

Effetti redistributivi della Legge n. 219/2017 nel rapporto fra medico e paziente.

di **Maurizio Di Masi** (*Dottore di ricerca in Diritto privato e nuove tecnologie. Libero ricercatore presso l'Università degli Studi di Perugia*)

Il contributo ricostruisce l'evoluzione della relazione di cura fra medico e paziente negli ultimi due secoli, evidenziando il passaggio da un paradigma tecnico-giuridico paternalistico, che privilegiava lo status del medico, ad un paradigma giuridico volto a tutelare il paziente ed i suoi diritti fondamentali attraverso il "consenso informato". La legge n. 219/2017, infatti, costituisce una buona occasione per valutare le pratiche giuridiche, discorsive e operazionali, tramite cui le relazioni di potere si incarnano nei rapporti di diritto privato.

The evolution of the physician-patient relationship is a good illustration of how power relations have been transposed into apparently neutral legal provisions. The article investigates the care relationship starting from the 19th century codifications, which subjected patients to the physician's authority, until the emergence of the personalist principle and the resulting revolution of "informed consent", which shifted the focus on patients and was finally recognized in Law No. 219/2017.

Sommario: **1.** La legge 219/2017 e il cambiamento di rotta della relazione di cura. - **2.** Il consolidarsi del paradigma paternalistico o "ippocratico" della relazione di cura. - **3.** Verso un nuovo paradigma della relazione di cura: la costituzionalizzazione della persona. - **4.** Riconoscimento dell'*habeas corpus* del paziente e il paradigma "bioetico" del consenso informato nella legge n. 219/2017. - **5.** Valorizzazione del contesto di cura e non opponibilità dell'obiezione di coscienza. - **6.** Certezze per i medici, certezze per i pazienti. - **7.** *Homo dignus* e consenso informato: il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione dell'autodeterminazione terapeutica.

1. La legge 219/2017 e il cambiamento di rotta della relazione di cura.

A seguito di una lunga e meditata riflessione bioetica, deontologica e biogiuridica, il 14 dicembre 2017 il Senato della Repubblica ha approvato in via definitiva la legge n. 219/2017 recante "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", legiferando in maniera ponderata su tematiche eticamente sensibili quali sono la relazione di cura e il

fine vita¹. Una legge che segna un forte cambiamento di rotta nella definizione giuridica del rapporto di cura, poiché si è presa l'onere di riconoscere alla persona interessata la facoltà di disporre del proprio corpo, della propria salute e della propria vita per mezzo del consenso informato, della pianificazione delle cure e delle direttive anticipate di trattamento (DAT)². Tale approdo è il risultato di principi e diritti ormai ben consolidati nella giurisprudenza, tanto

¹Una prima analisi dell'iter del testo di legge infine approvato in Senato si trova in P. **ZATTI**, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in Riv. crit. dir. priv., 2017, 1, p. 3 ss.; S. **CANESTRARI**, *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in Riv. it. med. leg., 2017, 3, p. 975 ss.; M. **DI MASI**, *Prima lettura della legge recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in Diritti Comparati, al link <http://www.diritticomparati.it/prima-lettura-della-legge-recante-norme-materia-di-consenso-informato-e-di-disposizioni-anticipate-di-trattamento/>; B. **LIBERALI**, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in Diritti Comparati, 2017, 3, p. 262 ss.; B. **DE FILIPPIS**, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, 2018; M. **FOGLIA**, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, 2018; G. **FERRANDO**, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in Riv. crit. dir. priv., 2018, 1, p. 47 ss.; C. **CASONATO**, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in BioLaw Journal, 2018, 1, p. 12 ss.; M. **PICCINNI**, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in BioLaw Journal, 2018, 1, 121; M. **AZZALINI**, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in Resp. civ. e prev., 2018, 9; M. **BIANCA**, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in Familia, 2018, 1; S. **DELLE MONACHE**, *La nuova disciplina sul «Testamento biologico» e sul consenso ai trattamenti medici*, in Riv. dir. civ., 2018, 4, p. 997 ss.; M. **RIZZUTI**, *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, in Diritto e Salute, 4, 2018, p. 166 ss., on-line al link <http://www.dirittoesalute.org/2018/10/30/minori-incapaci-e-dat-i-primi-contenziosi/>.

² La bibliografia è assai nutrita, ma da ultimo cfr. D. **CARUSI**, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Contributo a un dibattito da rianimare*, Giappichelli, 2016; F. D. **BUSNELLI**, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in Riv. dir. civ., 2011, p. 153 ss.; A. **D'ALOIA** (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, ESI, 2012; A. **NICOLUSSI**, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in Europa e dir. priv., 2013, p. 457 ss.; T. **PASQUINO**, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Cedam, 2009; G. **OPPO**, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in Riv. dir. civ., 2008, p. 371 ss.; F. G. **PIZZETTI**, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, 2008; P. **RESCIGNO**, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Giuffrè, 2006, p. 215 ss.; **AA. VV.**, *Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione U. Veronesi – Il Sole 24 Ore, 2006; G. **CARAPEZZA FIGLIA**, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in Familia, 2004, p. 1055 ss.

della Corte costituzionale³, quanto della Cassazione⁴ e del Consiglio di Stato, il quale ultimo, pronunciandosi in merito al caso Englaro nel 2014, ha sottolineato assai laicamente come nessuna visione della malattia e della salute, nessuna concezione della sofferenza e, di conseguenza, della cura possa essere contrapposta o, addirittura, sovrapposta dallo Stato o dall'amministrazione sanitaria o da qualsivoglia altro soggetto pubblico o privato alla cognizione che della propria sofferenza e, quindi, della propria cura ha il singolo malato⁵.

La legge n. 219/2017 costituisce, pertanto, una buona occasione per valutare le pratiche giuridiche, discorsive e operazionali, tramite cui i rapporti di potere si incarnano nei rapporti di diritto privato, soprattutto in quei rapporti privatistici connotati da elementi di specialità rispetto al diritto privato patrimoniale, che si presume invece caratterizzato dall'eguaglianza dei soggetti contraenti. La norma giuridica, invero, si è rivelata storicamente uno straordinario strumento

³Vedi Corte Cost. n. 438 del 23 dicembre 2008, in Foro It., 2009, I, c. 1328 ss.; in dottrina per tutti cfr. S. **RODOTÀ**, *Editoriale*, in Riv. crit. dir. priv., n. 1/2009, p. 3 ss. Tale giurisprudenza, in seguito, ha trovato conferma nelle sentenze della Consulta n. 253/2009, in Corr. Giur., 2009,11, p. 1559 ss.

⁴Il cui punto di arrivo più elaborato è la sentenza 21748/07 della Cassazione sul caso di Eluana Englaro. Cfr. A. **SANTOSUOSSO**, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in Nuova giur. civ. comm., 2008, II, p. 1 ss.; **ID.**, *Sulla conclusione del caso Englaro*, Nuova giur. civ. comm., 2009, II, p. 127 ss.; C. **CASONATO**, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in Quad. Cost., 2008, p. 545 ss.; S. **RODOTÀ**, *Perché laico*, Laterza, 2009, dove l'Autore ritiene la sentenza della Cassazione ammirevole «per la capacità di leggere il diritto per quello che è, e non per quello che si vorrebbe che fosse o non fosse; per il rigore dell'argomentazione; per l'assunzione della responsabilità propria del giudice che, di fronte a questioni difficili, non le sfugge, rifugiandosi in artificiosa costruzioni e negando così quella giustizia che i cittadini chiedono» (p. 100); F.D. **BUSNELLI**, *Il caso Englaro in Cassazione*, in Fam. pers. e succ., 2008, p. 966 ss.; N. **LIPARI**, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in Riv. dir. civ., 2016, 1, p. 28 ss. e in particolare p. 34. Note anche le aspre critiche a tale pronuncia: F. **GAZZONI**, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in Dir. fam. pers., 2007, p. 107 ss.; **ID.**, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in Fam. e dir., 2008, p. 289 ss.; L. **NIVARRA**, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in Europa e dir. priv., 2009, p. 719 ss.; C. **CASTRONOVO**, *Autodeterminazione e diritto privato*, ivi, 2010, p. 1037; A. **NICOLUSSI**, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in Europa e dir. priv., 2009, p. 33 ss. Su come tale sentenza abbia destabilizzato la metodologia giuridica giuspositivistica tradizionale cfr. C. **CAMARDI**, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, 2017, in particolare pp. 30-34.

⁵ Consiglio di Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, on-line al link <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=28038>, su cui cfr. S. **ATTOLLINO**, *La laicità della cura (a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 4460 del 2014 sulle direttive anticipate di trattamento)*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n. 21/2015.

di governamentalità anche dei rapporti fra soggetti privati, dal momento che regole e istituti del diritto privato hanno assegnato e continuano ad allocare poteri economici, sociali o simbolici, dei quali occorre valutare gli effetti⁶. Paradigmatico del modo in cui i rapporti di potere sono stati tradotti in norme giuridiche apparentemente neutre è l’approccio del diritto alla relazione medico-paziente: a partire dalle codificazioni ottocentesche, che attribuivano ai pazienti una soggezione rispetto alla potestà del medico; sino all’emergere del principio personalista e alla conseguente rivoluzione del “consenso informato”, che ha spostato l’asse della relazione verso i malati; per finire con i più recenti interventi legislativi che paiono restituirci un legislatore ambivalente, che tende a riconoscere la più ampia tutela ai diritti fondamentali dei malati (legge n. 219/2017), nel mentre afferma un particolare *favor* per la tutela giurisdizionale del personale sanitario (nella legge n. 24/2017)⁷.

2. Il consolidarsi del paradigma paternalistico o “ippocratico” della relazione di cura.

A partire dal XVIII secolo, invero, la vita delle persone diventa oggetto di studio e governo delle scienze mediche, che finiscono per *medicalizzare* la vita stessa, ossia per tradurre in termini medici problemi che avrebbero potuto essere affrontati con misure sociali, in tal modo strumentalizzando a scopo di dominio la dipendenza dall’aiuto del medico e, in definitiva, utilizzando il sapere in termini di potere sul malato⁸. Il rapporto terapeutico, difatti, stabilisce una soggezione funzionale alla cura, che storicamente ha implicato che al paziente non fosse riconosciuta una autorità sul proprio corpo: tanto che la stessa etimologia del termine “paziente” sta ad indicare chi subisce passivamente l’altrui azione⁹. Sino a quasi tutto il 1900, il medico è stato considerato detentore di un sapere tecnico-scientifico che lo ha posto in una situazione di supremazia rispetto al malato, persona bisognosa di cure e assistenza: la relazione medico-paziente, quindi, è apparsa al giurista del tutto

⁶ M.R. MARELLA, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, in S. ANASTASIA (a cura di), *Diritto e Democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, 2011.

⁷ Che reca *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 17 marzo 2017. In dottrina, da ultimo, cfr. F. D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant’anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in *Resp. med.*, 2018, 2, p. 91 ss.

⁸ Così F. ONGARO BASAGLIA - G. BIGNAMI, *Medicina/medicalizzazione*, in F. ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Salute/Malattia. Le parole della medicina*, Einaudi, 1982.

⁹ P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 3, p. 143 ss.

analogo ad un rapporto di diritto familiare, caratterizzato dalla potestà del medico a fronte della soggezione del malato¹⁰.

Così in Italia, sul modello della dottrina e della giurisprudenza francese (ma a risultati operazionali analoghi si perviene pure in Germania e nei Paesi di Common Law nonostante le apparenti differenze strutturali¹¹), sotto la vigenza del codice civile Pisanelli del 1865 la giurisprudenza ha sempre mostrato un riguardo speciale per la classe professionale medica, tanto da ritenere che chi «*arrecava danno ad altri nell'esercizio della sua professione per cattivo magistero dell'arte, non è in colpa e non incontra responsabilità, a meno che non sia provato l'animo deliberato di malaffare*»¹². Anche le pronunce che declamavano il principio di responsabilità del medico finivano operativamente per non applicarlo nelle fattispecie concrete, mantenendo salda l'intangibilità della classe medica¹³. Il medico, nel comune sentire dei giuristi, godeva di un vero e proprio *status* privilegiato, derivante dall'aver frequentato un apposito corso di studi: sicché si affermava che «*le contract, en matière médicale, est una finction*»¹⁴, configurandosi la professione medica piuttosto come un ufficio *para-publique*¹⁵. Ciò ha determinato che, in questa fase, l'illecito commesso dal medico nell'esercizio della professione trovasse una collocazione giuridica “speciale”, ove la specialità era data, da un lato, dalla circostanza che si applicassero le norme previste per la responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 1151 e 1152 del codice civile del 1865, e non già quelle previste per la responsabilità contrattuale; dall'altro lato, anche quando la giurisprudenza della Cassazione iniziò a ricondurre tale responsabilità sotto l'egida degli artt. 1224 e 1225 c.c., cioè alle regole della responsabilità contrattuale, gli effetti redistributivi risultarono sempre a vantaggio degli esercenti la professione sanitaria: vuoi perché la responsabilità contrattuale era utilizzata dal professionista stesso (onde agire in giudizio per il pagamento degli onorari¹⁶), vuoi perché esso era liberato «dalla preoccupazione di dover rispondere della culpa *levissima*»¹⁷.

¹⁰ In tali termini A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983.

¹¹ Cfr. A. GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatista*, in **AV.VV.**, *La responsabilità medica (Atti del Convegno, tenutosi a Pisa 28-29.10.1980)*, Giuffrè, 1982, p. 67 ss.; C. COSTANTINI, *Il consenso-dispositivo. Strategie di giuridificazione nella comparazione tra sistemi*, in Cardozo Elec. L. Bul., al link <http://cardozolawbulletin.blogspot.it/>.

¹² Vedi Cass. Napoli, 25.05.1871.

¹³ *Amplius* cfr. M. ZANA, *La responsabilità del medico*, in Riv. crit. dir. priv., n. 1987, 1, p. 159 ss. ove sono tratti i riferimenti giurisprudenziali ottocenteschi.

¹⁴ L. KORNPROBST, *La responsabilité médicale*, J.-B. Baillièrè, 1947, p. 111.

¹⁵ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, p. 208.

¹⁶ Vedi Cass. 22.12.1925, in *Giurisprudenza italiana*, 1926, I, 1, c. 537 ss.

¹⁷ M. ZANA, *op. cit.*, p. 161.

All'interno della teorizzazione sull'illecito del medico, dunque, si sono da subito elaborati una serie di accorgimenti tali da limitare gli effetti risarcitori in favore del paziente, connotando in senso fortemente paternalistico il rapporto. Tra questi accorgimenti tecnici risultano particolarmente efficienti alla tutela dello *status* del medico la graduazione della colpa in lievissima, lieve e grave, e l'elaborazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Se già di per sé il sistema tradizionale della responsabilità extracontrattuale basata sulla colpa assicurava il ristoro dei danni soltanto se fosse stata data la prova – dal danneggiato, *ergo* dal paziente – dell'imperizia del medico e del nesso di causalità tra comportamento colposo del medico e il danno (prova diabolica in considerazione della soggezione del paziente), la graduazione della colpa comportava una sostanziale immunità dalla responsabilità civile dei medici per colpa semplice¹⁸. Ben consapevoli che la medicina è una scienza inesatta, i giuristi hanno iniziato a separare gli aspetti tecnici da quelli sociali della professione medica, elaborando una nozione di diligenza differenziata: da un lato la discrezionalità tecnica, ove il giudice non può pronunciarsi se non in caso di ignoranza e imperizia del medico che appaia lapalissiana e, dall'altro lato, una diligenza che faccia riferimento all'attenzione del sanitario nella cura del paziente.

Sotto questa prospettiva paternalistica, centrale per l'affermarsi del privilegio del medico rispetto ai malati è stato l'apporto della dottrina, a cominciare da quella francese, cui si deve l'elaborazione della distinzione fra obbligazioni di mezzi (o di diligenza) e obbligazioni di risultato¹⁹, distinzione per nulla neutrale, dal momento che incide sulla regola di responsabilità, diversificandola in senso più rigido in presenza di un'obbligazione *di risultato* e in senso più flessibile in presenza di un'obbligazione *di mezzi*, quale è quella del medico. Non a caso tale elaborazione dottrinale nasceva proprio prendendo a modello il rapporto fra medico e paziente. In particolare, secondo questa dottrina destinata a trovare fortuna sino a quasi tutto il Novecento, mentre le obbligazioni “di risultato” si caratterizzano per la previsione come fine dovuto del conseguimento di un risultato in grado di determinare la piena soddisfazione del movente, economico o non, che ha sollecitato il creditore all'acquisizione del diritto di credito, le obbligazioni “di mezzi” non si spingono sino al punto di imporre al medico-debitore il conseguimento di un fine determinato, il quale, quindi, resta al di fuori dall'oggetto della

¹⁸ A. GAMBARO, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹ Cfr. R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en General*, Rousseau, Paris 1925; ma in Italia già G. OSTI (*Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, ora in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano 1973, p. 423 ss.), su cui L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185-209, 280-320, 366-396.

prestazione, sicché la responsabilità per inadempimento (di obbligazione di mezzi) viene ridotta alla mera osservanza *diligente* del comportamento del debitore/medico. Effetto tecnico-giuridico di siffatta concettualizzazione è quello di ricondurre l'onere probatorio in capo al paziente, vale a dire il creditore-danneggiato, riproducendo lo stesso meccanismo probatorio previsto per la responsabilità extracontrattuale, meccanismo di per sé assai più gravoso per il paziente²⁰.

Tale distinzione, oltretutto, trovava avallo anche nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, che giunse a riconoscere, nel caso di errore medico, una attenuazione della responsabilità colposa in tutti quei casi in cui ci si trovi ad affrontare «problemi scientifici di ardua soluzione»²¹.

Questa regola giurisprudenziale, che consacrava il *privilegio* del medico-professionista, è stata poi consolidata dal legislatore nel codice civile del 1942, ed emerge nettamente già dal rapporto tra l'art. 1176 c.c., secondo comma, che sembrerebbe stabilire per l'obbligazione del professionista intellettuale un regime più rigoroso rispetto a quello comune (stabilendo che «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata») ²², e l'art. 2236 c.c., che invece attribuisce per legge al debitore-professionista una vera e propria immunità²³: quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, che è la regola nell'attività medica, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave. La limitazione vedeva la sua *ratio*, secondo quanto si legge nella relazione al codice civile, nella necessità di trovare un punto d'incontro fra due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie in caso d'insuccesso, e quella di tutelare il paziente nei confronti di decisioni non ben ponderate del medico.

Eppure l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2236 c.c. avrà scarso successo: i giudici, invero, hanno confinato la norma a casi del tutto particolari, raramente riscontrabili nella pratica medico-legale, e quindi riconoscendo la responsabilità civile, nella maggior parte dei casi, anche per colpa lieve. L'iter evolutivo, che si è concluso con la sostanziale vanificazione dell'art. 2236 c.c. da parte della giurisprudenza, è iniziata negli anni '50 del Novecento, dapprima in dottrina e quindi in giurisprudenza con la sentenza n.

²⁰ L. MENGONI, *op. cit.*, *passim*.

²¹ Cass. SS. UU., 08.03.1937, in Resp. civ. e prev., 1937, p. 314 ss.

²² Cfr. S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, p. 539 ss.

²³ Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1988.

166 del 1973 della Corte costituzionale²⁴. Ma ciò è stato possibile proprio perché, nel frattempo, il paradigma giuridico di disciplina del rapporto medico-paziente stava cambiando in senso maggiormente favorevole all'autodeterminazione terapeutica del paziente²⁵.

3. Verso un nuovo paradigma della relazione di cura: la costituzionalizzazione della persona

Solo a partire dagli anni Novanta del 1900, il sistema privilegiato di responsabilità del medico sarà messo profondamente in crisi ad opera della giurisprudenza, tanto penale che civile, a seguito dell'affermarsi di un diritto all'autodeterminazione personale del paziente all'interno del rapporto terapeutico. È innegabile che l'affermarsi del principio personalistico a seguito dell'emanazione della Carta costituzionale del 1947 abbia comportato una importante modificazione della relazione fra il medico e il paziente, modificazione del rapporto che ha portato al consolidarsi di un paradigma giuridico che tende a sottrarre il sapere medico all'esclusiva scienza e competenza degli addetti ai lavori, per riconoscere in capo al paziente una propria competenza e, correlativamente, l'autodeterminazione rispetto alle scelte terapeutiche²⁶.

Un passo rilevante nell'affermazione (o quantomeno nella declamazione) di un diritto all'autodeterminazione del paziente si è di certo fatto con la legge n. 180 del 1978 (c.d. legge Basaglia), recante disposizioni su “*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*”, normativa che non solo ha determinato una nuova considerazione del malato di mente, ma anche affermato la regola cardine in materia di trattamenti sanitari obbligatori, in base alla quale questi devono essere disposti «*nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura*» (art. 1, comma 2). Tale disposizione, nella coeva legge n. 833 del 1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, è stata recepita ed ampliata nella portata, nel senso che persino il trattamento sanitario obbligatorio deve essere sempre accompagnato «*da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*» e, in ogni caso, «*nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno*» (art. 33).

²⁴ Corte cost., n. 166/1973, reperibile on-line al link <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0166s-73.html>.

²⁵ E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno e resp.*, 1990, 12, p. 1171 ss.

²⁶ Cfr. P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009; M.R. MARELLA, *Introduzione*, in *EAD.*, a cura di, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, 2012, p. 26.

L'autodeterminazione, d'altra parte, ha costituito una sfida per il giurista, sfida resa tanto più complessa dalla necessità di superare la dicotomia oggetto/soggetto, dal momento che quando di mezzo ci siano decisioni riguardanti la propria salute, in modo esemplare nel consenso informato nel rapporto medico-paziente, oggetto e soggetto coincidono. Difatti è stato efficacemente sostenuto, a tale proposito, che *«il diritto che ho riguardo alla mia vita, alla mia identità, al governo possibile della mia sorte non si distingue dal diritto riguardo al mio corpo. Posso dire solo: «Io sono mio», ed è come se dicessi: «Solo Io sono Io»»*²⁷.

È proprio a partire dal rapporto medico-paziente, non a caso, il formante giurisprudenziale ha di recente dato tutela concreta – passando dalla mera declamazione alla sua attuazione – al diritto all'autodeterminazione personale, tanto che, prima del 2007, l'autodeterminazione circa il governo del sé, pur essendo riconosciuta a livello astratto e programmatico, si riteneva addirittura *«non concretamente tutelato dall'ordinamento»*, sul discutibile presupposto che *«un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l'ordinamento positivamente per esso prevede la possibilità coattiva della pretesa»*²⁸. Si giungeva così ad un punto di rottura, paradossale, in cui il giudice riconosceva un diritto soggettivo perfetto (accogliendo espressamente la giurisprudenza che così definisce l'autodeterminazione terapeutica), ma insuscettibile di tutela: nel mentre, cioè, si proclamava un diritto fondamentale del soggetto, indispensabile presidio della sua dignità e libertà, lo si sottraeva nei fatti alla disponibilità del singolo e la sua tutela viene delegata allo Stato²⁹.

Sarà con l'ormai celebre caso di Eluana Englaro³⁰ che si assiste ad una rivoluzione copernicana in tema di rapporto medico-paziente e diritto all'autodeterminazione, corrispondente al passaggio – anche in ambito giuridico – dal paradigma 'ippocratico' a quello c.d. 'bioetico'³¹. D'altra parte,

²⁷ Così P. ZATTI, *Appunti di viaggio di un 'bio-giurista'*, in G. ALPA, V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, 2013, p. 44 ss.

²⁸ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in Guida al diritto, 1, 2007, pp. 32-36, cit. p.36.

²⁹ Vedi reclamo del PM contro l'ordinanza sul caso Welby c. Antea associazione Onlus e G. C., 19.12.2006, reperibile sul sito www.personaedanno.it, ove si legge che *«sul piano della teoria generale non può esistere un diritto soggettivo perfetto (come quello riconosciuto in capo al ricorrente) insuscettibile di tutela, perché è proprio la possibilità di azionare la pretesa in un giudizio a qualificare la posizione di diritto soggettivo. In altri termini, un diritto soggettivo o esiste o non esiste; se esiste, non potrà non essere tutelato»*.

³⁰ Cass. civ., Sez. I, 16.10.2007, n. 21748, in C. SALVI, *Principi costituzionali e Diritto Privato*, Margiacchi-Galeno, 2011, 110 ss.; anche in Foro It., 2008, 9, I, c. 2609 ss.

³¹ Cfr. M. MORI, *Il caso Eluana Englaro*, Pendragon, 2008. Alla base dell'indagine di Maurizio Mori vi è la nozione di 'paradigma' elaborata da T. S. Kuhn ne "La struttura delle rivoluzioni scientifiche" (1962 e 1970), ossia lo schema di pensiero o il modo di organizzare il discorso che permea il nostro modo di vedere e di ragionare.

se è vero che l'uomo necessita di simboli e che «l'etica è una grande costruzione simbolica»³², non si possono ignorare le inevitabili implicazioni giuridiche, in termini di autodeterminazione e dignità umana, connesse con l'aderire al paradigma ippocratico piuttosto che a quello c.d. 'bioetico'. Il primo paradigma è quello alla base della medicina tradizionale, o meglio dell'etica medica e del suo atteggiamento emotivo rispetto alla vita umana, poiché sul piano scientifico ed epistemologico più nessuno oggi patrocina l'ippocratismo, anzi in questa prospettiva «il paradigma ippocratico è sicuramente morto e sepolto da molto tempo»³³. Quale paradigma squisitamente morale, pertanto, l'ippocratismo si caratterizza per il suo approccio sacrale al mistero della vita, da cui derivano l'indisponibilità e l'invulnerabilità della stessa³⁴.

Questa visione comporta, da un lato, la demonizzazione della morte quale peggiore dei mali, dall'altro – come visto nel paragrafo precedente – il paternalismo che fa del medico un analogo del giuridico buon *pater familias*.

Nel nostro sistema giuridico tale paradigma non era mai stato messo seriamente in discussione sino al caso Englaro, che ha mostrato come questo consegnatoci dalla tradizione sia in realtà solo uno dei molteplici punti di vista, quello cattolico (ma prima ancora dell'*homo religiosus*), e come la realtà stessa appaia 'relativa' rispetto al paradigma che si adotta. Così, se il vecchio paradigma biomedico basava la sua *auctoritas* su Ippocrate, il nuovo paradigma in costruzione viene definito 'bioetico', poiché è la bioetica – branca del sapere intrinsecamente interdisciplinare – a sottrarre l'ambito biomedico all'esclusiva scienza e competenza degli addetti ai lavori, finendo per 'secolarizzare' la vita. Peculiarità del nuovo paradigma è che la moralità viene intesa come istituzione sociale e non naturale³⁵, cioè come composta da

³² M. MORI, *op. ult. cit.*, p. 15. Sull'importanza di prendere sul serio il problema della gravidanza dei simboli nel diritto cfr. P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, in particolare pp. 29 ss.

³³ M. MORI, *op. ult. cit.*, p. 78.

Ricordo qui l'*incipit* del *Giuramento* di Ippocrate: «Regolerò il tenore di vita per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, mi asterrò dal recar danno e offesa». Il bene del malato è rappresentato senza dubbio dalla vita e dalla salute, ma il giuramento lo amplia includendovi altri beni preziosi quali il diritto al segreto, il rispetto dei suoi congiunti e della sua casa: cfr. IPPOCRATE, *Opere*, Utet, 1996, p. 415.

³⁴ Sul punto cfr. anche D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in Riv. crit. dir. priv., n. 2009, 1, p. 7 ss., in particolare p. 11.

³⁵ *Amplius* cfr. C. FLAMIGNI, A. MASSARENTI, M. MORI, A. PETRONI, *Manifesto di Bioetica Laica*, in Rivista Politeia, n. 41-42, 1996. Qui gli Autori affermano che «[a]l contrario di coloro che divinizzano la natura, dichiarandola un qualcosa di sacro e di intoccabile, i laici sanno che il confine tra quel che è naturale e quel che non lo è dipende dai valori e dalle decisioni degli uomini. Nulla è più culturale dell'idea di natura. Nel momento in cui le tecnologie biomediche allargano l'orizzonte di quel che

quella serie di norme e valori condivisi in una data società, volti a garantire la convivenza e un adeguato (*rectius*, dignitoso) livello di benessere ed autorealizzazione: *i.e.* la qualità della vita.

Tale approccio morale comporta, oltre allo sfaldamento della sacralità della vita e all'irrelevanza del finalismo, anche la distinzione tra vita biologica e vita biografica³⁶ e la perdita della *quasi* religiosità degli atti medici. Considerando i progressi scientifici e (bio)tecnologici degli ultimi 50 anni, difatti, ci si avvede di come il mistero della vita sia stato pian piano illuminato, e come lo stesso metodo scientifico presupponga il *principio di indifferenza della natura*, in base al quale lo studio della vita non appare connotato da giudizi di valore (quindi la vita non è 'buona in sé'), ma la stessa appare 'buona' o 'cattiva' a seconda dei contenuti biografici positivi che la rendono per ciascuno dignitosa o meno.

Il diritto, dal suo canto, non è estraneo a questa evoluzione etica della medicina, né alla speculazione bioetica tra laici e cattolici, volta a delimitare i confini dell'innovazione biotecnologica ed a imbrigliare la vita stessa. Di chi è, infatti, la *mia* vita³⁷? Del medico, del parroco, del governante o dello stesso cittadino (*rectius* persona)? Le risposte giuridiche che si tendono a dare a questi quesiti possono essere sintetizzate partendo dalla creazione di alcune dicotomie: indisponibilità/disponibilità della vita, etica c.d. 'forte' con una sola verità/etica c.d. 'debole' senza una verità apodittica, sacralità/qualità della vita, natura/cultura, eteronomia/autonomia e dignità/libertà.

Tendenzialmente, cioè tenuto conto di diverse eccezioni e posizioni 'fuori dal coro'³⁸, chi proclama la sacralità del bene-vita ne riconosce la sua

è fattualmente possibile, i criteri per determinare ciò che è lecito e ciò che non lo è non possono in alcun modo derivare da una pretesa distinzione tra ciò che sarebbe naturale e ciò che naturale non sarebbe. Essi possono soltanto derivare da principi espliciti, razionalmente giustificati in base a come essi riescono a guidare l'azione umana a beneficio di tutti gli uomini».

³⁶ Per tutti cfr. S. **RODOTÀ**, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, *passim*.

³⁷ Si veda il saggio di R. **ESCOBAR**, *Di chi è la mia vita?*, il Mulino, n. 1/2009, 20 ss.

³⁸ Si discosta dall'interpretazione della Chiesa di Roma, ad esempio, il cattolico Hans **KÜNG** (*Della dignità del morire: Una difesa della libera scelta*, Rizzoli, Milano, 1996), che arriva a sostenere che l'inizio e la fine della vita umana sono stati posti da Dio sotto la libertà e la responsabilità dell'uomo; peculiare anche la posizione del cattolico ortodosso texano **ENGELHARDT** (*Manuale di Bioetica*, il Saggiatore, 1999), che benché personalmente contrario ad aborto ed eutanasia, come teorico della *secular bioethics*, professa un ateismo procedurale nella sfera pubblica, basato sulla constatazione che non tutti credono in Dio, che gli stessi credenti concepiscono Dio in modo differente, che non esiste una metafisica universalmente accreditata; discorso che sul piano giuridico corrisponde ad un'accettazione di valori quale la libertà, il pluralismo e la tolleranza. D'altra parte sono riscontrabili anche posizioni laiche vicine al principio della sacralità della vita, come ad esempio la tesi di Ronald **DWORKIN** (*Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, 1994), uno dei principali rappresentanti statunitensi della teoria dei diritti,

indisponibilità, in ragione di principi di morale ancorati alla verità di natura religiosa (o anche laica), e sostiene il ricorso alla dignità umana ed ai diritti umani da riconoscere alla persona dal concepimento all’esalazione dell’ultimo respiro, per una regolamentazione giuridica paternalistica³⁹, perlopiù di stampo penalistico. Viceversa, chi si pone nell’ottica della qualità della vita ne riconosce la disponibilità, in ragione della libertà individuale – che certo non è immorale né amorale, ma rispecchia un costume incentrato sulla tolleranza e il pluralismo –, e sostiene il ricorso all’autodeterminazione di ciascuna persona, pur connessa alla responsabilità individuale ed alla dignità, per una regolamentazione giuridica di stampo civilistico⁴⁰. Tesi, quest’ultima, ampiamente confortata dal dato costituzionale. Dal connubio tra diritto alla salute (art. 32 Cost.), libertà personale (art. 13 Cost.) e pieno sviluppo della persona (art. 2), infatti, consegue il divieto di sottoporre alcuno a trattamenti sanitari se non per disposizione di legge e con il limite del rispetto per la persona umana.

Tale interpretazione appare invero *«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»*⁴¹.

L’apice dell’evoluzione giurisprudenziale che ha investito la relazione fra medico e paziente sarà la nota sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale che ha oggi attribuito ruolo preminente al consenso informato, statuendo non solo che esso costituisce un diritto della persona, ma è la sintesi di due diritti fondamentali, vale a dire il diritto all’autodeterminazione e quello alla salute, giacché, 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,*

il quale propone un concetto di “sacralità secolarizzata” partendo dal presupposto che l’invulnerabilità della vita sia un valore culturalmente affermatosi irrinunciabile: da qui una prospettiva moderata nell’affrontare questioni delicate che accompagnano le scelte di inizio e fine vita. *Amplius cfr.* G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Paravia Bruno Mondadori, 2005.

³⁹ In tal senso mi pare si muova A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 1, pp.1 ss.

⁴⁰ Per tutti cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

⁴¹ Così limpidamente la Cassazione “Englaro” (Cass. civ., Sez. I, 16-10-2007, n. 21748, *cit.*).

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»⁴².

Nel quadro della “costituzionalizzazione” della persona⁴³, allora, il consenso informato finisce per comportare un sostanziale cambiamento di paradigma giuridico, ridisegnando la relazione di diritto privato fra personale sanitario e persona assistita nel segno di una redistribuzione di potere di controllo sul sé e sulla propria salute in favore del paziente. In tal modo la relazione medico-paziente transita da una prospettiva paternalistica⁴⁴ - che vedeva il medico come il solo competente a decidere l’an e il *quantum* dell’informazione - a una concezione tendenzialmente paritaria, di collaborazione, sintetizzata nell’espressione (in realtà ambigua) “alleanza terapeutica” tra medico e paziente.

L’evoluzione giurisprudenziale del consenso informato, peraltro, risente profondamente dell’ambiguità da sempre insita nella natura giuridica di tale consenso, che finirà per assumere, attraverso stratificazioni argomentative differenti, a seconda dei casi, diverse funzioni: vuoi considerato come condizione e fondamento di legittimità dell’atto medico, requisito essenziale della relazione medico-paziente; vuoi come criterio di trasferimento del rischio del trattamento terapeutico che, tramite il consenso, transita dal medico al paziente⁴⁵; vuoi, nell’elaborazione più recente, come espressione ed

⁴² Corte cost., 438/2008, in Foro It., 2009, I, 1328. Reperibile anche on-line al link <http://www.giurcost.org/decisioni/2008/0438s-08.html>. Cfr. **R. BALDUZZI** e **D. PARIS**, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in Gius. cost., 2008, 6, p. 4953 ss.

⁴³ Su cui cfr. **S. RODOTÀ**, *Il diritto di avere diritti*, cit.; **G. MARINI**, *Il consenso*, in **S. RODOTÀ** – **P. ZATTI**, *Trattato di Biodiritto*, vol. I, a cura di **RODOTÀ-TALLACCHINI**, *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 361 ss.

⁴⁴ Sulle diverse strategie per giustificare i limiti paternalistici e sulla differenza tra “paternalismo” e “*legal moralism*” rimando, anche per maggiori riferimenti bibliografici, a **R. CATERINA**, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in Riv. dir. civ., 2005, II, p. 771 ss. Qui l’Autore osserva come una strategia per legittimare il paternalismo «*si concreta nell’affermazione che esistono valori e diritti indisponibili; in questa prospettiva, non si contesta che un determinato atto di autonomia privata sia libero e consapevole, si contesta radicalmente la possibilità per l’autonomia privata di operare in certi ambiti. Quando si afferma la subordinazione del mercato ai valori della persona o alla dignità della persona spesso ci si colloca in questa seconda prospettiva*» p. 777.

⁴⁵ Cfr. **C. CASTRONOVO**, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, 1998; **A. PRINCIGALLI**, *Decisione medica e rifiuto di cure*, in Riv. crit. dir. priv., n. 2008, 1, p. 85 ss.

esercizio di diritti fondamentali della persona quale la salute e l'autodeterminazione⁴⁶.

4. Riconoscimento dell'*habeas corpus* del paziente e il paradigma “bioetico” del consenso informato nella legge n. 219/2017.

È in questo mutato assetto di poteri fra medico e paziente che si inserisce la legge n. 219/2017, legge che mira a riconoscere la massima centralità all'*habeas corpus* della persona che si sottopone alle cure, richiamando sin dal primo comma dell'art. 1 la tutela costituzionale della persona negli aspetti della dignità, della vita, dell'autodeterminazione e della salute («*La presente legge, 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, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona...*»). Sebbene non si giunga al riconoscimento di una morte medicalmente assistita o del suicidio assistito, e dunque di forme di eutanasia consensuale⁴⁷, la legge n. 219 appare conforme ad una regolamentazione volta a garantire l'autodeterminazione e la dignità

⁴⁶ Cfr. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento chirurgico*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 959 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico; principi, problemi e linee di tendenza*, in Riv. crit. dir. priv., 1998, 1, p. 37 ss.

⁴⁷ Disporre della propria vita fino al riconoscimento di una morte medicalmente assistita o del suicidio assistito è, nel nostro Paese, un punto eticamente ancora assai dibattuto, come mostra l'attenzione mediatica sul processo a Marco Cappato a seguito delle note vicende che hanno coinvolto Dj Fabo. Il riconoscimento di un diritto di morire dignitosamente che porti a forme di eutanasia attiva consensuale passa oggi dalla messa in discussione dell'art. 580 c.p. (reato di Istigazione o aiuto al suicidio), difatti in tal senso la Corte di Appello di Milano ha rimesso alla Corte costituzionale questione di legittimità rispetto agli artt. 3, 13 primo comma e 117 primo comma Cost. – in relazione, quest'ultimo, agli artt. 2 e 8 della Convenzione EDU – e, dall'altro, gli artt. 3, 13, 25 secondo comma e 27 terzo comma Cost. Come noto la Corte costituzionale ha sospeso la sua decisione, annunciando che la esaminerà solo all'udienza del 24 settembre 2019, per dare modo al Parlamento di legiferare in materia e approvare una «appropriata disciplina» sul suicidio assistito: si veda Corte cost., ord n. 207/2018, in *Questione Giustizia*, reperibile on-line al link http://questionegiustizia.it/articolo/il-casocappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-incostituzionalita-differita_19-11-2018.php; in dottrina cfr. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in blog *Diritti Comparati*, 23 novembre 2018; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnline*, III-2018, p. 573 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018. La legge n. 219/2017, come detto, non affronta direttamente la questione, così lasciando inalterato il fenomeno del “turismo dell'eutanasia” – già oggi molto frequente dall'Italia verso la Svizzera, per cui si adoperano associazioni quali EXIT Italia o “Luca Coscioni” –, vale a dire quella pratica per cui i cittadini più abbienti e informati si recano in un Paese che legalizza la morte medicalmente assistita o il suicidio assistito per mettere fine ai propri patemi.

del paziente, in conformità agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1 (*Dignità umana*), 2 (*Diritto alla vita*) e 3 (*Diritto all'integrità della persona*) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In primo luogo, il legislatore del 2017 ha finalmente fatto propria la convinzione che il consenso che caratterizza il rapporto fra personale sanitario e paziente è vettore della realizzazione di diritti fondamentali, onde per cui merita una disciplina specifica. Il rapporto tra curanti e curati ruota oggi per legge (e non solo per la deontologia medica e le buone prassi) attorno alla nozione di consenso informato. Il consenso del paziente viene ad essere incastonato in una rete di diritti più ampia: integrità della persona, tutela della salute e della dignità, rispetto dell'identità del paziente e della soggettività e della competenza del professionista sanitario. Nel testo normativo questa finalità è ben sancita dal secondo comma dell'art. 1, ove si promuove e si valorizza la relazione di cura e di fiducia fra 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*». A norma dell'articolo in questione, poi, il consenso della persona è condizione essenziale per l'avvio e la prosecuzione della cura (Art. 1, comma 1 e comma 5 della legge 219): il consenso è considerato il perno dell'alleanza di cura, non in quanto atto a sé stante, mal rappresentato dai moduli prestampati che troppo spesso nella prassi si fanno firmare acriticamente, ma come vero e proprio rapporto empatico e costante fra curanti e curato.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 1 ogni persona capace di autodeterminarsi ha tanto 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, quanto il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento⁴⁸. Tale norma, nel secondo periodo, specifica poi chiaramente che tra i trattamenti sanitari sono comprese altresì le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali: ciò mira anche a risolvere definitivamente il dibattito (etico e biogiuridico, più che medico-scientifico), postosi con enfasi a seguito

⁴⁸ Cfr. M. RIZZUTI, *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, cit., il quale evidenzia la doppia anima della legge n. 219/2017, dal momento che l'afflato universalistico e costituzionalmente orientato del comma 1 dell'art. 1 sembra ridimensionato dal comma 5 del medesimo articolo, che riserva l'esercizio diretto dei diritti fondamentali ai soli soggetti capaci d'agire. Di qui la centralità giocata dall'art. 3 della legge n. 219/2017, che permette l'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica ai rappresentanti legali della persona minore o incapace; nonché dagli artt. 4 e 5 che disciplinano, rispettivamente, le DAT e la pianificazione condivisa delle cure. L'aver superato la logica dei c.d. “atti personalissimi” nell'esercizio dell'autodeterminazione terapeutica da parte di minori e incapaci, in fondo, costituisce la novità di maggior rilievo della nuova disciplina. In argomento cfr. M. DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n.219*, in *Rivista Diritti Comparati*, 3, 2018.

del caso Englaro, vale a dire se debbano o meno considerarsi pratiche sanitarie l'idratazione e la nutrizione c.d. artificiali. Esse, nel dettato della legge, sono pratiche terapeutiche «*in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*» (comma 5, art. 1).

Altro punto discusso in dottrina, che la legge chiarisce e circoscrive, è il ruolo (centrale) dell'informazione data dal curante al paziente, che sembra costituire un diritto a sé stante della persona: banalmente non vi può essere vero “consenso” senza informazione, e in ciò l'aggettivo “informato” che si fa seguire a consenso può apparire pleonastico. L'informazione, d'altra parte, non è quella data nei moduli prestampati; essa viene intesa come processo continuo di dialogo tra professionisti sanitari e pazienti; come auspicato dalla migliore dottrina, difatti, il consenso informato, quale relazione comunicativa, dialogica ed empatica, deve configurarsi come un consenso “biografico”, che «è quello nel quale si rispecchia e si fonda l'autodeterminazione, e che meglio esprime il suo essere processo»⁴⁹. Il legislatore, preoccupato di dare questa connotazione dialogica alla relazione fra curanti e malati, sembra essere poi consapevole che l'informazione da sola non è spesso sufficiente, poiché deve essere elaborata dalla persona che la riceve, e chi la fornisce deve accertarsi che il paziente l'abbia compresa: l'elaborazione e la trasmissione dell'informazione è importante tanto quanto l'informazione in sé, premessa imprescindibile dello stesso consenso (l'art. 1, comma terzo, specifica che «[o]gni 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»). Il punto è di centrale importanza e permette di uscire dalla potenziale ambiguità che in passato adombrava l'alleanza terapeutica, alleanza che lasciava in realtà al medico – titolare esclusivo della conoscenza scientifica e dunque dell'informazione – il potere di influenzare il paziente, rimanendo il vero detentore della scelta ultima⁵⁰. La legge n. 219/2017, invece, cura molto l'aspetto dei modi di comunicazione dell'informazione, per ridisegnare la relazione di cura fra medico e paziente nel segno di una effettiva redistribuzione di potere di controllo sul sé e sulla propria salute in favore del

⁴⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 274. Ma significative già le riflessioni di L. GIANFORMAGGIO, *Confronto tra cittadini e medici*, in *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, 1995, ove la filosofa del diritto notava che essere informati è il minimo per il paziente, il quale vuole piuttosto poter porre domande, muovere obiezioni, chiedere delucidazioni a chi informa: di qui l'esigenza di spostare l'accento da un processo meramente informativo ad uno comunicativo.

⁵⁰ Ciò è sottolineato efficacemente da V. ZAMBRANO, *Il trattamento terapeutico e la falsa logica del consenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 4, p. 760 ss.

secondo. Il modo di comunicare col paziente, difatti, può influenzare la scelta terapeutica: il tono di voce, lo sguardo, un semplice gesto possono dare all'informazione stessa una valenza di rassicurazione o meno. Per questo all'ottavo comma dell'art. 1 si riprende quanto già disciplinato dal Codice di Deontologia medica del 2014 (all'art. 20), con una formula assai elegante e densa di senso: *«Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»*. Per questo, ancora, il legislatore si è preoccupato nei commi successivi di prevedere non solo che ogni struttura sanitaria pubblica o privata debba garantire *«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»* (comma 9), ma anche che la *«formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprend[a] la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative»* (comma 10). La comunicazione tra sanitari e paziente, dunque, diventa assolutamente essenziale per un'effettiva tutela dei malati, colmando un deficit delle relazioni di cura contemporanee. Parallelamente, poi, la legge tutela anche il diritto del paziente a non essere informato e/o a demandare ad altri l'onere di ricevere le informazioni mediche che lo riguardano. In questo senso, il secondo periodo del terzo comma dell'art. 1 riconosce che il paziente possa *«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»*, manifestazioni di volontà che sono registrate nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

5. Valorizzazione del contesto di cura e non opponibilità dell'obiezione di coscienza

La relazione di cura ridisegnata dalla legge n. 219/2017, poi, non si limita più al rapporto esclusivamente duale fra medico e paziente, ma pare piuttosto configurarsi come un rapporto pienamente relazionale, coinvolgendo attivamente tutto il personale e l'organizzazione sanitario e, se (e solo se) il paziente lo ritiene opportuno, anche l'*entourage* dell'interessato e le diverse figure che a vario titolo possono rappresentarlo (siano esse appartenenti alla famiglia matrimoniale, a quella derivante dall'unione civile, a quella di fatto o alla sola cerchia amicale del paziente). Il secondo periodo del secondo comma dell'art. 1, difatti, specifica che *«contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo»*. Un ruolo fondamentale, pertanto, svolge tutta la struttura sanitaria, pubblica o privata, che nel complesso è chiamata a rispettare la dignità e le altre situazioni

giuridiche fondamentali delle persone che la animano⁵¹. La tutela della persona malata, difatti, richiede un intervento e un’assistenza delle istituzioni, tanto più in ambito sanitario, in grado di ricostruire quel legame sociale che è epifania del principio di solidarietà: esso diviene criterio ordinante delle relazioni tra i soggetti e attribuisce un ruolo essenziale all’azione istituzionale⁵². Il ruolo attivo dell’organizzazione sanitaria, d’altra parte, può a parere di chi scrive spiegare e giustificare la mancanza, nella legge appena approvata, di forme individuali di obiezione di coscienza: come ha ritenuto la giurisprudenza amministrativa rispetto al caso Englaro, invero, spetterebbe alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro i quali possano assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico (Consiglio di Stato, 2 settembre 2014, n. 4460), tuttavia, nel momento in cui il legislatore ha optato per una relazione di cura che scardina la stretta e spesso dolorosa relazione duale fra medico e paziente – intendendo invece promuovere un coinvolgimento relazionale dell’intera *équipe* sanitaria e, se il paziente lo desidera, del nucleo familiare –, allora resta ferma la necessità che l’organizzazione ospedaliera garantisca, sempre e comunque, la doverosità del *satisfacere officio*. Scelta di politica del diritto saggia, dunque, quella del legislatore, dal momento che l’obiezione di coscienza rimane prima di tutto un problema di organizzazione sanitaria nel suo complesso⁵³ e questa prospettiva è davvero imprescindibile per arginare la diffusione di un utilizzo biopolitico dell’obiezione stessa, pratica che spesso è frutto di una scelta forzata del personale sanitario dovuta all’eccessivo carico di lavoro o, anche, a un vero e proprio *mobbing/bossing* interno agli ospedali⁵⁴.

6. Certezze per i medici, certezze per i pazienti.

Non va trascurata, infine, la necessità di dare al medico e al personale sanitario tutto le giuste certezze sui rischi e le responsabilità che li riguardano. La legge 219, rispetto a questo punto, chiarisce già all’art. 1, comma sesto, che il medico 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», specificando altresì che il paziente non può pretendere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla

⁵¹ Sul punto cfr. A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, Riv. dir. sic. soc., n. 1/2011, p. 21 ss.; EAD., *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in Istituzioni del Federalismo, 2, 2017, p. 293 ss.

⁵² Così S. RODOTÀ, *Solidarietà: un’utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 68 ss.

⁵³ Cfr. A. PIOGGIA, *L’obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in Istituzioni del Federalismo, n. 1, p. 121 ss.

⁵⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a M. DI MASI, *Obiezioni di vita, obiezioni di morte*, in L. CONTI, D. FIORETTO, A. PIOGGIA, C. RICCARDI, A. SANTAMBROGIO, *Bioetica. Un approccio interdisciplinare*, Morlacchi, 2017, p. 303 ss.

deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, verso i quali il medico non ha obblighi professionali (si pensa qui alla c.d. medicina alternativa). Si è a tal proposito osservato che la norma comporta «una «certificazione» del «diritto dei principi» che aveva riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte solo sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salva vita da parte di un paziente autonomo e il caso di rinuncia di trattamenti sanitari quoad vitam da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o la loro interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale)»⁵⁵. Questa previsione, d'altro canto, può essere letta sotto la prospettiva della tutela degli stessi pazienti, poiché in assenza di una disposizione normativa così netta, il timore del malato di poter essere definitivamente condizionato alla prosecuzione delle terapie «provoca gravi distorsioni nella relazione di cura, accentuate nel contesto attuale dove sono diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, che conducono il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi giudiziari»⁵⁶.

Un'altra questione delicata e particolarmente complessa affrontata è quella dell'urgenza medica, dove l'obiettivo principale è quello di frustrare quanto meno l'autodeterminazione personale, al contempo evitando ridicoli cortocircuiti volti ad aggirare le manifestazioni di volontà eventualmente espresse dal paziente da parte del personale sanitario. Si pensi al caso Welby: bastava aspettare la perdita di coscienza del malato per intervenire d'urgenza *pro vita*, con un intervento del medico ritenuto giuridicamente dovuto *ex art. 54 c.p. (stato di necessità)*⁵⁷. Per queste ipotesi, allora, l'art. 1, comma settimo, statuisce che «il medico e i componenti dell'équipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla».

Sull'altro piatto della bilancia, l'art. 2 della legge, rubricato “*Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita*”, intende invece riconoscere al paziente morente la certezza di una dignità della fase terminale della vita, garantendogli quelle cure necessarie ad alleviare la sofferenza, cure doverose anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico (comma primo). Assieme all'ultimo comma dell'art. 1 della legge 219, questa previsione sancisce il divieto per il personale sanitario dell'abbandono terapeutico.

⁵⁵ S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in Riv. it. med. leg., 2017, 3, p. 975 ss., cit. p. 977.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷Cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, al link https://www.penalecontemporaneo.it/upload/DONINI_2017b.pdf.

Questa disposizione appare opportuna, poiché si coordina con la legge 38/2010 intitolata “*Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*”. In questa prospettiva, allora, il legislatore abbraccia un approccio radicalmente differente rispetto a quello della medicina tradizionale, che tendeva a considerare la morte il peggiore dei mali, così comportando un epocale cambiamento di mentalità: nella filosofia palliativa fatta propria dalla legge, invero, la morte torna ad essere considerata come un processo naturale e non come un fallimento della scienza medica; ecco perché la legge accoglie l’etica dell’accompagnamento verso la morte, permettendo al morente di non trovarsi a compiere una scelta netta tra vivere tra atroci sofferenze o morire⁵⁸. Ai sensi del secondo comma dell’art. 2, è vietato qualsiasi forma di accanimento terapeutico da parte del medico nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte: in detti casi, «*il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*». La dottrina ha accolto positivamente queste previsioni, ritenendo che esse permettano ai medici di rimodulare le cure in tutte le ipotesi in cui si manifesti una futilità o sproporzione dei trattamenti, ma anche nei casi in cui la rimodulazione sia dovuta al rifiuto del paziente a prescindere dalla proporzionalità⁵⁹.

Peculiare la disciplina del comma terzo dell’art. 2, ai sensi del quale 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*». Tale norma non consente l’eutanasia attiva consensuale o il suicidio assistito, per quanto pare porsi sulla stessa linea del modello di regolamentazione francese, e in particolare della recente Loi n. 2016-87, che apre alla sedazione terminale, autorizzando la sospensione del trattamento e la somministrazione di dosi terapeutiche in grado di alleviare il dolore, anche se queste rischiano di abbreviare la vita; legge che, in definitiva, afferma il principio del “*lasciar morire dignitosamente*” il paziente mediante il ricorso alle cure palliative.

7. Homo dignus e consenso informato: il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione dell’autodeterminazione terapeutica.

Per concludere torno sulla redistribuzione di poteri a seguito dei recenti interventi legislativi in materia di relazione di cura e responsabilità medica. A fronte di una giurisprudenza sempre più proiettata a tutela del paziente, che

⁵⁸ Cfr. F. D. BUSNELLI, *Le cure palliative*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita “buona” nel confine tra il vivere e il morire*, Pisa, 2011, pp. 187 ss.; E. I. PAMPALONE, voce *Cure palliative*, in Dig. Disc.Priv. – Sez. civile, Aggiornamento IX, 2014, p. 147 ss.; D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell’amministratore di sostegno. Quanto c’è bisogno di una legge sul “testamento biologico”?*, in Giur. it., 2013, p. 347 ss.

⁵⁹ P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, op. cit.

era arrivata a riconoscere natura contrattuale alle responsabilità medica attraverso la dottrina del c.d. "contatto sociale", lo scontro fra paradigmi di regolamentazione della relazione medico-paziente rimane oggi assai aspro. Ciò appare evidente se si osservano i continui tentativi compiuti o falliti dal legislatore per garantire al medico non solo antichi privilegi (penali, oltre che civili) per errori nell'esercizio della professione, ma anche una posizione di *supremazia* decisionale sulla vita del malato: tra quelli compiuti si ricorda la c.d. legge "Balduzzi" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189) e la recentemente legge n. 24/2017, c.d. "Gelli"; tra quelli falliti si pensi al caso delle dichiarazioni anticipate di trattamento come disciplinate dal ddl "Calabrò", tentativo che rischiava di privare il paziente dell'autodeterminazione nella fase finale della propria esistenza⁶⁰.

Quanto alla legge "Balduzzi" risultava evidente lo sfavore per il paziente, in termini di potere, il voler ricondurre – all'art. 3 – la responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria sotto l'egida dell'art. 2043 c.c. L'intervento del legislatore, allora, veniva considerato una *lex specialis* per i soli medici del servizio pubblico sanitario, con lo scopo dichiarato di ridurre i costi del contenzioso anche se a danno del diritto alla salute del paziente che risulta svantaggiato⁶¹. D'altro canto, la Cassazione non ha mancato di chiarire come il rinvio della legge "Balduzzi" all'art. 2043 c.c. volesse solo significare che il legislatore si è preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura, così ridimensionando l'interpretazione più letterale e favorevole ai medici⁶².

Codesta interpretazione giurisprudenziale ha spinto il legislatore ad adottare un nuovo testo di legge di chiaro favore per il personale medico, quale risulta essere la legge 24/2017, approvata dal Parlamento il 28 febbraio 2017⁶³. Tale legge, che nelle intenzioni declamate mira a ridimensionare gli esiti funesti della c.d. medicina difensiva, all'art. 6 prevede che il medico che per imperizia provochi un danno a un paziente non è penalmente perseguibile qualora abbia rispettato le linee guida o le buone pratiche assistenziali.

⁶⁰ Sul quale si rinvia a M. DI MASI, *Il fine vita*, Ediesse, 2015, p. 168 ss.

⁶¹ V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e Resp.*, 2013, 4, p. 367 ss.

⁶² Cass. civ., sez. VI, 17.04.2014, n. 8940 in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, p. 803 ss.

⁶³ Cfr. E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1, p. 27 ss.; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 3, 2017, p. 268 ss.; A. DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, in *Giur. It.*, 2018, 4, p. 841 ss.

L'errore del medico causato dalla sua mancanza di abilità o di preparazione specifica, quindi, finisce per essere operativamente punito, penalmente, solo in caso di colpa grave. Non solo. La legge 24/2017, infatti, disciplina un doppio sistema di responsabilità: contrattuale per la struttura sanitaria, pubblica o privata, e (solo) aquiliana per il medico. Risulta avallata, quindi, la volontà del legislatore di riaffermare un paternalismo tipico della prima fase della giuridificazione del rapporto medico-paziente, col risultato che quest'ultimo è esposto al continuo rischio di vedersi limitare la tutela risarcitorie, a fronte di lesioni di diritti fondamentali quali salute ed autodeterminazione.

A riequilibrare i poteri in senso maggiormente favorevole per il paziente, invece, è stata la legge n. 219/2017, che plausibilmente favorirà il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione all'autodeterminazione nel consenso informato. È evidente, invero, che il consenso informato non soddisfa soltanto l'esigenza di conoscere il futuro operato del medico, ma anche quella di consentire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione: spetta al paziente, sulla base delle sue aspettative e in relazione ai rischi e conseguenze prospettategli, alle proprie convinzioni religiose ed etiche, ed alle possibili sofferenze collegate alla sua decisione, decidere se sottoporsi o meno alle cure sanitarie. Che il diritto all'autodeterminazione, poi, sia diverso ed autonomo rispetto al diritto alla salute appare ormai ben chiaro in dottrina e nella più recente giurisprudenza civile⁶⁴.

D'altra parte la diversità ontologica tra i due diritti è appalesata dalla circostanza che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; o, viceversa, che la lesione del diritto all'autodeterminazione non comporta necessariamente la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo.

In questo secondo caso, in particolare, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute⁶⁵ o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto,

⁶⁴ Cfr. E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit.; diffusamente cfr. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, 2013.

⁶⁵ Vedi Cass. civ., Sez. III, 30.01.2009, n. 2468, in *Danno e resp.*, 4, 2009, 446 ss., secondo cui la somministrazione del test anti HIV presuppone, anche nei casi di necessità clinica, che il paziente debba essere informato del trattamento a cui lo si vuole sottoporre ed ha diritto di prestare o negare il proprio consenso - da cui si può prescindere solo in caso di obbiettiva ed indifferibile urgenza del trattamento sanitario ovvero per specifiche esigenze di interesse pubblico - in tutti i casi in cui sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente, restando onere del personale sanitario adottare tutte le misure necessarie a garantire il rispetto del diritto del paziente alla riservatezza e ad evitare la diffusione a terzi dei dati relativi all'esito del test e alle condizioni di salute del paziente medesimo.

quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato⁶⁶. Ciò comporta che per la giurisprudenza la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente gode di vita autonoma, così da concretizzare la fattispecie dell'art. 2059 c.c. sul terreno dei danni-conseguenza⁶⁷. Si pensi al caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui spettano, ipotesi per la quale la Cassazione (con sentenza n. 16543 del 28 luglio 2011⁶⁸) ha già ribadito che, al di là dell'esito positivo o meno dell'intervento operatorio, il medico è sempre responsabile per omissione del consenso informato qualora non ricorrano casi di urgenza⁶⁹. Già prima della legge n. 219/2017, dunque, si è riconosciuto che l'inadempimento da parte del personale sanitario dell'obbligo di richiedere il consenso informato al paziente costituisce in linea di principio violazione del diritto inviolabile all'autodeterminazione. Peraltro, non è utile a contrastare tale conclusione il riferimento alla prevalenza del bene “vita” o del bene

⁶⁶ V. Cass. civ., Sez. III, 04.01.2010, n. 13 in Giur. It., 1, 2011, 76. In dottrina cfr. A. **GORGONI**, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 191; A. **RICCIO**, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010, 313; A. **GORGONI**, *La “stagione” del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 488.

⁶⁷ Circa la natura non patrimoniale del danno risarcibile per lesione del consenso informato, vedi Corte Cass., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Guida al dir.*, 2008, 47, 18, con nota di **COMANDÈ**.

⁶⁸ In *Danno e Resp.*, 6, 2012, 621 con nota di **MONTANI**, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*. Tale decisione è confermata da Cass. civ., sez. III, 31.01.2013, n. 2253, reperibile on-line su <https://www.personaedanno.it/>, con nota di **S. ROSSI**.

⁶⁹ Di recente il principio di diritto è stato ribadito da Cass. civ., Sez. III, 23.03.2018, n. 7248, in *Foro It.*, 2018, 7-8, 1, 2401 ss. che peraltro sottolinea e ribadisce come il consenso informato debba 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 sufficiente 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 (ma vedi già Cass. civ. Sez. III, 04-02-2016, n. 2177 in *Ragiusan*, 2016, 385-386, 141. Oltretutto la Cassazione aveva già rilevato che la prova di un consenso informato prestato in modo effettivo ed esplicito non possa essere fornita dal medico (su cui grava il relativo onere) per presunzioni: vedi Cass. 2 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26, con nota di R. **DE MATTEIS**, *La responsabilità medica ad una svolta?*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 791, con nota di **PALMERINI**, *La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento*).

“salute” rispetto ad altri possibili interessi, giacché «una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell’ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi configgenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela; un ‘conflitto’ regolabile ab externo è, invece, escluso in radice dalla titolarità di pur contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, compete la scelta di quale tutelare e quale sacrificare»⁷⁰.

Ciò appare ancor più vero a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 219/2017 che, come detto, definisce il tempo della comunicazione fra medico e paziente come *tempo di cura* (comma 8, art. 1), così facendo del consenso informato una vera e propria *obbligazione principale* del personale sanitario.

In tale prospettiva, allora, il consenso informato, costituendo uno degli aspetti dell’inviolabile diritto alla libertà personale, è manifestazione anche del passaggio ad un nuovo modello antropologico di soggetto di diritto⁷¹, dal momento che l’*homo juridicus* ha oggi acquisito l’identità di *homo dignus*, come impone peraltro un’interpretazione assiologia non solo dei diritti costituzionali, ma anche di quelli presenti nelle fonti europee, ed *in primis* dell’art. 3 della Carta di Nizza⁷². Così, aderendo alla proposta ricostruttiva di Stefano Rodotà, già la giurisprudenza e, oggi, il legislatore della legge n. 219 del 2017 rintracciano nella dignità umana quell’ineludibile denominatore comune che disegna sia un nuovo statuto della persona, sia un nuovo quadro di doveri costituzionali: l’*homo dignus* è prima di tutto un uomo che si autodetermina, che è messo cioè nelle concrete condizioni di definire liberamente il proprio progetto di vita⁷³.

In un sistema giuridico che si basa sul modello antropologico dell’*homo dignus*, quindi, nessuna volontà esterna può surrogarsi a quella dell’interessato, tanto più nella delicata relazione di cura fra medico e paziente.

⁷⁰ Così Cass. civ., sez. III, 09.02.2010, n. 2847, in Giur. It., 4, 2011, 816.

⁷¹ Vale a dire il passaggio dall’*homo oeconomicus* all’*homo dignus*, dal soggetto di diritto ottocentesco alla persona, per usare le parole di Stefano **RODOTÀ**, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007. Si veda anche: G. **MARINI**, ‘Globalizzazione attraverso i diritti’ e metamorfosi del diritto comparato, in **ALPA - ROPPO** (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 349 ss.

⁷² Cfr. **RODOTÀ**, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, cit., passim*; **ID.**, *Il diritto di avere diritti, cit., passim*.

⁷³ Cfr. ancora S. **RODOTÀ**, *Antropologia dell’«homo dignus»*, in Riv. crit. dir. priv., 2010, 4, p. 547 ss.