



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

nuova serie

23

Ai confini delle cure

Terapia, alimentazione, testamento biologico
Profili clinici, giuridici, etici

ATTI DEL CONVEGNO DI ASTI
11 NOVEMBRE 2011

a cura di

PATRIZIA MACCHIA



Edizioni Scientifiche Italiane

Opera realizzata con il contributo della Regione Piemonte e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato sottoposto ad un Comitato scientifico nominato dalla Giunta del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e formato da qualificati rappresentanti delle discipline corrispondenti o affini a quelle oggetto del lavoro. Il Comitato ne ha approvato la pubblicazione all'interno della presente collana all'esito di una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizio.

MACCHIA, Patrizia

Ai confini delle cure

Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici
Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino
nuova serie, 23

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012

pp. VIII+248; 24 cm

ISBN 978-88-495-2517-5

© 2012 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)

Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Federico Gustavo Pizzetti*

*«Ai confini delle cure»: la sedazione palliativa
(o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di
morire.*

1. – Prendendo spunto dell'espressione suggestiva («*ai confini delle cure*») che fa parte del titolo dato al Convegno nei cui Atti si inserisce il presente contributo, si svolgeranno di seguito alcune considerazioni su una tipologia di cura, la «*sedazione palliativa*» (o «*terminale*»)¹, che tanto sul piano clinico, quanto su quello bioetico, quanto ancora su quello giuridico, presenta molteplici e rilevanti sfaccettature di «*confine*».

Sul versante medico², la sedazione terminale si colloca, infatti, al «*confine*» dello spettro degli atti sanitari e palliativi praticabili, dal momento che ricorrere ad essa presuppone che siano divenute inefficaci o impraticabili tanto le terapie eziologiche, quanto quelle antidolorifiche mirate³ e che la patologia stia perciò evolvendo, in

* Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico Università degli Studi di Milano Fac. di Scienze Politiche.

¹ Si tratta di un trattamento sanitario che induce, sotto stretto controllo medico e infermieristico, uno stato di ridotta o di assente coscienza in un malato terminale afflitto da un dolore insostenibile a livello fisico e psicologico-relazionale, e refrattario ad ogni altro intervento specifico.

Cfr. G.B. D'ERRICO, M. SALSAPARIGLIA, *Sedazione terminale*, in G.B. D'ERRICO e V.M. VALORI (a cura di), *Manuale sulle cure palliative*, Bari, Edicare, 2010, 400; T. MORITA, S. TSUNETO e Y. SHIMA, *Proposed definition for terminal sedation*, in 358 *Lancet*, 335 (2001); SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE, *Raccomandazioni sulla sedazione terminale*, 2007; EUROPEAN ASSOCIATION FOR PALLIATIVE CARE, *Recommended frame work for the use of sedation in palliative care*, in 23 (7) *Palliative Medicine*, 581 (2009); A. SPADA, *La sedazione terminale o sedazione palliativa*, in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, 147-154 (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

² Cfr. T. MORITA, S. TSUNEDO, *Definition of sedation for symptom relief: a systematic review and a proposal of operational criteria*, in 24 *Journal of Pain and Symptom Management*, 447-453 (2002).

La sedazione terminale è particolarmente indicata nei casi in cui il contesto della fine-vita sia caratterizzato dal sopraggiungere di (una o più) crisi respiratorie o di emorragie importanti che portano al decesso in condizioni di terribile sofferenza.

³ Se la sofferenza costituisce elemento caratterizzante dell'esistenza umana lungo

modo irreversibile e fra atroci sofferenze⁴, verso il suo inevitabile

l'intero corso della Storia, l'introduzione nell'ordinamento di posizioni giuridiche qualificate nei confronti dell'alleviamento del dolore appare fenomeno assai recente.

Il riconoscimento e la garanzia di un «diritto di non soffrire», risulta, in effetti, il punto di approdo di filoni diversi, sviluppatasi in particolare nello scorso secolo.

È noto, infatti, che, nei millenni, l'uomo ha sperimentato, con alterne fortune, rudimentali mezzi antidolorifici e anestetici, in modo particolare, nel mondo occidentale, facendo ricorso a preparati di derivazione naturale.

È, però, solo con l'avvento della chimica moderna e delle sostanze sintetiche, da una parte, e col mutare del paradigma culturale, dall'altra, che la lotta al dolore (inutile) ha potuto cominciare a prendere efficacemente piede sia all'interno della classe medica, portando ad una riconsiderazione della funzione stessa del dolore, sia della società civile scontando, peraltro, per lungo tempo e in parte ancora oggi, antichi retaggi legati al timore della dipendenza e dell'assuefazione agli antidolorifici.

Il progresso delle conoscenze scientifiche e delle disponibilità tecnologiche nei campi della medicina e della farmacologia, ha spinto, quindi, (soprattutto in Occidente) alla realizzazione di terapie antidolorifiche sempre più potenti ed efficaci anche grazie alla scoperta degli specifici recettori e meccanismi cerebrali delle sostanze oppiacee.

La stessa, avanzatissima biomedicina ha, d'altro canto, posto anche le condizioni per una «cura senza guarigione», mettendo a disposizione presidi e terapie di sostegno vitale in grado di prolungare sì l'esistenza in vita ma spesso senza offrire alcuna possibilità di stabilizzazione o di reversione del decorso di malattie che rimangono inguaribili e che – proprio per quel che qui interessa – generano acute e costanti sofferenze.

Per una recentissima ricostruzione dello «stato dell'arte» sulla terapia del dolore acuto e cronico, si v. M. ALLEGRI, M.R. CLARK, J. DÉ ANDRÉS, G. FANELLI (eds.), *Acute and chronic pain: where we are and where we have to go. Proceedings of the 4th Study in Multidisciplinary Pain Research (SIMPAN) meeting (11-12/11/2011, Pavia)*, in 5 *European Journal of Pain* (Suppl.) (2011).

⁴ Il dolore svolge, non c'è dubbio, una funzione benigna, che ne giustifica la sua comparsa e la sua conservazione nel corso dell'evoluzione delle specie viventi, quando opera come campanello d'allarme di un danno organico, potenziale o in atto, spingendo di conseguenza l'individuo ad adottare comportamenti idonei a preservare o reintegrare la propria integrità psico-fisica, o, nei casi estremi, a salvaguardare la sua stessa esistenza (cfr. INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE STUDY ON PAIN, *Taxonomy*, 2011: «*Pain: An unpleasant sensory and emotional experience associated with actual or potential tissue damage, or described in terms of such damage*»).

La sofferenza, però, non si presenta esclusivamente in tale, utile, veste.

Innanzitutto, infatti, vi è anche il patimento di tipo squisitamente «esistenziale», che pur di forte intensità, essendo di breve durata, non è in grado di luogo a permanenti alterazioni psico-fisiche. Così come vi sono casi di dolore, detto idiopatico, che determinano una sensazione dolorosa avvertita dal soggetto anche con intensità e durata notevoli, in presenza, però, di quadri clinici dai quali non emergono segni di lesione tissutale o di patologia organica che possano realmente giustificare la sensazione algescica sperimentata.

Il dolore può, inoltre, essere determinato da una malattia per la quale esistono terapie efficaci, oppure da patologie ad andamento evolutivo inarrestabile, così come può assumere caratteristiche di cronicità quando diviene persistente, durevole e irreversibile in corrispondenza di disturbi funzionali o di patologie che, pur non avendo esito infausto, non sono guaribili, oppure lo sono solamente in tempi molto lunghi (oltre i sei mesi).

In entrambi i casi, la sofferenza non riveste alcuna effettiva utilità ai fini della guarigione di chi la subisce.

esito mortale, prognosticato in un orizzonte di tempo piuttosto ridotto.

Dal punto di vista bioetico, la sedazione terminale si pone in un punto di comune «confine» fra la bioetica denominata della «qualità della vita», da una parte, e quella appellata della «sacralità della vita», dall'altra⁵, per limitarsi ai principali filoni che maggiormente impegnano l'odierno dibattito italiano⁶.

Per la posizione che considera prioritaria la qualità della vita⁷, da valutarsi esclusivamente dal punto di vista del malato, e che si richiama di conseguenza al principio di piena autodeterminazione individuale rispetto alle scelte che riguardano il corpo, la salute e la vita, applicare la sedazione palliativa costituisce uno dei vari modi, non diversamente dall'eutanasia, per onorare la volontà, ritenuta moralmente accettabile, di rifiutare una sofferenza che il malato terminale ritiene inutile e lesiva della propria dignità, contribuendo, così, ad assicurare allo stesso infermo, anche negli ultimi giorni che lo separano dal decesso, un'esistenza conforme al suo concetto di qualità della vita.

Per la diversa ottica che considera sacro il bene della vita⁸, rispetto al quale l'individuo non può esercitare un illimitato potere di

⁵ Cfr. L. ORSI, *Le cure palliative*, in L. LENTI, E. PALERMO FABBRIS, P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 608 ss.

⁶ Di grande interesse e suggestione è la ricostruzione dell'attuale panorama degli studi bioetici svolta da M. REICHLIN, *Etica della vita. Nuovi paradigmi morali*, Milano, Bruno Mondadori, 2008; di ampio respiro e approfondita ricostruzione teorica, in particolare nei riflessi che le diverse «bioetiche» e le diverse «moralì» hanno sulla regolazione giuridica dei fenomeni relativi all'avanzamento delle scienze e delle tecnologie sull'uomo e sulla natura, è il contributo monografico di P. BORSSELLINO, *Bioetica tra «moralì» e diritto*, Raffaello Cortina, Milano, 2009.

⁷ Cfr. E. LECALDANO, *L'etica teorica e la qualità della vita*, in *Rivista di filosofia*, 2001, 7-29; G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, B. Mondadori, Milano, 2005; U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, Baldini&Castoldi, 1998; D. NERI, *Filosofia morale. Manuale introduttivo*, Milano, Guerini, 1999; F. VIOLA, *L'etica della qualità della vita: una valutazione critica*, in *Bioetica*, 1996, 1. V., altresì, per i raffronti fra le due bioetiche e le loro implicazioni sul diritto, P. BECCHI, *Bioetica e implicazioni giuridiche. Una mappa dei problemi*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010, 18 ss., e con particolare attenzione al fine vita, P. GIUSTINIANI, *Davvero tutto finito? Riflessioni bioetiche sull'uscita dalla vita umana*, *ivi*, 63 ss.

⁸ Trovandosi negli ultimi anni del Pontificato a vivere nel tempo in cui la medicina otteneva i suoi primi straordinari successi nel campo della rianimazione, già Papa EUGENIO PACELLI aveva affrontato diversi aspetti dell'etica medica. In un primo intervento, nel 1947, aveva bollato come «falsa pietà» e quale frutto di atteggiamento «immorale e nefasto» la giustificazione dell'eutanasia (v. PIO XII, *Discorso alle Congressiste della «Unione internazionale delle Leghe Femminili Cattoliche»*, 12/9/1947). Successivamente, nel 1951, il Pontefice aveva ribadito il principio dell'intangibilità della vita umana innocente, sostenendo che qualsiasi attentato o

signoria, la bontà morale della sedazione terminale non si fonda tanto sul riconoscimento di una piena autodeterminazione individuale sul «tipo» di vita da vivere negli ultimi giorni⁹, quanto piuttosto sulla circostanza che tale intervento, giacché elimina completamente la percezione del dolore alla fine della vita senza comportare alcuna forma di soppressione dell'esistenza, consente pienamente di alleviare il patimento del malato senza mettere in discussione l'assunto dell'indisponibilità del diritto alla vita, rappresentando così un'alternativa più che valida all'atto eutanasi per garantire un decesso senza sofferenze¹⁰.

aggressione contro di essa costituisce una violazione di una legge fondamentale per l'uomo in assenza della quale nessuna convivenza è possibile (così PIO XII, *Discorso ai partecipanti al Congresso Nazionale delle ostetriche*, 20/10/1951).

In merito alla lotta al dolore fisico, lo stesso Pontefice nel *Discorso ai partecipanti al simposio internazionale su «Anestesia e persona umana»*, 24/2/1957, osservava, invece, che non esiste alcun obbligo di accettare il dolore per spirito di fede, sicché l'anestesia deve ritenersi moralmente lecita, anche quando la sua somministrazione comporta la perdita della coscienza, purché sia rispettata la dignità della persona. Lo stesso Papa PACELLI, osservava, richiamando la teoria del «doppio effetto», che se l'intenzione dell'atto compiuto va nel senso di disporre della vita umana, è illecita; se, invece, essa s'indirizza allo scopo di alleviare il dolore, sia pur a prezzo, come effetto non voluto, ma comunque inevitabile, di una riduzione del tempo di vita, allora resta lecita, purché nei limiti dei canoni di proporzionalità e necessità.

In tempi recenti, merita di esser ricordata l'attenta e profonda riflessione condotta da CARLO MARIA CARD. MARTINI, in *Io, Welby e la morte*, pubblicata su *La domenica de il Sole 24ore*, 21/1/2007, 31, nella quale il già Arcivescovo di Milano sottolinea che per stabilire se un intervento medico è appropriato non ci si può appellare ad una regola generale, come se fosse una formula matematica, da cui dedurre necessariamente il comportamento adeguato, ma occorre, invece, un attento discernimento che consideri le condizioni concrete, le circostanze e le intenzioni dei soggetti coinvolti. In particolare, il Cardinale sostiene che la volontà del malato non può essere trascurata, in quanto è a lui compete – anche dal punto di vista giuridico, salvo eccezioni ben definite – di valutare se le cure proposte, in tali casi di eccezionale gravità, sono effettivamente proporzionate. Questo, peraltro, non equivale – e non deve equivalere – ad abbandonare la persona sofferente in condizioni di isolamento a compiere le sue valutazioni e nelle sue decisioni, secondo una concezione del principio di autonomia che tende, in modo erroneo, a considerarla come assoluta.

⁹ Cfr. con riguardo alle condizioni di malattia, T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in L. LENTI, E. PALERMO FABBRIS, P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 543 ss., nonché della stessa Autrice il pregevole studio monografico, ID., *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, Cedam, 2009.

¹⁰ Trovandosi negli ultimi anni del Pontificato a vivere nel tempo in cui la medicina otteneva i suoi primi straordinari successi nel campo della rianimazione, già Papa EUGENIO PACELLI aveva affrontato diversi aspetti dell'etica medica. In un primo intervento, nel 1947, aveva bollato come «falsa pietà» e quale frutto di atteggiamento «immorale e nefasto» la giustificazione dell'eutanasia (v. PIO XII, *Discorso alle Congressiste della «Unione internazionale delle Leghe Femminili Cattoliche»*,

La bioetica in discorso si caratterizza, infatti, per il continuo, forte richiamo ad una morte del soggetto che sia autenticamente secondo natura, senza snaturamenti o scorciatoie di percorso¹¹.

12/9/1947). Successivamente, nel 1951, il Pontefice aveva ribadito il principio dell'intangibilità della vita umana innocente, sostenendo che qualsiasi attentato o aggressione contro di essa costituisce una violazione di una legge fondamentale per l'uomo in assenza della quale nessuna convivenza è possibile (così PIO XII, *Discorso ai partecipanti al Congresso Nazionale delle ostetriche*, 20/10/1951).

In merito alla lotta al dolore fisico, lo stesso Pontefice nel *Discorso ai partecipanti al simposio internazionale su «Anestesia e persona umana»*, 24/2/1957, osservava, invece, che non esiste alcun obbligo di accettare il dolore per spirito di fede, sicché l'anestesia deve ritenersi moralmente lecita, anche quando la sua somministrazione comporta la perdita della coscienza, purché sia rispettata la dignità della persona. Lo stesso Papa PACELLI, osservava, richiamando la teoria del «doppio effetto», che se l'intenzione dell'atto compiuto va nel senso di disporre della vita umana, è illecita; se, invece, essa s'indirizza allo scopo di alleviare il dolore, sia pur a prezzo, come effetto non voluto, ma comunque inevitabile, di una riduzione del tempo di vita, allora resta lecita, purché nei limiti dei canoni di proporzionalità e necessità.

In tempi recenti, merita di esser ricordata l'attenta e profonda riflessione condotta da CARLO MARIA CARD. MARTINI, in *Io, Welby e la morte*, pubblicata su *La domenica de il Sole 24ore*, 21/1/2007, 31, nella quale il già Arcivescovo di Milano sottolinea che per stabilire se un intervento medico è appropriato non ci si può appellare ad una regola generale, come se fosse una formula matematica, da cui dedurre necessariamente il comportamento adeguato, ma occorre, invece, un attento discernimento che consideri le condizioni concrete, le circostanze e le intenzioni dei soggetti coinvolti. In particolare, il Cardinale sostiene che la volontà del malato non può essere trascurata, in quanto è a lui compete – anche dal punto di vista giuridico, salvo eccezioni ben definite – di valutare se le cure proposte, in tali casi di eccezionale gravità, sono effettivamente proporzionate. Questo, peraltro, non equivale – e non deve equivalere – ad abbandonare la persona sofferente in condizioni di isolamento a compiere le sue valutazioni e nelle sue decisioni, secondo una concezione del principio di autonomia che tende, in modo erroneo, a considerarla come assoluta.

¹¹ La Chiesa condanna un'azione o un'omissione che di natura sua e nelle intenzioni procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore, quale grave violazione della Legge di Dio. Per la Chiesa, infatti, un siffatto comportamento resta una deliberata, moralmente inaccettabile, uccisione di una persona umana, tanto quando provenga di mano invocata di terzo, quanto nei casi in cui avvenga dal soggetto stesso ma attraverso la collaborazione di un altro. Secondo il Magistero, l'atto eutanasi è gravemente cattivo, anche quando non motivato dal rifiuto egoistico di farsi carico dell'esistenza di colui che soffre, in quanto è sempre contrario a quello spirito di «vera» compassione che vuole la solidarietà col dolore altrui e non certamente la «soppressione» di una sofferenza per noi insopportabile. L'eutanasia rappresenta, altresì, un atto gravemente immorale perché comporta il rifiuto dell'amore verso se medesimi e la rinuncia ai doveri di giustizia e di carità sia nei confronti del proprio prossimo, sia delle varie comunità di cui si fa parte, sia infine verso la società nel suo insieme ed un rifiuto della stessa sovranità assoluta di Dio sulla vita e sulla morte. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium Vitæ*, cit., §65 ss.; v. anche PIO XII, *Discorso ad un gruppo internazionale di medici*, 24/2/1957; CONGREGAZIONE DEL SANT'UFFIZIO, *Decretum de directa insontium occisione*,

Si potrebbe obiettare, tuttavia, che anche la sedazione terminale interferisce in qualche modo con un processo del morire integralmente naturale sia per la sua possibile tossicità in un organismo fortemente debilitato come quello di un malato terminale, con conseguente accelerazione del sopraggiungere del decesso, sia perché spoglia il paziente del «vissuto» della propria fine-vita facendolo cadere in uno stato d'addormentamento completo e definitivo.

Al fine di superare questi rilievi, la bioetica della qualità della vita ricorre, allora, alla teoria del doppio effetto, da una parte, e all'evidenza di alcuni dati clinici, dall'altra.

Secondo la teoria del doppio effetto – elaborata, come noto, sulla base del pensiero tomista – un'azione che può anche arrecare un maleficio rimane moralmente lecita quando il risultato pregiudizievole non è voluto e risulta inseparabile dall'obiettivo benefico.

La sedazione palliativa, per quanto impedisca, in effetti, una morte del tutto «naturale», permette di ottenere il beneficio costituito dalla cessazione degli atroci patimenti nelle ultime fasi di vita di un malato terminale. Scopo, questo, al quale detto intervento è esclusivamente rivolto, con esclusione di altri fini, ritenuti invece eticamente inaccettabili, quali quello del cagionare la morte su richiesta. Inoltre, il raggiungimento dell'obiettivo lenitivo non può essere separato dagli effetti negativi che si producono attraverso la sedazione totale (dalla privazione della consapevolezza della morte, ad un possibile accorciamento del tempo di vita residuo legato alla potenziale nocività delle sostanze sedative somministrate).

Sul piano empirico, poi, si osserva che un paziente sedato, proprio in quanto cessa di essere continuamente sottoposto al forte *distress* psico-fisico causato dalla sofferenza intollerabile, può sopravvivere persino più a lungo del malato non trattato, nonostante che nel suo corpo circolino potenti farmaci ipnotici.

Elemento, quest'ultimo, che ulteriormente rafforza la posizione secondo la quale la sedazione terminale non determina alcuna

2/12/1940; PAOLO VI, *Messaggio alla televisione francese: «Ogni vita è sacra»* del 27/1/1971; PAOLO VI, *Discorso all'International College of Surgeons* del 1/6/1972; CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, *Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo «Gaudium et spes»*, 27; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia «Iura et bona»* del 5/5/1980 (v., a commento, J. VISSER, *Pronunziamento ufficiale della S. Sede sull'eutanasia*, in *Medicina e Morale*, 1981, 358-372); nonché *Catechismo della Chiesa Cattolica*, §2281-2283. Fra i Padri della Chiesa, SANT'AGOSTINO D'IPPONA, *Epistola*, 204, 5.

Si v. per la ricostruzione della posizione del Magistero tanto con riferimento al biotestamento, quanto rispetto all'eutanasia, M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico nel Magistero della Chiesa cattolica*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 335-355.

significativa anticipazione del momento naturale del decesso e che permette, perciò, di confermare il giudizio moralmente positivo della pratica in esame anche per la bioetica della sacralità della vita.

La sedazione terminale, quindi, incontra una generale, buona accettazione da parte di entrambe le correnti bioetiche, pur nella diversità dei percorsi argomentativi seguiti e dei confini tracciati.

Sul versante giuridico, infine, che è peraltro quello che qui maggiormente interessa, la sedazione terminale, come si cercherà di far emergere nel corso del contributo, si pone lungo un interessante e complesso «confine» fra il diritto di non soffrire, da una parte, e il diritto di morire dall'altra, nelle due diverse varianti in cui quest'ultimo si presenta, ovverosia quale diritto ad essere fatto morire su richiesta mediante inoculazione di una sostanza letale da un lato, e quale diritto ad essere lasciato morire naturalmente in conseguenza del rifiuto volontario di una terapia biomedica salva-vita o di sostegno vitale artificiale, dall'altro lato.

2. – Prendendo ora le mosse per tracciare il quadro normativo essenziale di riferimento della sedazione terminale, viene subito in rilievo la normativa deontologica¹².

L'art. 3 cod. deont.¹³ stabilisce, infatti, che è generale dovere del sanitario il «sollevio della sofferenza» nel rispetto della vita, della libertà e della dignità della persona¹⁴.

¹² Sul Codice di deontologia medica e, più in generale, sul ruolo svolto dalla bioetica e dalla deontologia nell'elaborazione di un quadro di regole basilari per l'esercizio della professione medica, giova richiamare M. BARNI, *I doveri del medico*, in L. LENTI, E. PALERMO FABBRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 139-149 e 166 ss.

¹³ Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, *Codice di deontologia medica*, 16/12/2006.

Le norme deontologiche mediche godono, nella disciplina del rapporto terapeutico, di notevole importanza. In attesa di un'organica disciplina legislativa, il Codice deontologico svolge, come è stato lucidamente osservato da A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, Paravia scriptorium, 2000, 249 e da G.A. NOELLI, *La funzione «di supplenza» del Codice di deontologia medica*, in M. BARNI (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo Codice professionale del medico*, Milano, Giuffrè, 1999, 147 ss., una funzione di «supplenza» e di «garanzia», mediante la predisposizione di regole operative in grado di orientare l'attività dei professionisti e di tutelare medici e pazienti.

¹⁴ La norma deontologica è stata valorizzata da Cass., sez. III civ., sent. n. 10389/2001, secondo la quale il sollevio della sofferenza implica che il dovere del medico non si possa limitare, nel caso in cui percepisca un bisogno particolare di rassicurazione, al solo intervento (o consiglio) terapeutico appropriato, ma debba estendersi alla rassicurazione complessiva del paziente (o dei suoi cari).

Trovano, inoltre, applicazione le ulteriori disposizioni specificamente dettate per l'assistenza al malato terminale.

A riguardo, l'articolo 23 impone al medico di non abbandonare mai un paziente senza speranza anche al solo fine di «lenirgli la sofferenza», tanto fisica quanto psichica. Dovere, quest'ultimo, rafforzato dal successivo articolo 39, ai sensi del quale, in caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o giunte alla fase terminale, il medico è sempre tenuto a improntare il suo agire ad atti e comportamenti idonei a «risparmiare inutili sofferenze psico-fisiche» al proprio assistito, fornendogli comunque tutti i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità e della dignità dell'esistenza¹⁵.

Le richiamate previsioni rendono deontologicamente lecita, ed anzi doverosa, la somministrazione della sedazione palliativa in tutti i casi in cui essa risulta un intervento (*rectius*, l'unico intervento) idoneo, adeguato e proporzionato¹⁶ per risparmiare al malato terminale una condizione di dolore insopportabile e lesivo della dignità umana. Non solo: le stesse norme contribuiscono, altresì, a fugare la preoccupazione, spesso manifestata nel dibattito pubblico, che la sedazione palliativa possa facilmente degenerare in una sorta di «eutanasia mascherata».

L'eutanasia, infatti, nei termini di atto idoneo di un terzo di per sé e nell'intenzione a provocare la morte immediata della persona su richiesta di quest'ultima per fine di pietà, è espressamente proibita, senza eccezione alcuna, nemmeno nella fase terminale della malattia, dall'art. 17 cod. deont. Inoltre, come si è visto, l'applicazione della sedazione palliativa non esime affatto il clinico dal continuare a fornire al paziente terminale (che non li abbia legittimamente rifiutati) tutti i trattamenti necessari a sostenere adeguatamente la sua vita fino al sopraggiungere naturale della morte o al verificarsi di una situazione di mero accanimento terapeutico¹⁷.

3. – La recente introduzione di una compiuta ed avanzata disciplina in materia di cure palliative e di terapia del dolore, di cui alla l.

¹⁵ Cfr. G. BOCCARDELLI, S. CARUSO, R. CECCHI, G. CELESTE, *Cure palliative e sedazione terminale tra legittimità ed eticità*, in *Zacchia*, 2005, 409-420.

¹⁶ Per la nozione etico-deontologica e giuridica di «proporzionalità» dell'intervento curativo, in fine-vita, si v. C. VIAFORA, *La proporzionalità delle cure: orizzonte normativo dell'etica dell'accompagnamento*, in L. LENTI, E. PALERMO FABBRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 565 ss.

¹⁷ Che, ai sensi dell'art. 16 cod. deont., si determina solo quando l'*equipe* si ostini perveramente in terapie dalle quali non è fondatamente possibile ricavare alcun ulteriore beneficio o miglioramento della qualità dell'esistenza dell'assistito.

Cfr. A. CONT, G. ZANINETTA, *Accanimento terapeutico: esperienza in un reparto di cure palliative*, in *Medicina e morale*, 1999, 721-735.

n. 38/2010¹⁸, approvata col consenso quasi unanime del Parlamento, consente oggi di affermare che la somministrazione della sedazione terminale costituisce non solamente oggetto di un dovere del medico fissato dalla normativa deontologica¹⁹, ma, altresì, e soprattutto, di un vero e proprio diritto pretensivo del malato terminale, direttamente riconosciuto e garantito a livello legislativo.

¹⁸ Cfr. E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, Giuffrè, 2010, 425-438; F. NEGRI, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore alla luce della nuova legge 15 marzo 2010, n. 38*, in *Sanità pubblica e privata*, 2011, 3, 15-24; F.R. CORRENTI, A. DELL'ERBA, P. FRATI, M. GULINO, G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova disciplina in tema di accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore: il rapporto medico-paziente e la rilevanza socio-giuridica della sofferenza*, in *Zacchia*, 2011, 191-210; F. PARENTE, *La sofferenza da malattia e il «diritto al sollievo» dal dolore: i contenuti delle tutele normative*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 99-114; L. BUGADA, M. DAL ZOTTO, E. FRANCESCHINIS, N. REALDON, *Legge n. 38 del 15 marzo 2010 recante disposizioni sulle cure palliative e sulla terapia del dolore: le ricadute professionali per il farmacista nella gestione dei medicinali stupefacenti*, in *Sanità pubblica e privata*, 2011, 5-26.

¹⁹ La collocazione del Codice deontologico medico nel sistema delle fonti, al pari di quella degli altri Codici deontologici, risulta ancora dibattuta fra coloro che ritengono che si tratti di un *corpus* di precetti «extragiuridici» e quindi valevoli solamente sul piano etico e morale (v. A. M. SANDULLI, *Regole di deontologia professione e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giustizia civile*, 1961, 619; in giurisprudenza, Cass., sez. un. civ., sent. n. 12723/1995; Cass., sez. un. civ., sent. n. 401/1991); coloro che ritengono che la deontologia possa essere considerata una fonte del diritto di natura consuetudinaria (v. P. RESCIGNO, *Presentazione*, in G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, Jovene, 1972, XVII; in giurisprudenza Cass., sez. un. civ., sent. n. 103/1999) o di rango «subprimario» (alla luce di un fenomeno che vedrebbe lo Stato «ritrarsi» da alcuni settori, affidandoli all'autoregolamentazione dei corpi sociali, in chiave «sussidiaria»: come afferma G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea*, in *Quaderni di diritto privato europeo*, 1997, 97 ss.) o comunque «assimilabile» a una norma di legge (Cass. civ., sez. un., sent. n. 5576/2004); e coloro che, richiamando in modo particolare la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), ripubbl., Firenze, Sansoni, 1977), sostengono che i precetti deontologici possono essere considerati extragiuridici solo dal punto di vista del diritto statale, ma non anche dell'ordinamento giuridico generale (cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, cit., 255): tali precetti, perciò, non sarebbero affatto privi di valore giuridico, godendo quanto meno di un'efficacia diretta all'interno dell'ordinamento giuridico «privato» da cui provengono (v. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963) ed anche nell'ordinamento giuridico statale attraverso i principi di diritto e le clausole generali di cui costituirebbero svolgimento nello specifico settore di competenza (cfr. A. BELELLI, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, 581 ss.). In argomento, v. anche V. DURANTE, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Politica del diritto*, 2004, 563 ss.

L'art. 1 della l. n. 38/2010, infatti, con apposita formula dal tenore particolarmente solenne, riconosce e garantisce a tutti i cittadini, in condizione d'equità e non discriminazione, e al fine di soddisfare il bisogno di salute²⁰ e di assicurare la dignità e il rispetto della persona umana, l'accesso alle cure palliative. Tali cure sono definite, dal successivo art. 2, comma 1, lett. a), come il complesso degli interventi di vario tipo (diagnostico, terapeutico, assistenziale), estesi anche al nucleo familiare del malato, che hanno lo scopo di curare, in modo attivo e totale, la persona affetta da patologia inarrestabile e a prognosi nefasta non più rispondente ai trattamenti specifici. E la sedazione terminale rientra senz'altro nella previsione legislativa dal momento che, come si è visto, essa costituisce, in certe situazioni, l'ultimo e l'unico atto palliativo praticabile a sollievo del dolore totale.

Il combinato disposto del richiamato art. 1, comma 1, e della definizione di «malato» fornita dalla successiva lett. c) del comma 2 dell'art. 2 – ovverosia di un individuo colpito da una patologia ad andamento cronico-evolutivo contro la quale non esistono terapie o, se esse esistono, non sono più efficaci a garantire la stabilizzazione della condizione clinica o un prolungamento significativo della vita (si tratta, in buona sostanza, dello stato di terminalità) – ulteriormente rafforza l'effettività del diritto ad ottenere la sedazione, al pari di altri interventi di palliazione rivolti alla cura attiva e totale del sofferente terminale.

La legge stabilisce, infatti, che l'accesso alle cure per il «malato» di cui all'art. 2, comma 2, lett. c) costituisce un livello essenziale di assistenza sanitaria²¹ da assicurare a ciascuno in modo uniforme sull'intero

²⁰ Si v. per una completa disamina della disciplina, organizzativa e funzionale, dell'amministrazione sanitaria in stretto collegamento con la garanzia del diritto costituzionale alla salute, da una parte, e con l'orizzonte costituzionale legato all'evoluzione del rapporto medico-paziente rispetto alle nuove possibilità aperte dal «modello biomedico», dall'altra, R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, Giuffrè, 2010, 3 ss.

²¹ Cfr. E. MENICETTI, *Il «recepimento» dei livelli essenziali di assistenza sanitaria nella legge finanziaria per il 2003 fuga i dubbi di legittimità costituzionale del d.p.c.m. 29 novembre 2001, nota a Cons. St., sez. IV, ord. 1002/2003*, in *Amministrazione in cammino* (rivista web); L. CUOCOLO, *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2003, 389 ss.; V. MOLASCHI, *Sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»: riflessioni sulla vis expansiva di una «materia»*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 532 ss.; ID., *«Livelli essenziali delle prestazioni» e diritto alla salute: possibili implicazioni in tema di situazioni giuridiche soggettive degli utenti del Servizio sanitario nazionale*, in R. FERRARA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Codice delle cittadinanze. Commentario dei rapporti tra privati ed amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2006, 822 ss.

territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, lett. m) Cost. e del d.P.C.m. 29/11/2001, nonché dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 502/1992.

Per quanto riguarda, poi, l'ente erogatore della prestazione, questo è individuabile, in base all'impianto della «rete» assistenziale che la legge istituisce e regola²², nel complesso ospedaliero o nella struttura residenziale appositamente dedicata al trattamento palliativo (*hospice*²³).

Risulta assai difficile, infatti, ipotizzare che un paziente, al quale si deve somministrare la sedazione terminale, possa agevolmente essere curato in regime domiciliare sotto la direzione del proprio medico di medicina generale, a sua volta coadiuvato da un'apposita *equipe* multidisciplinare, come invece la legge incentiva a fare per tante altre pratiche di leniterapia²⁴.

In particolare, l'ente sarà obbligato ad assicurare che l'intervento venga pianificato e realizzato in modo personalizzato e sia rivolto

²² A riguardo, la scelta del Legislatore si è orientata nel senso di istituire una struttura «reticolare multipolare».

Una rete, cioè, che, da una parte, tiene in giusta considerazione i connotati di policentrismo che caratterizzano il sistema istituzionale italiano, specialmente a seguito delle innovazioni costituzionali apportate al Titolo V della Parte Seconda dalla l. rev. cost. n. 3/2001, e a quelle ordinamentali che hanno caratterizzato la trasformazione in senso «regional-federale» della Repubblica. Una rete che, dall'altra parte, tiene in altrettanta considerazione gli elementi di differenziazione strutturale e organizzativa dei diversi centri di erogazione delle cure palliative già previsti in ambito regionale, compresa l'assistenza domiciliare e il coinvolgimento di associazioni ed enti che operano nel terzo settore.

In tale prospettiva, la rete appare ispirata ad un'attenta applicazione del principio di sussidiarietà sia orizzontale che verticale, e del principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni, senza trascurare affatto il ruolo che lo Stato può, e deve, svolgere a fini di uniformità delle prestazioni essenziali che devono essere garantite indipendentemente dalla territorialità, considerata la natura di diritto sociale fondamentale del diritto di non soffrire.

Sui profili che la riforma del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione ha determinato rispetto allo specifico ambito dell'assistenza sanitaria lenitiva, si v. F.C. RAMPULLA, L.P. TRONCONI, *Le cure palliative nell'ordinamento giuridico. Nozione, riparto funzionale e posizioni giuridiche soggettive alla luce del riformulato titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2002, 1039 ss.

²³ Cfr. G. ZEPPELELLA, Il sistema Hospice e il suo stato di attuazione, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, Giappichelli, 2010, 132-139.

²⁴ Cfr. E. F. LEONE, F. MORANDI, D. SIVIERO, *Le cure palliative dei malati oncologici: un esempio di rapporto tra struttura privata e servizio pubblico*, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, 70-75; C. CASTELNOVO, C. CASTIGLIONI, F. DE ANGELIS, A. LATTANZI, C. LINELLI, G. STRINGINI, *Una partnership tra pubblico e privato per la gestione integrata dell'assistenza rivolta a pazienti terminali a domicilio ed in hospice*, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, 60-65.

esclusivamente alla garanzia della dignità del malato e alla promozione della qualità della sua vita sino al termine.

Secondo quanto puntualizzato dall'art. 1, comma 3, lett. c), poi, la sedazione terminale (come tutte le altre pratiche di palliazione) va preceduta, e accompagnata, da forme adeguate di sostegno socio-assistenziale non solo per il sofferente ma altresì per il suo nucleo familiare. Quest'ultimo, infatti, può subire l'esperienza del proprio congiunto sedato alla fine della vita, attraverso una gamma assai variegata di sensazioni emotive, non tutte necessariamente gradevoli²⁵.

È di rilievo, inoltre, che l'art. 7 della l. n. 38/2010 imponga espressamente al medico e al personale infermieristico la rilevazione e registrazione in cartella clinica delle caratteristiche e dell'intensità del dolore rilevato, unitamente alle indicazioni relative alla tecnica antalgica impiegata (sedazione terminale inclusa) e agli specifici risultati analgesici conseguiti.

Tale onere, infatti, a prima vista di carattere meramente documentale, possiede, in realtà, una valenza assai più incisiva.

Innanzitutto, esprime in modo «plastico» la considerazione che il Legislatore del 2010 ha avuto del dolore non già quale mero sintomo accessorio della patologia di base, bensì quale vera e propria malattia, rispetto alla quale occorre eseguire appositi interventi lenitivi oggetto di specifico monitoraggio.

In secondo luogo, la legge, obbligando il medico ad esplicitare il percorso diagnostico-terapeutico relativo al dolore compiuto e a confermare il raggiungimento degli obiettivi prefissati, rafforza la concezione, già fatta propria dal Codice deontologico, che il sollievo della sofferenza costituisca un vero e proprio dovere primario del sanitario, posto sullo stesso piano del trattamento della malattia, con conseguenze importanti sul rapporto fra leniterapia e responsabilità professionale.

L'atteggiamento omissivo del terapeuta che rifiuti una palliazione clinicamente appropriata e richiesta dal malato, comporta, infatti, il mancato adempimento di un dovere esplicito di assistenza. Comportamento, questo, che può di conseguenza sfociare in diverse fattispecie di reato: da quella prevista e punita dall'art. 579 cod. pen., a quella di cui all'art. 328, comma primo cod. pen.²⁶, nonché a quella di cui

²⁵ Si può andare, infatti, dal sollievo nel sapere che il proprio caro è finalmente liberato dal peso della sofferenza, all'affanno della sua incombente dipartita; dallo scrupolo di assicurargli un accompagnamento adeguato alla morte, al timore di accelerare il suo decesso.

²⁶ Cass., sez. VI pen., sent. n. 10445/2000. La S.C. ha ritenuto che fosse stata correttamente riscontrata la penale responsabilità, a norma dell'art. 328, comma primo, cod. pen., in capo all'operatore di guardia medica che aveva opposto indebito

all'art. 582 cod. pen. nei casi più gravi, quando, cioè, dall'agonia sofferente derivi direttamente un aggravamento significativo della condizione psico-fisica nelle ultimissime fasi di vita.

Per contro, l'obbligazione legislativa gravante sul medico di adoperarsi al fine di ridurre la sofferenza del malato, specularmente al diritto a non soffrire di cui gode lo stesso assistito, consente di invocare la scriminante di cui all'art. 51 cod. pen. a fronte dell'eventuale contestazione di una condotta medica che integri gli estremi di cui all'art. 575 cod. pen., o dell'art. 579 cod. pen. Questo, peraltro, sempre che si ritenga di poter effettivamente ravvisare la sussistenza di tutti gli elementi dei reati indicati²⁷. Si tratta, infatti, di un'individuazione che appare tutt'altro che scontata e pacifica, dal momento che essa richiede di dimostrare che si è verificata un'effettiva accelerazione del processo del morire rispetto alla quale l'azione sedativa, per quanto eseguita a regola d'arte, è stata una causa, nonché di provare che il medico si è rappresentato la conseguenza pregiudizievole della propria condotta e, ciononostante, l'ha egualmente voluta e posta in essere allo scopo di assolvere all'obbligo di lenire le sofferenze del suo assistito²⁸.

In sede civile, poi, la registrazione dei parametri e degli interventi legati alla terapia antalgica nella cartella clinica fornisce un supporto

rifiuto alla richiesta di accesso al domicilio di un'ammalata oncologica in stadio terminale, a favore della quale i congiunti avevano richiesto un intervento urgente finalizzato ad alleviare le terribili sofferenze terribili che la stessa stava patendo.

Peraltro, va osservato che la configurabilità del delitto di rifiuto d'atti d'ufficio è riscontrata solo nel caso in cui si tratti del compimento di un atto indefetibile di cui competenza esclusiva del sanitario (non cioè sostituibile dall'intervento dell'infermiere) e comporti un pregiudizio irreparabile.

²⁷ S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2011, 1826-1828.

²⁸ Si tratta di uno schema ermeneutico e argomentativo analogo a quello elaborato da Trib. Roma, sez. GUP, nella sent. n. 2049/2007, che ha assolto il dott. Mario Riccio dall'imputazione (coatta) di omicidio del consenziente di cui all'art. 579, comma 1, cod. pen., perché, pur avendo il medico posto in essere una condotta materialmente causativa del decesso del proprio assistito Pier Giorgio Welby (consistente nel distacco del respiratore artificiale, previa adeguata sedazione), e pur essendosi sicuramente rappresentato ed avendo certamente voluto determinare l'evento morte attraverso il proprio operato, ha agito in ottemperanza al dovere di dare esecuzione al legittimo esercizio, da parte della vittima, di sottrarsi ad un trattamento sanitario non voluto.

Diritto, quest'ultimo, direttamente derivante dall'art. 32 Cost. e attinente alle posizioni giuridiche fondamentali della persona e quindi avente natura pubblicistica e forza cogente superiore alle norme legislative e deontologiche, oltre che direttamente esercitabile nei rapporti fra privati compreso il terzo curante (*drittwirkung*).

probatorio alquanto solido²⁹ per poter ottenere il ristoro del danno «da sofferenza» in tutti i casi di *malpractice* medica³⁰.

In proposito, anche sulla scorta di recente indirizzo delle sezioni unite del Supremo Collegio, viene in rilievo la previsione di cui all'art. 2059 cod. civ. che fonda l'obbligazione risarcitoria del danno non patrimoniale nei (soli) casi preveduti dalla legge³¹. Fattispecie, queste, fra le quali sono state annoverate, dalla stessa Corte di cassazione, anche le lesioni ai diritti fondamentali della persona, purché l'offesa subita superi la soglia della normale tollerabilità e non sia futile.

Ora, se il sollievo dalla sofferenza è un diritto essenziale riconosciuto e garantito dalla l. n. 38/2010 e se, com'è difficile dubitare, un'agonia che si protrae in condizioni di dolore totale costituisce una lesione molto grave di tale diritto, senz'altro superiore alla soglia della normale tollerabilità, si può ritenere che senz'altro maturi in capo al malato terminale un diritto a ottenere la riparazione del torto patito³².

Qualche perplessità si pone, piuttosto, sul versante dell'effettività del meccanismo riparatorio.

La circostanza obiettiva che un malato terminale non ha più molti giorni da vivere davanti a sé, può infatti rendere difficile conseguire il dovuto risarcimento prima che sopraggiunga il decesso.

²⁹ Posto che, come affermato in giurisprudenza, la cartella ha valore di atto pubblico fede facente fino a querela di falso: cfr. Cass., sez. V pen., sent. n. 42917/2011; Cass., sez. V pen., sent. n. 7443/2011; Cass., sez. V pen., sent. n. 16857/2011; Cass., sez. V pen., sent. n. 37925/2010.

³⁰ Per tutti si v., P.G. MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 3 ss.

³¹ Cfr. Cass., sez. un. civ., sentt. nn. 26972-26976/2008. Interessante l'analisi della giurisprudenza successiva svolta da B. GUIDI, *Il danno alla persona da attività sanitarie*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 56-63; si v. in tema anche R. FOFFA, *Il danno da morte va in Paradiso (con il danneggiato)*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 1068 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*; in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 317. Di grande ampiezza e con forti spunti critici è la lettura offerta da P. CENDON, P. ZIVIZ, F. BILOTTA, A. NEGRO, M. DI MARZIO, M. BONA, R. ROSSI ciascuno dei capitoli XVI e seguenti di P. CENDON, (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale - Parte generale*, Milano, Kluwer, 2009, 413 ss.

³² Torto che si perfeziona nel puro e semplice patimento subito, indipendentemente da ulteriori riflessi che la condizione di atroce sofferenza può aver avuto sul quadro clinico. Nel caso in cui, infatti, il dolore abbia contribuito ad aggravare pesantemente la malattia terminale, il risarcimento dovrebbe comprendere il danno all'integrità psico-fisica e quello da sofferenza in modo da coprire complessivamente tutti i pregiudizi subiti alla sfera personale (tanto quelli che derivano dalla sensazione dolorosa spiacevole, quanto quelli che sono riferiti al deperimento corporeo), evitando, però, le forme di «duplicazione» risarcitoria (cfr. Cass., sez. un. civ., sentt. n. 26972-26976/2008).

Dal punto di vista processuale, può essere esperito il rimedio previsto dall'art. 700 cod. proc. civ., posto che il pregiudizio imminente ed irreparabile sussiste nello stesso protrarsi o aggravarsi della sensazione dolorosa, mentre il *fumus boni iuris* è riscontrabile nel dovere del sanitario di adoperarsi per lenire le sofferenze attraverso adeguate terapie antalgiche.

Nonostante la possibilità di ricorrere agli strumenti d'urgenza, può lo stesso porsi la questione se gli eredi del *de cuius*, oltre al ristoro dell'eventuale pregiudizio che abbiano patito *iure proprio* dovuto alla sofferenza provata nel vedere il familiare agonizzare in modo ingiustificatamente doloroso, possano agire anche *iure hereditario* al fine di ottenere risarcimento che sarebbe spettato al loro congiunto, deceduto prima di averlo percepito.

La giurisprudenza più recente, con alcune oscillazioni, ha affermato che gli eredi sono legittimati a chiedere e a conseguire il ristoro di un danno non patrimoniale inferto dal danneggiante al *de cuius* nel caso in cui il diritto al risarcimento sia venuto ad esistenza nella sfera giuridica del defunto, così da costituire una posizione attiva nei confronti del terzo che ricade in successione. La stessa giurisprudenza ha individuato, quale elemento necessario e sufficiente affinché la sofferenza possa determinare la maturazione di un diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, quello che la vittima abbia lucidamente patito nell'agonia: che, cioè, la morte non sia sopraggiunta in un lasso di tempo troppo breve (o, addirittura pressoché istantaneo) per permettere al dolore di entrare a far parte del «vissuto» della persona³³.

³³ Cfr. Cass., sez. III civ., sent. n. 6754/2011; Cass., sez. lav., sent. n. 13672/2010; Cass., sez. III civ., sent. n. 24432/2009, Cass., sez. III civ., sent. n. 17177/2007, Cass., sez. III civ., sent. n. 11601/2005, Cass., sez. III civ., sent. n. 28423/2008 (*contra*, nel senso di riconoscere il danno morale anche alla vittima rimasta del tutto incosciente in agonia, Cass., sez. III civ., sent. n. 21976/2007; sempre *contra*, ma nel senso di non ritenere risarcibile *iure hereditatis* qualsiasi ipotesi di danno morale, Cass., sez. III civ., sent. n. 870/2008).

Occorre segnalare che si tratta di una giurisprudenza formatasi con riferimento al c.d. «danno tanatologico» e non al «danno da sofferenza inutile». Tuttavia, trattandosi di fattispecie che attengono entrambe alla tipologia dei danni non patrimoniali, risarcibili ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. in quanto legati alla lesione grave di un diritto fondamentale costituzionalmente riconosciuto e tutelato (cfr. Cass., sez. un. civ., sentt. n. 26972-26976/2008), si ritiene che la posizione adottata dal Supremo Collegio in punto individuazione degli elementi necessari per riconoscere la legittimità della pretesa risarcitoria degli eredi per il danno ingiusto da morte patito dal *de cuius* siano estensibili, per analogia, anche ai danni ingiusti subiti da sofferenza inutile in agonia per il comportamento inadeguato dell'*equipe* palliativa.

Cfr., in dottrina, R. PUCELLA, *I danni non patrimoniali da morte*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè,

Rispetto alla lesione al diritto a non soffrire, dovrà, dunque, essere provata, in sede giuiziale, anche mediante i contenuti della cartella clinica a cui si faceva cenno poc'anzi, la durata e l'intensità del dolore subito dal malato terminale in agonia per la colpevole condotta dei sanitari, in modo tale da stabilire se tale sofferenza sia stata sufficiente a far maturare un titolo risarcitorio non patrimoniale rivendicabile dagli eredi.

4. – In quanto trattamento medico, infine, la sedazione terminale³⁴ è soggetta al generale principio del consenso informato³⁵ di cui all'art. 33 della l. n. 833/1978, nonché di cui agli artt. 33 e 35 cod. deont.³⁶.

In proposito, va particolarmente sottolineato che il dolore e la sofferenza possiedono una connotazione squisitamente intima³⁷, e che

2011, 433 ss.; C. MEDICI, *Morte immediata della vittima e aporie della responsabilità civile: verso la caduta di un dogma*, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 1011 ss.

³⁴ Che le cure palliative costituiscano, a tutti gli effetti, trattamenti sanitari è affermato da S. MAZZAGLIA, *Eutanasia. Diritto a vivere e a morire*, Roma, Edizioni Universitarie Romane, 2011, 67.

³⁵ Si v., in dottrina, U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici ed applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, Giuffrè, 1989; G. IADECOLA, *Consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, Padova, Liviana, 1989; S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 283-290; G. FACCI, *Il dovere di informazione del sanitario*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, 617-635; E. CALÒ, *Anomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 1220-1233; A. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rassegna di diritto civile*, 2000, 1-47; P. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 589 ss.; M. ERMINI, *Il consenso informato tra teoria e pratica*, in *Medicina e Morale*, 2002, 493-504; F. DI PILLA (a cura di), *Consenso informato e diritto alla salute*, Napoli, Esi, 2001; G. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limite scriminante*, Torino, Giappichelli, 2006.

Suggestiva e ricca di riflessioni è la trattazione in chiave storica e costituzionale del concetto sviluppata da G. AZZONI, *Genesi ed evoluzione del consenso informato*, in *Comunicazione della salute: un manuale*, Milano, Cortina, 2009, 300-313; ID., *Valori e fondamenti costituzionali del consenso informato*, *ivi*, 314-322.

Di interesse, altresì, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20/6/1992.

³⁶ Si rinvia per un'ampia, attenta e aggiornata trattazione delle discipline speciali (dalla psichiatria, all'attività sperimentale; dall'ostetricia e ginecologia, alla chirurgia dei trapianti), all'opera, che resta fondamentale anche rispetto alla ricostruzione complessiva dei profili giuridici della relazione medico-paziente, di G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2008, Parte II.

³⁷ La sensazione di sofferenza risulta dall'interazione fra una molteplicità di «piani» distinti: da quello, per così dire, percettivo-sensoriale, dipendente dall'apparato del corpo deputato alla generazione e alla trasmissione dell'impulso algogeno,

la percezione e il «senso» che ad essi viene attribuito dipendono, in misura più o meno rilevante, dalla personalità e dal fascio di convincimenti religiosi, morali, etici e filosofici del soggetto.

Sarebbe, di conseguenza, piuttosto paradossale che, proprio quando si tratta di «liberare» la persona dalla costrizione del dolore e della sofferenza, mediante adeguate terapie analgesiche e palliative e, negli ultimi giorni, attraverso la sedazione terminale, non si tenesse, poi, in alcuna considerazione la dimensione particolare che per lo stesso individuo può rivestire il patimento, sostituendo alla percezione individuale di «quel» paziente, nella concretezza e specificità della sua identità³⁸, una valutazione «astratta», compiuta dal medico o da altri circa il beneficio che la riduzione del dolore può «oggettivamente» apportare.

Purché sia espressione di sicuro e fermo convincimento, elaborato in condizioni di capacità di intendere e di volere, e dunque costitui-

e che coinvolge il sistema nervoso periferico e complesse dinamiche biochimiche, a quello di tipo esperienziale, correlato, invece, all'elaborazione dello stimolo stesso, e che si serve del sistema nervoso centrale, e in modo particolare di strutture interne all'encefalo e di altrettanto sofisticati circuiti cerebrali (oltre che di mediatori biochimici), comprendendo le sfere della coscienza, dell'affettività e della memoria. È esperienza comune, in effetti, che la persona addormentata, o completamente anestetizzata, non è in grado di «provare» sensazioni dolorose, pur ricevendo il suo cervello gli impulsi nocicettivi; per contro, una lesione o inibizione delle vie del dolore impedisce al malato di avvertire la stimolazione dolorosa in un distretto del corpo (a parte restando la cosiddetta sindrome dell'«arto fantasma»).

La sofferenza, dunque, non è per sua stessa natura ridicibile, fino in fondo, ad un puro parametro quantitativamente misurabile in modo impersonale ed oggettivo attraverso il ricorso ad apparecchiature strumentali (come accade, invece, con la temperatura corporea, la pressione sanguigna, il battito cardiaco o altri parametri corporei), ma può essere colta in tutta la sua caratura soltanto attraverso una qualche forma di esteriorizzazione, gestuale o linguistica, compiuta in prima persona dal sofferente stesso.

Non mancano, tuttavia, interessanti esperimenti che si servono delle tecniche di neuro-immagine, basate sulla risonanza magnetica funzionale per «visualizzare» le aree cerebrali che si attivano quando la persona «prova» una sensazione dolorosa (individuazione, questa, che avviene attraverso la captazione della variazione emodinamica locale dipendente dal maggior consumo di ossigeno e metaboliti da parte delle cellule cerebrali attive), al fine di costruire delle scale «oggettive» di «misurazione» del dolore che prescindano dalla «comunicazione» diretta dello stesso sofferente e che si servano, perciò, unicamente di apparati biotecnologici.

Di grande interesse, per i riflessi che questi nuovi metodi di indagine possono avere anche sul diritto (in modo particolare nel settore della quantificazione dei danni da illecito civile), si v. B. BOTTALICO, S. CAMPORESI, *Can we finally «see» pain? Brain imaging techniques and implications for the law*, in 18 *Journal of Consciousness Studies* 257-276 (2011).

³⁸ Conformemente alla stessa percezione che dell'uomo ha la Costituzione, secondo N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano, 1995, 66.

sca esercizio della libertà terapeutica, al paziente deve essere, quindi, pienamente riconosciuta la facoltà di pronunciarsi in merito al tipo e alle modalità della sedazione, anche eventualmente rifiutandola in tutto o in parte, fermo restando che il medico può sempre esercitare un'attività di persuasione volta a spingere l'assistito a riconsiderare la scelta anche nel quadro di più ampi sforzi che possono essere intrapresi, in via generale, per promuovere la cultura e l'accettazione sociale delle leniterapie.

Calati nel contesto specifico della sedazione terminale, tuttavia, i principi del consenso informato e dell'autonomia terapeutica necessitano di alcune particolari cautele applicative strettamente legate alla condizione peculiare in cui versa il malato terminale.

Da un lato, infatti, forse più frequentemente che in altre situazioni cliniche, il paziente, per effetto dell'intensità e della «totalità» del dolore che prova, può presentare una scemata capacità di ponderazione e di riflessivo discernimento pur senza arrivare ad integrare gli estremi dell'incapacità di agire naturale vera e propria.

Da un altro lato, sottoporre un malato anche perfettamente lucido alla durezza di una scelta sull'attivazione della sedazione terminale potrebbe acuire il senso di disperazione e d'ineluttabilità della morte ravvicinata, con conseguenze di non poco rilievo sul suo *distress* complessivo³⁹. Il rischio che si corre, detta in altri termini, è che all'offerta di un sollievo totale da una sofferenza non più sostenibile, si accompagni un momento, altrettanto doloroso, d'angoscia e di sconforto.

È particolarmente necessario, di conseguenza, che siano tenuti in attenta considerazione tutti i profili legati alla debolezza di natura fisica, mentale e relazionale del malato terminale, e che sia fatto ogni sforzo (senza, ovviamente, ricorrere ad alcuna forma di costrizione) per far accettare il trattamento lenitivo al fine di aiutare il malato terminale a vivere serenamente la sua fine della vita.

D'altro canto, però, non può nemmeno essere introdotta alcuna presunzione di consenso alla sedazione terminale, da vincersi magari mediante ricorso alla difficile prova contraria, né è tollerabile rimettere, sempre e comunque, l'assunzione della scelta in capo ai soli medici curanti o ai familiari o a un sostituto, anche nei casi in cui non siano stati previamente attivati gli istituti della tutela e della curatela o dell'amministrazione di sostegno⁴⁰.

³⁹ Cfr. A. FIORI, *Il dovere del medico di informare il paziente: senza più limiti?*, in *Medicina e Morale*, 2000, 443.

⁴⁰ Cfr. su quest'ultima, E. SERRAO, *Persone con disabilità e vecchie discriminazioni: nuovi strumenti di protezione dell'amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 1523 ss.; M. NARDELLI, *Il giudice e gli atti personalissimi*

Non solo, infatti, così facendo, si indebolirebbe in modo eccessivo la portata del fondamentale principio di autonomia terapeutica⁴¹, ma si finirebbe per escludere, con una troppo agevole disinvoltura, il soggetto interessato da una scelta che è, per sua natura, personalissima.

Proprio per il risultato che si prefigge, infatti, la sedazione palliativa non comporta soltanto l'alleviamento della sofferenza psico-fisica del malato terminale, ma determina pure un'inevitabile privazione dell'esperienza cosciente di una parte essenziale del vissuto individuale, quale può essere quella relativa proprio alle fasi ultime dell'esistenza.

Appare difficile dunque negare che la scelta di attivare la sedazione terminale, una volta che il medico abbia accertato la presenza delle condizioni cliniche che la giustificano, debba essere assunta attraverso una qualche forma di coinvolgimento in prima persona dell'interessato⁴², persino nei casi in cui questi sia legalmente privo

dei soggetti deboli tra riforme incomplete e decisioni necessarie, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 2103 ss.; F. SASSANO, *La tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno*, Rimini, Maggioli, 2004; G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè, 2005; G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, Cedam, 2007; S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, Giuffrè, 2005; M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, Ipsoa, 2004; S. VOCATURO, *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Rivista del notariato*, 2004, 241 ss.; F. DASSANO, *La tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno*, Rimini, Maggioli, 2004; G. AUTORINO STANZIONE, V. ZAMBRANO (a cura di), *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, Ipsoa, 2004.

Cfr., in giurisprudenza, per l'inquadramento dell'istituto e per alcune sue interessanti applicazioni: Corte cost., sent. n. 51/2010; Corte cost., sent. n. 440/2005, che ritiene non fungibili gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione con quello dell'amministrazione di sostegno; Cass., sez. I civ., sent. n. 4866/2010; Cass., sez. I civ., sent. n. 9628/2009; Cass., sez. I civ., sent. n. 13584/2006.

⁴¹ Tanto che il mancato rispetto del diritto al consenso informato costituisce, secondo un complesso (e non del tutto consolidato, per il vero) orientamento giurisprudenziale, una lesione fonte di danno non patrimoniale risarcibile in sé (secondo lo schema dell'art. 2059 cod. civ. applicato alla tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti) indipendentemente dal pregiudizio al diritto alla salute (inteso nella sua componente bio-psichica): cfr., per ampia ricostruzione del tema, con riferimenti giurisprudenziali, R. PUCELLA, *L'illiceità dell'atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO, *Le responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 185 ss.

⁴² Tutto questo, peraltro, senza escludere dal percorso informativo anche il nucleo familiare, a meno che il paziente espressamente non l'abbia richiesto e comunque cercando di cogliere le ragioni di tale istanza ed eventualmente invitandolo a modificarla.

di capacità giuridica, purché rimanga in possesso di una sufficiente capacità naturale di elaborare e assumere una decisione⁴³.

Al fine di tutelare, però, il più possibile la fragilità del sofferente, l'informazione fornita dovrà sempre caratterizzarsi per accortezza, sensibilità e delicatezza, oltre che per un'attenta calibrazione dei diversi elementi comunicativi in base al livello di consapevolezza e di capacità di riflessione presente nel ricevente⁴⁴.

Va dunque assicurata, nell'ambito dell'organizzazione del servizio palliativo, la stabilità e la continuità di rapporto con l'*équipe*⁴⁵, e la tranquillità dell'ambiente. Si tratta, infatti, di importanti condizioni

⁴³ Conformemente a quanto suggerisce in generale per l'ambito sanitario, la Rec. R(99)4E, *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on principles concerning the legal protection of incapable adults*, adottata in sede di Consiglio dei ministri dal Consiglio d'Europa il 23/2/1999. Cfr. anche l'art. 6, comma 3 della Convenzione di Oviedo ai sensi del quale allorché, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad 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, ma la persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione.

Si v. in dottrina, in particolare, U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989, 427 ss.

⁴⁴ Cfr. P. CENDON, R. ROSSI, *Pazienti oncologici, diritto di non soffrire, risarcimento del danno*, in P. CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale - Parte generale*, Milano, Kluwer, 2009, 1099.

I contenuti dovranno coprire la ricostruzione delle generali condizioni cliniche del paziente (compresa la rilevazione del dolore insopportabile), i trattamenti già posti in essere, il percorso compiuto dal medico per arrivare a ritenere che la sedazione rappresenta l'unico intervento idoneo al sollievo della sofferenza a breve termine, l'illustrazione dello scopo e la spiegazione del metodo dell'intervento, l'indicazione del livello di addormentamento programmato e delle attività di monitoraggio che saranno poste in essere, l'esposizione dei rischi che si corrono (compresa l'eventuale anticipazione del momento della morte), la previsione delle attività complementari alla sedazione che saranno assicurate (come la cura dell'igiene personale), l'indicazione dello stato psico-fisico al quale è ragionevole prevedere che il paziente andrà incontro, ove rifiuti la sedazione.

Anche dopo iniziato il trattamento sedativo, se il malato non ha espresso volontà contraria, la famiglia dovrà continuare ad essere informata delle condizioni del congiunto, così come è bene che la stessa sia resa edotta delle modalità dell'avvenuto decesso, riservando uno spazio colloquiale apposito per rispondere agli interrogativi che possono essere posti sul come il trapasso è avvenuto. Altrettanto è opportuno che sia reso sempre agevole un «contatto» fra i parenti e il morente, sempre se non è stata data indicazione contraria, da gestire con intimità e umanità, e nel rispetto della dignità del malato.

⁴⁵ Cfr. G.B. D'ERRICO, L. IANNANTUONI, *L'équipe di cure palliative*, in G.B. D'ERRICO, V.M. VALORI (a cura di), *Manuale sulle cure palliative*, cit., 298 ss.; W. RAFFAELI, M. MONTALTI, E. NICOLÒ, *L'infermieristica del dolore*, Padova, Piccin, 2010, 49 ss.

di «contesto» per agevolare l'inspessirsi della relazione terapeutica e quindi la formazione di un'alleanza consolidata, basata su quella più robusta fiducia che matura dalla quotidiana messa in comune delle sensazioni e delle riflessioni con *caregivers* che non si alternano freneticamente al capezzale del malato⁴⁶.

Solo nei casi in cui risulti impossibile associare l'interessato alla scelta terapeutica⁴⁷, oppure quando lo stesso paziente abbia liberamente e consapevolmente rinunciato ad esercitare la propria facoltà di opzione, previa annotazione in cartella clinica, la decisione potrà essere assunta, in base alla normativa vigente, dal sanitario solo⁴⁸, in dialogo col tutore o i familiari⁴⁹, facendo ricorso al canone del miglior interesse del paziente, considerate comunque le indicazioni dell'assistito, se precedentemente espresse⁵⁰.

5. – Proprio rispetto ai profili da ultimo evidenziati, non si può non fare un cenno, a questo punto, alla disciplina in materia di alleanza terapeutica, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento («DAT») tuttora al vaglio delle Camere⁵¹.

⁴⁶ Va tenuto in considerazione, sull'altro versante della relazione terapeutica, anche il livello di *stress* che l'*equipe* medica può subire quando procede alla sedazione terminale. Specialmente se la scelta di applicare tale terapia non è stata fino in fondo condivisa da tutti i componenti, oppure se l'atto sedativo si prolunga nel tempo possono, infatti, nascere pericolosi sentimenti di frustrazione e di insofferenza sia reciproci, sia nei confronti del malato. È opportuno, quindi, come peraltro la stessa l. n. 38/2010 prevede in generale per la terapia del dolore e le cure palliative, che il personale che si occupa dell'assistenza ai malati terminali sia sottoposto ad una formazione adeguata.

⁴⁷ Cfr. M. PICCINI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa – Relazione terapeutica e consenso nell'adulto «incapace»: dalla sostituzione al sostegno*, in L. LENTI, E. PALERMO FABBRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 361 ss.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 151/2009 sottolinea come nell'ambito dell'alleanza terapeutica il riconoscimento del principio di autonomia del paziente nelle scelte se, e a quali, cure sottoporsi (scelta che, ove il paziente sia incapace di agire, sarà assunta dal suo «sostituto»), va considerato insieme al principio, parimenti rilevante, dell'autonomia professionale del medico, depositario del sapere tecnico nel caso concreto.

⁴⁹ Cfr. EUROPEAN ASSOCIATION FOR PALLIATIVE CARE, *Recommended framework for the use of sedation in palliative care*, in *23 Palliative Medicine*, 581-593 (2009).

⁵⁰ Cfr. nella recente giurisprudenza di merito, formatasi in tema di poteri dell'amministratore di sostegno con riguardo alla somministrazione di cure palliative, all'eventuale interruzione di terapie, e al divieto di atti eutanasi, Trib. Firenze, decr. 22/12/2010; Trib. Varese, decr. 25/8/2010; Trib. Modena, decr. 14/5/2009.

⁵¹ In tema sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti bibliografici, a F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008.

Nella bibliografia successiva si segnalano, innanzitutto e in modo particolare, le riflessioni, che si condividono, sviluppate negli studi di E. CALÒ, *Il testamento*

La sedazione terminale, infatti, non solo costituisce un trattamento sanitario, e quindi rientra nello spettro della regolazione del consenso informato attuale, ma è altresì spesso inserita fra le varie tappe del percorso palliativo, e quindi della pianificazione anticipata delle cure, in uno con le altre scelte che riguardano il luogo di ricovero e il tempo *post-mortem*.

La sedazione terminale rientra, dunque, in ambo i profili dell'alleanza terapeutica regolata dalla proposta di legge⁵².

In particolare, rispetto al diritto a non soffrire, la normativa *de iure condendo* assume una sorta di veste «complementare» rispetto a quella *de iure condito* sul contrasto al dolore inutile, già posta dalla l. n. 38/2010.

Mentre, infatti, quest'ultima regola i profili inerenti alla dimensione «pretensiva» del diritto, l'altra ha di mira soprattutto la regolamentazione dei profili di «libertà di cura» che si esprimono nel consenso informato e nelle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Fra le due discipline esiste anche un elemento esplicito di «racordo». Il terzo comma dell'art. 1 della proposta di legge specifica, infatti, che i pazienti che si trovano in stato di fine vita⁵³ o in condizione di morte prevista come imminente, godono del diritto a ricevere un'adeguata terapia contro il dolore, secondo quanto previsto dai

biologico tra diritto e anomia, Milano, Ipsa, 2008; di A. PIOGGIA, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perse nell'attuazione della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, f. 1/2009, 14/4/2009, e di A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 237-267; si v. anche, C. SBAILÒ, *Il testamento biologico alla Camera. Una «navetta decisiva»*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 13/4/2009.

Si v. anche S. AGOSTA, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruens)*, in *Associazione dei costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it, sez. Dottrina, Libertà fondamentali), s.d.; D. NERI (a cura di), *Autodeterminazione e testamento biologico: perché l'autodeterminazione valga su tutta la vita e anche dopo*, Firenze, Le lettere, 2010; M.J. FONTANELLA, *Il diritto di autodeterminazione e la Costituzione italiana*, in *Iustitia*, 2010, 67-73; A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 627 ss.; G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una riflessione*, in *Politica del diritto*, 2009, 509-529; M. SACCHI, *Il testamento biologico tra tutela del diritto alla vita e libertà di autodeterminazione*, in *Vita notarile*, 2009, 134-1369; M. DELLI CARRI, *Il problema del rifiuto delle cure «salvavita» e l'ammissibilità del testamento biologico*, in *Vita notarile*, 2009, 173-202.

⁵² Si v. F. INTRONA, *Le «dichiarazioni anticipate» e le cure palliative fra bioetica, deontologia e diritto*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2006, 39-79.

⁵³ Una prospettazione dei molteplici significati della terminologia si ritrova in S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, 390 ss.

protocolli sulle cure palliative e in conformità al principio, fissato al precedente primo comma, secondo cui l'attività medico-assistenziale è sempre finalizzata all'alleviamento della sofferenza e l'alleanza terapeutica fra sanitario e paziente acquista un «particolare valore» (così dice la proposta di legge) nella fase di fine vita.

Con riguardo all'intervento di sedazione terminale di cui si tratta, il disegno di legge presenta alcuni tratti delicati.

In primo luogo, infatti, se il paziente è cosciente, mentre trovano pacifica applicazione le norme generali sul consenso informato previste dall'articolo 2, non può essere sempre rispettata la specifica previsione, di cui al comma quinto dello stesso articolo, che ammette, in ogni caso, la revoca, anche parziale, dell'accettazione all'intervento.

Il ricorso alla sedazione palliativa di tipo permanente, che non prevede intervalli di recupero della lucidità sino al momento del decesso, inibisce, infatti, la maturazione ed espressione di una volontà di segno contrario rispetto a quella esplicitata all'atto dell'accettazione dell'intervento.

In secondo luogo, se il paziente si trova in condizioni di incapacità di intendere e di volere, dovrebbero venire in rilievo le sue dichiarazioni anticipate di trattamento, secondo quanto è previsto dagli articoli 3 e successivi.

La proposta di legge, però, stabilisce che mediante tali dichiarazioni, il dichiarante, in previsione dell'eventuale futura perdita permanente della propria capacità d'intendere e di volere, esprime degli orientamenti e delle informazioni utili per il medico circa l'attivazione di trattamenti terapeutici, purché in conformità a quanto previsto dalla stessa legge. Nelle stesse dichiarazioni, il soggetto può anche esplicitare la propria rinuncia ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale. Le «DAT», inoltre, acquistano rilievo solo in presenza di una specifica condizione di permanente incapacità naturale di agire, dovuta all'assenza, medicalmente accertata, di attività cerebrale integrativa corticale-sottocorticale.

Ora, poiché la sedazione terminale non è un trattamento sperimentale e neppure sproporzionato, sembra escluso essa che possa formare oggetto di un'indicazione di previo rifiuto.

Non solo, quand'anche il paziente, divenuto successivamente incapace, abbia previamente manifestato un orientamento favorevole a tale tipo di intervento, o abbia fornito delle indicazioni utili in proposito, il medico non sarà quasi mai tenuto né a prenderle in considerazione, né a motivare analiticamente perché non intende seguirle (sentito il fiduciario e attraverso un'apposita annotazione in cartella clinica).

Infatti, quando il paziente presenta il quadro clinico puntualmente ritratto all'art. 3, comma 5 del d.d.l., che, come osservato, è l'unico in forza del quale la «DAT» viene in rilievo, la sedazione terminale non costituisce, a ben vedere, né l'unico, né il principale intervento medico da eseguire. Un malato che versa nelle condizioni di disfunzionalità cerebrale indicate dalla legge, infatti, non è in grado (secondo quanto la contemporanea scienza medica dice) di provare alcun dolore «cosciente», ai fini dello spegnimento del quale serva davvero un addormentamento completo.

Dalla disamina della proposta attualmente in sede di approvazione definitiva al Senato della Repubblica, la sedazione terminale sembra, dunque, uscire – diversamente da quanto accade ora in base alle regole deontologiche e al quadro normativo vigente – dallo spettro dei possibili contenuti di una pianificazione anticipata delle cure, con conseguente, non piccola, limitazione di quel profilo di «libertà» che il diritto a ricevere la leniterapia possiede.

Rafforza questa ricostruzione anche il contenuto del terzo comma dell'art. 6, nel quale è fatto obbligo al fiduciario, se nominato, di vigilare affinché al paziente siano sempre somministrate le migliori terapie palliative disponibili.

Poiché, infatti, il fiduciario si impegna, secondo lo stesso art. 6, ad agire esclusivamente nel migliore interesse del paziente, operando sempre, e solo, secondo le intenzioni legittimamente esplicitate nella dichiarazione, è perlomeno dubbio che quest'ultima possa contenere orientamenti rivolti ad una diversa modulazione della sedazione terminale (come delle altre cure palliative, in generale). Si creerebbe, infatti, altrimenti, una sorta di contrasto, di difficile soluzione, fra l'obbligo di legge sul fiduciario di assicurare sempre l'impiego delle migliori cure palliative, da una parte, e il vincolo, che grava sullo stesso fiduciario, di operare sempre secondo le preve intenzioni manifestate dal dichiarante, dall'altra.

Nel vigore futuro della nuova legge, quindi, la sedazione terminale, sarà, probabilmente, applicata nei confronti di qualsiasi malato non nel pieno possesso delle sue facoltà, seguendo sempre e solo le regole previste dall'art. 2 per i casi di mancanza o di inapplicabilità al caso specifico di istruzioni anticipate di trattamento.

Secondo quanto stabilito dallo stesso articolo, spetterà, perciò, al tutore o all'amministratore di sostegno con rappresentanza per le situazioni di carattere sanitario prestare il consenso informato alla terapia sedativa, avendo come esclusivo scopo la salvaguardia della salute del soggetto. In mancanza di tali sostituti, l'atto di consenso sarà espresso dai familiari indicati dal libro secondo, titolo II, capi I e II del Codice civile.

È ragionevole presumere che, non venendo in rilievo gli orientamenti pregressi del malato, e dovendosi perciò applicare, secondo quanto prevede lo stesso disegno di legge in questi casi, esclusivamente il canone del miglior interesse oggettivo e della salvaguardia della salute, i sostituti dovranno pressoché in ogni circostanza prestare consenso alla somministrazione della sedazione terminale. Quest'ultima, come già rilevato, costituisce, infatti, nella grande maggioranza dei casi un intervento benefico e proporzionato ad alleviare la sofferenza psico-fisica degli ultimi giorni.

6. – Al pari delle altre leniterapie, la sedazione terminale forma l'oggetto di un diritto – quello a non soffrire⁵⁴ – che è tutelato non soltanto, come si è visto sin qui, dalle norme deontologiche e di legge (attuali o future), ma altresì a livello costituzionale.

L'art. 32 della Costituzione⁵⁵, infatti, espressamente qualifica la salute come fondamentale diritto dell'uomo (e generale interesse della collettività). A sua volta, la nozione di salute⁵⁶ è pacificamente accolta in un'accezione assai ampia, quale vera e propria condizione di benessere fisico e psichico dell'individuo e non di semplice assenza di patologia⁵⁷.

Si tratta di una definizione a suo tempo fatta propria a livello internazionale dalla convenzione istitutiva dell'Organizzazione mondiale della sanità, recepita in Italia con il d. lgs. C.p.S. n. 1068/1947⁵⁸, e che

⁵⁴ Cfr. P. MATTEUCCI, R. CORSA, *Il diritto di non soffrire*, in P. CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale – Parte speciale*, Milano, Kluwer, 2009, 393 ss.; G. ZEPPELLA, *Il diritto di non soffrire: aspetti clinici, giuridici ed etici della terapia del dolore e delle cure palliative*, Napoli, Cuzzolin, 2004.

⁵⁵ Si v. per una suggestiva ricostruzione del dibattito in Costituente, con particolare attenzione alla posizione assunta da Costantino Mortati, circa l'inserimento del fondamentale diritto alla salute, connesso alla salubrità dell'ambiente nel quale l'uomo vive, anche nel più ampio contesto della forma di Stato italiana posta dalla Costituzione, G. CORDINI, *Ambiente e salute nel pensiero giuridico di Costantino Mortati*, in *Rassegna amministrativa della Sanità*, 2002, 117 ss.

⁵⁶ Cfr. M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, Cedam, 1998.

⁵⁷ Si rinvia, per una puntuale e brillante ricostruzione del percorso evolutivo compiuto, in dottrina e giurisprudenza, del concetto di «salute» umana, dall'originaria impostazione legata alla biomedicina «normativa» – che, a sua volta, considerava malattia solo la patologia o la disfunzionalità psico-fisica quantitativamente accertabile, ad una più ampia visione correlata al concetto di «benessere», a tutto tondo, della persona, a V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2011, 579 ss.

⁵⁸ Art. 1 della Convenzione: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». Si v. K. LEE, *World Health Organization*, Routledge, Abingdon, 2009.

si trova anche in più recenti normative nazionali⁵⁹, ed è stata sposata da una consolidata giurisprudenza costituzionale⁶⁰ e di legittimità⁶¹.

La considerazione della salute comprensiva non solamente di uno stato di normalità ed efficienza anatomo-funzionale, ma altresì di una piena serenità psicologica e relazionale, consente, per quel che qui specificamente interessa, di ricondurre nell'alveo della garanzia costituzionale, anche tutte le pratiche – come le cure palliative⁶² e, da ultimo, come la sedazione terminale – che si prefiggono l'obiettivo di assicurare, «a tutto tondo», una condizione di benessere della persona sia sul piano fisico, sia su quello psicologico (emotivo, affettivo, spirituale), sia su quello relazionale e sociale⁶³.

Le cure palliative e la terapia del dolore, infatti, sollevano l'individuo da gravosi «pesi» che schiacciano la sua quotidianità, rendendolo meno libero nel condurre una vita in accordo con la propria personalità, meno in grado di intessere delle relazioni con i suoi simili, meno sereno nel compiere le proprie scelte (anche di cura) senza i diversi condizionamenti derivanti dallo stato di malattia, dall'angoscia per la propria condizione futura, dalla paura della morte, dal timore dell'abbandono o, al contrario, dalla preoccupazione di gravare eccessivamente sulle risorse materiali e spirituali dei propri

⁵⁹ Il riferimento è all'art. 2, comma 1, lett. o) del d.lgs. n. 81/2008, che riprende la definizione internazionale ai fini della normativa sulla salute e la sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, e agli articoli 138, comma 2, lett. a) e 139, comma 2 del d.lgs. n. 209/1995 (Codice delle assicurazioni private), in materia di risarcimento del danno biologico, nei quali, pur facendosi centrale riferimento alla lesione all'integrità psico-fisica suscettibile d'accertamento medico-legale, si menziona il riverbero che tale menomazione deve avere sia sulle attività quotidiane, sia sui profili «dinamico-relazionali» della vita del danneggiato.

⁶⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 218/1994; Corte cost., sent. n. 251/2008; Corte cost., sent. n. 27/1975; Corte cost., sent. n. 1987/561.

⁶¹ Cass., sez. un. civ., sent. nn. 26972-26976/2008 hanno sottolineato come la definizione di salute adottata dal Legislatore nel Codice delle assicurazioni private possa ritenersi applicabile in via generale, e dunque anche al di là del più ristretto ambito assicurativo, dal momento che recepisce orientamenti giurisprudenziali e interpretativi del tutto consolidati da tempo.

Questo non significa, peraltro, sempre secondo il Supremo Collegio – e trattasi di posizione senz'altro pienamente condivisibile – che il concetto di benessere e di salute possa arrivare ad abbracciare anche un immaginario e improbabile «diritto ad essere felici» riconosciuto e garantito dall'ordinamento giuridico.

⁶² Si v. G. ALTAVILLA, *Le cure palliative: quando la guarigione non è più l'end point delle terapie in Oncologia*, in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI, *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, cit., 118 ss.

⁶³ Cfr. P. PERLINGERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, Esi, 2005, 106; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, Esi, 2006, 730.

cari, e, da ultimo, dal «dolore totale» nei casi di malato terminale che ne è afflitto.

In questa prospettiva, il diritto a non soffrire appare strettamente connesso ai principî personalista, solidarista e di eguaglianza, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., che costituiscono, come ben noto, le chiavi di volta dell'edificio assiologico tracciato dalla Carta fondamentale⁶⁴.

Sulla Repubblica grava, dunque, il preciso compito (compatibilmente coi vincoli rappresentati dalle concrete risorse pubbliche disponibili per la spesa sanitaria⁶⁵) di rimuovere gli ostacoli rappresentati da quelle sofferenze che, incidendo sulla salute fisica e sull'equilibrio psicologico del soggetto, compromettono la qualità della sua vita anche negli ultimi giorni e degradano la pari dignità sociale che gli deve essere assicurata rispetto agli altri consociati in ogni fase dell'esistenza, compresa quella finale.

La natura squisitamente soggettiva e «concreta» della dimensione della sofferenza, già in precedenza evidenziata, comporta, poi, che il diritto a non soffrire debba essere garantito attraverso modelli «individualizzati» nel trattamento del dolore e nelle cure palliative, come appositamente ha previsto il Legislatore del 2010, dando così piena attuazione, sotto questo aspetto peculiare, al dettato costituzionale.

È anche necessario che, come la stessa legge 38 opportunamente prevede, sia tenuto in considerazione il tessuto complessivo delle relazioni familiari e sociali nel quale il malato terminale si trova inserito. L'articolo 2 della Costituzione, infatti, è puntuale nel considerare non solo la dimensione individuale dei diritti fondamentali, ma altresì quella relativa alle formazioni sociali in cui la personalità trova sviluppo e compimento; formazioni, queste, nel novero delle quali, a mente dell'art. 29 Cost., la famiglia è riconosciuta quale «società naturale»⁶⁶.

⁶⁴ Il raggiungimento della quale costituisce la sfida, non ancora vinta, dei regimi democratici contemporanei secondo M. DOGLIANI, *Il principio di eguaglianza*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, il Saggiatore, 1998, 13.

⁶⁵ Il richiamo è all'art. 81 Cost., all'art. 119 Cost., alla l. n. 42/2009, al d.lgs. n. 502/2009, al d.lgs. n. 229/2009 e al d.lgs. n. 68/2011.

⁶⁶ In forza del principio autonomista, di cui all'art. 5 Cost., poi, il diritto di non soffrire dovrà essere soddisfatto, dal punto di vista dei pubblici soggetti, da parte dei diversi enti che costituiscono la Repubblica, così come oggi indicati dall'art. 114 Cost. Non solo, dunque, allo Stato, ma altresì alle Regioni spetta di rendere effettivo il diritto alla terapia del dolore e delle cure palliative, nell'ambito di quel complesso sistema di riparto di funzioni legislative e amministrative in materia di tutela della salute (articoli 117, commi 2, lett. m) e 3, e 118, comma 1 Cost.) che informa il c.d. «regionalismo» (o «federalismo») sanitario. Si v., recentemente, Corte cost., sent. n. 77/2011; Corte cost., sent. n. 8/2011; Corte cost., sent. n. 299/2010; Corte cost., sent. n. 245/2010; Corte cost., sent. n. 150/2010; Corte cost., sent. n.

Come già poc'anzi sostenuto, al malato va, inoltre, riconosciuto, ai sensi dell'articolo 32, secondo comma della Costituzione, in combinato disposto con gli articoli 2⁶⁷ e 13⁶⁸, un pieno diritto di libertà terapeutica⁶⁹ rispetto agli intereventi palliativi e alla sedazione terminale.

Ancora recentemente la Corte costituzionale, confermando un orientamento fatto proprio in passato, ha statuito che ogni individuo, nel mentre in cui gode del diritto ad essere curato, è altresì titolare del diritto a ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura

141/2010; e, in prec., Corte cost., sent. n. 455/1990. Cfr. R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità ed assistenza dopo la riforma del titolo V*, Milano, Giuffrè, 2002, 11 ss.

Mentre, in base al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, cpv. Cost.), tanto lo Stato, quanto Regioni e gli Enti locali sono tenuti a riconoscere e promuovere il fondamentale ruolo svolto dagli enti espressione dell'associazionismo dei cittadini nell'attività preziosa di assistenza ai malati afflitti da dolore cronico o da patologia oncologica (giunti, oppure no che siano allo stadio terminale), nella promozione della cultura della lotta al dolore, nella realizzazione e diffusione sul territorio di strutture appositamente dedicate alle cure palliative.

Ad entrambi i principî surriferiti, ha dato adeguata attuazione la l. n. 38/2010 in materia di cure palliative e di terapia del dolore, alla quale, sempre in quella logica di cooperazione fra lo Stato e le Regioni, che è stata opportunamente voluta e disciplinata dalla legge 38, hanno fatto séguito l'accordo, sancito in sede di Conferenza Stato-Regioni del 16/12/2010, sulle linee guida per la promozione, lo sviluppo e il coordinamento degli interventi regionali nell'ambito delle due reti. Di rilievo anche il d.m. 13/5/2010, inerente all'istituzione della Commissione nazionale per l'attuazione della l. n. 38/2010 composta da persone qualificate provenienti dal mondo scientifico, dai professionisti di settore, dalle associazioni non lucrative operanti nell'ambito del paziente adulto e pediatrico.

Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sussidiarietà «orizzontale» e tutela della salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 639 ss.

⁶⁷ L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI*, Convegno annuale 2007 dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Napoli, 26-27/10/2007, 11, affermò che la proposizione contenuta nell'art. 32, comma 2 Cost., col riferimento contenuto alla persona umana, rappresenta una sorta di «ponte» verso l'art. 2 Cost.

⁶⁸ A. AMORTH, *Il «principio personalistico» e il «principio pluralistico»: fondamenti costituzionali della libertà e dell'assistenza*, in *Iustitia*, 1978, 416 ss. Si v. altresì V. ANGIOLINI, *Il diritto degli individui*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁶⁹ A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Cedam, 2011, 39 ss. e 253, sottolinea l'emersione di un vero e proprio «senso comune costituzionale» con riferimento al principio di autonomia rispetto al corpo o per meglio dire, riprendendo la stessa suggestiva metafora usata dall'A., rispetto a quel «compasso tecnologico» che starebbe ampliando la «circonferenza» che racchiude le possibilità di sviluppo e di manipolazione dell'essere umano in un panorama fortemente caratterizzato dall'evoluzione tecnologica. Evoluzione, quest'ultima, che, parallelamente, incide in profondità sul fenomeno giuridico e sulla struttura e le relazioni degli ordinamenti nazionali in prospettiva transnazionale, come l'A. non manca di notare con innovative considerazioni.

e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico al quale può essere sottoposto⁷⁰, nonché delle eventuali terapie alternative rispetto alle quali deve poter esercitare la propria autonoma e consapevole scelta⁷¹.

Tale principio, sulla scorta delle osservazioni, già prima svolte, circa lo stato di fragilità in cui può trovarsi il malato terminale, dovrà essere concretamente applicato tenendo anche conto del principio di vulnerabilità⁷², che si ricollega alla solidarietà sociale di cui all'art. 3 Cost., e che richiede la messa in opera di particolari accorgimenti comunicativi e di supporto psicologico ed assistenziale.

Il quadro costituzionale conferma, quindi, quanto già emergeva dal panorama legislativo e deontologico, vale a dire la veste «multi-fattoriale» del diritto a non soffrire in tutti i vari profili in cui questo diritto si articola, quale posizione soggettiva di tipo «pretensivo», per un verso, e quale istituto di «libertà» (anche «di soffrire»), per l'altro⁷³.

⁷⁰ In generale sui doveri del medico nel dare le informazioni, si v. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, funzione burocratica?*, in *Diritto Penale e Procedura*, 1998, 894 ss.; E. MANNI, E. BONITO, *I moduli per il consenso informato: una lettura critica*, in *Bioetica*, 1995, 62 ss.

⁷¹ Corte cost., sent. 438/2008, conf. da Corte cost., sent. n. 253/2009 e in prec. Corte cost., sent. n. 282/2002.

Nella giurisprudenza di legittimità, il diritto all'accettazione e al rifiuto delle cure, radicato nell'art. 32 Cost. (da solo o in combinato disposto con gli artt. 2 e 13 Cost.), si ritrova nel celebre *caso Massimo*, deciso da Cass., sez. V pen., sent. 21/4/1992; si v., inoltre, Cass., sez. I pen., sent. n. 26446/2002; Cass., sez. III civ., sent. n. 14638/2004; Cass., sez. III civ., n. 5444/2006; Cass., sez. III civ., sent. n. 6318/2000; Cass., sez. III civ., sent. n. 10014/1994; Cass., sez. III civ., sent. n. 9374/1997.

⁷² Cfr. *Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw*, adottata, nel 1998, dai partecipanti al Biomed II Project; nonché, più recentemente, in dottrina, P. BINETTI, *Il consenso informato*, MaGi, Roma, 2010.

⁷³ Nella sua duplice veste, il diritto in parola gode, altresì, di riconoscimento e protezione, quale fondamentale diritto della persona, anche a livello europeo.

Il Consiglio d'Europa, infatti, nel Rapporto sulla «Protezione dei diritti umani e della dignità del malato terminale e del morente» del 21/5/1999, ha proclamato il diritto a che il soggetto, in condizioni di terminalità o morente, non sia privato di adeguate cure palliative.

Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (dotata oggi di valore giuridico equipollente a quello dei trattati europei ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona recepito in Italia ai sensi dell'art. 11 e 117, comma 1° Cost., dalla l. n. 138/2008), l'art. 35 riconosce ad ciascuno il diritto ad accedere alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche, alle condizioni stabilite dalla legge e dalle prassi nazionali, tenendo conto dell'obiettivo di assicurare un elevato livello di protezione della salute umana. L'art. 3 della Carta dei diritti, inoltre, garantisce il rispetto dell'integrità fisica e psichica dell'individuo e, nello specifico settore della medicina e della biologia, la libertà di prestare consenso,

7. – Essendo la sedazione palliativa cura specifica di accompagnamento «senza sofferenza» del malato terminale nelle fasi finali della vita, e producendo una situazione di spegnimento totale della coscienza soggettivamente assimilabile alla morte, che comporta una certa qual intossicazione dell'organismo (come accade, ovviamente in misura drasticamente superiore, con l'inoculazione del composto letale), la liceità e la doverosità di tale intervento sono state utilizzate come argomentazione per sostenere che anche la morte su richiesta per fini pietosi, al pari della stessa sedazione palliativa, dovrebbe essere annoverata fra gli strumenti che rendono pienamente effettivo il diritto fondamentale dell'individuo di non soffrire⁷⁴.

oppure di rifiutare, una cura, ricevuta prima un'adeguata informazione e secondo le modalità definite dalla legge.

Dal canto loro, l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (cfr. ECHR, sent. 29/4/2002, *Diane Pretty v. Regina, United Kingdom*, §63: «in the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under [...] the Convention. As recognized in domestic case-law, a person may claim to exercise a choice to die by declining to consent to treatment which might have the effect of prolonging his life»; ritiene equilibrata la posizione della Corte R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella Cedu?*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 166-167), nonché gli articoli 5, 6, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, l'art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (di cui è stata data esecuzione in Italia con la legge n. 881/1977), e l'art. 6 della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani (quest'ultima formalmente priva di valore giuridico) affermano analogo principio di libertà terapeutica.

Per quanto non dotata di efficacia giuridica formale, la «*Carta europea dei diritti del malato*», presentata a Bruxelles il 15/11/2002, e prodotto di un gruppo di lavoro sostenuto da *Active Citizenship Network*, si individua, al §11, il diritto ad evitare le sofferenze e il dolore non necessari nella maggior misura possibile e in ogni fase della malattia, alla stregua di diritto fondamentale che deve essere sempre garantito se si vuole efficacemente assicurare un elevato livello di protezione della salute umana.

Da questi riscontri, si coglie come l'ordinamento italiano si colloca all'interno di un sistema molto complesso, connotato, fra l'altro, da una tutela «multi-livello» dei diritti. Per una ricostruzione complessiva della tematica in chiave teorica, con preziose indicazioni di riflessione, v. P. BILANCIA, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon treaties*, Milano, Giuffrè, 2012, 141 ss. Con riferimento specifico al campo della bioetica, v. A. BOMPIANI, A. LORETI BERTHÈ, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001; L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁷⁴ Che hanno condotto un noto oncologo italiano, Ministro della Sanità nel primo Governo Prodi, a raggruppare la sedazione terminale, la sospensione delle cure e l'eutanasia attiva sotto la medesima lente concettuale del «diritto di non soffrire»: si v. U. VERONESI, *Il diritto di non soffrire: cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, Mondadori, 2011.

L'eutanasia è oggi, infatti, tassativamente vietata – come ben noto – oltre che dalla disciplina professionale già in precedenza ricordata, dalla stessa legge penale, ai sensi degli artt. 575, 579 e 580 cod. pen.

In senso opposto, si potrebbe però sostenere che proprio perché il malato, mediante la sedazione terminale, è già pienamente tutelato nel proprio diritto di non soffrire, visto che non prova alcun dolore psico-fisico, non sussiste ragione alcuna per assecondare la (sua eventuale, ulteriore) richiesta di ottenere una morte immediata per non vivere più nella sofferenza insopportabile.

Tuttavia, nell'ottica che considera una «sofferenza» anche il patimento di ordine puramente morale che si determina quando un soggetto deve comunque sopravvivere, contro la sua personale ed inequivocabile percezione della vita dignitosa, in condizioni di terminalità, sia che se ne renda conto, sia che non lo avverta consapevolmente⁷⁵, il diritto di non soffrire non può essere assicurato fino in fondo soltanto dallo spegnimento di ogni forma di dolore cosciente, ma richiede, per poter esser integralmente soddisfatto, di pervenire anche alla legittimità dell'eutanasia.

Si pone, inoltre, l'accento sul fatto che l'ordinamento oggi consente ad un malato, nell'ambito della sua personalità morale, di ottenere l'interruzione delle terapie di sostegno vitale o salva-vita, anche accompagnando tale interruzione con la sedazione terminale per evitare di soffrire nell'intervallo di tempo che separa il venir meno del supporto artificiale dalla morte.

La Suprema Corte nel noto *caso Englaro*⁷⁶ ha, infatti, sostenuto⁷⁷ che un ordinamento, come il nostro, fondato sul pluralismo

⁷⁵ Di grande interesse per un'identificazione del pregiudizio morale non già con la sofferenza empirica sperimentata dal danneggiato, che deve essere riportata nell'ambito del danno biologico, ma con la lesione alla dignità dell'offeso, quali che siano le condizioni di percettività della violazione subita da parte della vittima, è il saggio di A. BIANCHI, *Le avventure della sofferenza*, in *Danno e responsabilità*, 2009, 907-910.

⁷⁶ Cass., sez. I civ., sent. n. 21748/2007.

La bibliografia sul caso è, oramai, assai vasta: sia consentito un rinvio a F.G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del «caso Englaro»: limiti della legge e «progetto di vita»*, in *Politica del diritto*, XL, 3, 2009, 445-481.

Si v., inoltre, per un'analisi critica degli esiti della vicenda, con ampie e suggestive riflessioni, si v. anche gli attenti studi, con ampie indicazioni bibliografiche, condotti da P. CARNUCCIO, *Il caso di Eluana Englaro e il diritto «umano»*, in P. FALZEA, *Thanatos e Nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, Jovene, 2009, 19 ss., M. E. BUCALO, *Profili costituzionali rilevanti nell'ambito del «caso Englaro» e la necessità della disciplina legislativa sul «fine vita»*, *ivi*, 35 ss., R. CASSANO, *La Costituzione presbite e la politica miope (brevi riflessioni sui profili costituzionalistici relativi alla vicenda Englaro)*, *ivi*, 65 ss.

⁷⁷ E la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul conflitto d'attribuzioni

dei valori⁷⁸ e sul rispetto della persona, non può non riconoscere l'autonomia terapeutica dell'individuo, quando questa non mette in concreto e attuale pericolo la salute altrui⁷⁹, anche nei casi in cui la scelta compiuta va nel senso di rinunciare a un trattamento sanitario di tipo salva-vita o di sostegno vitale in condizioni di assenza di speranza di guarigione⁸⁰. Secondo la Corte, è così che può assumere concretezza piena quel rispetto della dignità e dell'identità riguardo alle scelte che concernono la salute e il corpo⁸¹, che è dovuto in base

sollevato nei confronti della Cassazione dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica, non ha ritenuto di individuare, in quella pronuncia, alcun esercizio di una funzione creatrice del diritto, bensì solamente d'interpretazione ed applicazione di quello vigente, anche, e soprattutto, di rango costituzionale. Cfr. Corte cost., ord. n. 334/2008, in merito alla quale si v. R. ROMBOLI, *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro italiano*, 2009, 49; C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul «caso Englaro» e la «cattiva battaglia» giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 1630 ss.; R. CAPONI, A. PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Il Foro italiano*, 2009, 984 ss.; G. GEMMA, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul «caso Eluana»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4069 ss.

⁷⁸La Cassazione nella sentenza impugnata dalle Camere aveva, peraltro, adottato un'impostazione fatta propria dal Giudice delle leggi: cfr. Corte cost., sent. n. 307/1990; Corte cost., sent. n. 258/1994; Corte cost., sent. n. 27/1998.

Cfr. C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Cedam, Padova, 2006, 14 ss.

⁷⁹Rimarca che non può essere richiesto a una persona di sacrificare la sua salute a favore della salute altrui, F. SORRENTINO, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari: sulla facoltà del malato di interrompere le cure (tra art. 32 Cost. e c.p.)*, in *Quaderni regionali*, 2007, 441 ss.

⁸⁰La bibliografia sui profili giuridici del rifiuto di cure, con particolare riguardo alla materia del fine vita, è oramai assai vasta: fra gli studi più articolati, si segnala, condividendone le articolate riflessioni ricostruttive, quello di G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Governo del corpo*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1865 ss., al quale si rinvia anche per ulteriore ampia bibliografia. Si v. per la prospettiva penalistica, anche in rapporto all'eutanasia, S. CANESTRARI, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici – Rifiuto informato e rinuncia consapevole da parte di paziente competente, ivi*, 1901 ss. e il complementare lavoro di L. D'AVACK, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici – Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza, ivi*, 1917 ss.

Cfr. altresì M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, Franco Angeli, 2008, 73 ss., nonché l'ampio excursus ricostruttivo di G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, secondo l'art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, 85 ss. e il fondamentale studio ricostruttivo di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁸¹In prospettiva generale, e non solo limitata alle questioni «biogiuridiche», la ricostruzione della visione della persona concreta alla quale l'ordinamento costituzionale garantisce i diritti inviolabili per lo sviluppo della sua personalità è stata ampiamente condotta da L. CARLASSARE, *Forme di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 65.

allo stesso articolo 32 della Costituzione, al suo secondo comma, letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 13 della medesima Carta⁸². La dignità umana, infatti, è declinabile non solo nel suo significato di caratteristica essenziale, propria dell'uomo in quanto essere umano, e che si proietta perciò oltre la dimensione del singolo per investire l'umanità stessa alla quale questi appartiene, ma anche nel significato che fa riferimento alla capacità di ciascuna persona⁸³, in quanto individuo unico ed irripetibile, di dar un proprio senso e significato alla vita⁸⁴, intrecciandosi così col valore, altrettanto fondamentale, dell'identità personale⁸⁵ (ed è difficile negare che le scelte

⁸² Altrimenti opinando, infatti, si arriverebbe ad un rovesciamento dei rapporti fondamentali fra *agere licere* individuale e imposizione collettiva nel settore, delicatissimo, del governo del corpo poiché lo Stato, con un'impronta «organicistica» e «paternalistica» dei rapporti fra società e individuo assai diversa da quella voluta dal Costituente potrebbe pretendere che il singolo si sottoponga obbligatoriamente a interventi non solamente limitati alla profilassi, ma altresì terapeutici; non solamente volti al mantenimento artificiale della sua esistenza in vita, ma persino di tipo migliorativo, magari invocando, addirittura, interessi collettivi di tipo eugenetico. Suggestivamente osserva G. LOMBARDI, *Il caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 695-696, che prima del Settecento, la felicità era considerata l'oggetto delle cure di un buon principe, secondo le concezioni del *Polizeistaat*, quale era stato realizzato nell'Antico Regime, cosicché la responsabilità della ricerca della felicità non dipendeva dalla persona, bensì era assicurata nell'ambito di un ordinamento organicistico governato dal principe. Il modello americano, per contro, trasforma questa concezione della felicità in un diritto della persona come tale, attribuendo a ciascuno ha il diritto di cercare la propria e di esserne artefice sia nella vita collettiva sia in quella individuale.

Sottolinea la deriva «funzionalistica» che si avrebbe del diritto in questione, e della persona umana a cui tale diritto pertiene, ove si sposasse la lettura prospettata in testo dei rapporti fra Stato, società e individuo, V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, Padova, Cedam, 2009, 33 ss.

In proposito va rimarcato che l'art. 2 Conv. Ov. ribadisce che il solo interesse della società e della scienza non debbono prevalere sul bene dell'essere umano.

⁸³ Si v. per un'approfondita disamina della centralità che assume l'uomo e la dimensione della sua libertà nello Stato costituzionale contemporaneo, S. SICARDI, *La Costituzione oggi come fondamento di libertà*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 647 ss.

⁸⁴ Suggestivo, in tal senso, P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, p. II, 4-5.

⁸⁵ Per un'analisi del «binomio» valoriale «dignità-identità» della persona nella prospettiva della disciplina dei trattamenti sanitari, sia consentito il rinvio a F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*.

Sui profili costituzionali della dignità umana in generale, si segnala M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, Passigli, 2010; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in

esistenziali riguardo ai trattamenti sanitari, e in modo particolare, quelle che attengono all'accettazione o al rifiuto del sostegno vitale artificiale non costituiscono parte di assoluto rilievo del senso e del significato da dare alla propria vita). Naturalmente, sempre secondo la Corte, la condizione patologica specifica in cui versa un soggetto non giustifica alcun affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che la collettività deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio civile, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte, legalmente accertata ai sensi dell'art. 1 della l. n. 578/1993⁸⁶. La persona, infatti, deve essere sempre rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dallo stesso, preminente, diritto alla vita e dal connesso diritto alle cure mediche, e ciò a maggior ragione quando si trova in condizioni di estrema debolezza e fragilità⁸⁷. Occorre, però, accettare che mentre

Associazione dei costituzionalisti, s.d.; V. BALDINI, *Sviluppi della medicina e dialettica dei diritti costituzionali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, tomo I, Torino, Giappichelli, 2005, 240; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità: un'introduzione*, Roma, Aracne, 2007; G. ROLLA, *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 1870 ss.; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, Esi, 2008; P. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003, 41 ss.; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Esi, 2005, 583 ss.; F. BAROLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007; trattano della dignità umana all'interno di ampie ricostruzioni giuridiche del concetto di persona fisica, legate ai profili gius-privatistici ma considerando altresì l'orizzonte costituzionale, G. ALPA e E. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Milano, Utet-Kluwer, 2006; E. RESTA, *L'identità nel corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, 3 ss.; P. ZATTI, *Principi e forme del «governo del corpo»*, *ivi*, 112 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, 102 ss.; P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, I, 384 ss.

⁸⁶ Cfr. P. BECCHI, *Il morto cerebrale*, in P. CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale – Parte speciale*, Milano, Kluwer, 2009, 1115 ss.

In giurisprudenza, cfr. Corte cost., sent. n. 414/1995.

Alla legge è stata data attuazione con d.m. n. 582/1994, di recente aggiornato con d.m. n. 32276/2008, commentato, con osservazioni critiche, da P. BECCHI, *Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M.C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2011, 2077 ss. e da C.A. DEFANTI, *La morte cerebrale. Definizioni tra etica e scienza*, *ivi*, 2046 ss.

⁸⁷ Cfr. S. A MATO, *Esiste un dovere di curarsi?*, in M.G. FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, cit., pp. 14-16.

un malato, conformemente alla propria, personalissima, visione della vita⁸⁸, delle condizioni del corpo, della speranza (tanto nell'aldiquà, quanto, secondo il proprio credo religioso, nell'aldilà), possa manifestare una volontà fermamente favorevole alla prosecuzione delle terapie, prediligendo un tipo di vita clinicamente sostenuta mediante potenti macchine «simbionti»⁸⁹, un altro malato, invece, ritenga assolutamente contrario alla propria concezione della dignità dell'esistenza proseguire in una vita che è tale solo più «artificialmente» in quanto sostenuta esclusivamente dalle terapie mediche che vicariano, in tutto o in parte, alcune funzioni vitali essenziali⁹⁰.

Il riconoscimento pacifico da parte della Costituzione, sulla base dell'articolo 2 Cost., del diritto alla vita⁹¹, nello specifico ambito biomedico, va, quindi, armonizzato con il rispetto della persona umana di cui all'art. 32, 2° comma Cost. in uno con l'art. 13, 1° comma Cost., che vuole che il soggetto possa non essere costretto ad un'esistenza esclusivamente assistita dalle macchine biomedicali se ripugna alla personale concezione dell'esistenza⁹². Perciò, anche

⁸⁸ Cfr. L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Roma, il Sole 24 ore edizioni, 2006, 63.

⁸⁹ Sia consentito di fare rinvio per il significato di questa espressione, nel quadro della filosofia contemporanea e del diritto all'autonomia terapeutica a F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., 16, 40, 65, 378 e 381.

⁹⁰ Altrimenti, infatti, se i trattamenti di sostegno vitale o salvavita diventassero sempre e comunque obbligatori, e non già frutto di autonoma determinazione, sarebbe sempre e solo l'avanzamento della tecnica a tracciare, di volta in volta, il limite dell'esistenza artificiale dell'individuo in una prospettiva asetticamente «tecnologica» e non, invece, variegatamente «antropologica».

Con lucidissima e delicata sensibilità, ha colto il nocciolo della questione G. LOMBARDI, *Il caso Terri Schiavo*, cit., 696, il quale sottolinea che salvo che la persona rifiuti un trattamento al solo fine di morire, la sua volontà deve essere rispettata, perché fa parte del suo diritto alla felicità poter scegliere senza che altri decidano per lui.

La medicina tecnologica dota il medico di strumenti talmente «potenti» non solo da rianimare il malato, interrompendo il processo del morire anche in situazioni nelle quali un tempo la morte sarebbe sopraggiunta in tempi brevissimi, ma pure da mantenerlo in vita in stati clinici nei quali, in passato, non vi sarebbe stato nulla da fare per evitare il sopraggiungere della morte. Stati clinici, questi ultimi, che, comunque, ancora oggi, se possono essere «gestiti» grazie alle terapie, non sono affatto «guaribili».

⁹¹ Oggi ribadito esplicitamente dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁹² In dottrina, cfr. C. CASONATO, F. CEMBRIANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI, E. PALERMO FABBRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 59-64. V. anche, tra gli altri, A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3209 ss.; A. D'ALIOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della*

«la difesa approntata dall'ordinamento all'inviolabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metterla a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia stata posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi, dallo stesso titolare del bene protetto»⁹³. Esiste, infatti, «un diritto alla vita (che contiene in sé anche il diritto alla morte) ma certamente non un dovere alla vita, la vita merita dignità e non può ridursi – per chi non lo vuole – a

«fine della vita», in *Politica del diritto*, 1998, 611; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 780 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002, 172 ss.; S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1979, 903 s.; L. CARLASSARRE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in AA. VV., *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario, I, L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 109; G. CASSANO, *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 485; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, 452 ss.; A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, 1284; F. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, 1177; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Bologna, Zanichelli, 2006, 38; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, Torino, Utet, 2006, 129; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 36 ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, in *Digesto, Discipline Penalistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, ad vocem, 32; G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, ad vocem, 689; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1987, 1018; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, Zadig, 1992, 15 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1994, 55 ss.; E. PALERMO FABBRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, Cedam, 2000, 176 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma, Treccani, 1991, ad vocem, 9 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1982, 303 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1976, 174 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi, linee di tendenza*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, 48 ss.; F. MONTI, *Responsabilità civile e penale del medico: luci e ombre sul consenso informato nell'analisi della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1999, 213 ss.

Contra, invece, con chiare e approfondite argomentazioni, G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, Cisu, 1995, 39 ss. anche per ulteriore bibliografia di riferimento. La posizione è ripresa, con ulteriori richiami bibliografici ed attente argomentazioni, da I. LAGROTTA, *L'eutanasia nei profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2005. Si v., per posizioni analoghe, I. NICOTRA GUERRERA, *Vita e sistema dei valori nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997.

⁹³ Trib. Roma, GUP, sent. n. 2049/2007, resa nel caso *Welby*, 43.

mera sopravvivenza biologica. In quest'ottica, testamento biologico e norme puntuali in tema di accanimento terapeutico e cure palliative rappresentano gli strumenti necessari per consentire ai singoli capaci, ma anche ai tutori e ai curatori di soggetti incapaci, di assumersi la responsabilità di un gesto che pone termine a inutili sofferenze»⁹⁴.

Siffatta prospettazione spinge, allora, i sostenitori del riconoscimento dell'eutanasia attiva come strumento per garantire il diritto a non patire nessuna sofferenza neanche morale, ad evidenziare una grave disparità di trattamento che va superata proprio riconoscendo la liceità anche della morte su richiesta. Infatti, il malato che dipende per la sua sopravvivenza da un presidio medico, può domandare la cessazione dei supporti artificiali di cura per non continuare a vivere in una condizione di sofferenza che ritiene contraria alla propria visione della vita dignitosa e vedersi riconosciuta la liceità dell'istanza, magari accompagnata anche dalla sedazione per evitare l'acutizzarsi del dolore nell'intervallo fra la cessazione del presidio e il sopraggiungere morte. Invece, il paziente afflitto da gravissima patologia ma non ancora sottoposto ad alcun trattamento di sostegno vitale che possa rifiutare, non può chiedere al medico di procurargli una dipartita immediata e senza sofferenze attraverso un atto eutanasiico diretto ma, «al massimo», si deve, per così dire, «accontentare» di ricevere la sedazione terminale (sempre che essa sia un trattamento in concreto praticabile) in attesa che la malattia terminale compia per intero il suo cammino⁹⁵.

Comprendere nel diritto di non soffrire anche la morte «su richiesta» significa, in effetti, portare all'estremo limite i confini del diritto in parola. All'interno dell'obiettivo di ottenere un completo «benessere» – assunto concettualmente quale condizione di salute – dovrebbe, infatti, esser condotta anche l'autonoma richiesta di essere «fatti morire», e non solo di essere «lasciati morire», persino nei casi in cui non si provi alcun dolore psico-fisico grazie alla completa sedazione, ma si versi comunque in condizioni terminali che determinano, a insindacabile giudizio del malato, una lesione fonte di un'intollerabile sofferenza morale, in sé pregiudizievole pur quando non consapevolmente avvertita.

⁹⁴ Così si esprime, in modo pienamente condivisibile, F. RESCIGNO, *Il testamento biologico nello Stato di diritto*, in L. BATTAGLIA, I. CARPANELLI, G. TUVERI, *Etica della cura in oncologia*, Carocci, Roma, 2010, 120.

⁹⁵ Sostiene, con serrate e lucide argomentazioni, la sussistenza di un vero e proprio vizio «logico», con riguardo all'aristotelico principio di non contraddizione fra la liceità della rinuncia alle cure e della somministrazione della sedazione terminale da una parte, e l'illecita dell'eutanasia attiva, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, Giappichelli, 143 ss.

Ora, nell'articolo 32 della Costituzione, nel cui alveo il diritto a non soffrire è stato qui ricondotto, il fondamentale principio di autonomia del soggetto riguardo alle scelte sulla propria salute e sul proprio corpo, che non si esauriscano esclusivamente in un comportamento tenuto dall'interessato ma richiedano l'intervento di un terzo volto a compiere o ad agevolare le volontà dell'interessato, è limitato ai soli «trattamenti sanitari», per quanto ampio sia il concetto di salute al quale detti trattamenti si riferiscono, e quindi comprensivo anche della nozione di benessere non solo psico-fisico e relazionale (com'è pacifico) ma altresì morale.

A differenza della sedazione terminale, l'azione eutanاسica non è assimilabile ad un trattamento sanitario e quindi non può perciò essere pacificamente assunta all'interno della previsione costituzionale, neppure attribuendo al diritto individuale al benessere completo una curvatura tanto ampia da comprendere addirittura il raggiungimento di una condizione (quasi «paradossale») di non sofferenza definitiva, qual è quella che si ottiene attraverso lo spegnimento non solo della coscienza ma della vita stessa.

Nell'eutanasia volontaria e attiva, infatti, l'azione del sanitario è quella di prescrivere o somministrare delle sostanze idonee a provocare in sé la morte immediata che di certo non costituiscono dei farmaci e che si distinguono anche dai sedativi per quanto questi possano portare l'effetto collaterale di una modesta intossicazione dell'organismo. La composizione chimica e, in ogni caso, le dosi e le modalità d'inoculazione nel paziente del *cocktail* eutanاسico sono tali, infatti, da renderlo un vero e proprio veleno in grado di determinare un immediato, gravissimo, stato di tossicità nell'organismo che conduce a morte entro un tempo brevissimo.

Sul piano dell'elemento soggettivo, poi, la condotta del sanitario che pratici l'eutanasia è animata dall'intenzione di cagionare direttamente la morte del paziente, sia pure a fine di evitare a quest'ultimo ogni ulteriore sofferenza in situazioni senza più speranza. Tale agire si distingue, perciò, dal diverso atteggiamento psicologico che ha lo stesso clinico quando procede alla sedazione terminale.

La stessa differenza psicologica fra eutanasia e rifiuto delle terapie vitali, o richiesta di sedazione terminale, è presente nel sofferente. Infatti, nella domanda di eutanasia volontaria, attiva e diretta, il soggetto chiede al medico di essere fatto morire, ritenendo assolutamente non più degna la vita che vive. Quando, invece, il paziente rifiuta le cure vitali – per quanto sottile ed evanescente questa differenza possa sembrare – non desidera la morte in se stessa, bensì accetta una fine della vita «naturale» quale inevitabile conseguenza del rifiuto di quei trattamenti medici (non obbligatori ai sensi dell'art. 32 Cost.) che

rendono possibile il proseguimento artificiale della sua vita, valutato radicalmente in contrasto con la propria personale, intima, visione dell'esistenza. A maggior ragione, poi quando il malato terminale domanda la sedazione palliativa, lungi dal voler morire istantaneamente, richiede un sollievo dalla sofferenza che gli permetta di vivere in modo «sereno» il trapasso al momento in cui questo arriverà, nel volgere di diverse ore o giorni.

Poiché si tocca un delicatissimo punto di confine e di equilibrio costituzionale fra la salvaguardia del diritto alla vita, la tutela dell'autonomia del malato rispetto alle cure mediche, e la garanzia del diritto di non soffrire, alla luce dei valori di dignità umana e d'identità personale che informano l'ordinamento costituzionale, il contenuto dispositivo dell'art. 32, 2° comma Cost. va interpretato in senso rigoroso. Appare assai arduo, perciò, ritenere ammissibile un'estensione della previsione dell'articolo oltre l'ambito medico in senso stretto considerato per arrivare ad abbracciare atti – come quello eutanasi attivo – che non hanno a che spartire coi trattamenti sanitari e che non costituiscono perciò esercizio di autonomia terapeutica.

Non sembra, dunque, agevole superare, quantomeno senza remora alcuna, lo sbarramento costituito dal dato positivo in forza del quale l'area del «decidibile» sul proprio corpo, sulla propria salute, e, all'ultimo stadio, sulla propria fine-vita, anche quando rivolta alla cessazione di ogni sofferenza, copre l'accettazione o il rifiuto o la revoca del consenso ai trattamenti sanitari, compresi quelli salva-vita o di sostegno vitale che rendono possibile proseguire artificialmente una vita non più in grado di sostenersi e di svilupparsi naturalmente da sola⁹⁶. Cure, queste, fra le quali, con ancora maggior forza dopo le limpide definizioni di cui all'art. 2 della l. n. 38/2010, e il riconoscimento espresso del diritto del cittadino a riceverle ai sensi dell'art. 1 della stessa legge, rientrano anche le terapie del dolore e le cure palliative, sedazione terminale inclusa, ma dalle quali rimane, invece, esclusa l'eutanasia (attiva)⁹⁷.

⁹⁶ Salvo, ovviamente, come già ricordato in precedenza, quelli resi obbligatori dalla legge, col minimo sacrificio possibile per l'obbligato e al fine di tutelare non solo la sua salute, ma anche quella altrui da un pericolo concreto e attuale.

⁹⁷ Differenziazione, questa, che trova, peraltro, ulteriore, recente, conforto a livello di Consiglio d'Europa. L'Assemblea parlamentare ha infatti adottato una risoluzione nella quale, considerando essenziale il compimento di un particolare sforzo nell'adozione delle direttive anticipate per gli Stati membri che non ancora le avessero ancora inserite nei loro ordinamenti, ovvero, per gli Stati che già vi avessero provveduto, nella loro effettiva implementazione, al fine di garantire il rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali, ha puntualizzato che testamento biologico e rappresentanza sanitaria vanno

Nella cultura greca classica, come noto, «*Hýpnos*» era considerato il fratello gemello di «*Thánatos*»⁹⁸; nel panorama costituzionale italiano, il «*far dormire*» da una parte, e il «*far morire*» dall'altra, un malato terminale, per non *farlo più soffrire* una volta che si sia giunti «*ai confini delle cure*», appartengono a due famiglie diverse.

tenuti distinti dalla disciplina del suicidio assistito e dall'eutanasia, ribadendo che quest'ultima, intesa nel senso di un «*intentional killing by act or omission of a dependent human being for his or her alleged benefit*», deve considerarsi come sempre vietata.

Si v. Res. n. 1859 (2012), 25/1/2012 adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, su proposta del Comitato per gli Affari sociali, la salute e lo sviluppo sostenibile (doc. 12804), §5. Si v. anche la coeva Rec. n. 1993 (2012). In precedenza, cfr. Rec. n. 11 (2009) al Consiglio dei Ministri.

La Corte di Strasburgo, pur riconoscendo, nell'alveo dell'art. 8 della CEDU, la sussistenza del diritto a scegliere se e come porre fine alla propria vita, ha ritenuto che gli Stati membri godano di largo margine discrezionale nello stabilire, ove considerino lecite forme di suicidio medicalmente assistito, prescrizioni e condizioni per l'esercizio del diritto ad ottenere dallo Stato la morte su richiesta, prendendo atto che non vi è unanimità di vedute fra gli Stati nell'assegnare priorità alla difesa della vita e dell'incolumità individuale o al diritto a decidere tempo e modo della morte: cfr. ECHR, *Hans v. Svizzera*, sent. n. 31322/2011.

Si v. anche EUROPEAN ASSOCIATION FOR PALLIATIVE CARE, *Eutanasia and physician assisted suicide: a view from an EAPC Ethics Task force*, in 17 *Palliative Medicine*, 97-101 (2003).

Sull'opposta sponda dell'Oceano, la Corte Suprema statunitense, in due note pronunzie, ha ritenuto costituzionalmente non illegittima una disciplina statale che consente il rifiuto delle cure, anche salvavita o di sostegno vitale, ma che, allo stesso tempo, punisce il suicidio assistito (senza, peraltro, pronunciarsi direttamente sulla legittimità costituzionale dell'eutanasia se non nel senso che non sussiste un diritto costituzionalmente fondato ad ottenerla): cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) e *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

La stessa giurisprudenza ha, peraltro, sottolineato la sussistenza, nell'ordinamento americano (ma non a livello costituzionale) di un diritto ad ottenere la terapia del dolore.

⁹⁸ Così in OMERO, *Iliade*, XIV, 231: «ἔνθ' Ἰτνώ ξύμβλητο κασιγνήτῳ Θανάτοιο», e in ESCHILO, *Teogonia*, 756: «ἦ δ' Ὑπνον μετὰ χερσὶ, κασιγνητον Θανάτοιο», ripreso da MARCO TULLIO CICERONE, nelle *Tuscolanæ Disputationes*, I, 97: «*Necesse est enim sit alterum de duobus, ut aut sensus omnino mors auferat aut in alium quandam locum ex his locis migretur. Quam ob rem, sive sensus extinguitur morsque ei somno similis est, qui non numquam etiam sine vicis somniorum placatissimam quietem adfert, di boni, quid lucri est emori!*».



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di ottobre dell'anno 2012
presso Effegi s.a.s. - Portici (Na)
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477
Internet: www.edizioniesi.it