

SALUTE (TUTELA DELLA)

| **77** URGENZA TERAPEUTICA, LIBERTÀ DEL PAZIENTE DI RIFIUTARE ANCHE UN TRATTAMENTO PROPOSTO COME SALVAVITA E RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE (*)

di **Sergio Fucci** – *Giurista e bioeticista, già Consigliere presso la Corte d'Appello di Milano*

Il caso Liessi, deciso dalla prima Sezione civile dalla Corte d'Appello di Milano nella sentenza n. 2359/2011⁽¹⁾, ripropone il tema dei doveri di cura dei medici e dei diritti del paziente in un contesto in cui il trattamento terapeutico, non rientrante tra quelli obbligatori per legge, viene proposto dai sanitari perché ritenuto indispensabile per la tutela della vita del malato, affetto da una neoplasia gastrica con grave anemizzazione, e viene attuato in via d'urgenza in modo forzoso, attraverso una coercizione illecita, in quanto l'interessato lo rifiuta consapevolmente e ripetutamente per motivi attinenti la sua fede religiosa, chiedendo di essere curato con modalità compatibili con il proprio credo.

A giustificazione del loro comportamento i medici hanno invocato i doveri nascenti dalla loro posizione di garanzia della salute del malato e l'urgenza e la necessità di intervenire per evitare l'aggravarsi del rischio di morte, tralasciando di considerare il diritto del paziente di decidere cosa è giusto fare per perseguire i propri interessi esistenziali in conformità ai propri valori.

Il quadro normativo vigente, solo apparentemente contraddittorio, se correttamente interpretato alla luce dei principi costituzionali pone dei limiti all'agire medico contro la volontà del diretto interessato consentendo di sanzionare questo comportamento quantomeno sul piano risarcitorio.

Sommario 1. Introduzione. — 2. La non rilevanza dell'art. 5 c.c. rispetto al rifiuto delle cure. — 3. La non rilevanza degli artt. 54, 579 e 580 c.p. rispetto al rifiuto delle cure. — 4. La questione della posizione di garanzia. — 5. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

La sentenza n. 2359/2011 della Corte d'Appello di Milano ha affermato, nella sostanza, che, anche in presenza di una reale ed effettiva necessità di eseguire in via d'urgenza una terapia per contrastare una situazione in cui è in pericolo la vita del malato, deve

(*) Contributo approvato dai Referee.

(1) Il testo della sentenza si legge in www.giuffre.it/riviste/resp.

essere sempre rispettato il diritto del paziente, capace di autodeterminarsi, di accettare o meno l'intervento terapeutico proposto dal medico e che il rifiuto consapevolmente espresso al riguardo dal diretto interessato non può essere superato in virtù del potere/dovere di cura.

L'illecito comportamento dei sanitari che hanno eseguito l'intervento terapeutico rifiutato dal paziente attraverso una contenzione illegittima comporta, quindi, l'obbligo del risarcimento dei danni, nel caso di specie non patrimoniali, cagionati all'interessato e alla moglie.

Queste conclusioni — che discendono dai principi stabiliti nella nostra Costituzione, con particolare riferimento agli artt. 13 e 32 — hanno trovato in passato (e talvolta, come dimostra la vicenda che ha dato luogo alla sentenza sopra citata, trovano ancora) difficoltà ad essere condivise nella pratica clinica nonché da una parte della dottrina e della giurisprudenza che si sono occupate nel corso del tempo della materia.

Per contrastare la validità del rifiuto opposto dal paziente sono stati richiamati il disposto dell'art. 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionano «una diminuzione permanente dell'integrità fisica», il principio di assoluta indisponibilità della vita umana (che, pur non espressamente sancito, deriverebbe implicitamente dalla Costituzione)⁽²⁾, il mancato riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico di un diritto di morire, gli obblighi per i sanitari di prestare la prescritta assistenza in conseguenza della «posizione di garanzia» da loro assunta nei confronti dei pazienti e della loro salute, nonché il disposto dell'art. 54 c.p. che disciplina la scriminante dello stato di necessità.

Queste argomentazioni — alcune delle quali sono state utilizzate anche nella fattispecie esaminata dai giudici della Corte d'Appello di Milano per mettere in discussione l'esistenza in concreto del diritto del paziente di rifiutare la trasfusione di sangue proposta dai sanitari perché ritenuta indispensabile a tutela della sua vita e che sono state ritenute infondate nella sentenza in commento — meritano un approfondimento che, peraltro, deve essere preceduto da una breve considerazione di carattere socio-giuridica.

La Corte milanese ha richiamato a sostegno della sua decisione, tra l'altro, il diritto di autodeterminazione del paziente come riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione e ha evidenziato che «il primo giudice non ha fatto buon governo del principio della c.d. "gerarchia delle fonti del diritto"», in base al quale le norme costituzionali prevalgono sulle norme ordinarie che, comunque, devono essere interpretate alla luce di principi stabiliti dalla nostra Carta fondamentale.

Dato che questa considerazione appare corretta nella fattispecie, occorre chiedersi perché il giudice di primo grado e altri giudici in passato (è sufficiente al riguardo richiamare la vicenda che ha visto coinvolto anche in sede civile il sig. Welby⁽³⁾) hanno

⁽²⁾ Contesta questa tesi di VIGANÒ, *Decisioni di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1594-1613, spec. 1605, che sostiene che il mero richiamo al diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 Cost. in quanto «diritto inviolabile della persona» non è idoneo a sostenere la tesi dell'indisponibilità della vita umana perché l'invulnerabilità allude alle aggressioni

da parte di terzi, mentre l'indisponibilità del bene è solo postulata ma non dimostrata.

⁽³⁾ Sul caso Welby, vedi Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2006, in questa *Rivista*, 2007, 73, con nota di ALPA, *Il danno da accanimento terapeutico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 844; e in *Fam. dir.*, 2007, 292 ss., con nota CAMPIONE, *Caso Welby: il rifiuto delle*

avuto difficoltà a riconoscere il diritto del paziente di rifiutare l'esecuzione sul proprio corpo di una terapia non desiderata ovvero di ottenere la sospensione di un trattamento salva vita in essere.

Questo mancato riconoscimento del diritto del paziente di rifiutare le cure, anche quelle salvavita, è stato certamente motivato con (discutibili) considerazioni di natura giuridica espresse nei relativi provvedimenti, ma probabilmente discende, perlomeno in parte, anche da quelle che possono essere definite le visioni etiche proprie dei giudicanti che, talvolta, possono condurre a quella che la Corte milanese ha definito come una «*impostazione ideologica*» del problema che concerne la vita e la morte e cioè l'esistenza delle persone ⁽⁴⁾.

Diventa altrimenti poco comprensibile perché, a distanza di oltre sessanta anni dalla data (1° gennaio 1948) di entrata in vigore della Costituzione, questo diritto del paziente fa ancora tanta fatica ad essere riconosciuto nella nostra società, permeata ancora da una visione certamente metagiuridica della problematica afferente la vita e la morte che può condurre a ritenere che curare le proprie malattie sia sempre un dovere, sul piano morale, per il soggetto interessato in quanto la vita è un bene non disponibile.

In questa concezione metagiuridica vivere diventa quindi un dovere e non un diritto in quanto la vita non ci appartiene perché ci è stata donata da altri che sono i soli che possono decidere al riguardo.

In quest'ottica trovano le loro radici anche alcuni comportamenti, come quelli posti in essere nel caso di specie dai sanitari che, anche con una inusitata violenza, hanno eseguito il trattamento rifiutato dall'interessato senza prendere minimamente in considerazione il fatto che il paziente nel manifestare il suo dissenso non solo esercitava un diritto riconosciuto dalla nostra costituzione, ma anche una sua libertà di natura morale collegata ad un credo religioso.

Esiste certamente il problema di cercare di tutelare la libertà morale del medico attraverso un riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza anche al di là delle limitate ipotesi in cui è previsto dalla legislazione vigente ⁽⁵⁾, ma queste esigenze di tutela non possono mai condurre a negare il diritto del paziente di non subire trattamenti indesiderati sul proprio corpo ⁽⁶⁾.

Dovrebbe, comunque, essere compito delle aziende sanitarie quello di cercare di contemperare, attraverso la predisposizione di un adeguato assetto organizzativo, il «*diritto*» riconosciuto dalla deontologia medica all'obiezione di coscienza da parte del

cure tra ambiguità legislative ed elaborazione degli interpreti.

⁽⁴⁾ Vedi, sul punto, SEMINARA, *Sul diritto di vivere e sul divieto di morire*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 533-537, che, con riferimento al caso della sig.ra Maria che aveva rifiutato l'amputazione di una gamba pur nella consapevolezza di esporsi a morte certa per setticemia, ricorda che esiste nella società «*una difficoltà di accettare la morte "volontaria"*» e «*una tendenza ad esorcizzarla anche mediante il ricorso alla violenza di un trattamento sanitario obbligatorio*».

⁽⁵⁾ Art. 9 legge n. 194/1978 sull'interruzione di gravidanza; art. 16, legge n.40/2004, sulla fecondazione assistita; legge n. 413/1993 «*Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*».

⁽⁶⁾ Vedi, sulla necessità di una specifico riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza ex art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e sullo stretto collegamento tra la sovranità della persona sulla propria vita e la sua coscienza, RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in *Notizie di Politeia*, XXVII, 2011, 101, 29-35.

sanitario (vedi art. 22 del Cod. deont. del 2006) — che non se la sente sul piano morale di astenersi da un trattamento che reputa (non sempre correttamente) necessario per tutelare il bene vita o il bene salute del paziente — e il diritto del malato di non curarsi, lasciando che la malattia faccia il suo corso fino eventualmente alla sua morte.

In ogni caso seri problemi possono sussistere per i medici che lavorano nell'ambito del servizio sanitario pubblico qualora decidano di esercitare l'obiezione di coscienza in casi nei quali questo « *diritto* » morale non ha trovato un puntuale riconoscimento giuridico.

I medici che operano nelle strutture afferenti al servizio sanitario nazionale assumono, infatti, la qualifica di pubblici ufficiali e, quindi, devono ottemperare ai loro doveri di cura e di assistenza anche nei confronti di coloro che rifiutano di essere assistiti come loro vorrebbero, pena il rischio di essere sottoposti ad un giudizio penale *ex art. 328 c.p.* per il rifiuto di un atto di natura sanitaria da realizzarsi « *senza ritardo* », che sia qualificabile come « *indebitamente* » opposto e, quindi privo di adeguata giustificazione.

Non può, quindi, essere condivisa la tesi — sostenuta dal giudice di primo grado e riportata in modo critico nella sentenza della Corte d'Appello di Milano in commento — secondo la quale il paziente aveva diritto « *di rifiutare interventi terapeutici indesiderati o contrari alle sue convinzioni religiose, ma solo a condizione di risolvere il contratto di cura e lasciare la struttura sanitaria* ».

Il dovere di assistere il malato in una struttura pubblica non può, infatti, essere ritenuto condizionato alla completa accettazione della proposta terapeutica dei sanitari che, comunque, devono comunque continuare a prendersi cura del paziente sino alla sua morte ⁽⁷⁾.

2. LA NON RILEVANZA DELL'ART. 5 C.C. RISPETTO AL RIFIUTO DELLE CURE

Il disposto dell'art. 5 c.c. viene richiamato, spesso in modo apodittico e senza un'effettiva motivazione, da coloro che in dottrina e in giurisprudenza tendono, in base all'asserita esistenza nel nostro ordinamento del principio di indisponibilità della vita umana, a contrastare la validità del rifiuto delle cure salvavita manifestato consapevolmente da un soggetto in grado di autodeterminarsi ⁽⁸⁾.

Questa tesi appare correttamente contrastata dalla dottrina che ha giustamente evidenziato che l'art. 5 c.c. è una norma che è nata per vietare atti di disposizione del proprio corpo di tipo patrimoniale che siano giuridicamente rilevanti e che, quindi, non può avere rilevanza rispetto ad un atto che produce degli effetti solo nella sfera personale di colui che lo compie ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Ricorda FERRATO, *Il rifiuto delle cure e la responsabilità del sanitario: il caso Nuvoli*, in questa *Rivista*, 2009, 1148 ss., che « *dovere del medico non è solo la cura, ma anche l'accompagnamento alla morte* ».

⁽⁸⁾ Vedi EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 727-740; SARTEA-ANZILOTTI, *Il Pa-*

rere del CNB su rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario, in *Medicina e Morale*, 2009, 59-87, spec. 78.

⁽⁹⁾ Vedi, sul punto, CRICENTI, *Il diritto di morire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 131-138, spec. 137; e *Id.*, *Indisponibilità del bene vita e disposizione di sé*, *ibidem*, 2009, II, 17-25, spec. 18-20; vedi anche CAMPIONE, *op. cit.*, spec. 297-298; e PUGLIESE, *Nuovi Dirit-*

Lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), nel parere reso il 24 ottobre 2008 ⁽¹⁰⁾, dopo avere ribadito che, anche alla luce del dettato costituzionale, «non è configurabile per il singolo un obbligo generale a curarsi», da atto che nello stesso comitato sono emersi orientamenti differenti sulla possibilità di considerare eticamente accettabile e lecito sul piano giuridico il rispetto del rifiuto delle cure salvavita manifestato da un soggetto, soprattutto quando questi sia «privo dell'autonomia fisica necessaria per dare attuazione ai propri intendimenti», come nel caso Welby.

Alcuni membri del CNB, infatti, hanno sostenuto la tesi che, tenuto anche conto del disposto dell'art. 5 c.c., non è configurabile un diritto «sulla vita» tale da potere rendere lecita la rinuncia ad un trattamento che tiene in vita il paziente in quanto la morte non può essere considerata un bene e, quindi, il medico non potrebbe ritenersi autorizzato a realizzare la sospensione di questi trattamenti nelle condizioni sopra evidenziate.

Altri membri del CNB hanno, invece, giustamente contrastato tale orientamento ritenendo, tra l'altro, che l'art. 5 c.c. è una norma che regola solo gli atti di disposizione del proprio corpo motivati da fini di lucro e, quindi, non può essere applicata per vietare «gli atti di disposizione del corpo liberamente e consapevolmente voluti dal soggetto nell'ambito della relazione di cura» nella quale, invece, assume forte rilevanza il riconoscimento dell'autonomia del singolo paziente nella determinazione dei beni da salvaguardare o meno.

In definitiva non appare condivisibile l'orientamento che fa rientrare nel divieto degli atti che cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica anche gli atti che conducono ad una soppressione del bene vita attraverso il rifiuto delle cure salvavita che, invece, deve essere ritenuto valido nella misura in cui contiene una consapevole e libera manifestazione di volontà diretta ad impedire un'attività di cura non voluta sul proprio corpo.

D'altra parte l'avvento della Costituzione impone di interpretare le preesistenti norme ordinarie alla luce dei principi chiaramente sanciti dalla Carta negli artt. 13 e 32 e, quindi, non appare corretto estendere la discussa portata dell'art. 5 c.c. fino a ricomprendere nel suo ambito anche la questione del rifiuto delle cure salvavita ⁽¹¹⁾.

Un giudice che, trovandosi ad esaminare una fattispecie in cui si discute della validità del rifiuto opposto da un paziente ad un trattamento salvavita, dovesse, invece, ritenere che quel rifiuto è vietato dall'art. 5 c.c. dovrebbe necessariamente sollevare la questione di legittimità costituzionale di questa disposizione di carattere ordinario nella parte in cui, secondo la sua opinione, si pone in un insanabile contrasto con il chiaro contenuto dei citati articoli della nostra Costituzione ⁽¹²⁾.

In realtà l'attività sanitaria, attesa la sua intrinseca natura, non incontra il limite di cui all'art. 5 c.c. che, quindi, deve ritenersi norma che non è diretta a regolare la

ti: *Le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica, Prima Parte*, in *Riv. pen.*, 2009, 31-40, spec. 37-38.

⁽¹⁰⁾ CNB, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, consultabile sul website del Comitato, in seno a quello del Consiglio dei Ministri.

⁽¹¹⁾ Vedi IACHIPINO, *Il diritto all'integrità fisica*, in Cassano (a cura di), *Nuovi diritti della persona e*

risarcimento del danno, Tutela civile e penale, Torino, 2003, t. I, cap. IV, pr. 43, che afferma che l'art. 5 c.c. «contiene una delle norme più generiche, tormentate e forse la più discussa del libro primo del codice civile».

⁽¹²⁾ Così SANTOSUOSSO-FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 39-48, spec. 44.

relazione terapeutica in tutti i suoi aspetti, compresa la questione attinente al rifiuto delle cure che non è superabile in quanto i trattamenti sanitari sono eseguibili, in linea generale, solo su base volontaria come stabilito anche dall'art. 33 della legge n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale ⁽¹³⁾.

3. LA NON RILEVANZA DEGLI ARTT. 54, 579 E 580 C.P. RISPETTO AL RIFIUTO DELLE CURE

Anche le disposizioni di cui agli artt. 579 e 580 c.p., che concernono rispettivamente l'omicidio del consenziente e l'istigazione ovvero l'aiuto al suicidio, sono state richiamate da una parte della dottrina e della giurisprudenza a sostegno della tesi dell'indisponibilità del bene vita.

Il fatto che il legislatore ha inteso punire questi comportamenti delittuosi è, infatti, ritenuta una circostanza che proverebbe, secondo questa tesi, che esiste nel nostro ordinamento giuridico il principio dell'indisponibilità, anche consensuale, della vita e, quindi, ne risulterebbe pregiudicato anche il diritto di disporre di questo bene attraverso il rifiuto delle cure salvavita ⁽¹⁴⁾.

Non contrasterebbe con questa tesi il disposto dell'art. 32 della Costituzione che viene interpretato come norma che non contiene indicazioni idonee ad interferire in qualche modo con il diritto alla vita e con il principio della sua indisponibilità in quanto la riserva di legge ivi prevista è diretta solo a controllare «*specifiche ingerenze dei pubblici poteri nella sfera individuale*» ⁽¹⁵⁾.

La volontà di rifiutare le cure salvavita in quest'ottica non sarebbe, quindi idonea ad impedire l'intervento del medico che verrebbe scriminato «*dall'evidente ricorrenza di una situazione di stato di necessità, rilevante ex art. 54 c.p.*» ⁽¹⁶⁾.

In realtà, come giustamente osservato dalla dottrina prevalente, nel diritto penale la questione della «*indisponibilità*» della salute e della vita si pone solo di fronte ad aggressioni esterne di questi beni e, quindi, non concerne il diritto di rifiutare le cure, anche salvavita ⁽¹⁷⁾.

Non appare, altresì, condivisibile l'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione come norma che non riguarda la relazione di cura tra sanitario e paziente.

Non si comprende, infatti, come giustamente sottolineato dalla Corte d'Appello nella sentenza n. 2359/2011 oggetto di questo breve commento a chi dovrebbe essere opposto il rifiuto se non al sanitario che intende compiere l'attività terapeutica non desiderata ovvero a chi dovrebbe essere richiesta la sospensione di un trattamento di sostegno vitale che il paziente interessato non è un grado di interrompere da solo.

⁽¹³⁾ Vedi, sul punto, anche Cass. civ. sent. n. 364/1997.

⁽¹⁴⁾ Vedi, sul punto IADECOLA, *Note critiche in tema di testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, spec. 477-478.; *contra* gran parte della dottrina penalistica vedi, tra gli altri, GIUNTA, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403-408; e CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 751-775, spec. 764.

⁽¹⁵⁾ Così EUSEBI, *Sul mancato consenso al tratta-*

mento terapeutico: profili giuridico-penali, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 727-740, spec. 735.

⁽¹⁶⁾ Così IADECOLA, *op. cit.*, spec. 479; e EUSEBI, *op. cit.*, spec. 736; *contra* VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, spec. 466 ss.

⁽¹⁷⁾ Vedi, sul punto, STORTONI, *Profili penali dell'eutanasia*, in *Famiglia*, 2003, 321-329; e GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, spec. 83-89.

Tra l'altro, come emerso nel caso Welby, solo un sanitario, in seguito ad una richiesta consapevolmente espressa dall'interessato, può attuare lecitamente e legittimamente il distacco dell'apparecchio che assicura la ventilazione forzata del paziente e contemporaneamente eseguire le necessarie terapie palliative idonee ad evitare le inutili sofferenze causate dalle conseguenti difficoltà respiratorie ⁽¹⁸⁾.

L'esistenza del diritto di autodeterminazione in campo terapeutico, d'altra parte, trova il suo forte riconoscimento proprio nell'art. 32 della Costituzione, laddove afferma in modo categorico che, in mancanza di una disposizione di legge che lo consenta, nessuno può essere sottoposto da un trattamento sanitario indesiderato ⁽¹⁹⁾.

La Corte Costituzionale, a sua volta, ha giustamente evidenziato che lo stesso trattamento sanitario obbligatorio per legge può essere legittimamente previsto solo se la legge è diretta a tutelare contemporaneamente la salute dell'individuo interessato e quella della collettività, in quanto solo quest'ultima finalità può giustificare la compressione del diritto di autodeterminazione che spetta a ciascuno ⁽²⁰⁾ e che nel concetto di libertà della persona sancito dall'art. 13 della Costituzione deve ritenersi ricompreso anche il potere di disporre del proprio corpo ⁽²¹⁾.

Il richiamo all'art. 54 c.p. per giustificare l'intervento medico effettuato contro la volontà dissenziente dell'interessato non appare, infine, convincente perché lascia all'arbitrio del sanitario la decisione di stabilire quale cura in sostanza eseguire, così prevaricando il diritto di ciascuno di scegliere se sottoporsi o meno al trattamento secondo la propria visione della vita ⁽²²⁾.

L'art. 54 c.p. non può comunque essere correttamente invocato per giustificare la lesione di un diritto costituzionalmente garantito, qual è quello di rifiutare le cure non desiderate ⁽²³⁾.

Altrimenti verrebbe anche alterato il rapporto che deve esistere tra una norma sopraordinata, qual è quella contenuta nella Costituzione, e una disposizione di carattere ordinario che, nella gerarchia delle fonti, si pone in una condizione di subordinazione.

Il fine terapeutico non è, quindi, una valida giustificazione per agire in via d'urgen-

⁽¹⁸⁾ Vedi, sul punto, Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, II, 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 65, con nota di commento di AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto delle cure*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, 59 ss., con nota di VALLINI.

⁽¹⁹⁾ Vedi, sul punto, Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, edita, tra l'altro, in questa *Rivista*, 2008, 1103, con nota di GENNARI, *ivi*, 1119; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83.

⁽²⁰⁾ Corte cost. sent. n. 307/1990 e n. 218/1994.

⁽²¹⁾ Corte cost. sent. n. 471/1990.

⁽²²⁾ Vedi, al riguardo, anche IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2007, 161, ove si afferma che « il diritto di decidere in merito alla propria sorte — di scegliere ciò che per sé stessi sia un bene o un male — non è menzionato, tradizionalmente, tra i diritti della personalità perché

compare in tutti quanti come un aspetto essenziale: quello della disponibilità di ciascun interesse pro- *tetto ».*

⁽²³⁾ Vedi, sul punto, ANZANI, *Consenso ai trattamenti sanitari e scelte di fine vita*, in *Danno resp.*, 2008, 957-964, spec. 961, che esclude l'applicabilità dell'art. 54 c.p. in presenza di un rifiuto e, in linea generale, quando il paziente abbia impartito valide e specifiche direttive sanitarie ed osserva che « nella tavola dei valori costituzionali l'autodeterminazione della persona è preminente rispetto alla sua salute »; e anche VALLINI, *op. cit.*, spec. 81, che sottolinea che « la necessità e l'urgenza non permettono, insomma, di sovvertire gerarchie di valori altrove stabilite » e che ricorda che sussiste « un diritto », tutelato anche dalla Costituzione, di « rifiutare ogni terapia, anche salvavita ».

za ⁽²⁴⁾, per attuare un intervento sanitario in contrasto con il dissenso espresso dal paziente capace di autodeterminarsi anche perché la salute non è un bene il cui contenuto può essere definito solo su base oggettiva e scientifica, rilevando al riguardo anche il vissuto del paziente e le sue concezioni sul valore dell'esistenza.

4. LA QUESTIONE DELLA POSIZIONE DI GARANZIA

I sanitari assumono certamente la posizione di garanzia nei confronti del paziente e, quindi, devono tutelare la sua salute e la sua vita quando prestano la loro attività terapeutica ed assistenziale, acquisendo, peraltro, di norma il previo consenso dell'interessato in modo da agire in conformità ai suoi desideri ⁽²⁵⁾.

Ma il contenuto di questa posizione di garanzia diventa più limitato in presenza di un dissenso validamente manifestato dal paziente proprio perché il rifiuto di un determinato trattamento terapeutico ne impedisce l'esecuzione.

Non può, quindi, invocarsi legittimamente il dovere di curare che nasce dalla posizione di garanzia assunta in un determinato contesto per superare il dissenso del paziente anche rispetto ad una cura in ipotesi salvavita.

Né questa omissione terapeutica può ritenersi fonte di responsabilità penale *ex art. 40, comma 2, c.p.*, norma che è diretta a sanzionare chi non impedisce un evento sempre che vi sia un obbligo giuridico di impedirlo.

Il sanitario, infatti, non ha il dovere di agire effettuando il trattamento ritenuto utile in presenza di un rifiuto espresso al riguardo da un paziente capace di autodeterminarsi perché questo rifiuto, che costituisce l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito dagli artt. 13 e 32 della Costituzione, si pone anche come limite alla posizione di garanzia assunta dal medico ⁽²⁶⁾.

In sostanza, in presenza di un soggetto capace di autodeterminarsi, l'astratta posizione di garanzia del medico si riempie di contenuto e diventa attuale, consentendo quindi l'esplicazione dell'attività terapeutica indicata dallo «*stato dell'arte*», nel momento in cui il paziente interessato accetta la proposta di cura correttamente effettuata dal sanitario.

Giustamente, quindi, la Corte d'Appello di Milano nella sentenza in commento ha ritenuto non corretta la motivazione del giudice di primo grado che aveva ritenuto

⁽²⁴⁾ Cass. civ. sent. n. 16543/2011 ha affermato che l'urgenza intraoperatoria legittima la prosecuzione in laparotomia di un intervento chirurgico iniziato in laparoscopia solo se sia sopravvenuto un fatto nuovo che pone a repentaglio la vita del paziente in stato di incoscienza e sia di natura tale da rendere indispensabile sul piano medico operare subito. In mancanza di una reale urgenza intraoperatoria, quindi, è necessario acquisire il consenso del paziente, altrimenti l'inadempimento del relativo obbligo di previa informazione può assumere rilevanza causale sui danni eventualmente patiti dal paziente anche in presenza di un atto terapeutico correttamente eseguito in base alle regole dell'arte.

⁽²⁵⁾ Cass. civ. n. 364/1997; vedi, da ultimo, Cass. civ. n. 16543/2011, *cit.*, che ha ribadito il costante inse-

gnamento della S.C. «*in virtù del quale costituisce violazione del diritto inviolabile all'autodeterminazione (artt. 2, 3 e 32, comma 2 Cost.) l'inadempimento da parte del sanitario all'obbligo di richiedere il consenso informato nei casi previsti*» in quanto «*il diritto al consenso informato è un vero e proprio diritto della persona*» che trova fondamento nelle norme costituzionali sopra richiamate, nell'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4/4/1997e ratificata dall'Italia con legge n. 145/2001, nonché nell'art. 3 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000.

⁽²⁶⁾ Vedi, sul punto, VIGANÒ, *Decisioni di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1594-1613, spec. 1604).

sussistente il dovere di intervenire da parte di medici in presenza di un pericolo di vita del paziente, salvo considerare non condivisibili, né accettabili le particolari modalità con le quali, ledendo la libertà e la dignità della persona, era stata praticata in concreto la trasfusione rifiutata dall'interessato.

I doveri di cura, infatti, si devono arrestare davanti al rifiuto espresso dal paziente che, nel caso di specie esercitava anche i suo diritto, garantito dall'art. 19 della Costituzione, di professare liberamente la propria fede religiosa che gli impediva di accettare la trasfusione poi coattivamente effettuata ⁽²⁷⁾.

D'altra parte l'obbligo di astensione del medico davanti al rifiuto del paziente è sancito anche dal Codice di deontologia che, nella vigente versione del 2006, all'art. 35 afferma testualmente che «*in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve astenersi dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona*».

Una disposizione di analogo tenore era, peraltro, contenuta nell'art. 31 del Codice di deontologia medica del 1995, vigente all'epoca dei fatti oggetto di esame nella sentenza n. 2359/2011 della Corte d'Appello di Milano, in commento.

Nel comportamento tenuto dai sanitari in occasione della trasfusione di sangue eseguita coattivamente deve, quindi, ritenersi sussistente anche un illecito di natura deontologica.

Né vale, in una situazione come quella in esame, invocare l'urgenza di intervenire perché anche nell'urgenza vale il dissenso del paziente, soprattutto se espresso nell'attualità, come nel caso di specie, con la consapevolezza dei rischi cui va incontro con il suo atteggiamento ⁽²⁸⁾.

5. CONCLUSIONI

Il caso deciso dalla Corte milanese risale al 1996 ed è stato prima affrontato sul piano penale senza, peraltro, che in quella sede i sanitari siano stati sanzionati.

Infatti il GIP presso la Pretura Circondariale di Milano, ufficio ora soppresso, su conforme richiesta del Pubblico Ministero, con provvedimento del 17 giugno 1998 ha disposto l'archiviazione del procedimento che vedeva coinvolti anche alcuni dei sanitari poi convenuti nel giudizio civile instaurato dalla vedova del paziente deceduto mentre veniva effettuata la forzosa trasfusione più volte rifiutata dall'interessato ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Nella sent. n. 329/1997 la Corte costituzionale ha, tra l'altro, affermato che il diritto costituzionale di libertà religiosa comporta la protezione del sentimento religioso e che «*ogni violazione della coscienza religiosa è sempre violazione di quel bene e di quel diritto nella loro interezza*» indipendentemente dalla confessione religiosa cui eventualmente si appartenga.

⁽²⁸⁾ L'attualità del consenso o del dissenso, secondo NERI, *Note sul documento del CNB sulle «Dichiarazioni anticipate di Trattamento»*, in *Bioetica*, 2004, 188-199, spec. 195, nota 5, «è un requisito logico e non meramente cronologico» che «*può permanere nel tempo se permangono le condizioni in riferimen-*

to alle quali l'espressione di volontà è stata prestata». Sulla questione relativa alla necessità di tutelare anche la «*volontà*» espressa in precedenza dal soggetto poi divenuto incapace, in modo da salvaguardare anche quella volontà che «*risiede nell'identità*», vedi AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 331-350, spec. 347-349.

⁽²⁹⁾ N.B. L'esito della vicenda sul piano penale è stato oggetto di due commenti critici pubblicati in *Bioetica*, 2000, 454-462, il primo, a cura di SANTOSUOSSO, *Di una triste trasfusione ematica/1. Le parole e le cose: a proposito di «violenza etica» su un*

Il P.M. nella sua richiesta di archiviazione aveva giustamente evidenziato che nel caso di specie non poteva essere intrapresa la strada del trattamento sanitario obbligatorio ai sensi della legge n. 180/78 perché questa procedura può essere proposta solo laddove siano riscontrate alterazioni psichiche che richiedano urgenti interventi terapeutici rifiutati dall'infermo, mentre non correttamente aveva sottolineato l'esistenza di «*un argine naturale*» al rispetto delle volontà del paziente costituito dal «*principio di indisponibilità di cui all'art. 5 c.c.*» e affermato che «*il quadro fattuale rientrava ampiamente nell'ambito dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.*».

Appare evidente, per le ragioni sopra esposte, che questi riferimenti all'art. 5 c.c. e all'art. 54 c.p. non appaiono condivisibili in quanto non tengono conto del chiaro contenuto degli artt. 13 e 32 della Costituzione.

La Corte d'Appello di Milano nella sentenza n. 2359/2011 in commento ha, invece, dichiarato i sanitari che avevano attuato la trasfusione facendo un uso illegittimo della contenzione responsabili, non solo della violazione del disposto dell'art. 32 della Costituzione, ma anche del fatto, «*astrattamente configurabile dalla legge come reato*», di avere costretto con violenza il paziente a subire il predetto trattamento contro la sua volontà e di avere privato il malato della sua libertà personale.

Il collegio giudicante ha inteso in tal modo fare riferimento al disposto dell'art. 610 (violenza privata) e dell'art. 605 (sequestro di persona) c.p.

È importante sottolineare — senza entrare nel merito della possibilità di configurare, in via astratta, nel caso di specie entrambe queste fattispecie di reato — che il diverso esito del processo civile rispetto a quello penale si fonda proprio sulla diversa importanza conferita dai giudici civili alle norme della Costituzione richiamate nella sentenza in commento per sostenere l'esistenza nella fattispecie del dovere dei medici di rispettare, pur in presenza di un serio rischio per la vita, il rifiuto della trasfusione legittimamente espresso dal paziente.

Questa affermazione — che ristabilisce una giusta «*gerarchia tra le fonti del diritto*» — supporta poi le conclusioni cui la Corte milanese è giunta in punto risarcimento dei danni non patrimoniali subiti sia dall'interessato (e poi trasmessi alla vedova in qualità di erede) che dall'attrice in proprio, danni che sono stati liquidati in una misura superiore a quella eccessivamente ridotta stabilita dal Tribunale e certamente più confacente alla gravità dell'illecito civile accertato che ha inciso sulla libertà di autodeterminazione del paziente, sulla sua libertà fisica e religiosa, sulla sua dignità di persona, nonché sulla posizione giuridica di sua moglie che si è trovata ad assistere a questo inaspettato episodio di sopraffazione avvenuto in un luogo di cura.

Una maggiore coscienza da parte dei sanitari dei propri doveri e dei diritti dei pazienti, come ben delineati anche nel Codice di deontologia medica a partire dall'edizione del 1995, avrebbe potuto evitare quello che è accaduto che rappresenta un episodio inquietante e sconcertante, ben descritto negli atti di causa.

—————
 paziente, il secondo, *Di una triste trasfusione ematica/2. Sopraffazione e morte di un uomo per violenza terapeutica*, a cura di BARNI.