



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



**2018 FASC. I
(ESTRATTO)**

ROBERTO GIOVANNI CONTI

LA LEGGE 22 DICEMBRE 2017, N. 219

**IN UNA PROSPETTIVA CIVILISTICA: CHE COSA RESTA
DELL'ART. 5 DEL CODICE CIVILE?**

4 APRILE 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Roberto Giovanni Conti

La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile? *

A mio padre

SOMMARIO: 1. *Premesse.* – 2. *Principi e diritti fondamentali nella l. n. 219/2017.* 3. *La dignità.* – 4. *Il diritto alla vita ed all'autodeterminazione nella giurisprudenza della CtEDU - artt. 2 e 8 CEDU -.* – 5. *La salute e l'attività medica* – 6. *L'esigenza di bilanciare come regola di base del legislatore e del giudice in tema di biodiritto, anche se in gioco ci sono il diritto alla vita e/o quello all'autodeterminazione.* – 6.1. *Lacune della legge n. 219/2017 e possibili modi di soluzione.* – 7. *Il ruolo del consenso ai trattamenti sanitari.* – 8. *'Schegge' di riflessione sui casi Lambert e Lambert c. Francia, Gard e altri c. Regno Unito e Afiri e Biddarri c. Francia. Interruzione delle cure in caso di prognosi infausta o di imminenza di morte (art. 3 c. 2 l. n. 219/2017).* – 9. *Consenso, autodeterminazione ed ascolto di minori e disabili. Il 'prima' della legge n. 219/2017.* – 9.1 *Il consenso informato del minore ai trattamenti sanitari secondo l'art. 3 l. n. 219/2017.* – 9.2 *La richiesta di interruzione delle cure del minore inascoltato ed il silenzio della l. n. 219/2017.* – 10. *Atti di cura ed amministrazione di sostegno* – 10.1 *Consenso informato e disabilità.* – 11. *La DAT e il ruolo del giudice.* – 12. *La centralità del ruolo del Giudice Tutelare dopo la l. n. 219/2017.*

1. Premesse.

Il tema assegnatomi presenta, per l'un verso, evidenti profili di fascino, correlati alla necessità di riflettere, con l'occhio del pratico, su una legge attesa per lunghi anni, in assenza della quale l'intervento giurisprudenziale, per molti versi decisivo rispetto agli approdi raggiunti dalla l. n. 219/2017, è stato per varie ragioni messo sotto la lente del telescopio e per questo letto e riletto in modo variegato, a seconda della prospettiva utilizzata dall'ottico di turno.

Per altro verso, l'esigenza di un *focus* sulla legge in un tempo esiguo costituisce una vera e propria sfida per chi ha avuto il privilegio di offrirvi queste riflessioni, all'interno di questa sede così autorevole e prestigiosa.

In questo tentativo proverò dunque a fissare alcuni punti che a me sono sembrati essere quelli cardinali rispetto alla disciplina positiva, che si snoda su molteplici questioni.

Per fare questo dedicherò autonomi spazi di riflessione a singole tematiche che all'interno della l. n. 219/2017 assumono peculiare rilievo.

2. Principi e diritti fondamentali nella l. n. 219/2017.

Il primo tema che mi pare utile approfondire è quello direttamente collegato all'interrogativo di base che pone il titolo della sessione pomeridiana e cioè quale sia il ruolo del 'principio' espresso dall'art. 5 c.c. in tema di atti di disposizione del proprio corpo.

In definitiva, la legislazione appena introdotta sembra codificare un compendio di principi e diritti fondamentali che risultano destinati a modificare l'approccio della persona rispetto al proprio corpo e, in definitiva, la prospettiva di indisponibilità assoluta del proprio corpo che il ricordato art.5, collocato temporalmente in epoca precostituzionale, ha per lungo tempo assunto.

Per far ciò non può che prendersi le mosse dall'art. 1 c. 1 della l. n. 219/2017 che così si esprime:

La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2¹, 13² e 32³ della Costituzione e degli articoli 1⁴, 2⁵ e 3⁶ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto

* Intervento svolto il 22 marzo 2018 all'incontro di studio organizzato dalla Scuola della Magistratura e dall'presso la sede dell'Accademia dei Lincei su *La bioetica ed il complicato mestiere del giudice: un viaggio in punta di piedi in un mondo ancora da esplorare, svoltosi presso l'Accademia dei Lincei nei 21/23 marzo 2018.*

alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

Si tratta di una 'norma manifesto' che, pur riferendosi, in apparenza, solo al tema del consenso ai trattamenti sanitari delle persone adulte e capaci si irradia, in realtà, verso l'intero testo legislativo - e dunque non solo al successivo art. 3 che espressamente la richiama a proposito del consenso prestato nell'interesse di minori e disabili-, al cui interno i singoli istituti introdotti sono, all'evidenza, essi stessi frutto dell'operazione di proporzionalità e bilanciamento posta in essere sul piano legislativo.

Disposizione, quella del comma 1 dell'art.1, che rende palese l'intenzione e lo scopo perseguito dal legislatore, ma aiuta altresì l'interprete a ritrovare i principi cardine che costituiscono il fondamento dell'intero testo normativo.

Non serve in questa fase, o serve a poco, interrogarsi sul se la legge offra dei segmenti di protezione superiori o uguali o, addirittura, in qualche modo circoscritti rispetto a quelli che il diritto giurisprudenziale aveva garantito in epoca precedente, più utile risultando studiare e riflettere sul quadro dei principi che il legislatore ha utilizzato nell'accostarsi ad un tema che, tra quelli biogiuridici, è stato sicuramente uno dei più discussi nel nostro Paese.

In questa prospettiva si rende evidente che l'aver accostato, nel primo comma dell'art.1, una pluralità di principi e diritti fondamentali nel nostro sistema costituzionale, affiancandoli a parametri tratti da un altro *bill of rights*, questa volta di matrice sovranazionale - la Carta dei diritti fondamentali dell'UE - pone in prima linea la compresenza di un ceppo di valori tutti riconducibili all'essenza della persona che il legislatore ha inteso contemperare e bilanciare, realizzando un complesso di disposizioni intese, in via prioritaria, a perseguire un'esigenza di certezza del diritto e quindi a superare le critiche, a volte virulente, da alcuni settori della dottrina rivolte all'attivismo giudiziario - ascrivibile tanto al giudice comune che alla giustizia costituzionale - espresso in tema di questioni di fine vita con la vicenda Englaro e con altre meno note, ma non meno decisive per gli esiti che hanno prodotto sulle scelte del legislatore -.

Nel fare ciò lo stesso articolo finisce pienamente per legittimare quelle decisioni, sulle stesse, in definitiva, imbastendo una trama normativa che costituisce il naturale sviluppo di quella pronuncia. Esce allora, ancora una volta confermato che la dolorosa vicenda Englaro non rappresentò tanto e soltanto una *milestone* rispetto al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione della persona.

¹ La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

² La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

³ La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

⁴ *Dignità umana.* La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata.

⁵ *Diritto alla vita.* Ogni persona ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato.

⁶ *Diritto all'integrità della persona.* Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:

- a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge;
- b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone;
- c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro;
- d) il divieto di clonazione riproduttiva di esseri umani.

Essa era molto, molto di più, offrendo alla società, al mondo giudiziario e all'accademia il volto di un giudice di legittimità capace di affrontare un *hard case* senza pregiudizi, senza pre-orientamenti di natura religiosa, con grande attenzione alla comparazione, ormai divenuta oltre che fonte di ispirazione e di colleganza, canone ermeneutico imposto dalla Costituzione proprio perché consapevole di quanto i fenomeni della globalizzazione rendano necessario un approccio aperto rispetto a temi che toccano l'essenza della persona. Tutto ciò fu realizzato dalla Cassazione senza tralasciare le radici del contesto nazionale nel quale il giudice era chiamato ad operare, ma senza nemmeno perdere di vista la dimensione universale che certi valori tendono progressivamente ad acquisire. Per questo l'affermazione espressa da Cass. n. 21748/2007, secondo cui '... pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali...' costituiva il vero testamento spirituale che la Presidente di quel Collegio - Maria Gabriella Luccioli - insieme ad Alberto Giusti, affidarono non solo alla magistratura del terzo millennio, ma all'intero Paese⁷.

La legge n. 219/2017, nel raccogliere il testimone lasciato da quella pronunzia storica⁸ distingue i principi fondamentali dai diritti fondamentali che pure enumera.

La distinzione, pur chiara in termini dogmatici, lascia il passo all'individuazione precisa delle linee portanti sulle quali si fonda la legge: vita, salute, dignità, autodeterminazione, libero consenso.

Questi i diritti-valori in gioco che, secondo il paradigma normativo scolpito nel comma 1 dell'art. 1 l. n. 219/2017, costituiscono il 'nuovo *habeas corpus*'⁹ e si fronteggiano quando si discute di consenso informato ad un trattamento sanitario.

In definitiva, quest'apertura della legge dedicata ai principi ed ai diritti fondamentali sembra indicare la scelta del legislatore che, memore dell'importanza che quegli stessi canoni avevano giocato prima dell'introduzione della legge nella decisione di alcune vicende di grandissimo impatto sociale, vuole offrire una regolamentazione positiva di quei fenomeni senza sminuire o limitare la portata dei principi rispetto al peso che gli stessi potranno avere nel concreto.

Quei canoni fondamentali sono stati decisivi nell'opera di bilanciamento e proporzionalità svolta dal legislatore, ma non esauriscono certo la loro portata. Anzi, sin da subito può dirsi che essi serviranno anche a *reperire* qualcosa che la legge non ha detto o ha detto facendo ricorso a clausole generali o non ha preso in considerazione per una precisa scelta di campo, proprio perchè orientata ad un intervento leggero e non oppressivo destinato a coniugarsi con soluzioni giudiziarie più adeguate al caso.

L'art.1 sposa, dunque, integralmente la prospettiva espressa da [Corte cost. sent. n. 388/1999](#) che guarda alla piena integrazione fra le garanzie costituzionali e internazionali offerte ai diritti fondamentali e sembra così guardare a quei principi, non più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e variegato sistema che va individuato attraverso operazioni ermeneutiche sempre più lontane dall'angusto piano dell'art.12 delle preleggi.

⁷ V. volendo, R. CONTI, *Prefazione* a LUCCIOLI M.G., *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Udine, 2016.

⁸ Sulla portata della sentenza Englaro v., di recente, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 91. Secondo l'Autore tale sentenza rispecchia il modo di fare giustizia dei tempi nostri, essendo basata su principi, vero e proprio paradigma di un modo di argomentare del giudice che guarda al diritto, anche in chiave comparatistica, come espressione dell'uomo nella sua complessità e che riempie le lacune attraverso la centralizzazione dei principi. Principi che si alimentano incessantemente attraverso le *universali* Carte dei diritti fondamentali e le Corti, nazionali e sovranazionali e che, inevitabilmente, spostano il baricentro dal diritto scritto verso la dimensione, il *momento giurisdizionale*, di quello stesso diritto, attraverso un'opera di 'reperimento' che li colloca al di fuori del diritto positivo per il loro contenuto assiologico di metavalore, secondo quanto affermato dalle Cass.S.U. n. 14201/2008. V., volendo, sul valore della sentenza della prima sezione civile della Cassazione sul caso Englaro, CONTI R., *Leggendo l'ultimo Lipari*, in [Questione Giustizia](#), 1 novembre 2017, 11 novembre 2017.

⁹ PICCINNI M., *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), n. 1/2018,138.

3. La dignità

Nel testo della l. n. 219/2017 l'espressione *dignità* compare quattro volte. La prima, all'interno del comma 1 dell'art. 1, ove viene qualificata come diritto. La rubrica dell'art. 2 fa invece riferimento alla *Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita*. Sono poi i commi 2 e 3 dell'art.3 ad indicare che il consenso informato è espresso o rifiutato, quando riguarda minore e disabile, *nel pieno rispetto della sua dignità*.

Il plurimo riferimento a tale canone impone all'interprete che sarà chiamato a maneggiarne il contenuto una riflessione non secondaria.

Il concetto di dignità è solito declinarsi, in termini generali, attraverso diversi passaggi che muovono, appunto, dalla centralità della persona umana riconosciuta dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale, in definitiva concordandosi sul suo carattere indefettibile, indissolubile, incomprimibile ed inderogabile.

Ed infatti, all'interno della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 e dei due Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, pur rinvenendosi, nei rispettivi preamboli, il riconoscimento del valore insito in ogni essere umano quale fondamento dei diritti dell'uomo, la dignità umana non è indicata quale autonomo diritto.

Anche nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani la dignità umana non trova alcuna espressa menzione¹⁰, malgrado la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riconosciuto che il rispetto della dignità e libertà umana è fondamento e motivo conduttore della Convenzione¹¹, spesse volte richiamandosi a tale concetto.

Il notevole flusso di decisioni della Corte europea che evocano il concetto di dignità¹² parrebbe correlato all'esistenza del quadro normativo sovranazionale preso in considerazione dalla Corte, indiscutibilmente proiettato - soprattutto all'interno del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)¹³ - a riconoscere alla dignità umana il valore di principio immediatamente efficace ed inderogabile, non soggetto ad alcuna operazione di bilanciamento con altri diritti.

È sempre la dignità ad occupare un posto centrale nella Convenzione di Oviedo per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina del 4 aprile 1997 resa esecutiva con la legge 28 marzo 2001, n. 145.

Nel diritto dell'Unione europea la dignità umana, pur non trovando inizialmente espressa considerazione, ha avuto pieno riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴ e nelle

¹⁰ Nel preambolo del protocollo 13 della CEDU gli Stati contraenti affermano che: “*everyone's right to life is a basic value in a democratic society and that abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings*”.

¹¹ Corte dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, par. 65. V. anche, a proposito dei trattamenti riservati ai detenuti, Corte dir. uomo, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, in *Riv. inter. dir. uomo*, 2001, 263, par. 94 e Corte dir. uomo, 4 dicembre 1995, *Ribitsch c. Austria*, ibidem, 1996, 199, par. 38.V., ancora, recentemente, Corte dir.uomo, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*- ricorsi nn. 66069/09, 130/10 and 3896/10 - in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 luglio 2012, con nota di VIGANÒ F., in relazione alla previsione, contenuta nell'ordinamento britannico, della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, ritenuta contraria all'art. 3 CEDU113:»...he Convention system, the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity».

¹² Corte dir. uomo, 27 marzo 2008, *Sukhovoy c. Russia*; Corte dir. uomo, 21 febbraio 2011, *Aleksandr Makarov c/ Russia*, ric. n. 15217/07, § 93.

¹³ Secondo quanto affermato dalla Corte dei diritti umani -Corte dir. uomo 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*- la tortura si verifica quanto vi è un'intenzionale trattamento inumano che causa serie e gravi conseguenze al fine di ottenere informazioni e/o confessioni. Il trattamento inumano, invece, consiste nell'inflizione di una forte sofferenza morale e fisica realizzata senza uno scopo particolare. Ciò che appunto distingue la tortura dal trattamento inumano. Quanto al trattamento degradante, esso si ha quando lo stesso ha lo scopo di provare una sentimento di sofferenza, timore, inadeguatezza nella vittima al fine di provocare umiliazione e vergogna in modo da demolire la resistenza fisica e morale della stessa.

¹⁴ In Corte giust. 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S.*, in *Raccolta*, I, 2143, punto 22, il giudice UE ha statuito, con riguardo ad una discriminazione (fondata sul sesso) nei confronti di un transessuale, che tollerare una

conclusioni degli Avvocati generali¹⁵ facendosi riferimento, di volta in volta, al principio di uguaglianza o di non discriminazione – in questo senso si parla di diritto alla dignità-uguaglianza o *égale dignité*¹⁶.

Il *gap* formale è stato, d'altra parte, pienamente colmato dal Titolo I della Carta di Nizza-Strasburgo dedicato alla dignità - come si è visto espressamente richiamata dall'art. 1 c. 1 l. n. 219/2017 -, ove si trova espresso il principio che *la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*¹⁷.

Spesso, la Corte costituzionale ha fatto riferimento al concetto di dignità, che compare negli artt. 3, 36 e 41 Cost. ed implicitamente nell'art. 2 Cost.¹⁸.

Ne consegue la duplice valenza del principio della dignità, non solo tutelata in sé, ma costituente anche canone interpretativo di tutti i diritti fondamentali afferenti la persona.

Ora, se non v'è sostanzialmente nessuno più che ormai dubiti del rilievo assunto dalla dignità, non può non fare riflettere il fatto che la concretizzazione di tale valore offre risultati meno appaganti¹⁹.

A parte la divisione esistente fra chi parteggia per una dimensione meramente soggettiva della dignità, in ciò contrapponendosi ai fautori della dimensione oggettiva²⁰, è in fondo insito nel concetto di dignità ed, anzi, ne rappresenta la forza vivificante il carattere composito, al cui interno convivono la dignità come valore intrinseco di ciascun essere umano, che impedisce ogni attentato alla libertà, identità ed integrità della persona, ma anche la dignità come merito sociale e, ancora, la

discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà, al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare. V. anche Corte giust. 13 luglio 1983, causa C-152/82, *Forchieri c. Belgio*, in Raccolta, 1983, 2323 e Corte giust. 13 novembre 1990, causa C-308/89, *Di Leo c. Land Berlin*, in Raccolta, 1990, I, 4185 ove si è fatto riferimento alla dignità umana quale preconditione per l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

¹⁵ V. con riferimento le conclusioni dall'avvocato generale RUIZ-JARABO COLOMER del 10 luglio 2003, nella causa C-117/01, K.B., 77. In relazione al diritto alla parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e femminile, v. Concl. Avv. generale COSMAS dell'8 ottobre 1998, cause riunite C-50/96 e a., *Lilli Schrder e a.* - 80 -.

¹⁶ Nella sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio*, in Raccolta, I, 7079, la Corte ha avuto modo di precisare il valore della dignità umana e la tutela a questa accordata nell'ambito del diritto comunitario.

¹⁷ Sono poi le spiegazioni alla Carta a chiarire che la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 consacra la dignità umana nel preambolo: "Considerato che il riconoscimento della dignità, inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo"... Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto. Sul valore di tale richiamo v., diffusamente, RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 179 ss. ed, in particolare, 185.

¹⁸ [Corte cost. sent. 11 febbraio 1999, n. 26](#), a proposito della disciplina carceraria interna. In precedenza [Corte cost. sent. n. 388/99](#), scrutinando l'art. 696 c.p.c., ha osservato che i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 32 Cost. sono «sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona» (v. [Corte cost. 10 giugno 2014 n. 162](#) proprio su temi eticamente sensibili). In generale, sull'uso del termine nella giurisprudenza costituzionale ed in alcune pronunzie della Cassazione (S.U. n. 26972/2008. ma v. anche Cass. n. 2352/2010 sul chirurgo «demansionato») v. MONACO G., *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, 45 ss. V., da ultimo, RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [Federalismi.it](#); ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013 in [www.diritticomparati.it](#), 22 ottobre 2013; ID., *Dignità versus vita?*, in [Rivista AIC](#), 29 marzo 2011.

¹⁹ CAROZZA P., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, all'indirizzo web <http://www.ejil.org/pdfs/19/5/1704.pdf>, 933: «... On the other hand, the global ius commune of human rights is very far from merely an expression of the universality of human dignity. Crucially, it has what I have previously described as a 'symbiotic' relationship with the ius proprium of different jurisdictions. The universal value of human dignity remains in a complex and concrete relationship with the particular positive law of any given, specific legal context, such that 'it remains informal, flexible and pluralistic in its relationship to local law and culture'».

²⁰ Ancora A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, *op.cit.*

dignità come diritto all'autodeterminazione, o come statura morale di una persona rispetto a determinati comportamenti di rilievo morale o come autopercezione del proprio valore.

D'altra parte, l'analisi di recente compiuta dall'Unità di ricerca appositamente creata presso l'Università di Trento²¹ contribuisce a confermare l'insostituibilità del canone di dignità quale principio base dal quale non può prescindere ove si intende affrontare temi di biodiritto.

Tale ricerca rappresenta, al contempo, riprova dell'ineludibilità di un'indagine di tal tipo ma, anche, la difficoltà, spesso inestricabile, di offrire attraverso una tale indagine uno stabile e sicuro approdo - al giudice prima ed alla collettività - circa la soluzione della questione posta al suo vaglio.

Queste considerazioni, peraltro confermate anche in recenti vicende giudiziarie²², da un lato, escludono di potere utilizzare la dignità come una sorta di *totem* o di *conchetto tampono* o, ancora di *deus ex machina*²³ pur senza porre in dubbio che il nostro ordinamento, sulla base del principio personalistico, sia fondato esso stesso sul concetto di dignità umana dal quale non può prescindere, costituendo il «con-fine» delle libertà fondamentali²⁴. Da qui la difficoltà di enucleare da questo concetto, capace di perdere quei caratteri di nitidezza che sembrano evidenti quando si cerca di inquadrarlo giuridicamente, dei canoni oggettivi e standardizzati e, per altro verso, l'estrema accortezza con cui possa utilizzarsi il canone della «dignità» come risolutivo rispetto ai vari casi che si possono prospettare innanzi al giudice.

Accortezza che, d'altra parte, appare speculare all'atteggiamento mantenuto dalla Corte costituzionale, mai impegnata, secondo gli studiosi che hanno approfondito l'argomento, in una definizione del concetto di dignità, utilizzandolo talvolta come limite di diritti costituzionalmente tutelati o come limite alla discrezionalità del legislatore²⁵ e criterio di bilanciamento fra i diritti²⁶, talaltra come rafforzativo o esplicativo di altri diritti fondamentali, talaltra ancora come diritto autonomo o come fonte di nuovi diritti²⁷ o del divieto di trattamenti inumani e degradanti dal quale deriva il diritto a condizioni di vita dignitose per il detenuto²⁸.

Il che, peraltro, non significa affatto recedere dall'idea che il giudice debba considerare la dignità - insieme agli altri attributi fondamentali della persona che sono scolpiti dalle Carte dei diritti- come norma parametro- anzi, più degli altri diritti nei quali si sostanzia in quanto incompressibile-, piuttosto dimostrando che le *concretizzazioni* che di tali principio fondante verranno offerte potranno (e dovranno) risentire di diverse variabili oggettive- culturali, sociali, probabilmente anche economiche- e soggettive, direttamente collegate all'autorità giudiziaria chiamata a pronunziarsi e, ancora prima e di più, connesse al/ai destinatari della tutela reclamata.

Il che val quanto dire che in nome della dignità potrebbero essere ben possibili risultati interpretativi e soluzioni concrete anche tra loro antitetici²⁹.

²¹V. CASONATO C., BUSATTA L., PENASA S., PICIOCCHI C., TOMASI M., VACCARI G., *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, all'indirizzo web http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/49_ef115585fb27cbcd4b19c58b054103da.

²² MONACO G., *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit., 71 e 73, il quale ricorda il diverso richiamo operato, nella vicenda Englaro, alla dignità dalla Corte di appello di Milano nella sentenza dell'anno 2006 e da Cass. n. 21748/2007 che la riformò.

²³ Così, testualmente, A.SPADARO A. RUGGERI, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit.

²⁴ V. RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, 2: «... Per un certo verso, la dignità appare essere essa stessa un diritto inviolabile; per un altro verso, essa risulta piuttosto essere un "metadiritto fondamentale", siccome il fine ed il confine a un tempo dei diritti fondamentali restanti, la radice da cui essi senza sosta si alimentano e per il tramite della quale si inverano nell'esperienza.

²⁵ RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3159.

²⁶ SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, § 2.

²⁷ RUOTOLO G., *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3163.

²⁸ MONACO G., *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit., 60 ss.; RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3157.

²⁹ Ciò sembra possibile anche per il fatto che la dignità umana, accanto ad un nucleo duro non modificabile da alcuno, si compone di una struttura molle, destinata a concretizzarsi in relazione all'ambiente sociale, culturale politico nel quale la stessa viene ad operare. V., ancora, sul punto, A. RUGGERI, *Il principio personalistico*, cit., 6, ove accenna al «...» "nucleo duro" della dignità stessa, nel quale si racchiude ed emblematicamente esprime l'*humanitas* di ciascun

Anche di recente, il richiamo alla dignità umana nelle decisioni di fine vita è sembrato indispensabile. In questa prospettiva la Procura della Repubblica di Milano, nel richiedere alla Corte di Assise che stava giudicando la condotta di Marco Cappato per l'ipotesi delittuosa di cui all'art.580 c.p. un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme della cennata disposizione affermava, per l'un verso, che «...esiste un diritto all'autodeterminazione ed alla dignità, da cui deriva un vero e proprio diritto costituzionalmente garantito in capo al malato irreversibile o terminale, le cui condizioni possano essere considerate lesive della umana dignità, a chiedere ed ottenere aiuto per porre fine alla propria esistenza».³⁰

Per altro verso, lo stesso ufficio requirente, nel medesimo contesto, prospettava il possibile *vulnus* dell'art.580 c.p. rispetto a diversi parametri costituzionali, fra i quali evocava, ancora una volta, la dignità³¹.

Già queste preliminari considerazioni dimostrano quanto sia delicata la ricostruzione di regole generali fisse per quegli operatori che vogliono lasciare fuori i condizionamenti di natura ideologica o si mettano sul cammino, impervio, della ricerca di una linea comune, di tracce da percorrere per evitare che la soluzione espressa dal giudice possa dirsi frutto di mero arbitrio.

Tale atteggiamento di prudenza, in definitiva muove dal convincimento che l'abuso del riferimento alla dignità finirebbe con lo svilire il ruolo, invero, centrale, che esso invece rappresenta all'interno dei Paesi democratici.

Ritornano, allora, imperiosi, alcuni interrogativi di fondo.

In definitiva, il giudice, per come è attrezzato culturalmente, è in grado di offrire una risposta capace di essere accettata senza che questa appaia personale o di parte? La generalità-astrattezza del concetto di dignità può essere governata nel caso concreto in modo da resistere alle accuse che ormai si rivolgono al giudice? E' egli dotato di «competenza» ed «autorevolezza», certamente non richieste ad un burocrate del diritto, capaci di districarsi nel terreno «aperto» dei valori fondamentali, soprattutto quando la dimensione è sovranazionale?

Gli interrogativi sopra velocemente prospettati esigono riflessione e non risposte, piuttosto essi potendo valere da monito costante per l'operatore giudiziario.

Qualcosa, tuttavia, merita forse di essere detto quando discutiamo di dignità più che di altri diritti fondamentali che pure in essa trovano la loro copertura di base. E quel qualcosa, proprio alla luce di quanto si è detto, sta proprio nella consapevolezza di dovere rifuggire dall'idea che sia possibile 'scrivere' e 'decodificare', una volta per tutte, che cos'è la dignità, invece accettando l'idea per cui essa, spettando a qualsiasi essere umano in quanto uomo, non può essere declinata senza

soggetto, si rende apprezzabile nella sua genuina essenza come di *cioè che è proprio di ogni uomo in quanto uomo*». In questa prospettiva, questo tronco di dignità assume «... tratti assolutamente irriducibili, invariati da luogo a luogo e nel tempo e, perciò, autenticamente universali: quelli che si riportano all'uomo in quanto uomo, che danno senso al suo essere un soggetto, una persona» - A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, in *Rivista AIC* 1/2011. -. A questo si affianca la componente per così dire «molle» della dignità, condizionata dalla civiltà ed dalla cultura di un popolo, destinata necessariamente a risentire dei modelli sociali del momento e dotata, perciò, di caratteri decisamente meno precisi.

³⁰ V.Memoria P.M. Trib.Milano 4 luglio 2017, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/07/580-cp-cappato-questione-legittimita-1.pdf>

³¹ Cfr. Memoria cit. alla nota precedente: «... Un ultimo parametro di costituzionalità con cui l'art. 580 c.p. si pone in contrasto è il diritto inviolabile alla dignità umana. Tale diritto, anch'esso non espressamente previsto dalle fonti costituzionale e convenzionale, si ricava dal sistema nel suo complesso, ed in particolare da una serie di norme che pongono a proprio fondamento tale diritto. In particolare, come già ricordato in precedenza, l'art. 32 c. 2 della Costituzione è concepito al precipuo scopo di garantire la «dignità della persona umana» contro ingerenze non autorizzate nella sua sfera fisica; allo stesso modo l'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, ponendo il divieto di «trattamenti inumani o degradanti», implica l'obbligo per gli Stati di rispettare sempre la dignità di ogni individuo. L'art. 580 c.p., però, sancendo il divieto assoluto di aiutare chi si trovi in condizioni «indegne» – da un punto di vista soggettivo, ma che trovino riscontro nella oggettiva realtà dei fatti e del comune sentire – si trasforma in un «obbligo di vivere» anche quando le condizioni di vita si sono ormai a tal punto deteriorate da rendere la vita stessa fonte di una violazione della dignità. Per questo, la norma si pone in aperto contrasto anche con i parametri da ultimo richiamati, ed esige una parziale dichiarazione di costituzionalità al fine di assicurare la coerenza tra bene giuridico tutelato – l'incolumità dei soggetti deboli – e diritti sacrificati a tale scopo, tra cui appunto la dignità umana.»

un'adeguata interpretazione nelle diverse circostanze³² e 'non può essere perduta da alcun essere umano, anche da quello più misero e sofferente o da quello più miserabile e abbruttito'³³, al contempo rappresentando espressione massima della libertà (*recte*, autodeterminazione) dell'individuo e limite all'autonomia del medesimo soggetto. Giovanni Maria Flick³⁴ ha sapientemente riconosciuto che la dignità non aiuta a risolvere dei conflitti, essa piuttosto spingendolo a cercare, sicché '...Compito della dignità è quello di continuare a spingere e a cercare. È un concetto in sé dinamico, che vive dentro i rapporti umani e la diversità delle persone, e si nutre delle prospettive della solidarietà e della sussidiarietà.' Essa è, dunque, '...il famoso ponte che ci aiuta a tenere sveglia la tensione e l'attenzione morale su certi problemi.'

E' in questo contesto complesso e articolato che il giudice è chiamato a dipanare questioni che ruotano attorno alla l. n. 219/2017 (e dunque il giudice tutelare, per la maggior parte delle evenienze) non potrà che porsi, cercando di operare un equo temperamento degli interessi in gioco che non metta comunque mai a repentaglio la dignità delle persone coinvolte, siano esse capaci di intendere e volere, minori o disabili.

Non potrà, ad esempio, non ricorrersi al canone della dignità, calibrato in concreto rispetto al soggetto coinvolto, tutte le volte in cui occorrerà interpretare le disposizioni anticipate di trattamento, avendo cura di valutare lo stato di informazioni mediche acquisite dal dichiarante circa le conseguenze delle sue scelte. Per non dire delle questioni che si potranno porre in tema di minori e disabili.

4. Il diritto alla vita ed all'autodeterminazione nella giurisprudenza della CtEDU - artt. 2 e 8 CEDU -.

Accanto alla dignità, l'art.1 comma 1 indica nel diritto alla vita e all'autodeterminazione le ulteriori linee portanti della disciplina in tema di consenso e di DAT.

In questa prospettiva, particolarmente interessanti risultano alcune pronunzie della Corte EDU in tema di diritto alla vita - protetto dall'art.2 CEDU - , proprio in relazione alla loro rilevanza rispetto al corrispondente art.2 della Carta UE, che il legislatore nazionale ha richiamato nella l. n. 219/2017, proprio in merito a quanto previsto dall'art. 52 c. 3 della stessa Carta ed alle interrelazioni fra Carta UE e CEDU.

Il diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 CEDU³⁵, appartiene al c.d.nocciolo duro della Convenzione, contemplando una prerogativa che ogni Paese aderente deve sempre e comunque garantire, essendosi appunto in presenza di un "valore fondamentale delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa - cfr. Corte dir.uomo 27 settembre 1995, *Mc Cann e altri c.Regno Unito*; in particolare v. Corte dir.uomo, 9 novembre 2006, *Luluyev c. Russia* -.

Nè si manca di sottolineare che l'art. 2 CEDU deve essere interpretato ed applicato in modo da offrire una protezione concreta ed effettiva - sent. *Luluyev*, cit., 76 -.

La Corte è stata, sul versante del *fine vita*, chiamata a verificare l'idoneità dei sistemi penali nazionali che regolano in vario modo gli effetti prodotti da condotte di "aiuto" a parenti o familiari in gravi condizioni di salute alla commissione di atti suicidari -c.d.suicidio assistito-.

³² REICHLIN M., *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), n. 2/2017, 101.

³³ VIOLA F., *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana. Atti del convegno internazionale*, Palermo, 2007, 107.

³⁴ FLICK G.M., *Considerazioni sulla dignità*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), n.2/2017,7.

³⁵ Art. 2 CEDU: «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera inflitta in violazione di quest'articolo quando risulta da un ricorso alla forza repressiva assolutamente necessario: a. per assicurare la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

Il caso sicuramente più noto esaminato dalla Corte dei diritti umani è quello *Pretty c. Regno Unito*³⁶, in cui i giudici di Strasburgo hanno affermato taluni principi che possono così sintetizzarsi:

a) la tutela del diritto alla vita, senza il quale il godimento di uno qualsiasi degli altri diritti e libertà garantiti dalla Convenzione sarebbe illusorio, non impone la tutela del *profilo negativo* e dunque non conferisce un diritto diametralmente opposto, vale a dire un diritto di morire, né fa nascere un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad *ogni individuo* il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita» -39-;

b) non è possibile dedurre dall'articolo 2 della Convenzione un diritto di morire, sia per mano di un terzo o con l'assistenza di una pubblica autorità; ciò è confermato dal parere nella recente Raccomandazione 1418 (1999) reso dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa. Nè la liceità di pratiche di suicidio assistito in alcuni dei Paesi contraenti giustifica il riconoscimento del "diritto a morire" - 41-;

c) non esiste, in relazione alla tutela offerta dall'art.3 CEDU contro i trattamenti degradanti ed offensivi della persona, un obbligo dello Stato di salvaguardare la persona che si trova a dovere subire sofferenze gravi al proprio stato di salute dal pericolo di gravissime sofferenze alle quali lo stesso va incontro a causa della malattia. La Corte, pur riconoscendo la particolare condizione di chi, a causa della malattia, non può commettere un atto suicidiario, ha ritenuto che detta condizione non è tale da esigere dallo Stato un obbligo di consentire a terzi condotte di aiuto al suicidio. Affermare una diversa interpretazione dell'art.3 CEDU significherebbe obbligare lo Stato ad approvare atti volti ad interrompere la vita -p. 55-. Pertanto l'articolo 3 della Convenzione non impone allo Stato convenuto nessun obbligo positivo di impegnarsi a non perseguire il marito della ricorrente se aiuta la moglie a suicidarsi o di istituire un sistema legale per qualsiasi altra forma di suicidio assistito;

d) nemmeno può prospettarsi in tali casi una lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare³⁷.

Questa giurisprudenza va necessariamente completata con quella che riguarda la nozione di "vita privata", contemplata dall'art. 8 CEDU. Si tratta di una prerogativa talmente ampia da comprendere l'integrità fisica e morale della persona, gli aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo - identificazione sessuale, nome, orientazione sessuale e vita sessuale - il diritto allo sviluppo personale e il diritto di instaurare e intrattenere relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno, al suo interno trova spazio anche il diritto all'autodeterminazione in quanto tale.

Secondo la Corte, "la facoltà per ognuno di condurre la propria esistenza come vuole può anche includere la possibilità di dedicarsi ad attività fisicamente e moralmente pregiudizievoli o pericolose per la propria persona." In ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, *se è un adulto e sano di mente*, costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione³⁸.

³⁶ La ricorrente, affetta da SLA che le impediva ogni movimento, aveva maturato il proposito di porre fine alla propria esistenza. Al fine di permettere alla sua cliente di suicidarsi con l'aiuto del marito, l'avvocato della ricorrente, con una lettera del 27 luglio 2001 e scritta in nome della signora Pretty, aveva invitato il Direttore della Pubblica Accusa "Director of Public Prosecutions" («DPP») a prendere l'impegno di non incriminare il marito della ricorrente se quest'ultimo, aderendo ai desideri di sua moglie, aiutasse la ricorrente a suicidarsi. Non ottenendo detto assenso, la ricorrente propose ricorso all'autorità giudiziaria inglese che in tutti i suoi gradi lo rigettò.

³⁷ Art. 8 CEDU: 1 Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine o alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

³⁸ V. anche Corte edu, *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, 10 giugno 2010, ove si è ritenuto che La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di trattamento costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale; ragion per cui un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione. Tale libertà è talmente

Dunque, per la Corte *“un individuo può rivendicare il diritto di esercitare la scelta di morire rifiutando di consentire ad un trattamento che potrebbe avere l'effetto di prolungargli la vita”* - 64 -.

Anche la scelta della persona che a causa del carattere devastante di una malattia desidera attenuare tale sofferenza mettendo fine alla sua esistenza con l'assistenza del marito merita rispetto secondo la Corte, in quanto *“il modo in cui ha scelto ella di trascorrere gli ultimi istanti della sua esistenza fa parte dell'atto di vivere ed ella ha il diritto di chiedere che venga rispettato -p.64-. Ciò perché *“La dignità e la libertà dell'uomo sono l'essenza stessa della Convenzione. Senza negare in nessun modo il principio della sacralità della vita protetto dalla Convenzione, la Corte rileva che è sotto il profilo dell'articolo 8 che la nozione di qualità di vita si riempie di significato. In un'epoca in cui si assiste ad una crescente sofisticazione della medicina e ad un aumento delle speranze di vita, numerose persone temono di non avere la forza di mantenersi in vita fino ad un'età molto avanzata o in uno stato di grave decadimento fisico o mentale agli antipodi della forte percezione che hanno di loro stesse e della loro identità personale.”**

Tale conclusione, secondo la Corte edu, esclude che il sistema britannico violi l'art.8 nella parte in cui punisce la condotta di aiuto al suicidio.

I giudici di Strasburgo riconoscono che tale disciplina rappresenti un'ingerenza nell'esercizio di un diritto garantito dall'art. 8, ma ritengono che la stessa risponda ai criteri che lo stesso art.8 fissa per ritenere giustificata detta ingerenza.

Secondo la Corte, infatti, gli Stati hanno il diritto di controllare, tramite l'applicazione del diritto penale generale, le attività pregiudizievoli per la vita e la sicurezza dei terzi (vedi anche la sentenza *Laskey, Jaggard e Brown* precitata, paragrafo 43). *Più grave è il danno subito - dice la CtEDU - e maggiore sarà il peso che avranno sulla bilancia le considerazioni di salute e di sicurezza pubblica di fronte al principio concorrente dell'autonomia personale.* Secondo la Corte, *“la disposizione legislativa contestata nella fattispecie, vale a dire l'articolo 2 della legge (britannica) del 1961, è stata concepita per salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili - specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa - contro gli atti che mirano a porre fine alla vita o ad aiutare a morire. Certamente la condizione delle persone che soffrono di una malattia in fase terminale varia di caso in caso. Ma molte di tali persone - prosegue la Corte - sono fragili, ed è proprio la vulnerabilità della categoria a cui appartengono che fornisce la ratio legis della disposizione in oggetto. Spetta, in primo luogo, agli Stati di valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze degli abusi eventualmente commessi che un'attenuazione del divieto generale di suicidio assistito o la creazione di eccezioni al principio implicherebbe. Esistono rischi manifesti di abuso, nonostante le argomentazioni sviluppate in merito alla possibilità di prevedere barriere e procedure di protezione.”* -74 sent. cit.-. La natura generale del divieto di suicidio assistito non è stata, dunque, ritenuta sproporzionata.

Alla Corte edu non sembra arbitrario che il diritto rispecchi l'importanza del diritto alla vita, vietando il suicidio assistito, riconoscendo al giudice il compito di valutare in ciascun caso concreto tanto l'interesse pubblico ad avviare un'azione giudiziaria quanto le esigenze giuste e adeguate del castigo e della dissuasione. Né sproporzionato è risultato il rifiuto dell'Autorità inquirente di impegnarsi anticipatamente ad esonerare da ogni azione penale il marito della ricorrente. Per tali ragioni l'ingerenza in esame è stata ritenuta giustificata in quanto *“necessaria, in una società democratica”, alla protezione dei diritti altrui*³⁹.

piena da giustificare la possibilità del paziente di fare scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri

³⁹ V. anche le conformi conclusioni espresse da Lord Hope nel giudizio interno: *“... Il rispetto della “vita privata” di una persona, la sola parte dell'articolo 8 che è in discussione, si rapporta al modo in cui vive una persona. La maniera in cui una persona decide di finire la propria vita fa parte dell'atto di vivere, e lei ha il diritto di chiedere il rispetto di ciò. A questo riguardo, la signora Pretty possiede un diritto all'autonomia. In questo senso, la sua vita privata si trova in gioco, anche se, confrontata ad una malattia in fase terminale, lei tende a scegliere la morte piuttosto che la vita. Ma*

Ecco, dunque, la dimostrazione circa la naturale propensione dei diritti, anche quelli considerati come assoluti, a subire operazioni di bilanciamento da parte del giudice -in questo caso della Corte di Strasburgo-. Operazioni che sembrano indiscutibilmente dimostrare che anche il diritto all'autodeterminazione non può essere considerato incompressibile ed assoluto, tanto da consentirne il pieno dispiegarsi.

Pare utile sottolineare come l'art. 8 CEDU contenga altresì una proiezione di natura *procedimentale* rispetto al diritto all'autodeterminazione, recentemente esplicitata dalla Corte dei diritti umani nel caso *Kock c. Germania - Corte dir. Uomo* 19 luglio 2012 -.

La Corte, in questo caso, ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 cit. in danno del marito di una malata terminale che aveva chiesto di acquistare un farmaco letale per porre fine alle sofferenze del coniuge. Il rifiuto dei giudici nazionali di esaminare nel merito la domanda del ricorrente integra una violazione del diritto del ricorrente alla tutela della propria vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁰. La Corte non ha, invece, esaminato nel merito la pretesa volta a verificare l'esistenza di una violazione sostanziale dell'art. 8 CEDU, ritenendo che il ricorrente non fosse legittimato a far valere tale violazione, afferendo al diritto personale della persona sofferente⁴¹.

Gli aspetti sostanziali di cui si è appena detto con riguardo all'art. 8 CEDU sono stati invece affrontati, peraltro in modo omologo rispetto alla vicenda *Pretty c. Regno Unito*, nel più recente caso *Haas c. Svizzera - Corte dir. Uomo* 20 gennaio 2011 (ric. n. 31322/07) -.

In tale vicenda il ricorrente, affetto da parecchi anni da un grave disturbo di bipolarismo, intendendo porre fine alla propria dolore esperienza, si era rivolto ai sanitari per ottenere una sostanza letale (pentobarbitale sodico) -per la quale era necessaria la prescrizione medica- senza tuttavia ottenerla. Anche le autorità giudiziarie alle quali si era rivolto il ricorrente avevano rigettato la richiesta, ritenendo che il diritto di decidere la propria morte doveva essere distinto dal diritto a ottenere da parte dello Stato o di terzi un'assistenza al suicidio, diritto che non poteva ricavarsi dalla Convenzione.

La Corte europea, condividendo l'impostazione del Tribunale federale elvetico, ha stabilito che la Svizzera non ha violato i diritti di un soggetto al quale era stato impedito di acquistare un farmaco letale per suicidarsi per il quale era necessaria una prescrizione medica. In tale circostanza, si è ribadito "... il diritto di un individuo di decidere quando e in che modo porre fine la propria vita, a condizione che egli sia in condizione di orientare liberamente la propria volontà a tal fine e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione" (§ 51). Ma la Corte ha chiarito che l'oggetto della controversia, a differenza della vicenda esaminata nella sentenza *Pretty*, era quello di stabilire se, in base all'art. 8 CEDU, lo Stato avesse l'obbligo positivo» di fare in modo che il ricorrente potesse ottenere la sostanza che gli avrebbe consentito di togliersi la vita senza dolore e senza rischi d'insuccesso.

cosa diversa è estrapolare da questi termini un'obbligazione positiva di dare attuazione al suo desiderio di mettere fine ai suoi giorni mediante il suicidio assistito. Io penso che ciò sarebbe estendere all'eccesso il senso delle parole."

⁴⁰ Corte dir. uomo, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*: "...La Corte inizierà la sua analisi in base all'aspetto processuale dell'articolo 8 of the Convenzione. La Corte osserva, all'inizio, che sia il Tribunale amministrativo sia la Corte Amministrativa d'Appello hanno rifiutato di esaminare nel merito la richiesta del ricorrente in quanto egli non poteva invocare diritti propri a norma del diritto nazionale e dell'articolo 8 della Convenzione, né aveva egli titolo a proseguire il ricorso della sua defunta moglie dopo la sua morte. Mentre il Tribunale amministrativo di Colonia, in un *obiter dictum*, ha espresso l'opinione che il rifiuto dell'Istituto Federale era stato legittimo e conforme all'articolo 8 della Convenzione (vedi paragrafo 18, supra), né la Corte amministrativa d'appello né la Corte costituzionale federale avevano esaminato nel merito l'originaria richiesta (66). La Corte conclude che i giudici amministrativi - nonostante un *obiter dictum* fatto dal giudice di primo grado - hanno rifiutato di esaminare nel merito la doglianza originariamente presentata da B.K. ai giudici nazionali (67). La Corte osserva inoltre che il Governo non ha eccepito che il rifiuto di esaminare nel merito questa causa fosse necessario per uno degli interessi legittimi di cui all'articolo 8, comma 2. Né può la Corte constatare che l'ingerenza nel diritto del ricorrente servisse uno dei fini legittimi elencati in quel paragrafo. Segue che vi è stata violazione del diritto del ricorrente di cui all'articolo 8 di vedere la sua richiesta esaminata dai giudici nel merito."

⁴¹ Cfr. 69 e 70 sent. *Koch*.

A questo proposito, la Corte ha messo in luce che non esisteva un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa il diritto di un individuo di scegliere quando e in che modo terminare la propria esistenza. Se l'assistenza al suicidio è stata depenalizzata (almeno in parte) in diversi Stati membri e se la Svizzera puniva l'aiuto al suicidio solo nei casi di intento egoistico, la maggior parte degli Stati offriva maggiore protezione al diritto alla vita delle persone piuttosto che alla loro possibilità di porvi fine. La Corte ha quindi ritenuto che il margine di apprezzamento degli Stati in questo settore sia considerevole.

I giudici di Strasburgo, se hanno ammesso che il ricorrente può desiderare di volersi suicidare in maniera sicura, dignitosa e senza inutili sofferenze, hanno comunque manifestato la convinzione che la condizione posta dall'ordinamento svizzero (una prescrizione medica) per procurarsi una dose di pentobarbitale sodico aveva lo scopo (legittimo) di proteggere le persone da decisioni prese precipitosamente e prevenire gli abusi inerenti a un sistema che facilita l'accesso al suicidio assistito.

La Corte europea ha condiviso l'argomentazione del Tribunale federale, secondo la quale il diritto alla vita obbliga gli Stati ad approntare una procedura volta ad assicurare che la decisione di togliersi la vita sia effettivamente corrispondente alla consapevole volontà dell'interessato. L'esigenza della prescrizione medica, rilasciata sulla base di un esame psichiatrico completo, è un mezzo che permette di adempiere a quell'obbligo. Nel caso di specie, occorre quindi verificare se al ricorrente fosse stato garantito un accesso effettivo a una perizia medica che gli avrebbe consentito di ottenere il pentobarbitale sodico (nel caso contrario, il suo diritto di scegliere il momento e la maniera di morire sarebbe stato meramente teorico e illusorio).

La Corte si è detta non convinta dell'asserzione dell'interessato secondo cui questi sarebbe stato impossibilitato a trovare uno specialista pronto ad assisterlo.

Tenuto conto dell'insieme di queste considerazioni e del margine di apprezzamento del quale dispongono le autorità nazionali in questo campo, la Corte ha giudicato che, anche a supporre che gli Stati abbiano un «obbligo positivo» di adottare delle misure volte ad agevolare chi desidera togliersi la vita, le autorità svizzere non hanno violato quest'obbligo nel caso di specie.

La Corte ha ribadito che rientra nelle prerogative tutelate dall'art 8 CEDU il diritto di un individuo a porre fine alla propria esistenza allorché la scelta sia frutto di una libera e ben ponderata volontà. Tuttavia, i giudici europei hanno ritenuto che il sistema elvetico, nel quale è già consentito il suicidio assistito, non viola la CEDU, anche sottolineando che la legislazione interna *attuа un corretto bilanciamento fra interesse del singolo e bisogni della collettività*, dovendo le autorità del Paese adottare misure che assicurino un accesso controllato a certi farmaci.

Ancor più di recente, la Corte europea è tornata ad esaminare la legislazione elvetica, questa volta ritenendo sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione dell'assenza di criteri normativi chiari in ordine alle modalità che il personale medico deve seguire per la prescrizione di una dose letale di pentobarbitale sodico richiesto da persona non affetta da alcuna patologia terminale.

Corte dir. uomo 19 april 2013, *Gross c. Svizzera* (ric. 67810/10) ha incentrato la propria analisi sul fatto che la ricorrente, benchè avesse esplicitato in termini chiari la propria domanda ai sanitari senza ottenere quanto richiesto, aveva subito un grave perturbamento alla propria vita privata dal fatto che, malgrado l'esistenza di una normativa che consentiva il ricorso alla prescrizione letale della sostanza anzidetta per porre fine alla propria esistenza, non aveva tuttavia determinato in modo chiaro ed efficace i presupposti che avrebbero dovuto condurre i sanitari al rilascio della prescrizione. Decisione, quest'ultima, aspramente criticata dall'opinione dissenziale di minoranza.

Merita ancora di essere menzionata Corte dir.uomo *Nicklison c.Regno Unito*, 23 giugno 2015 - ric. nn. 2478/15 e 1787/2015 - che si è occupata di verificare la compatibilità del sistema britannico, che sanziona penalmente l'assistenza al suicidio.

Nel caso di specie il giudice nazionale - caso *R(Nicklison v.Ministry of Justice*[2014] uksc, 38, 25 giugno 2014 - aveva escluso il contrasto della normativa interna con l'art.8 CEDU, ritenendo che non potesse essere, quella giudiziaria, il luogo nel quale affrontare la questione dell'opportunità o

meno del divieto, spettando il tema della rilevanza penale del suicidio assistito in via prioritaria al Parlamento. La Corte europea ha ritenuto compatibile tale decisione con la CEDU, posto che la riserva al potere legislativo dell'elaborazione di un bilanciamento riguardo alla tutela dei diritti fondamentali su questioni complesse quale il fine vita rientra nel margine di apprezzamento riservato agli stati membri quando non vi è *consensus* diffuso sul punto.

Se sui più recenti casi *Lambert Lambert c. Francia, Gard e altri c. Regno Unito e Afiri e Biddarri c. Francia* si avrà modo di tornare in seguito, va fin d'ora evidenziato che il diritto vivente del giudice di Strasburgo consente con certezza di affermare che la centralità dei diritti in gioco, pur nell'assenza di un consenso diffuso fra i singoli Stati circa le modalità concrete di protezione di tali diritti ed il conseguente elevato margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati, impone in ogni caso l'adozione di strumenti, procedurali e processuali, capaci di fornire una protezione anche *procedurale*⁴² ai diritti in gioco, offrendo a tutti i soggetti comunque coinvolti nella vicenda la possibilità di contribuire al pieno appagamento ed alla migliore protezione possibile delle aspettative e dei desideri.

Se, infatti, lo Stato contraente ha un preciso obbligo -positivo- di garantire in modo pieno ed efficace che i diritti di cui si discute trovino protezione, tale protezione non può che realizzarsi attraverso la previsione di istituti giuridici e misure capaci di offrire reale e concreta tutela a tali prerogative.

5. La salute e l'attività medica

Secondo la giurisprudenza comune, l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.), come si riteneva nel passato, poiché tale opinione, di per sè, contrasterebbe con l'art. 5 c.c., in tema di divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto *essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute* (corsivo aggiunto). A tale affermazione di principio seguiva poi l'ulteriore riconoscimento che dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti posti dall'art. 5 c.c., non può tuttavia trarsi la convinzione che il medico possa, fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di manifestare la propria volontà, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c. p.), intervenire senza il consenso, ovvero, *a fortiori*, malgrado il dissenso del paziente - cfr. Cass. n. 7027/2001, Cass. n. 364/1997 -.

Rispetto all'attività sanitaria e medico scientifica non può sottacersi la posizione di particolare cautela tenuta dalla Corte costituzionale, essa stessa dimostrativa del 'valore fondamentale' che essa ricopre nel Paese e della necessità di salvaguardia delle valutazioni scientifiche e della scienza medica e terapeutica⁴³. La Corte costituzionale muove dunque dal rispetto del canone scientifico e dal *self restraint* del potere legislativo sulla scienza.

⁴² V., sul punto, ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, con riguardo al diritto alla vita - 155 - e con riferimento al diritto all'integrità fisica -248 -.

⁴³ V. [Corte cost. sent. n. 282/2002](#) - sul metodo c.d. Di Bella -; [Corte cost. sent. n. 338/2003](#); [Corte cost. sent. n. 151/2009](#) - in tema di numero predefinito di embrioni da impiantare contemporaneamente e pma - su cui, tra gli altri, AGOSTA S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 settembre 2009; [Corte cost. sent. n. 162/2014](#) - in tema di fecondazione c.d.eterologa, su cui v. RUGGERI A., *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte Edu*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 giugno 2014; D'AMICO G., *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, *ibid.*; PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in [forumcostituzionale.it](#), 16 giugno 2014. Sul caso c.d. Stamina, D'AMICO G., *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del «metodo Stamina»*, in [Quaderni costituzionali](#), 2/2013, 420; Id., *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1° febbraio 2015; NARDOCCI C., *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nelle relazioni tra scienza e*

In definitiva, secondo il giudice delle leggi occorre verificare lo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici.

Nel caso c.d. 'Stamina' questo approccio viene mantenuto⁴⁴ e si prende coscienza del fatto che l'intervento legislativo - d. l. n. 24/2013 - pur non in linea con i canoni di 'rispetto' della scienza - *...il legislatore del 2013 - nel dare corso ad una "sperimentazione [...] concernente l'impiego di medicinali per terapie avanzate a base di cellule staminali mesenchimali" - ha parzialmente derogato ai principi di cui sopra...* - ha preso le mosse dall'intervento di alcuni giudici comuni che ha inteso regolare, ma senza che quella legge potesse mai dare adito a questioni di costituzionalità per disparità di trattamento rispetto a quelli che non avevano ottenuto una pronuncia giurisdizionale. Rispetto a tali casi, dunque, non trova deroga il principio della doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci. Ed è da non sottovalutare il richiamo finale operato dalla Corte costituzionale alla sentenza della Corte edu *Durissimo c. Italia* (sent. 6 maggio 2014, ric. n. 62804/13). In quest'ultima occasione il giudice europeo aveva chiarito che non spetta al giudice internazionale sostituirsi alle autorità nazionali competenti per determinare il livello di rischio accettabile dai pazienti che intendano accedere alle cure compassionevoli nell'ambito di una terapia sperimentale (*Hristozov e altri c. Bulgaria*, § 125). Su questa strada si era esclusa la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU prospettata da soggetti che si erano visti denegare giudizialmente l'accesso al metodo Stamina anche dopo il d.l. del 2013, ritenendo la decisione del giudice di merito che non l'aveva concessa non arbitraria e motivata e peraltro rilevando che *'...ad oggi il valore scientifico del metodo in questione non è provato essendo tuttora pendente il procedimento giudiziario avviato da D.V. che ha ad oggetto la sperimentazione del metodo «Stamina».'*

L'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività ([Corte cost. sent. n. 268/2017](#) e [ord. n. 5/2008](#)). Lo stesso diritto alla salute può, d'altra parte, entrare in competizione con altri valori, anch'essi di rango costituzionale.

In questa stessa direzione si iscrive la [sentenza n. 5/2018](#) in tema di vaccinazioni obbligatorie⁴⁵, con la quale la Corte costituzionale ha giustificato l'azzeramento del principio dell'autodeterminazione in relazione

Peraltro, la copertura costituzionale dell'attività medico sanitaria ha sempre trovato un limite nel consenso al trattamento sanitario del paziente, anch'esso di rilevanza costituzionale⁴⁶ e peraltro

diritto, ibid.; TOMASI L., *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/13, 83.

⁴⁴ *«Questa Corte ha già affermato che decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali e sovra-nazionali - a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici» (sentenza n. 282 del 2002).*

⁴⁵ Cfr. [Corte cost. n. 5/2018](#), 8.2.1: *'...i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.), anche l'interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore (sul punto, ad esempio, [ordinanza n. 262 del 2004](#)).*

Il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, tal'altra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte ([sentenza n. 268 del 2017](#)), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza [n. 282 del 2002](#)).

⁴⁶ In precedenza, Cass. n. 10014/1994 aveva affermato che *'...Dall'auto legittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti dell'art. 5 c.c., non deve trarsi, tuttavia, la convinzione che il medico possa, di norma, intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. La necessità del consenso - immune da vizi e, ove importi atti di*

positivizzata dalla legislazione in tema di riforma dei manicomi e di regolamentazione del servizio sanitario nazionale. Essa, d'altra parte si confronta con il concetto di 'salute' previsto dall'art. 32 Cost., il quale comporta il diritto di scegliere se, quando e come curarsi e, quindi, anche il diritto di non curarsi - cfr. [Corte cost. sent. n. 5/2018](#), cit.- e ormai include non solo il concetto di integrità fisica, ma anche quello di sensazione di benessere - Cass. S. U. n. 26972/2008-. Chiaro risalto ha, sul punto, quanto affermato da Cass. n. 21748/2007 quando sottolinea, proprio in relazione al consenso informato in materia di trattamenti sanitari, che occorre fare riferimento alla 'nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza)' che consente 'altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale'.

Ora, la legge n. 219/2017 individua sicuramente nella figura del sanitario coinvolto (e dell'*equipe*) - e, dunque nella sottostante relazione di cura, nella pianificazione delle cure, anche quando rivolte a impedire l'accanimento terapeutico- uno dei più rilevanti protagonisti delle vicende che ruotano attorno al tema del consenso e delle DAT, tanto al momento dell'informazione del paziente o della persona che si appresta a redigere le DAT, quanto nella fase operativa, decisoria, sia essa correlata a situazioni di emergenza o urgenza ovvero indirizzata a sagomare l'attività medica in relazione a ciò che il paziente ha ritenuto di volere o non volere, urgenza rivolta a porre in essere le condotte necessarie. Figura centrale, portatrice di interessi anch'essi di primaria importanza che ha consentito al legislatore di offrire risposte adeguate ad una serie di questioni assai complesse e che è chiamata a cooperare con il paziente, con i familiari, con il fiduciario, ma anche con il giudice, nei casi di conflitto e negli altri che, verosimilmente, dovranno e potranno porsi nella pratica. Si tratta, ancora una volta, di scelte baste, volta per volta, su precisi bilanciamenti che quello stesso legislatore ha inteso fare, muovendosi fra i diversi diritti coinvolti⁴⁷

6. L'esigenza di bilanciare come regola di base del legislatore e del giudice in tema di biodiritto, anche se in gioco ci sono il diritto alla vita e/o quello all'autodeterminazione

Le sentenze della Corte europea ricordate nel precedente paragrafo confermano, ancora una volta, quanto centrale sia, nelle vicende in tema di biodiritto, l'opera di bilanciamento esercitata dal legislatore -che ne ha fatto ampio uso con la legge n. 219/2017 -⁴⁸. Attività di bilanciamento divenuta, proprio per l'avvento della Costituzione e delle Carte dei diritti fondamentali, anche

disposizione del proprio corpo, non contrario all'ordine pubblico ed al buon costume -, si evince, in generale, dall'art. 13 della Costituzione, il quale, come è noto, afferma l'inviolabilità della libertà personale - nel cui ambito si ritiene compresa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica -, escludendone ogni restrizione (anche sotto il profilo del divieto di ispezioni personali), se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge. Per l'art. 32 c. 2, inoltre, «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (tali norme hanno trovato attuazione nella l. 13 maggio 1978, n. 180, sulla riforma dei manicomi, per la quale «gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari», salvi i casi espressamente previsti - art. 1 -, e nella l. 23 dicembre 1978, n. 833, che, istituendo il servizio sanitario nazionale, ha ritenuto opportuno ribadire il principio, stabilendo che «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari»: art. 33). Si eccettuano i casi in cui: a) il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso: in tale ipotesi, il dovere di intervenire deriva dagli art. 593 c. 2 e 328 c.p.; b) sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c.p.'

⁴⁷ Quanto esposto non potrà, peraltro, esimere l'interprete e l'operatore stesso dal compiere una precisa valutazione di quel bilanciamento, alcune al fine di verificarne, volta per volta, la sua intrinseca razionalità e compatibilità costituzionale.

⁴⁸ Del resto, vi sono prove tangibili, a livello normativo, che il principio del consenso in campo di atti dispositivi del proprio corpo e di cure non è stato considerato come assoluto. Si pensi al trapianto di fegato e di rene, dei quali si è già detto, ma anche a quelli in cui il consenso di soggetto minore viene richiesto dai genitori, per cui v. *supra*, par.8.1.

patrimonio del giudice -comune e costituzionale-⁴⁹, al quale in definitiva, anche nei casi di cui si discute, come in tutti quelli che gli vengono sottoposti, è chiesto di operare dei bilanciamenti da valere caso per caso⁵⁰.

Il contemperamento operato in sede legislativa rispetto al valore del consenso del paziente prestato prima o all'atto del compimento del trattamento medico consente di dare un senso alla specifica regolamentazione dei vari istituti che la l. n. 219/2017 disciplina ed aiuta a fugare l'idea che l'autodeterminazione, come profilo della dignità umana, sia *assolutamente* incompressibile.

Diversamente, pur non potendosi disconoscere il valore fondamentale e primario dell'autodeterminazione -e del consenso che ad essa si coniuga-, ormai pacificamente accolto, come si è già detto, oltre che dalla Cassazione⁵¹ anche dalla nostra Corte costituzionale - [sent. n. 438/2008](#) -⁵², non pare potersi negare che tale diritto, come in definitiva sembra avere colto in maniera magistrale Cass. n. 23707/12 di cui si dirà in seguito- è destinato a convivere con altri diritti e valori fondamentali e non può essere considerato come *supervalore assoluto ed intangibile*⁵³, nè

⁴⁹ cfr., sul problema, CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*, cit., 249 ss., id., CEDU, *Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit. 264 ss.

⁵⁰ Sopra tutti, RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Quad. cost.*, 2010, 418 ss.; ID., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, al [sito telematico](#) del Consiglio Superiore della Magistratura; ID., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in [Federalismi.it](#); ID., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in [Astrid](#); ID., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in in [Federalismi.it](#). V, ancora, GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 381 ss.; SCARABBA V., *Tra fonti e Corti, Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 175 ss. TANCREDI A., *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 383 ss..

⁵¹ Cfr., di recente, Cass n. 19220/2013 e, in generale, Cass. n. 21748/2007, già più volte menzionata oltre a Cass. 23707/12. V. anche Cass. n. 16754/2012, che, in tema di danno da nascita indesiderata, ha ritenuto a carico del medico l'obbligo di provvedere ad una completa informazione circa le possibilità (tutte le possibilità) di indagini diagnostiche, più o meno invasive, più o meno rischiose, e circa le percentuali di false negatività offerte dal test prescelto (test in ipotesi da suggerire, ma non certo da eseguire sic et simpliciter, in guisa di scelta sostitutiva e di assunzione del rischio parimenti sostitutivo), onde consentire alla gestante una decisione il più aderente possibile alla realtà della sua gestazione. Ne consegue una responsabilità del medico predicabile non soltanto per la circostanza dell'omessa diagnosi in sé considerata (ciò che caratterizzerebbe il risarcimento per un inammissibile profilo sanzionatorio/punitivo, in patente contrasto con la funzione propria della responsabilità civile), ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica.

⁵² V. anche [Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471](#), con nota di ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto « attivo » ed in quello « passiv*, in *Foro it.*, 1991, I, per cui « la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma del codice penale (art. 696, c. 1, c.p.c.) nella parte che non permette accertamenti sulla persona a fini probatori. In questa vicenda, il diritto all'autodeterminazione sembra sagomato già intrinsecamente dalla concorrente necessità che esso si muova, pur sempre, nell'ambito della dignità:»... Tale precetto costituzionale, proprio perchè pone limiti all'esecuzione di misure concernenti l'ispezione personale, consente la praticabilità della via giurisdizionale per l'ammissione di atti di istruzione, anche preventiva, aventi ad oggetto la propria persona, beninteso sempre nel rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana, come richiamato in Costituzione all'art. 32, secondo comma.» Anche [Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238](#), a proposito di prelievo ematico coattivo, ritiene «necessaria la libera manifestazione di volontà della parte. Sul punto, diffusamente, FERRANDO G., *Diritto alla salute ed autodeterminazione fra diritto europeo e Costituzione*, cit.,7, la quale ricorda, pure, che «La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di trattamento - osserva la Corte Europea in altra occasione [*Corte dir. uomo, 10 giugno 2010, Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia, cit., corsivo aggiunto*] -costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale. Un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione».

⁵³ Se così del resto fosse, dovremmo riconoscere l'obbligatorietà dell'atto di colui al quale viene richiesto di uccidere un uomo che ha deciso di porre fine alla propria esistenza. Cfr. NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* cit.: «... Se l'atto giuridico del consenso informato non può essere ricostruito alla stregua di un nuovo dogma della volontà, che pretenderebbe di assorbire ogni altro valore, esso va colto in una prospettiva più equilibrata in cui il principio del rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari viene compreso alla luce dei principi di solidarietà e di libertà personale, avendo sempre riguardo alla tutela della dignità umana che è alla radice di tutti i diritti dell'uomo. Altrimenti, consenso informato e

risultando ‘tiranno’ rispetto agli altri valori in gioco - [Corte cost. sent. n. 85/2013](#) -.

Quando sorge un conflitto fra tali valori è, allora, (la legislazione⁵⁴, o) il giudice (nel caso concreto) a dovere mediare e bilanciare, nella singola vicenda, i diversi interessi⁵⁵, dovendo parimenti fare i conti, in casi estremi, con il supervalore della dignità umana, questo sì assolutamente e indissolubilmente incoercibile ed insuscettibile di operazioni di bilanciamento⁵⁶.

Del resto, se si volge lo sguardo al tema del consenso, non potrà non evidenziarsi che la rilevanza dell’autodeterminazione viene riconosciuta in forme variegata e cangiante, in relazione all’oggetto della tutela ed al soggetto -minori, persone in condizioni mentali precarie e appunto, dopo la legge n. 219/2017, persone che rendono le DAT-.

Anche in tali casi è il legislatore che, dapprima portato quasi a nullificare il valore della volontà di alcuni soggetti (minori e disabili) a causa della loro condizione e, dunque, a riconoscere *tout court* la loro inidoneità ad autodeterminarsi se non attraverso figure tutorie -appunto tutore e genitori- viene, invece, progressivamente riconoscendo a tali categorie un accentuato peso nelle decisioni che riguardano la persona stessa, la cura, le sperimentazioni, per come in seguito si avrà modo di precisare.

Quest’*autodeterminazione* dei soggetti *lato sensu* incapaci o disabili che pure la l. n. 219/2017 ha comunque approfondito, se si guarda al contenuto degli artt.1 c.1 e 3 e 3, dimostra, per l’un verso, un commendevole accrescimento della sensibilità del legislatore -magari indirizzato da altre esperienze normative e giurisprudenziali provenienti da altri Paesi o dalle istanze sovranazionali- che è andato viepiù valorizzando le istanze dei soggetti deboli, proprio in funzione dell’effettivo riconoscimento, nei loro confronti, di una pari dignità che tende progressivamente ad affrancarli dalla soggezione ad un’altra persona (sia esso il genitore o tutore) per vedersi riconosciuta una piena dignità di persona.

Per altro verso, essa conclama che tale riconoscimento viene realizzato in funzione *protettiva* delle persone anzidette e non certo paternalistica o distruttiva.

Ciò che si dovrebbe ottenere valorizzando il concetto di «miglior interesse del minore»⁵⁷ (formula che in effetti non compare nell’art. 3 l. ult. cit. ma che è immanente al sistema) e di «cura» del soggetto che non si trova in condizioni di provvedere autonomamente a sè stesso. Ora, non è detto che la legge n. 219/2017 abbia percorso fino in fondo questa prospettiva, ma l’ha sicuramente individuata, probabilmente consente l’adozione di misure che, all’occorrenza, possono comunque realizzare la migliore tutela possibile degli interessi che coinvolgono i minori.

biotestamento finirebbero per reintrodurre quella reificazione del corpo che proprio mediante il consenso informato si vorrebbe evitare. V., di recente, sul tema delle vaccinazioni, [Corte cost. sent. n. 5/2018](#), ove si è espressamente dato atto del bilanciamento effettuato dal legislatore».

⁵⁴ ROMBOLI R., *La ‘relatività’ dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, 572 e 573.

⁵⁵ V., del resto, Corte dir.uomo, 26 marzo 2013, *Rappaz c. Svizzera*, in tema di alimentazione forzata ai detenuti, la quale ha escluso l’ammissibilità del ricorso del detenuto che aveva subito l’alimentazione forzata in relazione all’aggravarsi del proprio stato di salute-su tale decisione, v. M. PELAZZA, *L’alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 maggio 2013. V., ancora, Corte dir. uomo 7 ottobre 2008, *Bogumil c. Portogallo- ric. 35228/03-*. In questo caso, anche per un intervento volto a salvaguardare la salute del detenuto che aveva ingerito della droga in alcuni contenitori, eseguito dalle autorità medico sanitarie in ambito penitenziario non per finalità di acquisizione di prova ma nell’interesse del soggetto, potendo la rottura degli involucri cagionare la morte del medesimo, senza il consenso del detenuto la Corte, tenuto conto della semplicità dell’intervento, ha escluso la violazione dell’art. 3 CEDU.

⁵⁶ Si tratta di un punto fermo non sempre adeguatamente considerato quando si discute di diritti fondamentali, per i quali si usa il termine *assoluto* senza avvedersi che l’assolutezza tende progressivamente a ridursi ogni volta che di fronte ad un diritto fondamentale si para davanti altro valore parimenti fondamentale e per questo bisognoso di pari tutela. Il che vale *anche* per diritti fondamentali come la vita, la salute - [Corte cost. sent. n. 85/2013](#)⁵⁶- e, appunto, l’autodeterminazione. Si guardi, quanto al diritto alla vita, al composito quadro normativo rappresentato dall’art. 2, 3, 8, e 15 par. 2 CEDU e alla stessa possibilità che lo Stato chieda ai suoi cittadini di mettere al servizio della collettività la vita dei propri soldati - come si constata periodicamente pensando ai caduti nelle operazioni di *peacekeeping*- o degli appartenenti alle forze dell’ordine. E vale ancor di più quando in discussione è il diritto all’autodeterminazione.

⁵⁷ Sul quale, v., volendo, anche CONTI R., *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Pol. dir.*, 2013, nn. 1-2, 127 ss.

La legge sul consenso informato ed il biotestamento conferma l'idea che all'autodeterminazione occorre accostarsi come diritto inviolabile, ma non sempre e comunque destinato a prevalere su altri valori che dovessero, nel caso concreto, rilevare. Quando sono in discussione valori fondamentali, le regole ferree e scritte del diritto devono forse lasciare il posto a regole più elastiche, ma non per questo meno cogenti, tutte governate dal principio della dignità dell'uomo⁵⁸. Ed è proprio il riferimento plurimo alla dignità all'interno della l. n. 219/2017 di cui si dirà a confortare tale prospettiva.

Cass. S.U. 9 dicembre 2015 n. 24822, chiamata a dirimere la questione dell'estensione del principio della scissione degli effetti fra notificante e notificato alla notificazione di atti sostanziali ha consentito ai supremi giudici di tratteggiare il significato, le forme e gli effetti dell'attività di bilanciamento operata giudizialmente in vista della protezione di un valore fondamentale.

Cass. n. 24822/2015, infatti, chiarisce che il principio di ragionevolezza posto a base della [sentenza della Corte costituzionale n. 477/2002](#) e del principio della 'scissione' ivi individuato implicava un bilanciamento dei beni in conflitto, poi aggiungendo che 'La tecnica del bilanciamento avviene attraverso vari steps: a) primo step: il sacrificio di un bene deve essere necessario per garantire la tutela di un bene di preminente valore costituzionale (per esempio, certezza e stabilità delle relazioni giuridiche); b) secondo step: a parità di effetti, si deve optare per il sacrificio minore; c) terzo step: deve essere tutelata la parte che non versa in colpa; d) quarto step: se entrambe le parti non sono in colpa, il bilanciamento avviene imponendo un onere di diligenza - o, comunque, una condotta (attiva o omissiva) derivante da un principio di precauzione- alla parte che più agevolmente è in grado di adempiere'.

Le S.U. si premurano poi di precisare che 'con la tecnica del bilanciamento la Corte costituzionale (ma lo stesso procedimento logico lo adotta la Corte EDU) costruisce una norma traendola dalla disposizione di legge'. Ne consegue che 'Il giudice ordinario per compiere una interpretazione costituzionalmente orientata deve procedere allo stesso modo: - esaminare una singola disposizione; - individuare i beni in conflitto; - compiere un giudizio di bilanciamento secondo i passaggi logici sopra indicati; - infine, estrarre la norma dalla disposizione'. L'attività di bilanciamento, proseguono le S.U., non conduce ad un risultato ripetibile sempre allo stesso modo. Anzi, '... È proprio nella natura della tecnica del bilanciamento che una soluzione normativa valida per una disposizione non sia valida per un'altra: proprio perché nel giudizio di bilanciamento è ben possibile che in un caso normativo si dia preminente tutela...' all'un interesse piuttosto che all'altro che si trova contrapposto.

Dalle coordinate appena emerse il giudice di merito potrà trarre utilità quando sarà chiamato a comporre i conflitti originati dall'attuazione della l. n. 219/2017.

6.1. *Lacune della legge n. 219/2017 e possibili modi di soluzione*

⁵⁸ Colpiscono, sul punto, per chiarezza le pagine che Antonio Ruggeri ha scritto sul tema- A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) aprile 2009 Tale Autore muove dal dato di partenza per cui non può dubitarsi che l'autodeterminazione sia un principio o valore fondamentale, collocato sotto l'ombrello dell'art. 2 Cost., ma poi aggiunge che questo valore "non è solo, ad esso affiancandosi e con esso richiedendo di doversi variamente bilanciare valori diversi". La presenza di una componente *deontica* in ciascun valore fondamentale, di un elemento di doverosità "riportabile alla dignità della persona umana per un verso, alla solidarietà per altro" induce Ruggeri a considerare che nello stesso diritto fondamentale alla vita e all'autodeterminazione convive una prospettiva di doverosità non compiutamente disponibile quando in gioco dovesse esserci la dignità dell'uomo. In questa prospettiva, lo stesso A. chiarisce, quanto all'incomprimibilità assoluta del diritto alla vita '... di cui ciascuno di noi può fare ciò che vuole. Non è, però, esattamente così. In disparte una generale riserva che può farsi nei riguardi di graduatorie siffatte e fermo restando che il godimento dei diritti presuppone ovviamente la vita, quest'ultima a certe condizioni è disponibile (o, diciamo meglio, "ragionevolmente disponibile"), la dignità no. Lo stesso Stato - com'è stato, ancora da ultimo, opportunamente rammentato - può chiedere ai suoi cittadini, nel momento in cui li chiama alla difesa della Patria, il sacrificio della vita (o, diciamo meglio, la sottoposizione al rischio della morte) ma non può, in alcun caso o modo, chiedere loro di rinunciare alla propria dignità."

È estremamente chiaro che interpretare un principio fondamentale o valore fondamentale non è cosa esattamente identica a quella di interpretare una disposizione precettiva introdotta dal legislatore, proprio perché nel primo caso, come osservato da Gentili, il diritto per principi “...presuppone un discorso assiologico”⁵⁹.

Si assiste, così ad un meccanismo che attribuisce ai principi una molteplice valenza, essi per l’un verso abbisognando di essere interpretati⁶⁰ per poi diventare metro di valutazione delle leggi, che a loro volta possono -*recte*, devono- essere interpretate in modo conforme ai principi, ma nei limiti del rispetto di quegli stessi principi che rappresentano, ancora, il limite all’interpretazione conforme⁶¹. Principi che possono, talvolta, assumere il ruolo di fattore immediato sul quale incentrare le tutele in assenza della legge⁶². E proprio la sentenza Englaro rappresenta il *leading case* di regolamentazione del caso concreto sagomata sulla base di canoni fondamentali resi concreti ed effettivi in via giudiziale, pur in assenza di una disciplina positiva con la quale il legislatore avesse inteso applicarli ed attuarli.

Ora che l’Italia si è dotata di uno strumento normativo sui temi regolati dalla l. n. 219/2017, non viene affatto amputata l’opera dell’interprete e del giudice, anzi esaltandosi proprio in relazione alla necessità di verificare se, nel caso che il giudice è chiamato, non per sua scelta a decidere, quei valori fondamentali hanno trovato adeguata e completa composizione.

Nulla quaestio quando i fatti trovano agevole regolazione nel paradigma di una legge.

Per tali ipotesi, infatti, si potrà al più porre il tema del “contrasto” della norma positiva con i valori fondamentali della persona umana richiamati dall’art. 1 c. 1 l. cit., rispetto al quale il giudice non potrà voltare le spalle, ma sarà tenuto a un’attività di vera e propria ricostruzione del sistema attraverso i meccanismi che allo stesso sono riservati dalla legge -verifica della costituzionalità della legge e della sua conformità ai diritti fondamentali di matrice sovranazionale per come interpretati dalle Corti nazionali e sovranazionali che rendono concreta e effettiva la tutela dei diritti fondamentali-.

Quanto appena espresso è stato mirabilmente affrontato da Corte cost.10 giugno 2014 n. 162⁶³, resa in tema di fecondazione eterologa, allorché la Corte ha ricordato come “...Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, *nel rispetto della dignità della persona umana*, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» ([sentenza n. 347 del 1998](#)), *ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano*”(enfasi aggiunta)⁶⁴.

⁵⁹ V. GENTILI A., *L’interpretazione*, cit., 65.

⁶⁰ Sul punto, tra gli altri, v. MAZZARESE T., *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in DONATI A., SASSI A., *Fondamenti etici del processo. Vol. 1 di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 439 ss. e spec. 445, 454.

⁶¹ V., sul punto, CONTI R., *La convenzione europea dei diritti dell’uomo*, 196 ss.

⁶² V., per un’attenta analisi delle ricadute che la tutela dei diritti fondamentali produce nella ricognizione del materiale normativo e sulla particolare formulazione linguistica di tali diritti v., diffusamente, T. MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione “politicamente scorretta”*, in *Ragion pratica*, 2010, n. 35, 509 ss. e, spec., 516: “...anche le forme di conoscenza del materiale giuridico, dismessa la presunta avalutatività e oggettività nella descrizione e sistematizzazione del materiale normativo, non possono non riflettere, ed essere condizionate ad un tempo, dai valori che, espressi dai diritti fondamentali a livello costituzionale, delle norme dell’ordinamento condizionano tanto la produzione, quanto l’applicazione.[...] i modi di attuazione e/o applicazione (giudiziale) del diritto non si riducono più (nel caso questa riduzione sia mai stata effettivamente possibile) ad un’asettica ricognizione della legge e ad una sua meccanica concretizzazione (così come si era soliti affermare degli ordinamenti giuridici degli stati liberali di diritto) ma sono essi stessi indotti a tener conto dei valori espressi dai diritti fondamentali, enunciati a livello costituzionale, sia nell’interpretazione, sia, se del caso, nella denuncia dell’eventuale incostituzionalità della legge.”

⁶³ V. il commento a prima lettura di RUGGERI A., *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 giugno 2014

⁶⁴ Analoghi principi esprime la Corte nell’ancora più recente [Corte cost.sent. n. 170/2014](#), resa in data 11 giugno 2014 -sulla quale v. RUGGERI A., [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a](#)

Il problema sorge poi, con maggiore delicatezza, quando ci si trovi in presenza di fatti non regolati dal paradigma normativo.

E allora, se dovesse emergere una lacuna normativa all'interno del reticolo fissato dalla l. n. 219/2017, ciò significa che non c'è tutela giuridica che possa essere reclamata?

La risposta a tale quesito potrebbe essere probabilmente positiva, in prima approssimazione.

Dunque, semaforo rosso per il giudice della Corte di Giustizia o nazionale quando “manca” una tutela apprestata dall'ordinamento positivo -sia esso di matrice UE o nazionale o convenzionale (*id est*, CEDU) -⁶⁵.

Resta vero, infatti, che permane sul potere legislativo l'obbligo di emanare disposizioni non solo *minimali* ma sempre più *elasticamente* pronte a realizzare, nel caso concreto, una giustizia piena in relazione alle singole, multiformi situazioni che possono presentarsi.

Ma ove ciò non accada, per le più varie ragioni, non sembra possibile elidere il “vincolo” del *giudiziario* a verificare se i casi della vita portati al suo vaglio, nella loro cangiante e travolgente diversità, trovano una regola all'interno di quegli stessi diritti fondamentali dotati di carattere precettivo e declinati all'interno delle Carte dei diritti fondamentali, siano esse nazionali o sovranazionali -Carta di “Nizza-Strasburgo”, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, altri Trattati internazionali che contemplano diritti fondamentali dell'uomo-⁶⁶.

Il discorso, ovviamente, si amplia a dismisura e non può essere in questa sede adeguatamente sviluppato.

Si può, in via di mera approssimazione, chiarire che il giudice “è tenuto” a verificare se la situazione posta al suo vaglio trovi una specifica regolamentazione nella griglia dei valori della persona espressi dalle Carte avendo cura, tuttavia, di selezionare i materiali *costituzionali* - usando tale espressione per indicare i valori fondamentali a prescindere dal documento nel quale gli stessi trovano dimora - a seconda della “competenza” del singolo ordinamento che viene in considerazione dovendosi, secondo la giurisprudenza per ora consolidata della Corte di Giustizia, escludere la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. per le vicende non regolate dal diritto euro unitario -v., Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa*, Corte giust., Grande sezione, 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z.⁶⁷ -.

Anche se tale certezza è fortemente minata proprio dal richiamo, operato dall'art. 1 c.1 l. n. 219/2017, alla Carta dei diritti UE in una materia ‘non’ disciplinata dal diritto eurounitario. Il che consente, per l'un verso, di introiettare all'interno del tema di cui si discute principi, giurisprudenza e valori che il legislatore ha ritenuto rilevanti pur se regolati da una Carta sovranazionale in tesi non applicabile dando poi, per altro verso, la misura di quanto sia complesso e difficile individuare una diversità contenutistica fra i valori presi in considerazione dalle diverse carte dei diritti fondamentali, indiscutibilmente rivolte ad integrarsi vicendevolmente pur di realizzare il canone della massimizzazione delle tutele, come piace dire ad Antonio Ruggeri.

[proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014](#), in questa [Rivista, Studi 2014](#) (13.06.14), sul tema del divorzio “imposto” alla coppia che sia stata interessata dalla rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti, allorché ribadisce, al punto 5.5, che «...nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», e, per altro verso, che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina...».

⁶⁵ E infatti, la successiva Corte giust. 18 marzo 2014, resa nel medesimo procedimento C-363/12, nel decidere il quesito pregiudiziale rivolto dal giudice nazionale, ha ritenuto che – 63 - “... Risulta chiaramente da tale articolo, in combinato disposto con il considerando 27 della direttiva 2006/54, che quest'ultima lascia inalterata la libertà degli Stati membri di accordare o meno un congedo di adozione e che le condizioni di applicazione di tale congedo non attinenti al licenziamento e al rientro al lavoro non rientrano nell'ambito di detta direttiva.”

⁶⁶ Sul punto, v., ancora, LAMARQUE E., *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 243.

⁶⁷ V., volendo, su tale sentenza, CONTI R., [Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei “confini” fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, Cruciano Siragusa](#), in questa [Rivista, Studi 2014](#) (04.04.14).

Una volta compiuta tale verifica, ci si dovrà chiedere “come” e “in che modo” il giudice deve intervenire.

Si aprono, così, le porte della concretizzazione delle tutele realizzate attraverso l’individuazione di una *regula iuris* che trova, ancora una volta, diretta matrice nei “principi fondamentali” scolpiti nelle Carte dei diritti e, dunque, della giustizia *per principia*, da compiere mediante l’interpretazione alla quale si è sopra fatto cenno.

Peraltro, i risultati che l’agire giudiziario produrrà in tali circostanze *-recte*, soprattutto nelle vicende in cui si discorre di temi eticamente sensibili- difficilmente si prestano a operazioni di generalizzazione, proprio perché la soluzione concreta del caso assume, nelle vicende di cui si discute, connotati non sempre passibili di operazioni di astrazione. Ciò che, in definitiva, distingue in modo netto e preciso l’attività del giudice da quella del legislatore⁶⁸.

La stella polare che, in ogni caso, il giudice è tenuto a seguire, come si diceva, è quella della più intensa tutela della dignità della persona, da realizzare all’interno di un procedimento giudiziario capace di fare emergere tutti gli elementi necessari per rendere la decisione adeguata al “fatto”, al caso concreto⁶⁹.

Chi ha pratica delle aule giudiziarie sa, peraltro, che il meccanismo dell’interpretazione conforme ai valori riconosciuti dalla Costituzione, dalla CEDU e dall’ordinamento UE si presta, quasi naturalmente, ad essere, volta per volta, additato come salvifico e virtuoso ovvero come grimaldello capace di mascherare operazioni che di interpretativo *stricto sensu* hanno poco o nulla e che si volgono a pratiche manipolative e creative.

Spetterà dunque al giudice, memore del diritto vivente che ha preceduto la l. n. 219/2017, svolgere il compito con fermezza e altrettante coerenza rispetto ai postulati che si è cercato qui di descrivere.

7. Il ruolo del consenso ai trattamenti sanitari

La legge n. 219/2017 conclama la centralità del consenso⁷⁰, massima proiezione del diritto fondamentale all’autodeterminazione e, usando le espressioni della Corte costituzionale, assunto al rango di autonomo diritto fondamentale per effetto della sintesi fra diritto alla salute e diritto all’autodeterminazione che, su impulso di numerosi strumenti internazionali che hanno trovato fertile terreno nella Costituzione - artt. 2, 13 e 32 Cost. -, è andato nel tempo garantendo la piena disponibilità del proprio corpo⁷¹.

⁶⁸ V., sul punto, diffusamente, MAZZARESE T., *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, cit., 456 ss.

⁶⁹ V., da ultimo, CONTIR., *I giudici e il biodiritto*, cit., 65 ss. e 283; ROMBOLI R., *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, 529.

⁷⁰ V. Cass. n. 16543/11: «... In virtù del «diritto vivente», in altri termini, così come costituito dalle statuizioni costituzionali e da questa Corte, nonché dall’osmosi tra attività interpretativa, da un lato, e norme interne ed internazionali, dall’altro, per gli interventi sanitari sul paziente emerge l’obbligo dello Stato e delle sue istituzioni, tra cui il giudice, a mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza, in quanto connaturata da dignità, che presiede ai diritti fondamentali, senza la quale tali diritti potrebbero essere suscettibili di essere soggetti a limiti da svilire ogni loro incisività e che costituisce valore assiologico che informa l’ordinamento giuridico nella sua totalità e, quindi, a maggior ragione ogni norma ordinaria. Se, quindi, l’*homo juridicus* è ormai *homo dignus*, come, condividendo autorevole dottrina e prendendo spunto dalle varie disposizioni sui diritti umani, ha ritenuto questa Corte con sentenza n. 7237/11 (in motivazione) la giurisprudenza di cui alle sent. n. 3847/11; n. 9315/10; n. 21748/07 riceve un ulteriore rafforzamento per ipotesi del genere».

⁷¹ MARINI G., in *Trattato di biodiritto*, a cura di P. ZATTI e S. RODOTÀ, Milano, 2010, 361 ss.. V. anche Cass. n. 21748/2007, cit., secondo il quale il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico

In diversi settori -in generale v. art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833- il legislatore è, in realtà, intervenuto per disciplinare atti che, incidendo sul divieto di disporre del proprio corpo -art.5 c.c.- presentano evidenti problemi bioetici e biogiuridici, in essi considerando espressamente il ruolo, la funzione e le modalità concrete di esplicazione del consenso.

Si pensi alle regolazioni in materia di trapianti del rene tra persone viventi⁷², di attività trasfusionali del sangue umano⁷³, di trapianti parziali di fegato⁷⁴, di trapianti di organi e tessuti⁷⁵, di donazione di midollo osseo⁷⁶, di sperimentazioni cliniche su esseri umani⁷⁷ oltre che, come è a tutti noto, di procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004), di interruzione volontaria della gravidanza⁷⁸- di rettificazione dei caratteri del proprio sesso⁷⁹, di cure c.d. palliative⁸⁰ e cure compassionevoli⁸¹.

E proprio l'esame di tali discipline, alcune delle quali apertamente rivolte a limitare, normativamente, l'assolutezza del principio di autodeterminazione e del relativo consenso -che non può, ad esempio, mai ritenersi sufficiente per il compimento di atti di disposizione a titolo oneroso del proprio corpo o che recede di fronte alle situazioni di urgenza⁸²- dimostra come la «relatività» del principio costituzionale porta al compimento di bilanciamenti tra valori che il legislatore compie seguendo percorsi difficilmente omologabili all'interno del principio della «supremazia» assoluta dell'autodeterminazione -come di altri diritti pur fondamentali-.

Proprio la disciplina in tema di trapianti di reni- legge 6 giugno 1967 n. 458 alla quale rinvia anche la disciplina in tema di trapianto di fegato costituisce un esempio virtuoso di buona legislazione e dimostra come le operazioni di bilanciamento poste in essere dal legislatore, oltre a confermare il valore del consenso del donante e dell'altro soggetto coinvolto, non può perdere di vista il *principio di solidarietà* che si affianca a quello personalistico. È semmai di rilievo, anche ai fini della presente indagine, evidenziare quanto il principio dell'autodeterminazione venga posto in bilanciamento con il bene salute. Ed è stata la Corte di Cassazione - Cass. n. 1874/13 - a soffermarsi

e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

⁷² L. n. 458/1967, sulla quale si tornerà specificamente al par.8.1.

⁷³ L. n. 107 del 1990, abrogata, ad eccezione dell'art. 23, dall'art. 27, l. n. 219 del 2005. È interessante notare come il legislatore abbia considerato, nell'ambito del medesimo art. 3, come la donazione di sangue da parte di minorenni può essere effettuata soltanto con il «...consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare.», mentre per quel che riguarda le cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale è sufficiente il consenso della partoriente minorenni. L'art. 3, co. 2 l. 22-10-2005 n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati) stabilisce, infatti, che «La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato». Per la donazione di sangue, a scopo di infusione per allotrapianto (e per autotrapianto), v. art. 3, l. n. 219/2005.

⁷⁴ L. n. 483 del 1999, che rinvia alla l. n. 458 del 1967.

⁷⁵ L. n. 91 del 1999 e d.m. 8.4.2000, recante «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, attuativo delle prescrizioni relative alla dichiarazione di volontà dei cittadini sulla donazione di organi a scopo di trapianto».

⁷⁶ L. n. 52 del 2001.

⁷⁷ D.lgs. n. 211/2003, artt. 2, co. 1 lett l) e 3, c. 1 lett. b) e d), art. 4.

⁷⁸ L. 194/1978, art. 13

⁷⁹ L. n. 164 del 1982, artt. 2, 3, 4 e 6.

⁸⁰ L. n. 38 del 2010.

⁸¹ D.l. n. 536/1996, conv. nella l. 23 dicembre 1996 n. 648, art. 4: d.l. 17 febbraio 1998 n. 23 e l. 8 aprile 1998 n. 94 (c.d. «legge Di Bella»), recante «Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria», - art. 3, comma 2; decreto 5 dicembre del 2006 («Utilizzazione di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica al di fuori di sperimentazioni cliniche e norme transitorie per la produzione di detti medicinali») c.d. «decreto Turco-Fazio; Reg.CE n. 726/2004 - art. 83 par.2 -.

⁸² Per quanto riguarda la Convenzione di Oviedo occorre ricordare l'art. 8, che, sotto la rubrica «Situazioni d'urgenza», dispone che «Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.» V., sul tema IADECOLA G., *Il trattamento medico chirurgico su persona non consenziente: profili di responsabilità penale e civile*, al [sito telematico](#) del Consiglio Superiore della Magistratura; RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, cit., 801 ss.

sul particolare bilanciamento operato dal legislatore fra diversi interessi fondamentali, nel quale i principi di libertà e solidarietà si coniugano in modo fecondo, precisando che il contratto di donazione disciplinato dalla legge»...offre una sua peculiarità nel senso che concreta una deroga alla norma imperativa, di ordine pubblico interno, qual è l'art. 5 c.c.», poi aggiungendosi che il perfezionamento dello stesso presuppone che siano stati «... osservati scrupolosamente la l. n. 458 del 1967, artt. 2, 3, 4 e 5». ⁸³.

D'altra parte, anche nelle singole discipline, il peso attribuito al consenso non può dirsi omogeneo.

Si è detto, infatti, che l'intervento del giudice può atteggiarsi in un triplice modo, distinguendosi i casi in cui lo stesso ha funzione decisoria autonoma⁸⁴, da quelli in cui lo stesso interviene in funzione meramente integrativa della volontà dei soggetti deboli o di garanzia dei meccanismi di formazione del consenso -interruzione gravidanza con nulla osta nei confronti di minore-.

Altre volte lo stesso giudice si trova a dovere *semplicemente* «raccolgere» il consenso, questo costituendo un elemento indefettibile per la definizione del procedimento.

In generale, muovendosi dagli ormai solidi principi giurisprudenziali espressi in materia di trattamenti medico-sanitari, può dirsi che la procedura sottesa al consenso informato presuppone necessariamente che il soggetto: a) riceva informazioni riguardanti il trattamento o la sperimentazione (finalità, rischi, benefici, possibili alternative); b) abbia la possibilità di rivolgere domande e ricevere informazioni; c) abbia, ove lo ritenga necessario, un lasso di tempo per discutere (se possibile e se necessario) la proposta con familiari, medici, persone di fiducia; d) utilizzi le informazioni per maturare una decisione; possa revocare o rifiutare il consenso⁸⁵.

In questo contesto si inserisce la disciplina contemplata all'art. 1 della legge n. 219/2017 sulla quale non è qui utile soffermarsi se non per tratteggiare la rilevanza della c.d. relazione di cure intercorsa fra sanitari e paziente, l'equipe sanitaria e i familiari o la parte dell'unione civile o il

⁸³ Cfr. Cass. n. 1874/2013, cit.: «...Nel bilanciamento tra spinta di alta solidarietà sociale (artt. 2 e 3 Cost.) e diritto alla salute (art. 32 Cost.), quest'ultimo inteso come diritto all'integrità fisica del proprio corpo, in quanto facente parte dei diritti della personalità, la prudentia legislatoris propende per la seconda, senza disdegnare di favorire la prima, affidando al giudice, che, per sua natura, è il garante dei diritti, così come dell'adempimento dei doveri, non una mera attività rogante bensì coinvolgendolo nella sua funzione istituzionale, per cui il suo provvedimento, se favorevole, non è reclamabile, per la presunzione *juris et de jure* della sua conformità ai rigidi parametri legislativamente previsti, ma non per questo può essere ignorato dal «donatore» fino a poco prima dell'intervento, diversamente da quanto avviene in caso di rifiuto del nulla osta.^{SEP}In tal senso, il diritto del «donatore» a revocare il suo consenso alla donazione esercitabile anche poco prima dell'intervento, e legislativamente previsto, è emblematico della sovranità attribuita dalla legge alla sua autodeterminazione libera e consapevole circa l'esercizio del diritto all'integrità psicofisica del disporre del suo corpo.».

⁸⁴ Così BUFFONI L., *op.cit.*, 34 che vi inserisce i casi di autorizzazione alla donazione del rene e di rettificazione dell'attribuzione di sesso. In tali casi, la funzione giurisdizionale «... garantisce (e, quindi, limita) l'estrinsecazione della libertà, mediante il sindacato sulla ricorrenza dei presupposti di fatto normativamente prescritti. Seppur nell'oscurità del dato normativo, che attribuisce al giudice la facoltà di autorizzare il trapianto o la rettificazione di sesso, pare, però, difficile non limitare la funzione sindacatoria del giudice ad un controllo esterno, debole e vincolato alla ricorrenza dei requisiti *ex lege* e non escludere un sindacato di merito sull'opportunità dell'atto.»

⁸⁵ Cfr. sul punto art. 5 Conv. Oviedo: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso; art. 6 part. 4 Conv. cit.: «...Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo 5.». Peraltro, il consenso richiede la capacità della persona di esprimere il consenso, l'idoneità della persona che chiede e riceve il consenso e l'assenza di coercizioni. In definitiva, detto consenso è fondato sull'adeguatezza dell'informazione, che generalmente presuppone la previsione di un tempo adeguato concesso alla persona per valutare se partecipare, la messa a disposizione di informazioni scritte e di spiegazioni orali che abbiano le caratteristiche della completezza, fornendo all'interessato la descrizione dei benefici che si possono ragionevolmente attendere dall'intervento, delle possibili alternative e nel caso di rischi superiori al minimo, la descrizione della probabilità e dell'entità del rischio. Tali requisiti del consenso sono stati scolpiti da Cass. n. 23676/08- in *Foro it.*, 2009, I, 36 ss., ove si è chiarito che «la volontà di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza di doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso». Più di recente, v. Cass. n. 20984/12, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 27 novembre 2012.

convivente, se il paziente lo desidera, ovvero una persona di sua fiducia⁸⁶. All'interno di siffatta relazione si pone dinamicamente la pianificazione condivisa delle cure, menzionata dall'art. 5 della stessa legge.

Anche in tale disposizione emerge in modo marcato l'opera di bilanciamento posta in sede legislativa a proposito del divieto del medico di assecondare la volontà del paziente laddove essa tende a realizzare trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali, poichè, recita l'art.1 c. 6, a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.

Si tratta di una previsione che limita, dunque, il diritto all'autodeterminazione, come quella prevista dal comma 7 relativa alle situazioni di emergenza e urgenza, escludendo che l'ordinamento positivo abbia inteso, in atto, disciplinare e legittimare l'ipotesi di eutanasia attiva.

8. *'Schegge' di riflessione sui casi Lambert e Lambert c. Francia, Gard e altri c. Regno Unito e Afiri e Biddarri c. Francia. Interruzione delle cure in caso di prognosi infausta o di imminenza di morte (art. 3 c. 2 l. n. 219/2017).*

L'art. 2 della l. n. 219/2017 affronta un tema estremamente delicato, dai primi commentatori salutato con grande entusiasmo in quanto interpretato come scelta precisa indirizzata ad emarginare condotte di c.d. accanimento terapeutico.

Tralasciando l'esame del comma 1 una particolare attenzione merita il secondo comma, ove si prevede che

Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. 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 disposizione, per quel che appare ad una riflessione iniziale qual è quella qui compiuta, sembra disporre a carico del sanitario un vero obbligo di astensione/interruzione delle cure che egli ritenga inutili. Obbligo che sembra sovrastare e superare la diversa volontà dello stesso paziente o dei di lui familiari, al punto da giustificare l'adozione, motivata, della sedazione palliativa profonda in associazione con la terapia del dolore.

Si tratta allora di stabilire se la disciplina anzidetta possa ledere gli interessi del paziente, laddove non consente, peraltro, di proceduralizzare la scelta del sanitario che, in presenza di una diversa opinione, non è tenuto a svolgere alcuna attività di consultazione con i congiunti del paziente o con esperti dai quali potere eventualmente trarre conferma circa l'opportunità e doverosità della scelta che lo stesso intende operare.

Pare assai importante, sul punto, esaminare il caso *Lambert c. Francia* (Corte dir.uomo, Grande Camera, 5 febbraio 2015)⁸⁷, tetraplegico a causa di un incidente stradale e incapace di rappresentare il proprio volere rispetto ad uno stato vegetativo che aveva condotto i sanitari che lo avevano in cura ad interrompere i trattamenti di mantenimento in vita -nutrizione artificiale- con una decisione confermata dal Consiglio di Stato francese, a ciò autorizzati dalla Legge adottata in Francia nell'aprile 2005 - c.d. Legge Leonetti - anche contro il volere di alcuni dei familiari (genitori). Vicenda nella quale la Corte edu non ha ravvisato la violazione dei parametri convenzionali ma

⁸⁶ Va ricordato che il comma 5 dell'art. 1 («Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione») indica solo i familiari come destinatari della comunicazione cui il paziente può consentire, trascurando la persona di fiducia. Sulla necessità di coordinamento della disciplina in esame con quella di cui ai commi 20 e 39 dell'art. 1 l. n. 76/2016 in tema di parti delle unioni civili e conviventi di fatto v. STEFANELLI S., *Biotestamento: i principi fondamentali ed alcuni punti critici della l. n. 219 del 2017*, cit., par. 6.

⁸⁷ V., a commento della decisione indicata nel testo, di recente, RIVERA I., *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 settembre 2015.

soltanto perchè la legislazione transalpina aveva proceduralizzato le fasi che hanno poi indotto il sanitario a mantenere ferma la scelta di interrompere la ventilazione artificiale in relazione alle condizioni di non ritorno in cui versava il malato terminale, pure consentendo la verifica giudiziale dell'operato svolto in ambiente medico anche con l'ausilio di specialisti.

Ci si deve chiedere se tale soluzione, adottata dal legislatore nazionale, sia coerente con il quadro dei principi esposti nell'art.1 della l. n. 219/2017.

La risposta in parte positiva sembra, ancora una volta, confermare come l'equilibrio raggiunto in sede legislativa confermi l'assenza di diritti fondamentali incompressibili, gli stessi trovando una composizione adeguata che può determinare il sacrificio dell'uno quando emerge la necessità di salvaguardarne un altro, considerato meritevole di maggiore tutela in relazione alla vicenda concreta.

Ed è proprio il caso del venir meno di ogni speranza di prognosi fausta che induce il legislatore a prevedere un vero e proprio obbligo del medico di interrompere le cure in caso di imminenza di morte o di prognosi infausta a breve termine. In questi casi, nella prospettiva del legislatore, nemmeno la volontà di diverso avviso del paziente potrebbe indurre ad una soluzione diversa, nè, ancora, l'opposizione manifestata dai prossimi congiunti.

Si pensi al caso di mancanza dell'unanimità di intenti fra i parenti sull'inutilità o superfluità dei trattamenti vitali⁸⁸.

È semmai da chiedersi cosa potrebbe succedere in caso di opposizione dell'interessato (in verità ipotetica in relazione alle di lui condizioni) o dei congiunti -o soltanto di alcuni di essi-. Potranno gli stessi attivare un controllo circa l'operato del sanitario e la scelta dallo stesso posta in essere, allorché ritengano di opporsi alla decisione di interruzione della somministrazione di cure per le più varie ragioni, prospettando ipotesi curative alternative o anche solo il rifiuto che la persona, in stato di coscienza, avrebbe opposto all'interruzione del trattamento medico?

La legge tace sul punto né prevede la possibilità di emersione di tale conflitto in ambiente sanitario. Nè, tanto meno, proceduralizza un meccanismo di verifica giudiziale dell'operato del medico. Orbene, ai quesiti sopra posti sembrerebbe doversi rispondere nel senso che l'assenza di disciplina positiva nei termini anzidetti si pone in antitesi con la protezione dei beni in gioco.

Tanto trova conferma anche in altre due pronunzie di inammissibilità rese dalla Corte edu -Corte edu, 27 giugno 2017, *Gard e altri c. Regno Unito* e Corte dir. Uomo, 23 gennaio 2018, *Afiri e Biddarri c. Francia* (ric. n. 1828/18) - che, ancora una volta chiamata a verificare la legittimità della scelta dei sanitari di interrompere le cure nei confronti di due minori di età in relazione alle condizioni irreversibili nelle quali versavano e malgrado il contrario avviso dei genitori, hanno dichiarato inammissibili i ricorsi. Secondo la Corte, tanto la legislazione britannica che quella francese, inserendosi nel margine di apprezzamento elevato spettante agli Stati sul tema delle modalità di interruzione di trattamenti sanitari ritenuti non idonei a salvare la vita del paziente, avevano introdotto procedure meticolose e collettive nelle quali tutti i soggetti coinvolti avevano potuto esprimere le loro posizioni, vagliate attraverso diverse consultazioni con vari clinici e poi ulteriormente verificate in plurime sedi giudiziali.

Tanto escludeva che gli Stati coinvolti avessero violato l'obbligo procedurale positivo di proteggere la vita dei pazienti.

Si porrà, dunque, al giudice di turno il compito di verificare se la legislazione vigente ed i valori in gioco, con la carica di precettività che gli stessi possiedono, possono consentire l'adozione di rimedi capaci di proteggere gli interessi coinvolti, ovvero se occorra sollecitare un intervento della Corte costituzionale.

Quanto ai rimedi giudiziali non sembra peregrino individuare, ancora una volta, nel giudice tutelare l'autorità che potrebbe verificare l'operato del sanitario. Ciò sembra coerente con la

⁸⁸ V. ancora, CASONATO C., *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, cit., 495 ss. L'A., peraltro, offre una lettura della sentenza *Englaro* della Cassazione- sent. n. 2 1748/2007- secondo la quale nell'ordinamento interno la prospettiva di interruzione del trattamento presupporrebbe ineludibilmente l'unanimità dei consensi dei soggetti legittimati.

previsione di cui all'art. 3 c. 5 l. n. 219/2017 - richiamato dall'art. 4 c. 5 e dunque costituente vera e propria 'norma cardine' in punto di controllo giudiziario delle decisioni che incidono sul paziente che non si trova in condizioni di decidere autonomamente -.

Spetterebbe poi allo stesso Giudice tutelare considerare, dopo l'esame di tutti i soggetti capaci di fornire elementi utili per la decisione ed un'istruttoria particolarmente penetrante⁸⁹, coinvolgendo se del caso in modo collegiale parenti, medici specialisti, esperti in campo etico⁹⁰, tutti i valori in campo e vagliare, nelle operazioni di bilanciamento allo stesso demandate, la scelta legislativa -alla quale, come si è detto è per l'appunto sotteso un bilanciamento secondo le forme e le modalità sopra descritte⁹¹- per verificare se, nel caso di specie, la decisione del medico abbia risposto al bisogno di tutela della vita e della dignità del paziente.

Solo in questo modo, seguendo un protocollo procedurale del tipo di quello disegnato dalla Corte edu la dignità umana del malato potrà trovare nelle decisioni del giudice nazionale la tutela incondizionata e assoluta che essa merita secondo i suoi intrinseci caratteri di indefettibilità, indissolubilità e incomprimibilità in quanto supervalore costituzionale.

Sarà dunque quel giudice a dovere sciogliere dubbi di non poco momento.

9. Consenso, autoderminazione ed ascolto di minori e disabili. Il 'prima' della legge n. 219/2017

Una particolare attenzione merita il tema del consenso per quel che riguarda i minori e i soggetti disabili.

Quanto alle persone prive di capacità, rilevano alcune disposizioni della Convenzione di Oviedo - artt. 6, 9 e 17 - e della Convenzione sui diritti del disabile adottata dall'ONU ratificata in virtù della l. 3 marzo 2009, n. 18 anch'essa tutta orientata a «salvaguardare» l'esercizio della volontà dei soggetti portatori di disabilità, pur coniugandola, coerentemente, con la protezione offerta dai soggetti che si prendono cura del disabile.

Appare qui necessario svolgere un particolare approfondimento in ordine al consenso dei minori in ambito sanitario.

Sul punto, la normativa interna, prima della l. n. 219/2017, non sembrava offrire elementi precisi di valutazione. L'idea tradizionale era che, pur non disconoscendosi la titolarità in capo al minore dei diritti personalissimi⁹² nell'interesse e per conto di tali soggetti potessero esprimere il consenso

⁸⁹ V. Corte dir. uomo, *Lambert*, cit., § 168: "...the procedure in the present case was lengthy and meticulous, exceeding the requirements laid down by the law, and considers that, although the applicants disagree with the outcome, that procedure satisfied the requirements flowing from Article 2 of the Convention".

⁹⁰ E' proprio l'esame dei singoli passaggi seguiti a livello interno a condizionare l'esito al quale giunte Corte dir. Uomo, *Lambert*, cit., § 181: "...both the legislative framework laid down by domestic law, as interpreted by the *Conseil d'État*, and the decision-making process, which was conducted in meticulous fashion in the present case, to be compatible with the requirements of Article 2. As to the judicial remedies that were available to the applicants, the Court has reached the conclusion that the present case was the subject of an in-depth examination in the course of which all points of view could be expressed and all aspects were carefully considered, in the light of both a detailed expert medical report and general observations from the highest-ranking medical and ethical bodies".

⁹¹ Certo, potrebbe chiedersi che la decisione sull'interruzione delle cure del malato terminale con prognosi infausta o di imminente morte affidata ai medici piuttosto che ai parenti possa ritenersi accettabile ancorché i criteri, le procedure, i limiti siano assai diversi rispetto al caso in cui la scelta sia affidata ai parenti? Ma d'altra parte, sulla base di quale legittimazione i parenti potrebbero decidere, in una situazione di incoscienza, della vita altrui? L'espropriazione che sembra realizzarsi in danno di alcuni dei soggetti che rappresentano, almeno dal punto di vista degli affetti, la persona interessata in favore di altri parenti è davvero totale o rappresenta una risposta difficile, se si vuole tremenda, ma comunque dotata di un certo grado di razionalità rispetto al mistero della vita e della morte? La - tanto parziale quanto significativa- «delega» alla scienza medica su queste materie - alle quali puntualmente fa riferimento [Corte cost. n. 162/2014](#)- è accettabile, auspicabile, dovuta?

⁹² Cass. n. 22080/2009: «.. a fronte di un ordinamento precostituzionale ricco di riferimenti alla peculiarità, alla specificità della questione minorile[...]è scelta ben condivisibile quella della Costituzione[...]di porre il minore sul medesimo piano di ogni altro cittadino. Tale prospettiva è rettamente evidenziata dall'analisi degli artt. 2 e 3 Cost., che costituiscono veramente il fondamento di tutto l'edificio costituzionale. Da un lato, è il riconoscimento e la garanzia

chi era dotato della «potestà» genitoriale -divenuta responsabilità genitoriale per effetto delle più recenti riforme di nuovo conio (l. n. 219/2012 e d. lgs. n. 154/2013) - e della tutela, ancorchè gli istituti appena ricordati sembravano muoversi in un'ottica di tutela del patrimonio dei soggetti deboli, più che della cura della persona.

D'altra parte, l'alternativa secca capacità-incapacità posta come tratto comune del sistema codicistico si è andata restringendo, a fronte di una sempre progressiva accentuazione dei profili di concreta verifica delle condizioni dei soggetti rispetto ai singoli diritti, soprattutto se rientranti nella cerchia dei valori fondamentali.

Proprio in campo minorile, la tematica degli interventi sanitari rispetto all'autodeterminazione del minore -sulla quale ci si è a lungo interrogati⁹³-, assume tratti assai peculiari, per i quali i dubbi non riguardano, soltanto, l'esistenza in capo al minore di un diritto all'autodeterminazione ma, a monte, le modalità stesse che occorrono per rendere partecipato e concreto, l'intento volitivo del minore.

È, del resto, l'avvento degli strumenti internazionali⁹⁴ a dare nuova linfa ad una corrente di pensiero che già in Italia aveva da tempo posto in discussione la possibilità stessa che a prestare il consenso su questioni relative a diritti personalissimi non potesse essere pretermesso il minore, essendo lo stesso al contempo titolare assoluto delle medesime prerogative⁹⁵.

Assume particolare rilievo la disciplina contenuta nella già ricordata Convenzione di Oviedo, a cui tenore «... Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge» -art. 6 par. 2-. Ma a tale previsione si aggiunge, al par.3, che «...Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità». E tale

dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che - limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini - impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Significativamente, nell'una e nell'altra norma è presente il riferimento alla personalità e al suo sviluppo: un'indicazione siffatta, se appare diretta a tutti i cittadini o, ancor di più, a tutti gli individui, pure, come si è detto, si attaglia particolarmente al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico. Dunque, tutela dei diritti fondamentali del minore (come di ogni individuo)».

⁹³ In dottrina cfr. TURRI G.C., *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione Giustizia*, 2000, 3, id., *I giudici, i medici e i minorenni in Europa, U.S. e U.K.*, in *Politeia, Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, cit., 93 ss.; LO GIUDICE M., *L'intervento del sanitario ed il rapporto con il paziente disabile/incapace/minore e con il soggetto che lo assiste o rappresenta*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 9-11 maggio 2011 sul tema *Il consenso ai trattamenti sanitari dei soggetti deboli*, al [sito telematico](http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sentribminmi579_10.pdf) del Consiglio Superiore della Magistratura; *Prima dei 18 anni: l'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, a cura di BENZONI S., CESARO G.O., LOVATI P., VIZIELLO P., Milano, 2010. Per la giurisprudenza v. Trib. min. Brescia, 28 dicembre 1998, App. Brescia, 13 febbraio 1999 e Trib. min. Brescia, decr. 22 maggio 1999, tutti in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 204; App. Ancona, 26 marzo 1999, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 218; Trib. minori Brescia, 25 ottobre 2000, in *Minorigiustizia*, 2001, 197; Proc. Trib. Venezia, 2 giugno 1998 e Trib. min. Venezia, 7 ottobre 1998, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 689 e, più di recente, Trib. min. Milano, 30 marzo 2010, all'indirizzo telematico http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sentribminmi579_10.pdf, che pure richiama in motivazione una sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo-18 luglio 2002, n. 154 - resa in un caso di un minore che rifiutava fermamente le trasfusioni di sangue in una maniera aveva convinto i medici a non eseguire sul proprio coercitivamente l'intervento vissuto con terrore, arrivando poi alla morte, aveva ritenuto che «...al di là delle ragioni religiose[...]riveste particolare interesse il fatto che il minore, opponendosi ad un'ingerenza estranea sul proprio corpo, stava esercitando un diritto di autodeterminazione che ha per oggetto il proprio corpo».

⁹⁴ CESARO G.O., *Norme e principi sull'autodeterminazione del minore nel diritto nazionale e internazionale*, in AA.VV., *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario* a cura di BENZONI S., CESARO G.O., LOVATI P., VIZIELLO P., Milano, 2010, 15.

⁹⁵ MARINI G., *op.cit.*, 389. V. PANUNZIO S.P., *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, 362 e ID, *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633; id., *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633; BUSNELLI F.: *Capacità, Capacità ed incapacità del minore*, Milano, 1982, 59 ss.

previsione non può certo dirsi isolata, anzi, trovando ulteriori conferme a livello sovranazionale⁹⁶.

Si avverte, in definitiva, che il ruolo del minore e della volontà da questi espressa sono presi in considerazione, con accenti variegati, peraltro⁹⁷, come un fattore sempre più determinante, in funzione dell'età e del grado di maturità della persona minorene⁹⁸.

Ed in questa prospettiva non può dimenticarsi l'acuta critica «di sostanza» svolta in dottrina alla sentenza della [Corte cost. n. 438/2008](#), che nel dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007 -il cui primo comma prevedeva che «il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto, al cui interno in tema di somministrazioni di farmaci»- aveva sì valorizzato i tratti del diritto all'autodeterminazione, tuttavia omettendo di sanzionare la legge nella parte in cui aveva totalmente tralasciato di considerare la volontà del minore al trattamento sanitario⁹⁹.

⁹⁶ Quanto agli altri strumenti internazionali con specifico riguardo ai minori, l'art. 24 par.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE prevede che «I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. «Analogamente, l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia con l. n.1767/91, prevede che «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. ^[L'ESP] A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.» Anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata il 25 gennaio 1996 e ratificata in forza della l. 20 marzo 2003 n. 77, ha previsto, all'art. 6, che «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve:a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali;b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente:_ assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti,- nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione;c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa .» L'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti dei disabili, approvata il e ratificata in Italia con l. n. 7/2009, ha poi previsto specificamente, in favore dei minori disabili, che «Gli Stati Parti adottano ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori.2. In tutte le azioni concernenti i minori con disabilità, il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente.3. Gli Stati Parti garantiscono ai minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori, il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che li riguardano e le loro opinioni sono debitamente prese in considerazione, tenendo conto della loro età e grado di maturità, assicurando che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età, allo scopo di realizzare tale diritto.

⁹⁷ V. art. 3, l. n. 219/2005 contenente Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati.V. anche art. 120 d. p. r. n. 309/90, art. 2 ult. comma, l. n. 194/78 , art. 3 della l. n. 107/1990, art. 3, c. 2 l. 22 ottobre 2005 n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati) , comma 1 - quater art. 23 della L. 31 dicembre 1996 n. 675, come modificato dal d. lgs. 30 luglio 1999, n. 282.

⁹⁸ V. Trib. min. Milano, ult.cit.:»... non è possibile sostenere che i genitori rappresentino i figli minori anche relativamente alle scelte mediche e ciò, per rimanere al caso concreto ed in disparte di ogni considerazione circa diverse soluzioni astrattamente possibili per soggetti di tenera età, specialmente quando il minore abbia raggiunto una età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire, poiché diversamente opinando si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi mercé la sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministratore di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione.» In quel caso il giudice ritenne di dichiarare il non luogo a provvedere sull'istanza dei genitori che avevano chiesto l'adozione al giudice minorile di provvedimenti assimilabili a quelli del t.s.o. per il loro figlio affetto da patologie psichiatriche, ritenendo il giudicante applicabile la disciplina generale in tema di t.s.o. e, dunque, la competenza del Giudice Tutelare.

⁹⁹ CASONATO C., *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 625: «... E si sarebbero potuti richiamare principi e documenti che si rivolgono specificamente alla posizione del minore.[...] E' altresì ormai emersa una tendenza molto chiara a tenere in considerazione la volontà del

Il quadro testé descritto sembrava dunque dovere produrre ricadute sul piano extraprocessuale e processuale¹⁰⁰, apparendo evidente la necessità che nelle attività propedeutiche al compimento di atti incidenti sulla sfera personale del minore, quest'ultimo dovesse essere necessariamente e formalmente associato alla procedura.

Al «consenso» si affiancava, poi, il tema dell'ascolto dei soggetti, anch'esso elemento sicuramente decisivo per il corretto sviluppo delle controversie in materia bioetica.

L'attenzione degli studiosi, in altri termini, si è andata orientando dall'*an* dell'ascolto al *come* ascoltare i soggetti a vario titolo coinvolti -soggetti non capaci, per impedimento fisico, di esprimere la volontà con espressioni linguistiche ma sicuramente dotati di piene facoltà mentali¹⁰¹, soggetti incapaci di esprimere la volontà per disordine mentale, soggetti minori di età¹⁰²-.

Per questo, si è sostenuto che non è necessario soltanto procedere all'ascolto dei soggetti, ma occorrerà che tale ascolto venga realizzato con modalità adeguate a garantire, in relazione alla concreta fattispecie, che la volontà dei soggetti ascoltati emerga in modo chiaro e risulti preceduto da tutte quelle attività informative senza le quali il consenso prestato o, più in generale, la manifestazione di volontà espressa dal soggetto dovranno dirsi viziati¹⁰³.

Ad imporre tale modalità procedimentale dev'essere, pertanto, l'interpretazione delle discipline di settore ai canoni costituzionali e convenzionali sopra indicati.

Tanto più partecipato sarà il ruolo che questi «attori» riusciranno ad esprimere in contesti complessi quali quelli relativi al fine vita, quanto più «giusta» riuscirà ad essere la decisione in tema di consenso.

9.1 Il consenso informato del minore ai trattamenti sanitari secondo l'art. 3 l. n. 219/2017

La prospettiva adottata dal legislatore in tema di consenso al trattamento medico dei minori è senz'altro riduttiva. Non solo ai minori è escluso di potere ricorrere alle disposizioni anticipate di trattamento, per esplicita previsione contenuta nell'art.4 c. 1 della l. n. 219/2017, ma si assiste ad una duplicazione dei meccanismi pensati per le persone affette da disabilità invece dimenticando totalmente le peculiarità della condizione del minore.

Al di là dell'espresso riconoscimento dei diritti già indicati nell'art. 1 c. 1 della stessa legge, la trama normativa si incentra sul tema dell'informazione che al minore va garantita circa le 'scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa in condizione di esprimere la sua volontà'.

Con certezza, dunque, si prevede che il minore debba essere chiamato ad esprimere il proprio

minore cui, in ogni caso, vanno date informazioni adeguate.[...] Su queste basi, le affermazioni della Corte in riferimento all'esigenza di «garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale» si sarebbero potute precisare in riferimento al minore, la cui posizione anche in ambito medico non è assimilabile a quella del maggiorenne capace”.

¹⁰⁰ Sul punto VILLA L., *L'esperienza del Tribunale per i Minori di Milano per la tutela dell'autonomia decisionale del bambino in ambito sanitario*, in *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., 98 ss.

¹⁰¹ Trib. Sassari 16-7-2007, in *Foro it.*, 2007, I-2, 3026 s., ha ammesso in un caso di sclerosi laterale amiotrofica (SLA) l'uso del sintetizzatore vocale MyTobii, il quale ha consentito al malato di esprimere la propria volontà contraria alla permanenza in vita.

¹⁰² CASATI S., *Tu mi interroghi, tu mi trasformi. Partecipazione e complessità in età evolutiva* e MASERA G., *La competenza decisionale dei minori affetti da patologie oncologiche*, in *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., rispett., 29 e 51.

¹⁰³ Quando, allo stesso modo, l'intervento giudiziale è destinato ad incidere su interessi e valori che non appartengono direttamente alla persona richiedente o sono comunque capaci di produrre ricadute dirette su altri diritti, parimenti fondamentali - si pensi a tutte le questioni che ruotano attorno all'autorizzazione all'aborto di minorenni o di persona incapace, alla procreazione medicalmente assistita- il bilanciamento che sarà chiamato a svolgere il decisore riguarderanno direttamente interessi facenti capo (anche) entità/soggetti (concepito, nascituro) diversi dalla persona che agisce giudizialmente o nei cui confronti viene sollecitato un provvedimento giudiziale. I concetti di dignità, autodeterminazione, vita, miglior interesse si moltiplicano, così.

convincimento sui trattamenti in modo che siano valorizzate la propria capacità di comprensione e di decisione rinviandosi, quanto alle modalità con le quali tale volontà debba essere raccolta, all'art. 1 c. 4 della stessa legge, applicabile in forza del richiamo generale contenuto all'art.1 - fatta salva l'esclusione dei commi per i quali rileva la ridotta capacità del minore stesso -. La volontà del minore, del resto, costituisce un elemento indefettibile, poiché i soggetti chiamati ad esprimere il consenso nell'interesse del minore devono tenerne conto, valutando la sua età ed il grado di maturità e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

Si è detto, in dottrina, che il minore rimane il protagonista nella relazione di cura che viene delineata, per ogni aspetto, con modalità sovrapponibili -in quanto compatibili- a quelle dell'art.1, integralmente richiamato¹⁰⁴.

La formulazione dell'art. 3 c. 2 è di estrema delicatezza. Pur non occupandosi del tema relativo all'eventuale conflitto fra più soggetti esercenti la responsabilità genitoriale, il legislatore traccia le linee che devono muovere il o i soggetti tenuti ad esprimere o a rifiutare il consenso e chiama loro stessi, in prima battuta, ad un'opera di bilanciamento fra vita, autodeterminazione del minore e sua dignità.

L'unica ipotesi per la quale il legislatore reputa necessaria la previsione di un intervento giudiziale è quella del possibile contrasto fra scelta dei genitori di rifiuto delle cure e diverso avviso del medico. Ipotesi che, secondo quanto previsto dall'art. 3 c. 5, è rimessa 'al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria'.

Ora, non è qui il caso di discutere della scelta che individua nel giudice tutelare, piuttosto che nel tribunale per i minorenni, l'autorità giudiziaria chiamata a dirimere il conflitto. Rimane semmai da sottolineare che per precisa scelta legislativa la platea dei soggetti chiamati a sollecitare l'intervento giudiziale sono, oltre ai rappresentanti legali, al medico ed al responsabile della struttura sanitaria, anche 'i soggetti di cui agli articoli 406 e ss. del codice civile', legittimati ad iniziare il procedimento di amministrazione di sostegno.

Spetterà dunque al giudice tutelare la decisione del conflitto.

9.2 La richiesta di interruzione delle cure del minore inascoltato ed il silenzio della l. n. 219/2017

Se sorge un contrasto fra volontà del minore e dei genitori -si pensi alle ipotesi in cui la decisione dei genitori non rispetti la sua personalità o sia contraria al suo benessere psico-fisico o, ancora, ai casi di rifiuto di cure non salvavita da parte di minore dotato di capacità di discernimento adeguato- ai quali spetta il potere dovere di esercitare o rifiutare il consenso, esiste un -e qual è il giudice competente a decidere? Chi può fare insorgere il conflitto e davanti a quale autorità giudiziaria? E' possibile risolvere questa lacuna sulla base del quadro giuridico di riferimento? Il minore non deve essere sentito, deve soltanto essere informato? Chi, in definitiva, verifica che il consenso o il rifiuto espresso dal genitore sia stato fatto 'avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità'?

A questi interrogativi non ha fornito risposta la l. n. 219/2017. Si tratta di un'omissione rilevante.

Ed infatti, a differenza che nella posizione del soggetto interdetto, inabilitato o per il quale è stato nominato un amministratore di sostegno, è prevista la figura del Giudice tutelare, tenuto a monitorare costantemente l'andamento della vicenda, vuoi perchè l'amministratore di sostegno o il tutore relazionino autonomamente prospettando eventuali criticità (art. 410 c. 2 c.c.¹⁰⁵), vuoi perchè

¹⁰⁴ FERRANDO G., *Commento Art. 3 l. n. 219/2017*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, 48.

¹⁰⁵ L'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonchè il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso. In caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico

sia lo stesso giudice ad attivarsi per acquisire notizie (art. 44 disp. att. c.c.¹⁰⁶) nulla è previsto con riguardo al minore.

Nei procedimenti che riguardano i minori, per converso, solo l'attivazione del P.M. minorile o di uno dei genitori in ordine al contrasto insorto sulle scelte terapeutiche nei confronti del figlio consentirebbe l'attivazione di un apposito procedimento -prima non esistente-.

In definitiva, il legislatore del 2017 sembra ritenere che il consenso o il rifiuto espresso dal genitore non abbisogni di alcun controllo quanto alla posizione nella quale si è trovato il minore, al quale, come si è detto, è garantito unicamente il diritto all'informazione e a manifestare la propria volontà, senza nemmeno precisare le modalità di raccolta di tale manifestazione volitiva circa il consenso o meno al trattamento.

Occorre forse chiedersi se esista o debba essere individuato uno strumento che consenta al giudice di verificare se la decisione presa dai genitori, in caso di contrasto, risponda effettivamente alla 'tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità'.

Non a caso si sollecita, in dottrina, sia in epoca precedente che all'indomani del varo della l. n. 219/2017, un intervento giudiziario da parte del Tribunale per i minorenni - *ex art. 333 e 366 c.c.* - ¹⁰⁷. Con quanta coerenza rispetto alle scelte introdotte dal legislatore del 2017 in punto di tutela giudiziaria degli interessi coinvolti è dato davvero dubitare.

Sullo stesso crinale del ragionamento svolto nel precedente paragrafo può essere utile riflettere sul tema della richiesta di interruzione delle cure del minore che versi in gravi condizioni rimasta inascoltata dai genitori, proprio alla luce della disciplina positiva introdotta dall'art.3 comma 2 l. n. 219/2017.

Anche qui, proprio quando si percepisce un interstizio non regolato dal legislatore, indossare la toga del giudice significa farsi carico di una responsabilità enorme, rivolgendosi la funzione giudiziaria contemporaneamente a fornire una risposta ad una domanda di giustizia sulla base di articolate conoscenze, multiple e pluridisciplinari, ma anche a fronteggiare la portata endo ed extraprocessuale che ogni decisione in materia, sia essa proveniente da un giudice di merito che dalle giurisdizioni superiori, è destinata ad assumere¹⁰⁸. Tutto ciò in un contesto 'governato' dai *mass media* e dalla globalizzazione, nel quale i parametri di valutazione dell'operato giudiziario vengono, a volte, filtrati e rilette in modo inappropriato.

Ora, se già il tema dell'eutanasia passiva (sempre che questa sia la corretta categoria nella quale inquadrare la vicenda di cui discutiamo) presenta profili di complessità marcati,¹⁰⁹ il tentativo di approfondirne gli aspetti con riferimento alla figura del minore si arricchisce, all'evidenza, di ulteriori elementi collegati alla condivisa opinione per cui la persona minore non può essere identificata con quella adulta per la diversa protezione offerta dall'ordinamento alla sua condizione (art. 30 Cost.) e per l'assai peculiare bagaglio di esperienza, conoscenza e capacità di discernimento di cui il minore è portatore. E se a questo dato di partenza si aggiunge quello che la nozione di minore è essa stessa poliedrica in relazione non soltanto allo sviluppo fisico e psichico del 'non

ministero o gli altri soggetti di cui all'articolo 406 possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

¹⁰⁶ Art. 44 disp. att. c.c. Il giudice tutelare può convocare in qualunque momento il tutore, il protutore, il curatore e l'amministratore di sostegno allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione della tutela, della curatela o dell'amministrazione di sostegno, e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario

¹⁰⁷ CORDIANO A., *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria*, in [Comparazione e Diritto Civile](#), ottobre 2012; G. FERRANDO, *Commento all'art. 3 l. n. 219 del 2017*, in [Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto](#), n.1/2018, 50; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 3/2018, si interroga sulla coerenza delle disposizioni introdotte, lasciando aperta la possibilità di colmare le lacune sul piano interpretativo.

¹⁰⁸ CASABURI C., *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*, in *Corr. merito*, 2010, 237.

¹⁰⁹ Per tutti RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, cit.; ID., *Dignità versus vita?*, cit.; A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Pol. dir.*, 4/1998, 601; G. CRICENTI, *Il diritto di morire*, in [Persona & Danno](#), dicembre 1998.

adulto' - grande o piccolo -¹¹⁰ ma anche ai condizionamenti ambientali e sociali nei quali il minore matura il proprio progetto di vita, potrebbe serenamente concludersi che il tema è talmente difficile da suggerire, anche al più accorto giudicante, una fuga più o meno onorevole.

Ma come sappiamo il giudice non può fuggire, non può sottrarsi dall'esaminare la vicenda che gli viene prospettata, non può intraprendere una condotta di astensione. Egli è obbligato a *ius dicere*, non essendogli consentito un *non liquet*¹¹¹.

Proprio l'ambito qui affrontato suggerisce, in termini astratti, l'opportunità di un ricorso al *law in act* quanto più sobrio possibile, proprio perchè i dilemmi morali, quando emergono e richiedono l'intervento del diritto, giustificano il ricorso al giudice *-law in action-*, rendendo difficile l'introduzione di una legge in ragione dell'assoluta singolarità e irripetibilità del caso, non assimilabile ad altri. Inevitabile, per usare le parole di Antonio Ruggeri, dunque la "delega" a bilanciamenti in concreto, affidati agli operatori (e, segnatamente, a giudici e tecnici)¹¹².

Il punto è, però, che il totale silenzio del legislatore rispetto all'ipotesi di contrasto fra volontà del minore e volontà dei legali rappresentanti che pure è perpetuato dalla l. n. 219/2017 lascia davvero il giudicante nella solitudine più totale, tanto con riferimento all'*an* della possibile tutela, quanto in ordine al come questa debba essere o meno riconosciuta.

Sembra però che l'imbarazzo nel quale si trova il giudice non possa costituire un alibi, egli comunque dovendo ricercare le «vie di uscita da un labirinto, nel quale l'orientamento è quello dei valori di fondo da cui il giudice parte; o meglio, dal peso specifico che il giudice assegna ai valori di fondo nell'esercizio di quell'*ars combinatoria* di elementi differenziati ed in perenne potenziale conflitto cui è costretto il giudice (ma prima di lui il legislatore e l'amministratore) in un ordinamento pluralistico»¹¹³.

Ora, rispetto al poliedrico tema qui esaminato¹¹⁴ in effetti, si potrebbero immaginare un numero cospicuo di questioni diverse tra loro anche se connesse alla richiesta proveniente dal minore e/o dai di lui genitori o dal medico di porre fine all'esistenza del minore. E ciò proprio in relazione ai casi multiformi della vita di un minore, affetto o meno da malattia incurabile e senza speranza, affetto o meno da sofferenze insopportabili, capace o meno di comprendere il significato di una condotta attiva destinata a procurare la morte anticipata o ad impedire la prosecuzione delle cure alle quali è sottoposto, capace o meno di esprimere in maniera libera la propria volontà, supportato o meno dal consenso di uno o di entrambi i genitori e/o dal sanitario.

In questa sede si proverà, invece ad offrire un minimo di coordinate sulle quali potere riflettere ed eventualmente utilizzare.

Occorrerà partire da un dato imprescindibile, peraltro riguardante sia gli adulti che i minori, rappresentato dalla tutela della vita, essa rappresentando il nocciolo duro dei diritti protetti dalla Costituzione e dalle Carta dei diritti fondamentali del quale si è detto che il giudice deve utilizzare proprio per il richiamo espressamente fatto dal legislatore del 2017 all'art.2 della Carta UE. E di questo, come si è detto, dà atto l'art.1 della l. n. 219/2017, che pure non menziona l'art. 2 CEDU¹¹⁵.

Vi è, poi, ormai codificato dallo stesso art. 3 c. 1 l. n. 219/2017, il riconoscimento del diritto del minore, in quanto persona ed a prescindere dalla propria capacità di agire di stampo codicistico (art.

¹¹⁰ LALANNE C., LANDI V., *Gli aspetti generali del consenso al trattamento sanitario*, in *La responsabilità medica a cura di RUFFOLO U.*, Milano 2004, pp. 248-249.

¹¹¹ CONTI R., *I giudici e il biodiritto*, 2015, 98.

¹¹² RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, cit., 10.

¹¹³ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2004, 2, 17.

¹¹⁴ v., sul punto, E. BOLOGNA, *Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*, in *Dir.famiglia*, 2009, 450.

¹¹⁵ Si tratta, all'evidenza, di una omissione non produttiva di significato se si considera che il livello di tutela offerto dalla Carta UE, quando essa riproduce un articolo della CEDU, come avviene con riguardo all'art. 2 della Carta UE, non può essere inferiore a quello previsto dalla disposizione convenzionale (art. 52 par.3 Carta UE).V., SALVATO L., *Relazione svolta alla tavola rotonda su «Gli approdi della corte edu in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolgenti i diritti fondamentali: la vita, la riservatezza e la libertà di informazione, l'uguaglianza»*, al [sito telematico](#) del Consiglio Superiore della Magistratura.

2 c.c.), ad esprimere la propria volontà rispetto alle cure, in sostanziale superamento dell'ormai inadeguata visione fondata sull'integrità fisica del proprio corpo¹¹⁶ e sulla incapacità di agire del minore - art. 2 c.c. -¹¹⁷.

Il principio dell'autodeterminazione, tuttavia, nella materia di cui discorriamo, non assume, per come si diceva, caratteri di tirannia, assolutezza ed invincibilità. Ciò va qui ribadito non perché l'autodeterminazione del minore conti meno di quella dell'adulto, ma in ragione del fatto che alla 'persona' minore l'ordinamento attribuisce un valore talmente elevato da garantirne una protezione rinforzata, rappresentando l'essenza più pura della società e il suo stesso divenire. Ciò non significa adottare o sposare una concezione paternalistica nei confronti del minore, né prediligere una soluzione indirizzata a priori verso la svalorizzazione della volontà del minore in favore di quella dei genitori o del sanitario, ma semmai dare pienezza al concetto di superiore interesse del minore al quale l'ordinamento è orientato, per raggiungere il quale la volontà del suddetto va necessariamente comparata e valutata insieme a quella dei genitori¹¹⁸.

Orbene, questo superiore interesse assume natura composita, sullo stesso convergendo altri interessi e altri 'attori' sulla scena¹¹⁹.

In prima battuta compaiono - e direi, meglio, si affiancano- per l'appunto i genitori, ai quali non possono non riconoscersi, anche fuori dal tema della rappresentanza agli stessi normativamente riservata, importanti e decisivi compiti di 'cura' del minore, senza i quali la volontà del minore stesso o non è particolarmente rilevante - per i casi in cui il minore è privo della capacità di discernimento- ovvero richiede di essere valutata in modo coordinato con quella dei genitori stessi, questi ultimi risultando più di ogni altro portatori dell'esperienza di vita del soggetto che hanno contribuito a mettere al mondo o, in ogni caso, a crescere, allevare ed educare, per modo che il consenso o il dissenso che gli stessi manifestano è sempre espresso non in rappresentanza e al posto del minore (art. 320 c.c.) ma 'per' il minore e per la sua cura¹²⁰. In questo senso si apprezzano nel loro reale significato tanto l'art. 37, comma 1, del codice di deontologia medica del 2006 che l'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. che obbliga i genitori ad ascoltare il minore capace di discernimento prima di adottare scelte sul medesimo incidenti¹²¹.

Il medico, d'altra parte, è il soggetto portatore delle conoscenze scientifiche senza le quali la volontà del minore e dei genitori non può dirsi correttamente e validamente espressa, lo stesso non soltanto giocando il proprio ruolo di assistenza e cura della salute del minore ma, ancora prima, di informatore qualificato ed insostituibile di ciò che il minore deve sopportare in funzione della salvaguardia della sua salute.

La platea dei soggetti chiamati a cooperare per l'individuazione del migliore interesse del minore potrebbe, peraltro, ampliarsi fino a coinvolgere quella del *protettore naturale del minore*, non necessariamente coincidente col genitore¹²².

¹¹⁶ FERRANDO G., *Il principio di gratuità biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur.dir.priv.*, 2002, f.3, 766.

¹¹⁷ LARIZZA S., *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. e ZATTI P., in *I diritti in medicina*, a cura di LENTI L., FABRIS E.P. e ZATTI P., Milano 2011, 464.

¹¹⁸ A proposito della potere-dovere dei genitori di adottare misure idonee ad evitare pregiudizi alla salute del minore, v. [Corte cost. 26 maggio 2004, n. 262](#).

¹¹⁹ Da ultimo, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016.

¹²⁰ FERRANDO G., *Il principio di gratuità biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur.dir.priv.*, 2002, f.3, 773; LA FORGIA G., *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 409.

¹²¹ Sembra evidente che il coordinamento di tale disposizione con l'obbligo di raccogliere la volontà del minore in tema di trattamenti sanitari non può determinare una sostituzione dei genitori rispetto alla figura del sanitario, egli essendo tenuto ad informare il piccolo paziente delle scelte terapeutiche.

¹²² LENTI L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, e S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, entrambi in *Trattato di biodiritto, I diritti in medicina*, diretto da RODOTÀ S. e ZATTI P., *I diritti in medicina*, a cura di LENTI L., PALERMO G., FABRIS P. e ZATTI P., Milano 2011, 424.

Ora, il compito del giudice parrebbe essere quello di acquisire nel modo più completo le volontà informate, concordanti o divergenti che siano, di questi 'attori'. E per far ciò il giudice potrebbe essere chiamato a verificare che la volontà espressa dai soggetti 'non medici' presenti alcuni tratti essenziali per potere qualificarsi come validamente espressa.

In questa prospettiva, è qui sufficiente rinviare a quella sorta di schema protocollare del consenso in materia sanitaria già ricordato in passato¹²³, per sottolineare che la fase processuale di acquisizione e verifica delle condizioni nelle quali concretamente versa il minore, come anche i vari 'consensi' o 'dissensi' informati, costituisce il dato qualificante dei procedimenti nei quali è in gioco 'la vita', dovendosi suggerire un particolare rigore nella loro acquisizione. Né, ancora, potendosi escludere - ma anzi dovendosi auspicare - in capo allo stesso giudice, l'utilizzazione di poteri di acquisizione eventualmente sganciati dalle istanze esposte nel giudizio dai vari 'attori' egli stesso partecipando, per ciò che gli compete, alla realizzazione del migliore interesse del minore. Ciò che potrebbe rendere necessaria, in relazione allo specifico caso, l'acquisizione, anche *ex officio*, di ogni elemento utile di conoscenza in ordine all'attuale condizione di salute del minore e al suo grado di maturità e discernimento.

Si giunge, in questo necessariamente sommario quadro d'insieme, al momento della decisione.

Il giudice ritorna ad essere solo, dopo avere sondato, dissodato il campo, verificato i fatti, le istanze, la reale e persistente libertà dei soggetti coinvolti, nonché le consulenze tecniche o di parte, i pareri ed è chiamato a decidere. Come decidere? Cosa fare?

Quanto all'*an* della tutela, l'assenza di previsione in ordine al caso del dissenso fra genitori e minore in ordine alle cure può giustificare l'intervento giudiziale, per quanto già detto nel precedente paragrafo, anche in assenza di specifica previsione contemplata dall'art. 3 l. n. 219/2017.

La mia personale opinione è nel senso del dovuto riconoscimento di siffatta tutela in capo al minore o agli stessi genitori che non sentono di dovere condividere interamente la responsabilità di decidere in senso difforme rispetto alla volontà manifestata dal minore stesso. Sono proprio i diritti in gioco e il loro carattere intrinsecamente fondamentale a meritare l'attenzione, la considerazione e l'esistenza di un rimedio giudiziale capace di risolvere il conflitto.

Può soltanto dirsi che sulla base del quadro normativo interno sopra succintamente evidenziato, al quale anche la giurisprudenza della Corte edu riserva un ampio margine di apprezzamento in materia¹²⁴, non può escludersi che il giudice (minorile, nel caso di specie) debba autorizzare, su richiesta stessa del minore -legittimato per il tramite dell'art. 75 c.p.c.¹²⁵ - il rifiuto o la sospensione/interruzione delle cure del soggetto che si trova in condizioni di infermità irreversibile e destinatario di cure parimenti dolorose e che abbia manifestato liberamente la volontà di interrompere il trattamento medico, potendo (e in taluni casi dovendo) quel giudicante non assecondare le diverse volontà espresse sul punto e decidere in modo diverso dall'avviso dei genitori e/o dello stesso medico¹²⁶.

E ciò proprio in forza del principio della tutela della dignità e dell'autodeterminazione espresso da un soggetto ritenuto giudizialmente dotato di piena capacità di discernimento che, in relazione alla vicenda concreta, può rappresentare l'unica scelta per alleviare le sofferenze di chi è destinato a morte pressoché certa, a fronte di un avviso dei genitori fondato su irrazionali preferenze verso cure sanitarie non vagliate o pericolose¹²⁷. Ecco la rilevanza dei valori fondamentali di cui si diceva all'inizio e dell'inciso, che compare nella parte finale dell'art. 1 c. 2 l. n. 219/2017, al 'pieno rispetto della sua dignità'.

¹²³ CONTI R., *I giudici e il biodiritto*, cit., 127 ss.

¹²⁴ V., per tutti, Corte dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

¹²⁵ STANZIONE P., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, I, 1999, 260.

¹²⁶ Sul punto v. E. GHIDONI, *Le terapie mediche per il bambino imposta dal giudice di fronte al rifiuto del genitore*, in *Minoriegiustizia*, 2001, 2, 133; LARIZZA S., *op.cit.*, 474, L. LENTI, *op. cit.*, 453.

¹²⁷ VERCELLONE P., *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di ZATTI P., vol. II, *Filiazione*, Milano 2010, 999.

In questa direzione, del resto, sembra militare non solo il diritto vivente interno¹²⁸ e sovranazionale¹²⁹, ma anche l'impossibilità di profilare una coercizione del trattamento contro la volontà del minore, per come è già risultato nella giurisprudenza di merito¹³⁰.

Rimane comunque essenziale che il processo abbia visto la compresenza degli attori di cui si è detto, senza la quale la decisione sarà processualmente e sostanzialmente viziata in radice.

Si tratterà, in questo caso, di un giudizio che si conclude dando prevalenza all'autodeterminazione del minore, in ossequio ai principi costituzionali di tutela della dignità umana ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Cassazione¹³¹, laddove si è riconosciuto che «una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita»¹³².

Altre volte il giudizio potrà avere un esito diverso, dando preminenza alla volontà dei genitori (art. 30, comma 1, Cost.), allorché l'interesse richiamato esiga anche una limitazione della volontà espressa dal minore in relazione alle modalità con le quali la stessa si è manifestata ovvero alla concreta (e parziale) capacità di discernimento -o meglio, per usare la terminologia prescelta dall'art. 3 c. 1 l. cit., della *capacità di comprensione e di decisione*- o, ancora, all'impossibilità di considerare esistente una condizione di irreversibilità della malattia. Si tratterà, dunque, di un esito frutto, ancora una volta, dell'opera di bilanciamento, caso per caso, alla quale è tenuto il giudice, qui resa tremendamente complicata dai fattori che si è cercato di descrivere.

Nulla a che vedere ha, rispetto alla tematica della sospensione del trattamento terapeutico nei casi anzidetti, la condotta del rifiuto di cure da parte di genitori per motivi di natura religiosa, più volte esaminata dalla giurisprudenza, la stessa potendo integrare la condotta di omicidio, ponendosi all'evidenza agli antipodi della cura del superiore interesse del minore. Canone, quest'ultimo, in verità non espressamente inserito nel reticolo normativo di cui qui discutiamo, ma che sembra comunque emergere dallo scopo dell'art.3 c.1 l. cit., laddove individua in modo chiaro lo scopo della disposizione, ancora una volta orientato a garantire il pieno contemperamento dei diritti in gioco in relazione all'età e al grado di maturità del minore.

Analogamente, la richiesta di interruzione delle cure proveniente dal minore, se scollegata dagli elementi oggettivi e soggettivi dei quali si è detto, non pare potere trovare spazio nel nostro ordinamento, per come esso attualmente si caratterizza, non trovando alcuna copertura normativa la pretesa rivolta a terzi a porre in essere pratiche idonee a determinare la morte *certa ed immediata* dello stesso richiedente. In questa direzione spinge il margine di apprezzamento statale riconosciuto dalla Corte edu. Secondo la prospettiva del giudice sovranazionale, più grave è il danno subito e maggiore sarà il peso che avranno sulla bilancia le considerazioni di salute e di sicurezza pubblica di fronte al principio concorrente dell'autonomia personale, ma anche l'estrema vulnerabilità dei soggetti malati.

Certamente, la condizione delle persone che soffrono di una malattia in fase terminale varia da caso a caso. Ma molte di tali persone, prosegue la Corte, sono fragili, ed è proprio la vulnerabilità della categoria a cui appartengono che fornisce la *ratio legis* della disposizione in oggetto. Spetta, in primo luogo, agli Stati di valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze degli abusi eventualmente commessi, che un'attenuazione del divieto generale di suicidio assistito o la creazione di eccezioni al principio implicherebbero. Esistono rischi manifesti di abuso, nonostante le argomentazioni sviluppate in merito alla possibilità di prevedere barriere e procedure di protezione"¹³³ -.

¹²⁸ Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

¹²⁹ V. § 64 Corte dir. uomo, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

¹³⁰ SERGIO G., *Interesse del minore e scelte terapeutiche. Lettura ragionata di due casi giudiziari*, *Dir. fam. pers.*, 2001, 652 ss.

¹³¹ Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

¹³² RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, cit., 13.

¹³³ Cfr. § 74 Corte dir. Uomo, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

In questa direzione sembra militare, per l'un verso, l'impianto personalistico della Costituzione, la prevista punibilità dell'omicidio del consenziente minore (art. 579, comma 3, c.p.), l'assenza di una disciplina positiva che riconosca la liceità di una condotta che impone ad un terzo soggetto di porre in essere la richiesta di un minore di volere cessare di vivere e, in definitiva, il principio *'in dubio pro vita'* che, come ci è capitato di ritenere in passato, costituisce in generale il dato di partenza dei valori della nostra società¹³⁴ e, con specifico riferimento ai minori, condizione viepiù imprescindibile.

Ciò dovrebbe condurre a ritenere che l'atto di eutanasia attiva riguardante le ipotesi di accelerazione del percorso biologico naturale per la persona capace di intendere e volere che, anche se affetta da sofferenze insopportabili e senza prospettive di miglioramento, chiede le venga praticato un farmaco mortale, se non in grado di autosomministrarselo, ovvero di fornirglielo in modo che possa assumerlo non può trovare spazio nell'ordinamento nazionale¹³⁵, nemmeno godendo di copertura a livello di Cedu.

Nulla e nessuno può vietare ad un soggetto di porre fine, in via autonoma, alla propria esistenza. Ma nemmeno sembra potersi ritenere che lo Stato debba farsi carico di attuare questa volontà, proprio in ragione delle coordinate di base sulle quali esso si poggia¹³⁶.

10. Atti di cura ed amministrazione di sostegno

La possibilità che nell'ambito dell'amministrazione di sostegno venissero attribuiti all'amministratore poteri incidenti sulla cura del beneficiario divideva i giudici tutelari in due categorie che hanno continuato a confrontarsi senza possibilità, almeno fino a prima della l. n. 219/2017, di trovare soluzioni concordi¹³⁷.

Proprio il contenuto dell'art. 411 cod. civ. era stato talvolta evocato per sostenere l'impossibilità di autorizzare l'amministratore di sostegno al compimento di atti di cura in favore dell'amministrato.

Orbene, sono state formulate interpretazioni "restrittive" secondo le quali in base al dato letterale - art. 411 cod. civ. che non richiama gli artt. 357, 358 e 371 c.c. ma solo gli artt. 349/353 e 374/388 - si esclude che possano essere attribuiti ai poteri di rappresentanza dell'amministratore di sostegno quelli nell'ambito della gestione della persona, di collocazione e di consenso informato: la tutela, secondo tali autori, era l'unico strumento che legittimi una sostituzione al paziente nel consenso a terapie e trattamenti sanitari¹³⁸.

E tuttavia, tali obiezioni non solo sono state ampiamente confutate in dottrina¹³⁹. Ma l'argomento formale, correlato alla portata dell'art. 411, c. 1, ma, cod. civ. si è già visto giocare uno

¹³⁴ CONTI R., *I giudici e il biodiritto*, op.ult. cit., p. 129.

¹³⁵ RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, cit., 14.

¹³⁶ Diversamente e in modo diffuso, CRICENTI G., *Il sé e l'altro*, Pisa, 2013, 98.

¹³⁷ V., tra le tante, sulla rilevanza del consenso del beneficiario di amministrazione di sostegno rispetto ad attività sanitaria, Trib. Palermo, 9 dicembre 2009, in *Fam.dir.*, 2010, 5, con commento di ANDALORO S., *L'amministrazione di sostegno come strumento di tutela del consenso informato*.

¹³⁸ Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Trani, 17 maggio 2011, in *Persona & Danno*, 17 maggio 2011.

¹³⁹ Cfr. ONDEI G., *Gli atti di cura dell'amministratore di sostegno, con particolare riferimento al consenso informato*, in *Formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura* - Brescia 7 maggio 2010, per cui "trattasi di sterile interpretazione letterale sol che si consideri che: a) l'art. 405, 5° comma c.c.: precisa tra gli elementi che devono essere indicati nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario; b) l'art. 408 c.c. nello stabilire i criteri di nomina e di scelta dell'amministratore di sostegno dispone che detta scelta deve avvenire nell'esclusivo interesse alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario; c) l'art. 410 I° comma cod. civ. chiarisce che nello svolgimento della sua attività l'amministratore di sostegno deve tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario; d) l'art. 44 disp. att. cod. civ. prevede che il giudice tutelare può convocare in qualsiasi momento l'amministratore di sostegno per chiedere informazioni chiarimenti notizie e dare istruzioni inerenti gli interessi morali del beneficiario."

scarso ruolo se si propende, invece, per una lettura sistematica (con riferimento al collegamento dell'ultimo capoverso dell'art 411 con l'art. 424 cod. civ.) dell'intero articolo 411 cod. civ. *convenzionalmente orientata* rispetto alla Convenzione ONU sui diritti dei disabili del 2006 ed alla Convenzione di Oviedo¹⁴⁰, rispetto alla quale permane in capo al giudice comune un obbligo di interpretazione conforme¹⁴¹.

Già prima della l. n. 219/2017 sembrava così pienamente confermato dal complesso reticolo di disposizioni normative sopra ricordate che in tanto l'intervento terapeutico può essere eseguito, in quanto lo stesso sia fatto "nell'esclusivo interesse del soggetto che quel trattamento ha necessità di eseguire, come del resto l'art. 6 della Convenzione precisa in termini inequivocabili-...un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa.

Per tali ragioni si è ritenuto che l'amministratore di sostegno, in quanto figura normativa destinata ad occuparsi della cura della persona incapace di intendere e volere, fosse dunque soggetto idoneo a salvaguardare l'esigenza dell'amministrato di partecipare validamente alla fase propedeutica al consenso al trattamento sanitario laddove risulti conclamato che il beneficiario non è in condizioni di esprimere il consenso e/o non ha la consapevolezza, a causa della di lui patologia, di ciò per cui andrebbe a rendere il consenso¹⁴².

Per questo poteva considerarsi prevalente l'impostazione secondo la quale «...Nella normativa sull'amministrazione di sostegno scompare il termine potere e si parla di 'atti di cura' o di 'fini di cura della persona', come categoria ampia all'interno della quale vi sono le scelte residenziali, l'assunzione di personale dipendente per l'assistenza e la somministrazione di terapie, l'attivazione dell'intervento dei servizi socio-sanitari, lo svolgimento di pratiche burocratiche per assicurare l'erogazione dell'assistenza da parte del SSN ed il consenso informato ad atti terapeutici.»¹⁴³

¹⁴⁰ Rileva in particolare l'art. 6 della Convenzione di Oviedo e Rapporto esplicativo alla Convenzione, rilevante ai fini dell'individuazione degli scopi della Convenzione medesima – all'indirizzo telematico <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/Html/164.htm> - v., sub art. 6, 41/46. La relazione esplicativa dà così conto del fatto che il consenso al trattamento sanitario da parte di chi non è capace di prestare una manifestazione di volontà va espresso in relazione alla singola legislazione nazionale e spiega le ragioni che giustificano l'intervento di un terzo in favore del soggetto individuando, appunto, nell'esigenza di proteggere da effetti discriminatori quello stesso oggetto che non potrebbe prestare un valido consenso-*However, in order to protect the fundamental rights of the human being, and in particular to avoid the application of discriminatory criteria, paragraph 3 lists the reasons why an adult may be considered incapable of consenting under domestic law, namely a mental disability, a disease or similar reasons*-Viene messo in evidenza che anche l'incapace, se tornato in condizioni di comprendere la rilevanza dell'intervento, deve potere essere messo in condizione di prestare il proprio consenso ai sensi dell'art. 5 della stessa Convenzione. La disposizione appena evocata va messa in relazione a quella contenuta nell'art. 8 della stessa Convenzione- *Situazioni d'urgenza*»-secondo il quale «...Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.» Particolarmente utile, anche in questa occasione, appare il rapporto esplicativo (p. 56, 57, 58 e 59). Ancora una volta si rende chiaro come l'impossibilità di ottenere il consenso da una persona in situazioni di emergenza non impedisce al sanitario di porre in essere interventi terapeutici, delineando i paletti entro i quali ciò può essere praticato- a) situazione di emergenza; b) interventi salva-vita o comunque indirizzati in via esclusiva al miglioramento delle condizioni di salute; c) improcrastinabilità dell'intervento; d) individuazione, nei limiti del possibile, di quale sarebbe stata la volontà del paziente-.

¹⁴¹ Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, cit., ha avuto incidentalmente modo di occuparsi dell'efficacia precettiva della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997 che, sebbene non ratificata - ancorché resa esecutiva con la legge 28 marzo 2001, n. 145 - non può ritenersi priva di alcun effetto giuridico nell'ordinamento. Oltre ad affermare che "all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi - tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica - una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme".

¹⁴² Cfr., sul punto, Cass. n. 21748/07, cit.

¹⁴³ Cfr. sul punto in modo chiaro, ONDEI G., *Gli atti di cura dell'amministratore di sostegno con particolare riferimento al consenso informato*, cit.

Del resto, tale conclusione appariva l'unica idonea a rendere il quadro normativo interno pienamente compatibile con quello previsto dagli strumenti sovranazionali sopra evocati.

10.1 *Consenso informato e disabilità*

Nel contesto sopra descritto si inserisce l'art. 3 della l. n. 219/2017 che, come si è detto in condominio con le questioni che riguardano il minore, affronta il tema delle cure nei confronti di incapaci e disabili.

Non pare potersi revocare in dubbio che l'espressa previsione contenuta nell'art. 3 c. 4, di una nomina di amministratore di sostegno che 'preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario', non solo sgombra il campo da ogni dubbio in ordine all'utilizzabilità dell'istituto anzidetto per la cura della persona, ma ne conferma, in definitiva, la centralità, a fronte dell'assoluta residualità degli strumenti alternativi (interdizione e inabilitazione)¹⁴⁴.

Il regime specifico è poi sovrapponibile a quello già esaminato con riguardo ai minori, con le dovute differenze che nascono, come già accennato, dall'inserirsi tale disciplina all'interno di procedimenti di interdizione inabilitazione o amministrazione di sostegno già aperti prima dell'atto terapeutico al quale si riferisce il consenso. Sono rispettivamente il tutore, l'inabilitato o l'amministratore di sostegno - da solo o con l'amministrato in relazione ai poteri volta per volta conferiti dal giudice tutelare. Mentre nel caso di interdizione si prevede che l'interdetto debba essere sentito ove possibile e che il tutore deve provvedere 'avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità' nel caso di ad l'amministrato sembra avere un peso maggiore, prevedendosi che ove sia l'amministratore ad esprimere il consenso o rifiuto, questi debba 'tenere conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere'. Anche qui l'eventuale dissidio insorto fra tutore e amministratore - da un lato - e medico circa il rifiuto di cure sul beneficiario sarà disciplinato dal giudice tutelare.

Resta soltanto da dire che ogni questione relativa al consenso della persona che si trovi in uno stato di incapacità sopravvenuta consentirà a chi agisce nel suo interesse di fare emergere la di lui volontà in ordine all'atto sanitario che il medico intende eseguire, valendo, in definitiva, i principi già acquisiti all'indomani della sentenza Englaro, da verificare ed applicare in relazione al singolo caso che potrà verificarsi.

Quanto alle ipotesi in cui una persona formalmente capace di agire rifiuti trattamenti sanitari, in presenza di indicatori tali da far ragionevolmente ritenere che l'espressione della sua volontà sia viziata¹⁴⁵, sembra che l'accertamento da parte del sanitario di una condizione di incapacità di intendere e volere non potrà che sfociare nella richiesta di amministrazione di sostegno a cura della stessa struttura.

Anche rispetto alle tematiche dell'eventuale contrasto fra amministratore di sostegno e amministrato circa l'atto di cura non potranno che essere decise dal giudice tutelare al quale, come si è detto, viene riservato un potere d'intervento.

¹⁴⁴ V., Cass. 7 giugno 2017 n. 14158 che, pronunziandosi nell'interesse della legge, essendo cessata la materia del contendere per morte dell'interessato, in una vicenda nella quale si discuteva dell'attuazione di disposizioni anticipate concernenti il rifiuto di trasfusioni per motivi religiosi da parte dell'amministratore di sostegno, ha riconosciuto la reclamabilità del provvedimento del G.T. innanzi alla Corte di appello, trattandosi di questione avente 'diretta incidenza su diritti fondamentali della persona, quale, innanzitutto, il diritto alla salute, che secondo l'art. 32, 2^ comma Cost., prevede in senso preminentemente volontario il trattamento sanitario, in coerenza con i principi fondamentali e indeclinabili d'identità e libertà della persona umana di cui agli artt. 2 e 13 Cost.'.

¹⁴⁵ Su cui v. DE MARZO G., *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 3/2018.

11. La DAT e il ruolo del giudice

La disciplina in tema di disposizioni anticipate di trattamento redatte in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi costituisce la proiezione futura del consenso informato che la persona non può esprimere al momento in cui diventa attuale l'esigenza di un trattamento medico sanitario, ma che la stessa si preoccupa di raccogliere 'a futura memoria' qualora dovesse trovarsi in condizioni di non potere esercitare il diritto al consenso¹⁴⁶. Tra assoluta vincolatività e non vincolatività, il legislatore¹⁴⁷ ha trovato, ancora una volta, un punto di mediazione anch'esso frutto dei valori in gioco che, dunque, passa attraverso un regime di piena efficacia - modificabilità, rinnovabilità e revocabilità (anche con il mezzo della videoregistrazione o di altri dispositivi) - delle DAT fintantoché dovessero emergere questioni problematiche in ordine alla loro portata semantica o contenutistiche che, insieme ad altre ipotesi contemplate dal legislatore, autorizzazioni il medico, se vi è concordia con il fiduciario, a non applicarle.

La regolamentazione in tema di DAT si applica ad ogni persona maggiorenne - di qualunque nazionalità - purchè capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi.

L'assenza di legittimazione in capo ai minori dotati di capacità di discernimento è stata immediatamente colta dalla dottrina specializzata che ne ha sottolineato l'incongruità proprio in relazione alla piena titolarità dei diritti fondamentali in gioco da parte dei minori stessi¹⁴⁸.

Il riferimento alla capacità di intendere e volere lascia aperta la possibilità di utilizzare tale strumento anche da soggetti che, pur interdetti o sottoposti ad altre misure di protezione, possano eventualmente trovarsi in condizioni tali di capacità cognitive e volitive che dovranno pur sempre essere attestate nel documento¹⁴⁹. In tali ipotesi si renderà peraltro necessario che l'attività d'informazione -che pare doversi rendere da un sanitario pur non risultando tale elemento dalla previsione normativa- circa le conseguenze delle scelte del dichiarante sia calibrata in relazione alla condizione dello stesso soggetto¹⁵⁰. Evidenti, appaiono, le possibili fibrillazioni che potrebbero insorgere proprio su tali aspetti all'atto dell'esecuzione delle disposizioni anticipate di trattamento, sia o meno presente un fiduciario.

L'ipotesi che potrebbe infatti prospettarsi è quella che al momento in cui furono compilate il soggetto non si trovava, anche solo in via temporanea, in una condizione di capacità tale da consentire la redazione delle stesse. In simili casi sarà estremamente utile la verifica delle informazioni risultanti dal documento che la dottrina ritiene dovuta in relazione all'esistenza di specifica previsione contenuta nel codice deontologico medico (art. 38), non potendosi dare attuazione a DAT contrastanti con le regole deontologiche, alla stregua di quanto previsto dall'art.1 comma 6 l. cit., ove viene sancito l'esonero del sanitario dall'eseguire un trattamento sanitario contrario a legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali (Pizzetti, cit., 56).

Quanto al contenuto delle DAT, esse possono riguardare atti o terapie di natura diagnostica, sanitaria o terapeutica, con l'aggiuntiva eventuale nomin di un fiduciario - purchè maggiorenne e

¹⁴⁶ COMARETTA N., *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n. 3/2016, 4, .PICCINNI M., *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l.n.219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, cit., 137, parla di consenso 'ripristinato' quando il paziente, ormai muto, ha lasciato le proprie DAT.

¹⁴⁷ V. FIMIANI P., *Testamento biologico. I principi in tema di scelte di fine vita*, in *Libro dell'anno 2012*, Treccani.

¹⁴⁸ STEFANELLI S., *Biotestamento: i principi fondamentali ed alcuni punti critici della l. n. 219/2017*, di imminente pubblicazione in *A.D.M.I. giudicedonna.it*.

¹⁴⁹ PIZZETTI F.G., *Commento all'art. 4 l. n. 219/2017*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n.1/2018,54.

¹⁵⁰ Quanto al grado di approfondimento di tale apparato informativo, si è sostenuto per l'un verso che esso non può essere di pari livello a quello richiesto per il rilascio del consenso nei confronti di soggetto affetto da patologia per il quale si rende necessario l'atto terapeutico (Pizzetti, *op.cit.*, 55). Probabilmente, occorrerà procedere ad una valutazione, ancora una volta caso per caso, tendente a verificare, attraverso l'esame del documento, o di altri elementi eventualmente raccolti dal fiduciario, il grado di conoscenza in relazione alle disposizioni rese.

capace di intendere e volere - ‘che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie’ e che accetti l’incarico con la sottoscrizione delle disposizioni o separatamente.

Resta comunque ferma la validità delle DAT in assenza di fiduciario, potendo semmai, in caso di necessità, procedersi alla nomina di un amministratore di sostegno da parte del giudice tutelare - art. 4 c. 4 l. cit. -.

Nulla dice l’art. 4 sul presupposto dal quale deriva l’obbligo del medico di considerare il contenuto della DAT¹⁵¹.

Il comma 5 dell’art. 4 è la disposizione centrale dell’art. 4, occupandosi degli effetti delle DAT.

Anche in questa circostanza il legislatore ha infatti ritenuto che l’unica ipotesi di intervento giudiziario -sempre demandato al giudice tutelare- fosse quello del conflitto tra fiduciario e medico, regolato *per relationem* con il rinvio all’art. 3 c. 1. cit.

Per il resto, secondo il legislatore, le DAT sono destinate ad avere piena efficacia, purchè rispettino i canoni previsti dal comma 6 dell’art. 1 l. cit., non potendo dunque il medico eseguire trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali. Il mancato rispetto anche soltanto di una di tali previsioni consentirà al medico di non eseguire le DAT.

Analogamente, le DAT possono essere in tutto o in parte disattese quando il medico e il fiduciario, d’accordo tra loro, ritengano le stesse ‘*palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*’.

Si diceva che tale previsione normativa è quella nella quale si mostra chiaramente l’opera di bilanciamento compiuta dal legislatore che, di fronte al tema della vincolatività piena o parziale di disposizioni rese in condizioni di capacità da soggetto che non è più tale, non ha inteso espressamente offrire una disciplina tutta orientata a salvaguardare in modo *tirannico* il valore dell’autodeterminazione, ma ha invece previsto un meccanismo flessibile che passa, questa volta, attraverso un *contatto relazionale* - che in definitiva si affianca alla relazione di cura che campeggia negli artt. 1 e 2 della legge - fra fiduciario e medico, teso ad adeguatamente ponderare tutti gli elementi utili per verificare la piena operatività delle stesse.

Certo, non ci si può nascondere l’estrema complessità di tale relazione, per lo più legata ad elementi estremamente elastici che possono determinare, se riscontrati e se vi sia unità d’intenti tra fiduciario (o amministratore di sostegno, pare di potersi ritenere) e medico, a non dare efficacia, in tutto o in parte, alle DAT. Tanto la palese incongruità alla quale si riferisce, in prima battuta, il comma 5 dell’art. 4, quanto la discordanza fra DAT e condizioni cliniche attuali del paziente, che la sopravvenienza di terapie imprevedibili all’epoca delle DAT, evocano circostanze tutte accomunate da elementi di natura medico sanitaria che attribuiscono, dunque, all’esercente l’attività medica un ruolo primario, bilanciato dalla presenza del fiduciario. Nè può sottacersi la difficoltà collegata all’aspetto interpretativo della volontà del dichiarante che chiama i soggetti coinvolti a misurarsi sul valore e sul contenuto di un documento negoziale svolto da un soggetto diverso da chi è chiamato a darne efficacia.

¹⁵¹ Nel precedente disegno di legge approvato dalla Camera il 12 luglio 2011 con il n. 2350, l’art. 3 prevedeva, invece, che «la dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui il soggetto si trovi nell’incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale e, pertanto, non possa assumere decisioni che lo riguardano. Tale accertamento è certificato da un collegio medico formato, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, da un anestesista-rianimatore, da un neurologo, dal medico curante e dal medico specialista nella patologia da cui è affetto il paziente». Deve ritenersi, pertanto, che il giudizio in ordine all’incapacità di autodeterminarsi viene formulato dal sanitario che ha in cura il paziente. Si tratta, indubbiamente, di una disciplina che meriterebbe, forse una maggiore specificazione dei presupposti e delle modalità procedurali che portano alla valutazione in termini di incapacità all’autodeterminazione - v. quanto già esposto *supra* a proposito degli *obblighi procedurali*, di matrice convenzionale, connessi alla protezione dei valori fondamentali in gioco ai quali sono tenuti gli Stati aderenti al Consiglio d’Europa -.

È, dunque, l'assenza di una previsione che consenta il controllo di siffatto operato in caso di accordo col fiduciario che potrebbe non apparire pienamente appagante.

Se, infatti, l'attuazione della volontà contenuta nelle DAT rappresenta il naturale dispiegarsi degli effetti di una dichiarazione raccolta nelle forme di legge dal titolare e può, dunque, non giustificare un'esigenza di particolare controllo in ordine alla genuinità della stessa, per di più garantita dal fiduciario e dal medico che concordino sul contenuto delle DAT, l'opposta situazione in cui le DAT vengono private della possibilità di produrre effetti avrebbe forse richiesto una più accorta regolamentazione, rispetto alla quale la (sola) figura del fiduciario potrebbe non garantire pienamente il dichiarante per il più vario ordine di ragioni (omessa comprensione delle questioni di natura medica, terapeutica, mancata conoscenza delle pratiche mediche e deontologiche clinico assistenziali e normative, ecc.).

Anche rispetto a tale situazione risulta evidente la necessità di individuare un'autorità giudiziaria che possa verificare l'operato del sanitario compiuto d'accordo con il fiduciario. Del resto, anche i familiari potranno rappresentare l'eventuale criticità emersa con riguardo all'interpretazione delle DAT e gli altri elementi considerati da medico e fiduciario.

Orbene, sono i beni della vita, dell'autodeterminazione e della dignità in gioco, dotati tutti di piena efficacia precettiva, a dovere orientare l'interprete verso soluzioni rivolte a garantire mezzi efficaci di tutela giudiziale di quegli stessi diritti proprio in relazione a quanto previsto dall'art.24 della Costituzione. Ciò che potrebbe realizzarsi attribuendo all'intervento del giudice tutelare disciplinato dalla legge medesima una valenza più ampia di quella normativamente prevista in caso di 'conflitto' fra medico e fiduciario (art. 4 c. 5 l. n. 219/2017).

Con riguardo a tali ultime ipotesi non può che evidenziarsi l'estrema complessità del ruolo che sarà chiamato a svolgere il giudice tutelare, sul quale si tornerà nel paragrafo seguente.

12. La centralità del ruolo del Giudice Tutelare dopo la l. n. 219/2017

Già in passato avevamo provato a mettere in risalto la centralità di una figura giudiziaria, quella del Giudice tutelare, troppo spesso immiserita, all'interno degli uffici giudiziari.

Basta, dunque sfiorare il cuore dei problemi che ruotano attorno ai confini dell'istituto dell'amministrazione di sostegno -e per quel che qui primariamente interessa agli atti di cura- per avvedersi che su questa ibrida figura di "Giudice" vanno a concentrarsi i "destini" di un numero significativo di "persone" indiscutibilmente bisognose di protezione ma, per tal motivo, estremamente vulnerabili anche rispetto alla figura del Giudice chiamato a offrire loro protezione e tutela.

D'altra parte, la possibilità che nell'ambito dell'amministrazione di sostegno vengano attribuiti all'amministratore poteri incidenti sulla cura del beneficiario, ivi compresi quelli di natura terapeutica dimostra come il legislatore, quando vuole, riesce a offrire risposte adeguate e calibrate ai problemi che involgono anche laceranti problemi di natura bioetica, esso stesso demandando al giudice il ruolo di «concreto attuatore» dei diritti.

Non può, oggi, negarsi la piena sintonia fra la legge del 2006 e la più recente disciplina in tema di consenso informato e biotestamento.

Quest'ultima, infatti, si muove sui binari scolpiti dalla giurisprudenza di legittimità proprio all'atto di definire la portata dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e sia pure attraverso un *obiter* suscitato, come risulta dalla motivazione di Cass. n. 23707/12, dalle difese della parte ricorrente e dalla memoria del Procuratore Generale d'udienza. In quell'occasione sono stati ripercorsi in maniera lineare gli aspetti più salienti dell'istituto, cercando di fissare dei punti fermi circa il ruolo delle disposizioni anticipate con le quali una persona in piena salute dà indicazioni a un soggetto da lui designato su come comportarsi in caso di insorgenza di una futura malattia¹⁵².

¹⁵² Ed è stato proprio all'interno dell'amministrazione di sostegno che si sono poste le questioni relative all'efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento, sulle quali è di recente intervenuta Cass. n. 23707/2012. Si è ivi chiarito che

Cass. n. 23707/12 reputa che tale dichiarazione, pur generalmente vincolante quanto al suo contenuto, potrà essere superata dalla decisione del Giudice tutelare in ragione dell'esistenza di gravi motivi che dovrà comunque deliberare il contenuto, avendo cura di verificare comunque, fin quando non vi è più coscienza del beneficiario, l'eventuale volontà di revoca. Così facendo la Cassazione riusciva perfettamente a coniugare i principî espressi dalla sentenza Englaro con quelli, solo in apparenza distonici, che pure quella stessa Corte ebbe a esprimere con riguardo alla vicenda del testimone di Geova rispetto alle trasfusioni di sangue.

Ancora una volta, tale decisione sembra confermare quanto la flessibilità dell'istituto, realizzata attraverso un ampio margine di poteri doveri affidati al Giudice tutelare, rende imperiosa l'adozione di misure normative che offrano al giudice, quando si discute dei temi biogiuridici, un ampio margine di deliberazione, al cui interno quel giudice dovrà riuscire a realizzare per intero la dignità del beneficiario.

Proprio attraverso l'applicazione di tali ultimi strumenti il Giudice tutelare ha la possibilità di accompagnare le persone bisognose di cura nel corso del procedimento, in modo da realizzare

l'art. 408 cod. civ., ammettendo la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato. Tale pronunzia, nel ribadire l'indirizzo, prevalente fra i giudici tutelari, per il quale l'inesistenza attuale di una condizione patologica non può giustificare l'apertura di un procedimento di amministrazione di sostegno, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, ha però precisato, in via di *obiter*, che «... esplicitazione del principio dell'autodeterminazione della persona, in cui a sua volta si esplica e si realizza il rispetto della dignità umana, la designazione preventiva di cui si discute mira a valorizzare, come testualmente recita l'art. 408 c.c., in «previsione della propria eventuale futura incapacità», il rapporto di fiducia interno al designante ed alla persona scelta che sarà tenuta ad esprimerne le intenzioni, se risultano esternate ad integrazione dell'atto, circa gli interventi di natura patrimoniale e personale che si rendessero necessari all'avverarsi di quella condizione. In tal caso sul designato, non quale fiduciario perché non esclusivamente incaricato d'esternare la volontà del designante, non quale rappresentante legale al pari del tutore, né infine quale mero sostituto del beneficiario, graverà il compito di agire non solo nell'interesse di quest'ultimo, esercitando la funzione di protezione e garanzia tipica della sua investitura, ma con esso, per attuarne il proposito dichiarato. Ed il giudice tutelare, che in presenza di gravi motivi può motivatamente discostarsi dalla designazione, per logico corollario, analogamente, potrà discostarsi dalle scelte integrative espresse nell'atto di designazione, laddove se ne renda necessario l'intervento, soltanto se apprezza la sussistenza di gravi motivi. Premessa l'estraneità al thema decidendum e quindi l'irrelevanza ai fini della presente decisione della problematica attinente alla natura ed agli effetti delle direttive anticipate di trattamento sanitario - c.d. D.A.T. -, sulle quali il nostro legislatore, diversamente da quello di altri Stati Europei - Francia, Germania, Austria e Spagna - non è ancora intervenuto, deve affermarsi che nel caso in considerazione l'intervento dell'amministratore di sostegno designato, pur con i limiti operanti in materia di diritti personalissimi, è vincolato alle indicazioni manifestate nella condizione di capacità dal soggetto, occorre aggiungere sempre revocabili, ed ha il potere ed il dovere di esternarle, senza che si ponga la necessità di ricostruire la volontà attraverso atti e/o fatti compiuti in stato di capacità.» Si è nella medesima occasione aggiunto che «... disvela l'attenzione sempre più avvertita alla tutela della persona *tout court* ed al rispetto della sua volontà, il valore della dignità riferito sia al soggetto capace sia all'incapace si esprime nella autodeterminazione, che a sua volta rappresenta l'asse portante del rapporto che si estrinseca nella «alleanza terapeutica» e che esplicita l'impostazione che ad essa la persona capace intende dare attraverso l'atto di designazione. A corollario, può sostenersi che siffatto atto: 1. - vincolerà l'amministratore di sostegno, seppur i suoi poteri non sono prestabiliti ma sono fissati dal giudice tutelare nell'esercizio del suo potere decisionale, nel perseguire la finalità della «cura» necessaria a garantire la protezione del beneficiario e nell'attuare le «aspirazioni», laddove ne venga in rilievo il diritto alla salute, prestando il consenso o il dissenso; informato agli atti di cura che impongono trattamenti sanitari; 2. - orienterà l'intervento del sanitario; 3. - ne imporrà la delibazione da parte del giudice nell'esercizio dei suoi poteri, segnatamente nell'attribuzione di quelli da affidare all'amministratore di sostegno, ovvero in sede d'autorizzazione agli interventi che incidono sulla salvaguardia della salute del beneficiario in caso di sua incapacità. Nel solco della sentenza n. 21748/2007, questo scrutinio non potrà però prescindere dalla verifica circa l'attualità della volontà del soggetto in stato d'incapacità che, sino al momento della perdita della coscienza, ha il potere di revocare quella scelta, nonché, secondo quanto si è affermato nei precedenti nn. 4211/2007 e 23676/2008 in ordine al dissenso alla sottoposizione alle cure mediche trasfusionali da parte di un testimone di Geova, della sua univocità e specificità, in modo da fugare incertezze ricostruttive o interpretative.» V., con particolare riferimento alle vicende in tema di emotrasfusione rifiutata per motivi di ordine religioso, DI MASI M., *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 145 ss.

appieno la loro personalità¹⁵³, riempiendo di contenuto espressioni astratte quali quelle di «consenso» e di volontà e compiendo, volta per volta, operazioni di bilanciamento che non possono *a priori* etichettarsi come a favore o contro il principio di autodeterminazione ma che, piuttosto, tendono a garantire al beneficiario il massimo rispetto della sua dignità¹⁵⁴.

Ora, il dato nuovo emerso dalla l. n. 219/2017 con riguardo alla figura del G. T. è rappresentato dall'acquisita centralità di tale figura giudiziaria nell'ambito della protezione della persona, sia essa disabile o no, all'atto in cui la stessa si trova a dovere affrontare scelte terapeutiche.

Se, prima di tale intervento normativo, la figura del G. T. era vista come occasionalmente indirizzata a svolgere un ruolo di sussidio soprattutto nei confronti di persone bisognose di protezione in ragione della minore età e della incapacità a provvedere ai propri interessi, oggi diventa il punto di riferimento costante e continuo di tutte le persone che adottano scelte nel campo medico.

Si tratta di un'autentica rivoluzione copernicana che non può non determinare un profondo cambiamento nella figura giudiziaria stessa, chiamata a svolgere, in via diretta -nel corso delle procedure già aperte o da aprire- o in via sussidiaria rispetto alle scelte terapeutiche operate dai soggetti coinvolti in via preventiva o all'atto in cui esse si rendono necessarie compiti estremamente delicati. Inutile nascondersi le difficoltà e le insidie che si aprono quando quel giudice sarà chiamato a dovere verificare tali scelte e a maneggiare codici deontologici, prassi medico-cliniche ma anche volontà, aspirazioni, desideri che potranno essere trasfuse nelle DAT.

Un compito tanto affascinante quanto complicato, per svolgere il quale quello stesso giudice dovrà non soltanto formarsi adeguatamente, ma anche allacciare relazioni stabili con le figure di riferimento - medici, amministratori di sosdtego, tutori, servizi -.

L'impianto della l. n. 219/2017, per quello che dice e per come essa dovrebbe essere interpretata ed applicata, sembra confermare non solo quanto il ruolo del giudice tutelare disegnato dal legislatore si distacchi profondamente da quello di un "giudice burocrate"¹⁵⁵, ma soprattutto quanto sia il 'rapporto' o la 'relazione di cura', se oggi vogliamo prendere a prestito uno dei *leit motif* della l. n. 219/2017, fra tale giudice e gli altri 'attori' a rappresentare la sfida più impegnativa ed a costituire, al tempo stesso, l'essenza e la sfida che quel giudice è chiamato ad affrontare quando entra in contatto con un'umanità pur sempre vulnerabile e bisognosa quando è in gioco la vita delle persone, minori, disabili o maggiorenni che siano.

In conclusione, rimane la consapevolezza che uno scarso impiego di risorse in ambito formativo, di personale e di mezzi nell'ambito degli uffici del Giudice tutelare costituiti all'interno dei tribunali-di grandi dimensioni come anche nei piccoli tribunali- finirebbe col mortificare le aspettative di quell'umanità bisognosa di protezione, impoverendo pericolosamente il ruolo del giudice, invece sempre più avvertito, dalla collettività e ora più che mai dal legislatore, come fondamentale ed ineludibile proprio nelle materie che toccano i diritti delle persone che versano in condizioni di debolezza per il gap di conoscenze e di autonomia su ciò che occorre fare rispetto alla malattia. Diritti che ci appartengono.

¹⁵³ V., lo scritto molto chiaro ed approfondito di GORGONI A., *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 2012, 547 ss. «...L'ampia casistica della giurisprudenza di merito dimostra come l'amministrazione di sostegno sia uno strumento efficace e versatile per salvaguardare la salute di chi non può manifestare un consenso o un dissenso libero e consapevole agli accertamenti e ai trattamenti prospettati dal medico. Naturalmente l'intervento del giudice è assai delicato: egli dovrà valutare la concreta capacità di intendere e di volere, verificando se vi sia un impedimento psichico ad assumere decisioni consapevoli. Capacità in concreto, dunque, e non piena capacità di autodeterminarsi; quel tanto che basta per poter compiere una libera scelta. In questa prospettiva, lontana da ogni astrattezza, si cerca di salvaguardare l'autonomia individuale del disabile, principio, questo, espressamente affermato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 lett. a)».

¹⁵⁴ V., di recente, Cass. n. 4709/2018, ove si insiste sulla necessità che l'ads realizzi 'un appropriato bilanciamento tra esigenze protettive finalizzate a realizzare il principio di uguaglianza e rispetto dell'autonomia individuale, nel contesto di un giudizio di proporzionalità che tenga conto del diritto all'autodeterminazione dell'individuo, tutelato nel quadro delle garanzie della vita privata anche dall'art. 8 CEDU...».

¹⁵⁵ Cfr. FAILLA M.C., *I poteri del giudice tutelare*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005, 249 ss. V. anche, volendo, CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 445 ss.