medico e paziente, nel processo di maturazione della c.d. alleanza terapeutica viene ad essere dunque quello **dell'acquisizione del consenso informato**, il fondamento della cui centralità trova oggi ragion d'essere nel progressivo recupero dei valori attinenti alla persona, quali la dignità, la salute e l'autodeterminazione (PUCELLA). Si è parlato di una vera e propria «rivoluzione del consenso libero e informato» (RODOTÀ). Ma **il concetto di salute si intreccia intimamente con un altro valore fondamentale: quello dell'integrità (psico-fisica)**, che implica nel rapporto terapeutico la non separabilità della libertà del paziente dalla salute (ZATTI). La Carta dei diritti fondamentali

dell'Unione europea stessa, nel Titolo I, "Dignità", all'art. 3, rubricato "Diritto all'integrità della persona", individua nel consenso informato uno strumento di protezione dell'integrità, in ambito medico e biologico. Così pure l'art. 5 della Convenzione di Oviedo, collocato nel Capitolo II, sul consenso, prevede la necessità del consenso libero e informato della persona per procedere all'effettuazione di un intervento "nel campo della salute".

La Suprema Corte, con sentenza 28 giugno 2018, n. 17022, ha ribadito che, «in tema di trattamenti sanitari vige il principio di libera determinazione del paziente quale diritto inviolabile della persona, che trova tutela nell'art. 32 Cost., a mente del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge, e nell'art. 13 Cost., che, sancendo l'inviolabilità della libertà personale, ben ricomprende nel proprio ambito applicativo anche la libertà di decidere in ordine alla propria salute e al proprio corpo» (Cfr. Cass., 13.2.2015, n. 2854, in *Rass. giur. san.*, 2015, 176).

Il consenso però, per poter legittimare l'intervento medico, deve presentare determinati caratteri, elaborati principalmente da dottrina e giurisprudenza. *In primis*, il consenso deve essere **consapevole**, ossia, come già si è detto, "informato", cioè deve promanare «*a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento*» (Cass. Pen., 16.1.2008, n. 11335, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1522 ss., con nota di GORGONI; più nel dettaglio, sull'obbligo informativo in capo al medico, v. *infra*). Non è tuttavia pensabile che l'informazione sia estesa a tutti gli aspetti tecnici della salute del paziente, da un lato perché il medico deve convogliare le sue energie soprattutto verso il fine primario della sua attività, ossia la salvaguardia del benessere del paziente, dall'altro perché altrimenti potrebbe paradossalmente essere minata la serenità del paziente stesso. In altri termini si deve cercare di evitare la degenerazione nell'accanimento informativo (PUCELLA).

Poi, in particolare, la giurisprudenza di legittimità (a tal proposito: Cass., 4.2.2016, n. 2177, in *Rass. giur. san.*, 2016, 141; Cass., 20.8.2013, n. 19220, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2013, 4, 780) ha stabilito che esso deve essere anzitutto **personale**, cioè prestato direttamente dal paziente, fatta eccezione, ovviamente, per i casi di incapacità di intendere e di vole-

re dello stesso. Deve essere poi **preventivo** e, quando ciò sia possibile (cfr. la citata Cass., 16.10.2007, n. 21748), **attuale**: non può essere dato successivamente al trattamento, quasi a ratifica, e deve poter valere per il momento in cui il trattamento viene eseguito. Atteso che il consenso è sempre revocabile, per legittimare l'intervento, deve essere **perdurante**, in relazione al trattamento. Esso deve altresì essere **specifico ed esplicito** (Cass., 23.5.2001, n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165 ss., con nota di ROSSETTI), cioè, da un lato, non può che essere determinato e riguardare nel dettaglio quelle che sono le caratteristiche del trattamento sanitario, anche in relazione al proprio stato di salute, i rischi connessi e le alternative e, dall'altro, non può ricavarsi implicitamente. Il consenso deve quindi essere **reale ed effettivo**, ossia non dato per finta o per scherzo né presunto. Tratto fondamentale, infine, del consenso legittimante è che esso deve essere **libero**, cioè spontaneo e corrispondente a una volontà non viziata del paziente. **Non** è invece **necessario** che il consenso sia espresso **in forma scritta**, essendo **valido anche il consenso orale** (Cass., 31.3.2015, n. 6439, in *Foro it.*, 2015, 11, I, 3659, con nota di FARACE; Trib. Milano, 25.11.2005, in *Foro ambrosiano*, 2005, 406). Peraltro la sola sottoscrizione di un modulo apposito non sostituisce l'informazione che deve rendere il medico né può bastare a provare l'esistenza di un consenso valido. «*Non adempie all'obbligo di fornire un valido ed esaustivo consenso informato il medico il quale ritenga di sottoporre al paziente, perché lo sottoscriva, un modulo del tutto generico, da cui non sia possibile desumere con certezza che il paziente medesimo abbia ottenuto in modo esaustivo le suddette informazioni*». (Cass., 4.2.2016, n. 2177). Così anche Cass., 8.10.2008, n. 24791, in *Rass. giur. san.*, 2009, 203, nonché la sentenza del Tribunale di Cassino, del 28 marzo 2017, secondo cui «*il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone*».

6.2 L'incidenza della recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 sul consenso informato

Particolarmente rilevante, nell'ambito del tema del consenso informato, è la recente **legge 22 dicembre 2017, n. 219**. Essa, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutelando il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, stabilisce (art. 1, comma 1) che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito **se privo del consenso libero e informato** della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

Il consenso informato, precisa il legislatore, deve essere acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente. Esso, ai sensi dell'art 1, comma 4, **è documentato in forma scritta o attraverso video-registrazioni** o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, **è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico**.

La legge specifica, in questa ottica, che ogni persona capace di agire ha **il diritto 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**. Ha, inoltre, **il diritto di revocare**, in qualsiasi momento, **il consenso prestato**, anche quando la revoca comporta l'interruzione del trattamento.

Non viene data qui una definizione di "trattamento sanitario", tuttavia, al comma 5 dell'art. 1, sono ricondotte nell'ambito del **trattamento sanitario** e considerate tali, ai fini di queste disposizioni, «la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

Le nuove disposizioni precisano che qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Statuiscono, inoltre, che, ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il medico, evidentemente, è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è **esente da responsabilità civile o penale**. Ad ogni modo, occorre rilevare che 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.

Inoltre, **anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario, il medico**, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, **deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze**. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38.

È importante ricordare che, ai sensi della legge in parola, nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, **il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati**. Inoltre, in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente: il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Infine, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della suddetta legge n. 219/2017, cit., nella relazione tra paziente e medico, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da irreversibile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità.

Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, 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.

Il paziente esprime il proprio consenso rispetto a quanto proposto