



Fascicolo n° 3/2025

Data di pubblicazione: 04/07/2025

Autore: Giangabriele Agrifoglio\*

## Doveri del medico e autodeterminazione del paziente: tra diritto privato e diritto pubblico

**Sommario:** 1. Considerazioni introduttive. – 2. Consenso informato e principio di autodeterminazione; libertà di scelta e costi sociali. – 3. Gli incerti confini tra l'azione e l'omissione nei trattamenti richiesti dal paziente. – 4. Rifiuto di trasfusioni di sangue, violazione dell'autodeterminazione del paziente e risarcimento del danno. – 5. Conclusioni.

### 1. Considerazioni introduttive.

La dialettica medico-paziente è problema nodale di ogni indagine sulla responsabilità sanitaria, settore in continua evoluzione e nel quale i problemi etici, deontologici e giuridici si incrociano e si scontrano continuamente.

Ciò è dovuto alla specificità dell'obbligazione che il medico assume nei confronti del paziente, la quale ha ad oggetto beni, quali la salute, il corpo e la vita stessa dell'essere umano, tradizionalmente considerati totalmente indisponibili<sup>1</sup>; in altri termini, il paziente è al contempo il soggetto e l'oggetto dell'obbligazione.

---

\*Associato di Diritto privato – Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> Sulla tradizionale concezione della indisponibilità di tali diritti, v. G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Milano, 2020, p. 279 ss.; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, *passim*; R. DWORKIN, *Il dominio della vita, aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994; R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1991, I, p. 17.

Non a caso, osservava Jonas, «l'intero rapporto dell'arte medica con il suo oggetto, costituisce tra le arti un caso a sé»<sup>2</sup>, dato che «il paziente, quest'organismo appunto, è l'alfa e l'omega della finalità della cura»<sup>3</sup>.

Quello tra paziente e medico è, per usare il linguaggio dell'oggi, un rapporto fisiologicamente asimmetrico<sup>4</sup>, caratterizzato dalla circostanza che il paziente ripone la propria totale fiducia ed il proprio affidamento nel professionista al quale richiede un giudizio ed un'attività al fine di eliminare o comunque di alleviare una propria sofferenza fisica, psichica, o psicologica; è il medico infatti e non già il paziente, almeno nella tradizione di tale sapere scientifico, a decidere tanto l'*an* quanto il *quomodo* della prestazione.

Basti considerare che quella del medico è una professione “protetta”, per l'esercizio della quale sono richiesti particolari titoli abilitativi nonché l'iscrizione presso appositi albi, configurandosi in assenza di tali presupposti il reato di esercizio abusivo della professione; in altri termini è il medico l'unico soggetto abilitato a dispensare diagnosi e terapie.

Del resto, è nota sin dall'antichità la vicinanza tra la figura del medico (Ippocrate) e quella del dio (Esculapio)<sup>5</sup>; vicinanza che non ha comunque impedito ai medici ippocratici di rifiutare ogni forma di magia nella medicina, nonché di estirpare una delle credenze più diffuse riguardo alla malattia: che essa fosse conseguenza di un errore commesso nei confronti delle divinità<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> H. JONAS, *Tecnica medicina ed etica*, Torino, 1997, p. 107.

<sup>3</sup> H. JONAS, op. loc. cit.

<sup>4</sup> Sul c.d. «contratto con asimmetria di potere contrattuale» come nuovo paradigma contrattuale caratterizzato da una condizione intrinseca di debolezza di una parte rispetto all'altra, v. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2001, p. 639 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; ID., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 19 ss. *Contra*, C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 ss. Su tale categoria v. altresì V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 1 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”*, in *Giur. it.*, 1993, c. 57 ss.; R. ALESSI, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto Europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, p. 1 ss. La categoria dei contratti con asimmetria di potere tra le parti si sarebbe venuta ad affermare all'interno del nostro ordinamento attraverso un “processo espansionistico” dei principi posti alla base della normativa europea sui contratti del consumatore. Secondo una parte della dottrina la *ratio* di tali norme non sarebbe stata quella di creare una rigida categorizzazione socio-economica delle parti contraenti (consumatore-professionista), bensì quella di dare rilievo all'elemento che una volta si sarebbe definito come “debolezza” di una parte rispetto all'altra, e che con linguaggio più moderno può oggi denominarsi come “asimmetria di potere contrattuale”. In tale ottica, il rapporto tra medico e paziente rientrerebbe nella categoria dei contratti “asimmetrici” poiché caratterizzati da una asimmetria informativa tra professionista e consumatore, essendosi peraltro affermato a tal proposito che il principio del consenso informato ripropone «il classico problema dei contratti per adesione che appare oggi comunque risolvibile sulla scorta della disciplina sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori di per sé certamente idonea a ricomprendere nel suo spettro applicativo i contratti stipulati dai professionisti intellettuali» (cfr. S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 508).

<sup>5</sup> Affermava IPPOCRATE, *L'arte della medicina*, trad. it. a cura di C. Carena, Torino, 2020, p. 56, che «il medico filosofo è pari a un dio».

<sup>6</sup> Sul passaggio dal medico “stregone” al medico scienziato, v., H.G. GADAMER, *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, p. 39.

Le malattie, secondo l'insegnamento di Ippocrate, erano l'effetto di cause naturali, e compito del medico, che perciò stesso si opponeva a una concezione sovranaturale o divina della malattia, era mostrare come l'uno o l'altro disturbo, per quanto spaventoso, fosse naturale, avesse cause naturali e si producesse con sintomi naturali<sup>7</sup>; con la conseguenza che «se si conosce la causa della malattia, si sarà in grado di somministrare al corpo quanto a esso è utile, partendo dai contrari per opporsi alla malattia»<sup>8</sup>.

Ciò nonostante tra scienza e religione vi è quasi sempre stato un legame indissolubile, ricorrente nel tempo, se è vero che, persino negli anni cinquanta del secolo scorso, si rilevava autorevolmente che «l'anima moderna si travaglia sotto la doppia sferza di due bisogni, l'uno dall'altro diverso, anzi l'uno all'altro contraddittorio [...], l'uno, il bisogno che spinge alla scienza [...] l'altro, il bisogno che spinge alla fede»<sup>9</sup>; mentre per contro la più parte delle valutazioni degli eventi che la Chiesa cattolica definisce miracolosi è stata sempre parametrata per lo più a ciò che la scienza medica è in grado o meno di spiegare.

Emblematico del totale affidamento riposto dal paziente nei confronti del medico è l'episodio di Alessandro Magno e del medico Filippo, il quale dimostra come persino l'uomo più potente della terra sia stato costretto a dovere riporre la propria fiducia nel proprio medico, anche a rischio della sua vita. Nonostante infatti Alessandro, colpito da un malore dopo essersi immerso nel fiume Cidno, fosse stato (falsamente) messo in guardia dal proprio generale Parmenione sull'onestà del medico Filippo, da lui accusato di essere stato corrotto dal re dei Persiani Dario per avvelenarlo, egli preferì fidarsi della caratura professionale del medico: «dopo avere accolto la coppa di medicinale Alessandro diede a Filippo la lettera, e diresse i suoi occhi verso il medico. Quando vide il medico sereno, rise soddisfatto. Dopo pochi giorni, Alessandro riacquistò la buona salute»<sup>10</sup>.

E d'altra parte, in un'ottica soltanto apparentemente diversa, ma altrettanto emblematica del rapporto di fiducia e dell'alleanza terapeutica (si direbbe oggi) tra medico e paziente, si pone l'episodio narrato dallo storico romano Curzio Rufo. Alessandro Magno, ferito gravemente da una freccia nell'addome, rassicura il medico Critobulo promettendo di non farlo decapitare nel

<sup>7</sup> A. DEBRU, *Scienza greco-romana. Pensiero medico e pratica della medicina nei trattati ippocratici*, in Treccani.it.

<sup>8</sup> IPOCRATE, *De flatibus*, 1.

<sup>9</sup> G. CAPOGRASSI, *Fede e scienza*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, p. 3 ss.

<sup>10</sup> PLUTARCO, *Vita di Alessandro*, 19, 5-9. «Alessandro Magno era arrivato a Tarso, dove venne conquistato dal fascino del fiume Cidno. In quel luogo, carico di polvere e di sudore, aveva depresso le armi e si era sommerso nell'acqua più che gelida del fiume, per il proprio ristoro. A quel punto improvvisamente la rigidità si impadronì dei suoi muscoli, la voce si fermò, e non solo non si vide nessuna speranza di medicinale ma nemmeno, il calo del pericolo. Vi era solo uno fra i medici del re di nome Filippo, che assicurava un medicinale per la salvezza di Alessandro. Ma una lettera di Parmenione che era stata inviata il giorno prima, dalla Cappadocia rendeva diffidente il medico. Infatti Parmenione senza conoscere la malattia di Alessandro, aveva sospettato dell'onestà di Filippo, poiché, così scriveva il comandante ad Alessandro, era stato corrotto dal re dei Persiani Dario, con un'enorme quantità di denaro. Nonostante ciò, Alessandro ritenne migliore aver fiducia nell'onestà del medico invece di morire per malattia. Accolse la coppa e contemporaneamente, diede a Filippo la lettera, ed diresse i suoi occhi verso il medico. Quando vide il medico sereno, rise soddisfatto. Dopo pochi giorni Alessandro riacquistò la buona salute».

caso di esito infausto dell'operazione<sup>11</sup>; l'ordine di Alessandro diviene così una vera e propria autorizzazione all'intervento che gli salverà la vita, mentre l'incontro dei consensi tra medico e paziente rende perfettamente l'idea della bipartizione platonica tra due tipologie di medico<sup>12</sup>, ovvero quella degli uomini liberi, che rende «partecipe il malato»<sup>13</sup>, e quella degli schiavi, che «con l'arroganza del tiranno»<sup>14</sup> non dà spiegazioni.

E tuttavia, potrebbe notarsi sin da adesso, una cosa è rendere partecipe il malato richiedendone il consenso, altra cosa è obbedire alle sue disposizioni: anche il medico degli uomini liberi pur rendendo partecipe il malato e pur operando soltanto dopo averne ricevuto il consenso assume un ruolo paternalistico nei suoi confronti e rimane comunque libero nelle scelte terapeutiche.

Tale relazione asimmetrica è venuta a mutare ed a trasformarsi notevolmente nel corso dei tempi, dato che il rapporto tra diritto, deontologia, medicina, salute, convinzioni etiche e/o religiose del paziente e del medico si è modificato parallelamente al progresso della scienza medica, alla diversa concezione di salute fatta propria dalla società, ed al diversificarsi dei poteri dispositivi consentiti – o vietati – dal diritto sul corpo e sulla vita; dal paternalismo terapeutico si è così passati, specialmente in alcuni campi della medicina, all'esaltazione del potere decisionale del paziente.

Non a caso tale materia, per la sua specificità, è stata attualmente considerata tanto come un microcosmo, come un sottosistema della responsabilità civile<sup>15</sup>, quanto come un «macrocosmo all'interno del quale convivono tanti altri microsistemi quante sono le specializzazioni dell'arte medica»<sup>16</sup>.

In altri termini, proprio a causa delle molteplici sfaccettature che può assumere l'oggetto dell'obbligazione nel rapporto medico-paziente, potendo esso variare a seconda delle specifiche esigenze di quest'ultimo e della specializzazione del medico, è difficile oggi poter fornire un'unica configurazione del ruolo del medico ed un solo regime della sua eventuale responsabilità<sup>17</sup>. Basti pensare alle macroscopiche differenze che corrono tra interventi medici diretti a salvare la vita del paziente e attività mediche dirette a soddisfare mere esigenze estetiche del cliente, dal trapianto di capelli al rimodellamento dei suoi tratti personali.

Per di più in tale ambito sono intervenuti molteplici progressi della tecnica, i quali se da un lato hanno accresciuto i poteri del medico, aumentandone le responsabilità, dall'altro hanno am-

---

<sup>11</sup> CURZIO RUFO, *Historiarum Alexandri Magni*, IX, 5. Su tale episodio v. R. BALDUZZI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, Vita e Pensiero, 2025, p. 782.

<sup>12</sup> V., al riguardo, F. PAPINI – L. MARSELLA, *Dottrina e metodologia – Laicità dello Stato e rifiuto di trattamenti sanitari per motivi religiosi: un nuovo riconoscimento della Cassazione per “medici liberi” di “uomini liberi”*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2021, p. 937 ss.

<sup>13</sup> PLATONE, *Leggi*, IV, 720.

<sup>14</sup> PLATONE, *Leggi*, IV, 720.

<sup>15</sup> R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, XXVI, 293; ID., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 1.

<sup>16</sup> M. ROSSETTI, *Errore complicanza e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 13.

<sup>17</sup> Sia consentito rinviare a G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, Torino, 2010.

pliato i poteri del paziente, incidendo sulle sue richieste e sulle sue pretese, potendo addirittura egli scegliere se farsi operare dall'uomo o non piuttosto dalla macchina (robot).

In una società nella quale la vita umana si è notevolmente allungata proprio per opera di interventi terapeutici ritenuti impossibili o comunque difficili sino a pochi lustri addietro (interventi che ormai sono divenuti di *routine* e che pertanto non implicano più la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ai sensi dell'art. 2236 c.c.), e nella quale vi è stato un aumento esponenziale delle possibilità di cura, si sono moltiplicate le richieste avanzate (ed avanzabili) dai pazienti<sup>18</sup>.

Si è inoltre assistito ad un progressivo, collettivo, rifiuto dell'accettazione rassegnata di eventi pregiudizievoli che fino a pochi anni fa venivano classificati sotto la generica denominazione di «sciagure»<sup>19</sup> (operazione riuscita, malato defunto solevano dire i vecchi chirurghi); sicché al verificarsi di ogni evento dannoso è corrisposta, con una mentalità quasi magica, tanto una sorta di pretesa all'immortalità, quanto la ricerca di un responsabile solvibile, ed anzi «molto solvibile» (l'ospedale pubblico o privato)<sup>20</sup>.

A ciò si aggiunga che la maggior parte dei compiti del medico, sia diagnostici che terapeutici, sono oggi svolti da *équipe* che operano a volte contestualmente (si pensi ad un'operazione chirurgica), a volte separatamente (si pensi alla necessità di fare svolgere le analisi che indirizzano la diagnosi da laboratori specialistici) e che sono composte da diverse figure professionali.

Si è avuta così una procedimentalizzazione delle cure ed una minuziosa parcellizzazione dei compiti un tempo svolti da un unico operatore sanitario che ha comportato una spersonalizzazione del rapporto medico-paziente, ed una diffrazione della responsabilità personale del medico in quella, frammentata e impersonale appunto, dei vari soggetti che operano all'interno del gruppo.

A questo processo di frammentazione della responsabilità medica hanno inoltre notevolmente contribuito tanto la nano ingegneria che l'intelligenza artificiale, che sempre più spesso si sono sostituite agli operatori professionali sia in fase esecutiva che in fase diagnostica<sup>21</sup>, rendendo così ancor più complessa l'individuazione di un responsabile o di un unico responsabile in caso di danni (si pensi ai danni derivanti da malfunzionamento delle macchine).

Occorre ancora rilevare come i numerosi mutamenti ai quali si è accennato abbiano comportato, da un lato, una maggiore responsabilizzazione del sistema sanitario ma abbiano coinciso,

---

<sup>18</sup> G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, cit., p. 2.

<sup>19</sup> Al riguardo v. C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, p. 1223; ID., *Profili della responsabilità medica*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, cit., p. 118, il quale osserva che «la responsabilità medica è frutto di un modo di sentire ormai dominante nelle nostre società e consistente nell'identificare *tout court* il danno subito con un torto da imputare ad altri in un modo di vedere e di reagire agli eventi che ha sostituito quasi completamente nel comune sentire quella che una volta si chiamava rassegnazione».

<sup>20</sup> Sia consentito ancora il rinvio a G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, cit., p. 7.

<sup>21</sup> Sul punto, v. E. COLLETTI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria. Profili giuridici dell'utilizzo della robotica in medicina*, in *Riv. dir. ec. tras. amb.*, 2021, p. 201 ss.; C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e Diritto*, 2020, n. 1, 161 ss.; U. RUFFOLO, *L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giur. it.*, 2022, 502 ss.; R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, in *Giust. civ.*, 2024, p. 158 ss.

dall'altro, con un processo di deresponsabilizzazione del singolo medico da parte dell'ordinamento giuridico; basti considerare che in seguito alla proliferazione delle cause contro i medici, ed anche al fine di scongiurare la diffusione sempre maggiore della c.d. medicina difensiva<sup>22</sup>, il legislatore, con la legge 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. Gelli-Bianco), ha modificato notevolmente tanto il regime della responsabilità civile del medico, avendo affermato che egli «risponde del suo operato ai sensi dell'art. 2043, c.c. salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, c. 3), quanto su quello della sua responsabilità penale, avendone escluso la punibilità<sup>23</sup> quando siano state «rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto (art. 6, c. 2)».

Non è questa la sede per valutare se il legislatore abbia così realizzato in materia di responsabilità civile del medico un «intervento brutale imponendo *ex auctoritate* la qualificazione aquiliana della responsabilità medica, e in tal modo ha gettato a mare un paio di decenni di *Rechtsfortbildung*, ossia di sviluppo del diritto da parte di dottrina e giurisprudenza col quale era stata riconosciuta in forma appropriata la dimensione relazionale della responsabilità del medico»<sup>24</sup>, ovvero se l'impostazione richiamata sia da approvare, dato che «mediante le disposizioni testé richiamate il legislatore ha voluto riequilibrare il rapporto asimmetrico che era venuto a stabilirsi tra medico e paziente, assicurando al primo un trattamento più vantaggioso rispetto al passato, tanto sul terreno del diritto sostanziale quanto su quello processuale»<sup>25</sup>.

Si tratta infatti di una questione che meriterebbe un approfondimento che esula dai limiti del presente lavoro, dato che richiederebbe di accertare se il legislatore possa qualificare una fattispecie ovvero se tale qualificazione rientri negli esclusivi poteri della dottrina e della giurisprudenza.

Un problema, questo, emblematicamente messo in evidenza dalle sopra richiamate opinioni dottrinali, e che sfocia poi in quello ulteriore del decidere se privilegiare l'affidamento del paziente nei confronti del medico, con conseguente responsabilità da contatto sociale del sanitario, o se assicurare al professionista un trattamento più vantaggioso rispetto al passato, che scongiuri al contempo tanto un «attacco alla diligenza» nelle aule giudiziarie quanto il ricorso alla medicina difensiva.

---

<sup>22</sup>La pratica della medicina difensiva è generalmente suddivisa in: a) 'positiva', quando i medici prescrivono visite e/o esami superflui; b) 'negativa', quando i medici si rifiutano di curare pazienti ad alto rischio o escludono aprioristicamente prestazioni rischiose (v. <https://www.salute.gov.it>). Sul punto v. R. BALDUZZI, *La medicina difensiva come ostacolo alla tutela della salute*, in AA.VV., *Diritto e medicina. Un'ipotesi di dialogo tra le scienze*, a cura di F. Santini, R. Lombardi, Torino, 2021, p. 49 ss.; A. LUMINOSO, *Sulla nuova disciplina della responsabilità civile nel settore sanitario. Regime binario e criteri di imputazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2024, p. 1449 ss.

<sup>23</sup>V. art. 590-sexies c.p. (come modificato dall'art. 6 l. 24/2017) il quale regola i delitti di omicidio e lesioni personali colpose commessi nell'esercizio della professione sanitaria, stabilendo che, qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le linee-guida ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali.

<sup>24</sup>A. NICOLUSSI, *Responsabilità sanitaria e rivalsa*, in *Eur. dir. priv.* 2023, p. 657 ss.

<sup>25</sup>A. LUMINOSO, *Sulla nuova disciplina della responsabilità civile*, cit., p. 1453.

Può tuttavia accennarsi alla circostanza che la giurisprudenza, incurante, per così dire, del dettato legislativo, ha spesso continuato a fornire interpretazioni volte a ricondurre la responsabilità del medico nell'area del contratto<sup>26</sup> e che ove abbia voluto facilitare la tutela sostanziale e processuale del paziente, ha finito per addossare l'onere della prova al professionista affermando che «incombe sul medico l'onere di provare di avere agito con la diligenza richiesta o che il suo inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile»<sup>27</sup>; così come non può non ricordarsi che parte della dottrina ha addirittura paventato l'incostituzionalità di tale norma poiché essa avrebbe attribuito al legislatore il potere «di qualificare la natura della responsabilità, esautorando il giudice di una delle sue funzioni»<sup>28</sup>.

Per non tacere poi del fatto che, al fine di distinguere le varie ipotesi di responsabilità medica, è stata riproposta, nonostante le critiche mosse da tempo a tale bipartizione<sup>29</sup>, la dicotomia «tra “obbligazioni di mezzi” (o “di diligenza”) e obbligazioni “di risultato”»<sup>30</sup>, inserendo tra le prime quelle che implicano «problemi tecnici di speciale difficoltà» e conseguentemente danno luogo all'applicazione della limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave prevista dall'art. 2236 c.c.<sup>31</sup>, e tra le seconde, oltre agli interventi di natura estetica e alle cure odontoiatriche, «i c.d. interventi di facile esecuzione (o di routine), dall'esito negativo dei quali i nostri giudici traggono in via presuntiva l'accertamento della negligenza del medico e/o della sussistenza del nesso causale tra la sua condotta e il danno lamentato dal paziente»<sup>32</sup>, ovvero ancora gli interventi nei quali «il risultato positivo è una conseguenza “statisticamente fisiologica” della prestazione professionale diligente»<sup>33</sup>.

Può pertanto notarsi come le soluzioni di volta in volta prospettate in materia trovino la propria giustificazione, piuttosto che a livello dogmatico, nell'analisi economica di tale fenomeno giuridico.

Analisi economica alla luce della quale sembra potersi giustificare altresì la diversa responsabilità dei singoli medici da quella della casa di cura, venendo in rilievo quest'ultima non già come soggetto esercente la scienza medica, ma come impresa operante nel mercato ed alla quale quindi è logico imputare quei “fallimenti” che possono qualificarsi non già come insuccessi medici ma come insuccessi di mercato.

---

<sup>26</sup> V., ad esempio, Cass. civ. sez. III, 15 marzo 2024, n.7074, in *Guida al dir.* 2024, p. 17; Trib. Napoli sez. VIII, 29 agosto 2023, n.8133, in *Jurisdata online*.

<sup>27</sup> Trib. Asti, 30 settembre 2024, n.608, in *Jurisdata online*; Trib. Bari, 01 agosto 2024, n.3568, in *Jurisdata online*; Trib. Nola sez. I, 03 maggio 2024, n.1408, in *Jurisdata online*.

<sup>28</sup> V. M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Riv. resp. med.*, 2017, p. 22; v., inoltre, G. IANNI, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare, la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto e il c.d. “danno da nascita indesiderata”. La c.d. riforma Balduzzi, doc. n. 330/2012*, in [www.ilcaso.it/opinioni/330-ianni-18-12-12](http://www.ilcaso.it/opinioni/330-ianni-18-12-12). Pdf.

<sup>29</sup> Per tutti, v. L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185 ss.

<sup>30</sup> G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 2023, p. 798.

<sup>31</sup> Corte appello Palermo, 27 ottobre 2021, n. 1705, in *Jurisdata online*; M. TESCARO, *L'art. 2236 cod. civ. e l'auspicabile contenimento della responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Studium iuris*, 2021, 32 ss.

<sup>32</sup> M. FACCIOLI, *La responsabilità sanitaria tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Resp. civ. san.*, 2024, p. 1 ss.

<sup>33</sup> Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Jurisdata online*.

Da qui, a fronte dell'unicità del fatto illecito «il medico risponde soltanto della protezione violata, laddove la struttura è responsabile del mancato conseguimento del risultato come esito dell'inadempimento, che è categoria dell'obbligo di prestazione non soddisfatto»<sup>34</sup>.

Attualmente, dunque, nella valutazione dei danni derivanti da *malpractice* medica si possono individuare varie ipotesi di responsabilità sottoposte a loro volta a diversi regimi più o meno favorevoli ora al danneggiante ora al danneggiato; si passa così da una responsabilità del singolo medico ad una responsabilità della casa di cura, ad una responsabilità medica d'*equipe*, ad una responsabilità della macchina e del suo produttore.

Tali numerose considerazioni, ognuna delle quali meriterebbe ovviamente una minuziosa trattazione, mettono in evidenza, per quanto qui rileva, come la specializzazione delle professioni, la frammentazione della responsabilità del singolo operatore, la sostituzione della responsabilità personale del medico con quella dell'ente, dell'*equipe*, della macchina, abbiano diminuito quello che era l'insindacabile potere del medico, incidendo ovviamente sulla sua responsabilità personale.

Per converso, come ancora si accennava, si sta assistendo attualmente ad una serie di mutamenti sociali che hanno comportato una valorizzazione del ruolo del paziente, non più considerato soltanto come “oggetto” della prestazione, bensì come soggetto che può attivamente contribuire a riempire il contenuto dell'obbligazione.

Si pensi da tale punto di vista al progressivo mutamento del significato del termine salute, non più ancorato alla semplice “assenza di malattia” ma coincidente dapprima con un completo stato di benessere psicofisico<sup>35</sup> ed attualmente con «la capacità di adattamento e di autogestirsi di fronte alle sfide sociali fisiche ed emotive, sottolineando la capacità della persona di convivere anche con la malattia nelle sue varie fasi e di potersi autodeterminare rispetto alla cure e alla dignità di paziente»<sup>36</sup>; nuovo significato che si può cogliere appieno ove si prendano in considerazione certi settori della medicina reputati non tradizionali, nei quali il professionista non opera più soltanto come “guaritore” di malati ma anche come artista del corpo<sup>37</sup> e/o come artefice di sogni<sup>38</sup> e nei quali le richieste del paziente non sono volte alla cura di malattie ma possono assumere i contenuti più disparati, nel presupposto che «non esiste un benessere uguale per tutte e per tutti»<sup>39</sup>: dalla chirurgia estetica, alla medicina sportiva ed a tutti quei settori nei quali non si cerca di rimediare a stati di natura violati ma si cerca di forzare la stessa natura.

---

<sup>34</sup> C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.* 2020, p. 847 ss.

<sup>35</sup> V. il preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità entrata in vigore il 7 aprile 1948, secondo il quale «la sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità». Su tale evoluzione v., ancora, G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, cit., p. 2.

<sup>36</sup> Su tale mutamento v. F. RESCIGNO, *La Sex and Gender Medicine quale crocevia tra diritto alla salute e principio di uguaglianza*, in *One Earth – One Health. La costruzione giuridica del terzo millennio*, a cura di F. Rescigno e G. Giorgini Pignatiello, Torino, 2023, p. 87.

<sup>37</sup> Tale espressione è di H. JONAS, *Tecnica medicina ed etica*, cit., p. 112.

<sup>38</sup> Al riguardo cfr. K. JASPERS, *Il medico nell'età della tecnica* (trad. it. a cura di M. Nobile), Milano, 1991, p. 1.

<sup>39</sup> F. RESCIGNO, op. loc. ult. cit.

Per non parlare poi di problematiche (antiche ma trattate oggi in modo nuovo) ancora più profonde legate all'esistenza ed al mantenimento in vita dell'essere umano, le quali, come si vedrà oltre, possono porsi in tale campo con esiti che mutano continuamente e che ovviamente coinvolgono oggi non soltanto i soggetti del rapporto obbligatorio ma anche i pubblici poteri.

In tale mutato contesto sociale, non più *perinde ac cadaver* nelle mani del professionista, il paziente è divenuto un co-protagonista di tale rapporto giuridico, dato che gli è oggi consentito di influire attivamente sul contenuto della prestazione medica; ed al contempo il medico, non è più considerato, si ripete, il detentore di un potere assoluto sul proprio paziente, dovendo egli a volte assoggettarsi al volere di quest'ultimo.

Di tale modifica radicale del ruolo del paziente ha tenuto conto anche il codice di deontologia medica che mentre in passato, nella parte dedicata al giuramento di Ippocrate, prevedeva testualmente che il medico dovesse scegliere «il regime per il bene dei malati secondo le sue forze e il suo giudizio», nella nuova versione adottata nel 2014 statuisce viceversa che il medico debba «perseguire con la persona assistita una relazione di cura fondata sulla fiducia e sul rispetto dei valori e dei diritti di ciascuno e su un'informazione, preliminare al consenso, comprensibile e completa».

Concetti come “alleanza terapeutica”, “relazione di cura” sono appunto emblematici di tale trasformazione del rapporto medico-paziente<sup>40</sup>, la quale ha probabilmente raggiunto il culmine con l'adozione della l. 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

Come è noto, infatti, attraverso tale normativa il legislatore, sospinto dalle note sentenze adottate in seguito ai casi Welby<sup>41</sup> ed Englaro<sup>42</sup>, ha non soltanto regolamentato le c.d. disposizioni an-

<sup>40</sup> Su tali trasformazioni v. G. DI ROSA, *La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 26 ss.

<sup>41</sup> V. Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Jurisdata online*, secondo la quale «alla luce del dettato dell'art. 32, comma 2, Cost., nonché dell'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non possono, in nessuna sede, essere disattesi il riconoscimento e la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario; diritto che contempla ovviamente anche il caso di rifiuto di nuova terapia e lo speculare caso d'interruzione della terapia già iniziata. Infatti, il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanzandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione. Per escludere, invece, un trattamento sanitario che si sostanzia in un contenimento fisico dell'individuo soccorre, con conseguente duplice garanzia costituzionale, anche la disciplina assicurata dall'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale dell'individuo contro ogni forma di coazione fisica». La letteratura sul caso Welby è ovviamente sterminata; senza pretese di esaustività, v. A. SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 1/2007, p. 28 s.; F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 5 ss.; F. VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano, Relazione all'incontro di studi organizzato dal CSM su “Autodeterminazione, diritto alla vita, eutanasia e tutela prenatale”*, Agrigento, 23 settembre 2007, in *www.csm.it*; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale, Relazione al convegno “Eu-thanatos, accanimento terapeutico, tutela dei diritti umani fondamentali”*, Università Milano Bicocca, 23 maggio 2007, in *www.penalebicocca.it*; A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 355 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, ivi, p. 357 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, ivi, 2008, p. 68 ss.; M. G. SALARIS, *Corpo umano e diritto privato*, Milano, 2007, p. 256; A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 237 ss.

ticipate di trattamento (DAT)<sup>43</sup> con le quali «ogni persona maggiorenne capace di intendere e di volere in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari» (art. 4), ma ha altresì influito sull'intera materia della responsabilità medica attraverso la proclamazione del principio secondo il quale «è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa

---

<sup>42</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748 in *Jurisdata online*. Eluana Englaro era caduta in coma all'età di vent'anni, e non aveva dunque la possibilità di esprimere la propria volontà di porre fine alla propria vita, rendendo così impraticabile l'applicazione dell'art. 32 Cost. Inoltre, Eluana non era attaccata ad un dispositivo medico per la ventilazione artificiale ma usufruiva della nutrizione e della idratazione artificiale. Il problema diveniva ancor più complesso rispetto al caso Welby dato che la scelta tragica era quella concernente la possibilità del tutore (il padre di Eluana) di manifestare la volontà presunta della figlia. In quel caso la S.C. ha affermato che nel caso di richiesta da parte del tutore di una ragazza posta in condizione di "stato vegetativo permanente" di interrompere l'idratazione e l'alimentazione artificiali somministrate alla stessa, il giudice può autorizzarne l'interruzione soltanto in presenza di due circostanze concorrenti: a) l'irreversibilità della condizione di stato vegetativo della paziente, scientificamente fondata, in modo che non vi sia, in base agli standard scientifici internazionalmente riconosciuti, alcuna possibilità di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; b) l'accertamento univoco della volontà della paziente, sulla base di elementi tratti dal vissuto della medesima, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici, circa il rifiuto alla continuazione del trattamento. Com'è noto, in seguito alla sentenza sul caso Englaro, il 16 luglio 2008, Camera e Senato sollevarono un conflitto di attribuzione contro la Corte di Cassazione e la Corte di Appello di Milano, avendo ritenuto che la sentenza dell'ottobre 2007 integrasse "un atto sostanzialmente legislativo, innovativo dell'ordinamento normativo vigente". La Corte costituzionale, con ordinanza n. 334/2008 si pronunciò a favore della Cassazione e della Corte d'Appello di Milano, avendo affermato come la sentenza in questione non fosse affatto innovativa di un ordinamento basato su una Costituzione che garantisce il diritto di rifiutare le cure mediche e il rispetto della volontà del singolo. Il Governo, in seguito a tale decisione, nel febbraio 2009, approvava un decreto legge per evitare la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione in pazienti in stato vegetativo, ma il Presidente della Repubblica rifiutava di firmare il decreto avendolo definito palesemente incostituzionale. Alle ore 20 dello stesso giorno e malgrado il monito del Presidente della Repubblica, il Consiglio dei Ministri si riuniva in una sessione straordinaria per dar vita ad un disegno di legge con gli stessi contenuti del decreto precedente; il 9 febbraio 2009, nonostante il Senato osservasse la chiusura in quel giorno, si riuniva ugualmente per discutere del disegno di legge n. 1369. Il 9 febbraio 2009, nella serata, arrivava la notizia della morte di Eluana, alla quale erano state progressivamente sospese alimentazione e idratazione a partire dal 6 febbraio. Il Governo ritirava il disegno di legge e si riproponeva di ridiscutere in maniera più dettagliata di disposizioni in materia di fine vita e testamento biologico, proposto, durante la XVI legislatura, disatteso. V., al riguardo, <https://www.associazionelucacoscioni.it/caso-giudiziario-eluana-englaro>. Al riguardo v. G. GEMMA, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul «caso Eluana»*, in *Giur. Cost.*, 5, 2008, 3723 ss.; R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. Cost.*, 1, 2009, 91 ss.

<sup>43</sup> Al riguardo, ovviamente senza pretese di esaustività, v. R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 947 ss.; F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, *passim*; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 457 ss.; U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 1 ss.; P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2020, p. 7 ss.; G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., *passim*; G. CREPALDI, *Il caso «Englaro»: i giudizi civili, amministrativi e l'epilogo alla Corte dei conti*, in *Resp. civ. e prev.* 2022, p. 27 ss.

sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico»<sup>44</sup> (art. 1, c. 2).

Come tale relazione privatistica, così irenicamente definita dal legislatore, si realizzi nella realtà effettuale delle cose e specialmente nel rapporto obbligatorio tra il medico ed il paziente vuole essere l'oggetto del presente lavoro; una riflessione, questa, che tuttavia non potrà prescindere da alcuni cenni alle esigenze pubblicistiche che sottostanno alla regolazione di tale rapporto obbligatorio, il quale ha ad oggetto un interesse della collettività e vede come protagonista, oltre che un esercente privato di pubbliche funzioni (art. 359 c.p.), la stessa p.a. ed il paziente, ormai da considerare alla stregua di un consumatore.

L'incontro tra l'autonomia decisionale del paziente e la competenza del medico può spesso infatti risolversi in uno scontro: da qui l'esigenza di valutare quali siano i valori messi in prima linea dall'ordinamento giuridico, che di volta in volta può considerare il "creditore della prestazione di cura" ora come soggetto determinante l'oggetto dell'obbligazione medica, ora come "oggetto" della stessa.

Una volta che il contenuto della prestazione medica non corrisponde più soltanto alla cura, ma è ormai collegato anche alle scelte del paziente sulla qualità della propria vita (dato estremamente soggettivo) è evidente che tali scelte possono anche divergere dalle indicazioni del medico, dalle sue convinzioni deontologiche, nonché dall'interesse (anche economico) della collettività tutta.

## 2. Consenso informato e principio di autodeterminazione; libertà di scelta e costi sociali.

L'introduzione del concetto di "consenso informato"<sup>45</sup> nel codice di Norimberga, in seguito alla condanna degli atroci esperimenti compiuti da medici nei campi di concentramento tedeschi<sup>46</sup>, ha senza dubbio rappresentato il simbolo dell'accresciuto potere partecipativo del paziente all'interno della relazione di cura.

L'elenco dei dieci principi che costituiscono il Codice di Norimberga si apre infatti con l'affermazione che «la persona coinvolta dovrebbe avere la capacità legale di dare il consenso; dovrebbe essere in grado di esercitare un libero potere di scelta, senza l'intervento di qualsiasi elemento di forza, frode, inganno, costrizione, raggirio, o altre forme di costrizione o coercizione;

<sup>44</sup> Rilevano F. PAPINI – L. MARSELLA, op. ult. cit., che si tratta di «una legge che, come riconosciuto da diversi autori oltre che dalla stessa Corte costituzionale (Ordinanza 242/2019 relativa al c.d. caso Cappato), è figlia di un percorso tracciato da vicende umane tragiche».

<sup>45</sup> V., al riguardo, senza pretese di esaustività, P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss.; F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 710 ss. G. ALPA, voce «Salute (Diritto alla)», in *Novissimo Dig. it., App.*, VI, Torino, 1986, p. 913 ss.; G. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e «consenso informato» del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 480 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 117 ss.; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, VII ed., Padova, 2010; V. CALDERAI, voce «Consenso informato», in *Enc. dir., Annali VIII*, Milano, 2015, p. 225 ss.

<sup>46</sup> C. HICK, *Consenso informato*, in *Treccani.it*.

dovrebbe dimostrare una sufficiente conoscenza e comprensione di tutti gli elementi che costituiscono l'argomento»<sup>47</sup>.

Tale principio, inizialmente inteso quale obbligo del sanitario di richiedere ed ottenere un'autorizzazione nelle ipotesi di sperimentazione clinica<sup>48</sup>, si amplierà successivamente, coinvolgendo l'intero rapporto tra medico e paziente ed imponendo al professionista non già l'acquisizione di un semplice assenso al trattamento sanitario, ma rendendo necessario un vero e proprio dovere di informazione volto ad illustrare al paziente tanto la diagnosi che la terapia al fine di coinvolgerlo nelle scelte terapeutiche, e persino nelle scelte che alla terapia rinunciano.

Da qui il termine "consenso informato", coniato dalla traduzione letterale del termine anglosassone *informed consent*<sup>49</sup>, che negli anni Settanta del secolo scorso verrà tradotto nei *Principi di etica biomedica*<sup>50</sup> come principio di autonomia, consistente appunto nel diritto di rifiutare un determinato trattamento medico e di prendere parte al processo decisionale<sup>51</sup>.

Il principio del consenso informato è divenuto in tale ottica espressione di un vero e proprio diritto fondamentale, ovvero quello all'autodeterminazione<sup>52</sup>, sul cui fondamento costituzionale

<sup>47</sup> In realtà, anche in seguito all'adozione di tale codice vi sono stati casi di sperimentazione senza consenso. V., al riguardo, C. HICK, op. ult. cit., il quale ricorda che «negli Stati Uniti, negli anni successivi al processo di Norimberga, furono comunque denunciati diversi casi che riguardavano la ricerca medica effettuata senza un adeguato consenso. Fino ai primi anni Cinquanta, per esempio, furono testati senza alcun consenso i nuovi vaccini antipolio su bambini con ritardo mentale, ricoverati in istituti specializzati. Vi furono, nella ricerca, altre violazioni: le più discusse furono le iniezioni di cellule cancerose vive in pazienti del Jewish Chronic Disease Hospital a Brooklyn nel 1963 e lo studio sulla sifilide conosciuto come Tuskegee study (dal nome della città dell'Alabama in cui venne effettuato), iniziato negli anni Trenta. Uomini di razza nera affetti dalla malattia venivano tenuti in osservazione senza ricevere alcun trattamento (cosa che continuò fino al 1973), contro la loro volontà e senza alcuna informazione, per studiare l'evoluzione del 'corso naturale' della sifilide non curata. Tuttavia, il caso del Jewish Chronic Disease Hospital suscitò almeno la reazione dei membri del consiglio di amministrazione della State University di New York, che condannarono i medici coinvolti nello studio».

<sup>48</sup> Il punto n. 1 della Carta di Norimberga stabilisce che «prima di accettare una decisione affermativa da parte del soggetto dell'esperimento lo si debba portare a conoscenza della natura, della durata e dello scopo dell'esperimento stesso; del metodo e dei mezzi con i quali sarà condotto; di tutte le complicazioni e rischi che si possono aspettare e degli effetti sulla salute o la persona che gli possono derivare dal sottoporsi dell'esperimento».

<sup>49</sup> V., al riguardo, V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, reperibile su <https://old.actaitalia.it/issues/2005/5-05/mallardi.pdf>.

<sup>50</sup> T. L. BEAUCHAMP, JAMES - F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, Firenze 1999; ID., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1977.

<sup>51</sup> I quattro principi conati da T. L. BEAUCHAMP, JAMES - F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, cit., sono: 1) il principio di beneficenza, consistente nel dovere del medico di operare avendo come principale obiettivo il bene del paziente; 2) il principio di non maleficenza: *primum non nocere*; 3) il principio di giustizia di equità, ovvero il dovere di agire bilanciando il rapporto tra benefici e rischi anche secondo un uso appropriato delle risorse; 4) il principio di autonomia, inteso come principio di autodeterminazione del paziente e come indipendenza professionale del medico.

<sup>52</sup> Ricorda C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1037, come «autodeterminazione è parola che nasce a metà dell'ottocento a indicare il diritto degli individui e delle nazioni di scegliere da sé medesime il proprio destino». Nel diritto internazionale, essa viene intesa quale principio in base al quale «i popoli hanno diritto di scegliere liberamente il proprio sistema di governo (autodeterminazione interna) e di essere liberi da ogni dominazione esterna, in particolare dal dominio coloniale (autodeterminazione esterna)» ([www.treccani.it](http://www.treccani.it)). V., al riguardo, T.E. FROSINI, *Costituzione, autodeterminazione, secessione*, in *Rivista AIC*, 1/2015, p. 2). Viceversa, «dalla prospettiva del diritto civile l'autodeterminazione evoca l'autonomia come potere dinamico del soggetto a riguardo della sua sfera giuridica». (C. CASTRONOVO, op. loc. ult. cit). Cfr., inoltre, al riguardo, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non*

ancora oggi ampiamente si discute<sup>53</sup>, dato che a fronte di chi ne ha individuato la tutela in un coacervo di norme costituzionali (art. 2, art. 13, art. 32 Cost.), nazionali e sovranazionali<sup>54</sup>, si è posto chi viceversa l'ha ancorato alla sola libertà personale<sup>55</sup> e chi ancora ha affermato che «quella che perciò si definisce comunemente come “autodeterminazione” non ha sicuramente nell'ordinamento giuridico una dimensione unitaria, ma è suscettibile di assumere valenza giuridica solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che le è proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente»<sup>56</sup>.

Dal canto suo la Corte costituzionale<sup>57</sup>, in linea con la dottrina maggioritaria, ha ancorato tale principio non soltanto alla Costituzione ma anche alla legislazione ordinaria nonché ad alcune fonti sovranazionali.

Più precisamente il principio di autodeterminazione terapeutica si fonderebbe secondo il Giudice delle leggi sull'art. 2 Cost., che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, sull'art. 13 Cost., il quale proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»<sup>58</sup> e che, dunque, va ad influire sull'interpretazione dell'art. 5 cod. civ., nonché sull'art. 32 Cost., che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse (fondamentale) della collettività<sup>59</sup>, e che stabilisce che «nessuno può essere sottoposto a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»<sup>60</sup>.

*diritto*, Milano, 2006, p. 85; P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, in *Tratt. di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, p. 99 ss.

<sup>53</sup> V., al riguardo, E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 1/2011, p. 1 ss.

<sup>54</sup> V., ad esempio, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*; ID., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 26; S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto Rodotà-Zatti*, Milano, 2011, p. 197 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 361; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa al secondo comma dell'art. 32 cost.*, in *Quad. Cost.*, 2012.

<sup>55</sup> C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione*, cit., p. 1050, secondo il quale «il luogo costituzionale dell'autodeterminazione [...] non può che essere quello della libertà personale», dato che «nonostante tutti i richiami che ad esso sono stati fatti per fondarvi costituzionalmente un diritto all'autodeterminazione circa la vita che non si vuole più, è difficile sostenere che l'art. 32 possa includere anche questo».

<sup>56</sup> Cfr., al riguardo, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>57</sup> V. Corte cost. 22 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328. Su tale decisione v., ad esempio, R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in [www.associazionecostituzionalisti.it](http://www.associazionecostituzionalisti.it), 23 aprile 2009, i quali rilevano come in essa «per la prima volta il giudice delle leggi affermi l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso». In tema, v., più di recente, Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 14, in *Foro Amm.* (II) 2023, 3, II, 302, secondo la quale «il consenso informato, quale condizione per la liceità di qualsivoglia trattamento sanitario, trova fondamento nell'autodeterminazione, nelle scelte che riguardano la propria salute, intesa come libertà di disporre del proprio corpo, diritti fondamentali della persona sanciti dagli artt. 2, 13, 32 Cost. e dagli artt. 1, 2 e 3 CdfUe».

<sup>58</sup> Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Jurisdata online*.

<sup>59</sup> Rileva, sulla scia di Vezio Crisafulli, che «l'aggettivo fondamentale regge sia l'espressione diritto dell'individuo sia quella interesse della collettività», R. BALDUZZI, *Le nuove frontiere dell'appropriatezza clinica e organizzativa, tra individualizzazione del trattamento e superamento dei modelli tratlatizi?*, in *One Earth – One Health*, cit., p. 94.

<sup>60</sup> In argomento, v. D. VINCENZI AMATO, *Rapporti Etico-sociali. Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 174; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.* 1980, p. 769 ss.; ID., *Salute*,

Nella legislazione ordinaria, oltre alla sopracitata l. 219/2017 in tema di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, viene in rilievo la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale 23 dicembre 1978 n. 833 la quale, dopo aver premesso all'art. 1 che «la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», sancisce all'art. 33 il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

Infine, con riferimento alla normativa sovranazionale occorre menzionare, ad esempio, oltre al menzionato codice di Norimberga del 1947 in relazione alla sperimentazione sugli esseri umani, la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, stipulata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e resa esecutiva in Italia con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>61</sup>, dalla quale si evince come il consenso libero e informato del paziente sia il presupposto non soltanto della liceità del trattamento, ma rappresenti un diritto fondamentale del cittadino europeo, volto alla tutela dell'integrità della persona.

Per non parlare poi di quei documenti dall'importante valore etico, come la Dichiarazione di Helsinki, adottata dall'Associazione medica mondiale (AMM) nel giugno 1964, o la Carta europea dei diritti del malato (1994), la quale dopo aver affermato all'art. 4 che «ogni individuo ha il diritto di accedere a tutte le informazioni che possono metterlo in grado di partecipare attivamente alle decisioni che riguardano la sua salute» e che «queste informazioni sono un prerequisito per ogni procedura e trattamento, ivi compresa la partecipazione alle sperimentazioni», aggiunge all'art. 5 il diritto alla libera scelta consistente nella facoltà di ogni individuo «di scegliere liberamente tra differenti procedure ed erogatori di trattamenti sanitari sulla base di informazioni adeguate».

Si è affermato al riguardo come tale diritto all'autodeterminazione terapeutica «attraverso il rinsaldato perimetro del consenso informato e della pianificazione condivisa delle cure, è elevato a principio autonomo e fondamentale»<sup>62</sup>, il quale verrebbe a rappresentare «un'espressione particolare di un generale potere di disposizione del proprio corpo che, originariamente affermato dall'art. 5 c.c., con importanti limitazioni, si è poi via via liberato di tutte quelle imposizioni sociali che non resistevano all'applicazione in ambito giuridico del principio consequenzialista di John Stuart Mill, secondo il quale una limitazione della libertà individuale è giustificata solo se l'esercizio di quella libertà arreca danno a terzi»<sup>63</sup>.

Ed anche il Giudice delle leggi, come rilevato, ha da tempo espresso il principio secondo il quale «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento

---

I) *Diritto alla salute*, *Dir. Cost.*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma 1991; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, p. 21 ss.; R. FERRARA, *Salute (Diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino 1997, XIII, p. 513 ss.

<sup>61</sup> Il cui art. 3 (Diritto all'integrità della persona) afferma che «ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

<sup>62</sup> T. DI IORIO, *Percorsi giuridici tra conoscenza, scienza e coscienza. Informazioni mediche e autodeterminazione terapeutica del paziente: dall'habeas corpus all'habeas animam*, in *Stato, chiese e plur. conf.*, 2024, p. 25.

<sup>63</sup> A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016, p. 113.

sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”<sup>64</sup>.

Nonostante sia dunque ormai riconosciuta la piena appartenenza del principio di autodeterminazione ai diritti della persona, si rivela tuttavia complessa l'individuazione dei confini oltrepassati i quali l'esercizio di tale diritto possa arrecare danno, oltre che al paziente stesso, ai terzi ed alla società tutta.

Orbene, ciò che assume rilievo ai fini delle presenti riflessioni, si ripete, è proprio l'individuazione dei limiti che la libertà di autodeterminazione terapeutica incontra ove entri in conflitto con i doveri professionali del medico e/o con la limitatezza delle risorse economiche a disposizione della p.a. nell'erogazione dell'assistenza sanitaria<sup>65</sup>; è quest'ultima, infatti, che in ossequio nella necessaria e scontata opera di bilanciamento tra interessi a volte contrapposti, si riserva la possibilità di vagliare la stessa opportunità nell'elargire determinate cure con riferimento al rapporto costi-benefici (il quale si può sostanziare in quello spesa pubblica-possibilità di guarigione) nonché di consentire o meno le scelte terapeutiche effettuate del paziente stesso in base alla loro serietà (anche scientifica).

Si tratta di limiti che possono ritrovarsi nella maggior parte delle manifestazioni dell'autodeterminazione terapeutica, dalle scelte di fine vita, alle espressioni della libertà di culto (art. 19 Cost.), intesa quale tutela delle convinzioni religiose, anche atee o agnostiche, in tutti i momenti dell'esperienza umana, compresa la malattia<sup>66</sup>, alle decisioni ideologiche (non voler sottoporsi ad una determinata vaccinazione) e persino a quelle, come si dirà a breve, dettate da stati di malessere psichico.

---

<sup>64</sup> Corte cost., 22 dicembre 2008, n. 438, cit. Sull'argomento v. E.A. EMILIOZZI, *Il danno all'autodeterminazione diagnostica e terapeutica*, Napoli, 2019, p. 5 ss.

<sup>65</sup> V. Corte cost., 7 marzo 2005, n. 111, in *federalismi.it*, la quale sottolinea «la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare [...] al settore sanitario». Su tale questione v. *infra*. Sui condizionamenti finanziari che incidono sulla determinazione delle risorse sanitarie da parte del legislatore e che hanno costituito oggetto «di un filone della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che rileva la necessità di tenere in considerazione i vincoli imposti dal fattore economico al momento delle decisioni sui trattamenti da garantire o sui requisiti cui subordinare l'accesso alle prestazioni sanitarie», v. L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, p. 85. L'a. afferma che la posizione raggiunta dalla Corte costituzionale è efficacemente riassunta da Corte cost., 15 giugno 2016, n. 203, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo la quale «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana».

<sup>66</sup> G. MARCACCIO, *Identità religiosa e diritto alla salute. Interazioni classiche ed emergenti*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, 2021, p. 24.

Non a caso, recenti episodi (si pensi alla pandemia da Covid 19) hanno dimostrato come la possibilità di disporre del proprio corpo si fermi laddove l'esercizio del diritto individuale metta a repentaglio la salute della collettività<sup>67</sup>.

In altre parole, come è stato esattamente osservato, «il diritto a disporre della propria salute incontra i limiti derivanti dal suo bilanciamento con l'interesse collettivo alla salute, anch'esso tutelato dalla Costituzione»<sup>68</sup>; sicché «né la tutela dell'identità, né l'autodeterminazione individuale, possono spingersi fino a legittimare condotte o interventi che incidono irrimediabilmente sull'integrità fisica della persona, tutelata dagli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione e anche all'art. 5 del Codice civile»<sup>69</sup>.

A ciò si aggiunga che in un ordinamento nel quale «deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili»<sup>70</sup> e che ha collocato «organizzazione sanitaria e diritto alla salute “nel crocevia” di due distinte forme di intervento, da un lato lo Stato, che provvede al finanziamento, dall'altro le Regioni, che erogano le prestazioni di cura»<sup>71</sup>, prevale l'interesse economico a che il Servizio sanitario nazionale non venga sovraccaricato da soggetti malati, a maggior ragione ove tali malattie siano il frutto di libere scelte del cittadino.

Non va inoltre dimenticato, nonostante il progressivo ampliamento del diritto all'autodeterminazione, che la funzione del consenso informato è quella di favorire il coinvolgimento del paziente in una relazione nella quale la proposta terapeutica è effettuata dal medico e non già quella «di ribaltare il rapporto piegando l'attività medica a qualunque richiesta del paziente fino a trasformare il con-senso in un mono-senso»<sup>72</sup>.

Se infatti «il consenso informato è anche espressione di una libertà morale del paziente (o, forse più esattamente, espressione di una scelta personale) la relazione con il medico deve parimenti tenere conto della libertà morale di quest'ultimo»<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Al riguardo v. R. BALDUZZI, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia. Le “lezioni” di alcuni Piani nazionali di ripresa e resilienza*, in *DPCE online*, p. 399 ss.; C. D'ORAZI, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, 3/2021, p. 1 ss.

<sup>68</sup> G. MARCACCIO, *Identità religiosa*, cit., p. 24.

<sup>69</sup> G. MARCACCIO, *Identità religiosa*, cit., p. 25.

<sup>70</sup> Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>71</sup> M. C. CAVALLARO, *Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute*, in *Pers. e amm.*, 1, 2020, p. 197; sulla ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia sanitaria v., tra gli altri, D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018, p. 1 ss.

<sup>72</sup> A. NICOLUSSI, *Testamento biologico*, cit., p. 459.

<sup>73</sup> A. NICOLUSSI, *Testamento biologico*, cit., p. 459. Sull'applicabilità della c.d. obiezione di coscienza anche nelle ipotesi in cui non sia espressamente contemplata dal legislatore, v., S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., p. 21. *Contra*, M. C. CAVALLARO, *Obiezione di coscienza*, cit., la quale ritiene, che «l'eventuale obiezione di coscienza può essere esercitata nella misura in cui sia espressamente prevista dalla legge: sul presupposto che, pur se costituzionalmente protetta, essa non deve essere obbligatoriamente consentita, ma il suo esercizio è rimesso alla prudente discrezionalità del legislatore».

Sicché, pur dovendosi attribuire maggiore rilievo rispetto al passato alla volontà di scelta del paziente, occorre al contempo garantire al medico la possibilità di somministrare le cure che reputi più efficaci dal punto di vista scientifico e di «rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona» (art. 22 cod. deont.).

Esigenza, questa, alla quale si aggiunge, come più volte osservato, quella della collettività a che vengano erogate cure efficienti dal punto di vista economico, nel rispetto tanto del principio della loro sostenibilità<sup>74</sup> quanto di quello della loro appropriatezza clinica ed organizzativa<sup>75</sup>; principi, questi, non sempre facilmente conciliabili e soggetti peraltro ad una continua evoluzione in virtù della «interferenza sempre maggiore tra diritto a cure appropriate, contesto organizzativo e disponibilità delle imprescindibili risorse economiche»<sup>76</sup>.

Non a caso, è stato osservato, «l'appropriatezza ha dovuto gradualmente misurarsi con il tema dei mezzi finanziari necessari per garantire l'erogazione delle prestazioni e ciò ha inevitabilmente

---

<sup>74</sup> «Quando si fa riferimento alla nozione di “sostenibilità” si allude anzitutto alla questione della provvista finanziaria necessaria all'erogazione delle prestazioni sanitarie ed alle impellenti esigenze di contenimento della spesa relativa» (R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in [www.uniromauno.it](http://www.uniromauno.it), p. 4). V., inoltre, L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., p. 9, la quale mette in evidenza come «in una prospettiva non solo economica, inoltre, l'idea della ricerca della sostenibilità del diritto alla salute si sostanzia nell'individuazione di un equilibrio nella garanzia delle prestazioni sanitarie che possa dirsi, al contempo, stabile ed elastico. Con ciò, s'intende riferirsi alla necessità per la quale – come avremo modo di vedere diffusamente nel corso della trattazione – le decisioni pubbliche in materia sanitaria presentino caratteristiche tali da assicurare una tenuta sul piano costituzionale e la capacità di adattarsi, senza eccessivo ritardo, all'evoluzione dei tempi, delle tecnologie e dei bisogni sociali». Sul tema dei condizionamenti finanziari nel campo dei diritti sociali, v. R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in F. Roversi Monaco e C. Bottari (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini 2012, p.79 ss.; v., inoltre, L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2/2019, p. 98, secondo la quale «la sostenibilità della relazione di cura, in altre parole, consiste nell'equilibrio che essa riesce a realizzare tra le istanze dell'autodeterminazione individuale e la dimensione relazionale del diritto alla salute, tra un efficace ed efficiente impiego delle risorse del servizio sanitario pubblico e il rispetto della dignità della persona, anche nelle fasi più difficili dell'esistenza umana, quando all'autonomia si sostituisce la fragilità o quando la vita volge al suo termine». A tale affermazione va però aggiunto che il problema nodale dell'agire della p.a. è proprio quello della ripartizione di risorse economiche limitate rispetto ad una domanda che tali risorse sovrasta. Basti pensare che le richieste di cura da parte di determinati soggetti malati vanno comunque parametrize non soltanto all'efficacia terapeutica della cura richiesta ma anche ai suoi costi, dovendo pur sempre la p.a. considerare che si tratta di risorse economiche che vengono sottratte alla cura di altri pazienti (art. 3 Cost.). Ovvio, pertanto, che nell'opera di bilanciamento di interessi, tutti da considerare pubblici e pertanto meritevoli di tutela, che sta alla base dell'agire amministrativo, occorra a volte effettuare delle scelte tragiche. Ma su tali aspetti v. *infra*.

<sup>75</sup> Sul significato e sulle origini normative del concetto di appropriatezza v. R. BALDUZZI, *L'appropriatezza in qualità: il quadro di riferimento legislativo*, in N. FALCITELLI, M. TRABUCCHI, F. VANARA (a cura di), *Rapporto sanità 2004*, Bologna, 2004, p. 73 ss.; ID., *Le nuove frontiere dell'appropriatezza clinica ed organizzativa*, cit., p. 93 ss.

<sup>76</sup> D. MORANA, *L'appropriatezza quale oggetto di valutazioni tecnico scientifiche nel sistema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Corti supreme e salute*, 2024, p. 89, la quale afferma che «l'appropriatezza della prestazione sanitaria, nelle sue diverse dimensioni, concorre a definire e a valutare la qualità, l'efficacia, l'adeguatezza della cura rispetto al bisogno di salute del paziente e dunque, in ultima analisi, a garantire l'effettività della salvaguardia offerta dall'art. 32 Cost. Parlare di appropriatezza in ambito sanitario equivale, in sostanza, a parlare del diritto alla salute *tout court*».

aggiunto elementi problematici alla sua affermazione sul piano concreto, incidendo sul rapporto tra benefici attesi, rischi sostenibili e risorse disponibili»<sup>77</sup>.

Ciò, in perfetta coerenza con «un'autodeterminazione non solitaria ma solidale»<sup>78</sup> la quale pur dovendo per così dire essere “individualizzata”, deve tenere conto, si ripete, dei profili di “appropriatezza” e di “sostenibilità” delle richieste di ogni paziente.

Il che non vuol dire ovviamente appiattare tali concetti al solo profilo economico<sup>79</sup> ma tenere conto della necessaria opera di bilanciamento di interessi non sempre convergenti che sta alla base di ogni scelta razionale da parte dei pubblici poteri e valutare di volta in volta, sotto il profilo civilistico, la meritevolezza delle richieste del paziente e dunque del suo diritto di autodeterminazione inteso come esplicitazione dell'autonomia privata.

Un esempio al limite del paradosso, che pur non essendosi posto in termini pratici nel nostro ordinamento ben può mettere in evidenza il potenziale contrasto tra doveri deontologici del medico, interesse pubblico e diritto all'autodeterminazione del paziente, può ritrovarsi nel caso di una rara malattia mentale efficacemente descritta da Oliver Sacks, nota come xenomelia o sindrome dell'arto straniero<sup>80</sup>, consistente nel «desiderio di amputazione di uno o più arti»<sup>81</sup> e addirittura, in casi più rari, nel desiderio di «cecità, sordità, castrazione»<sup>82</sup>. «I pazienti con desiderio di disabilità manifestano un profondo senso di insofferenza tra il corpo che possiedono e quello che desiderano e lamentano di essere “ultracompleti” poiché, mentre la loro rappresentazione interna del corpo corrisponde a quella di un amputato, il loro aspetto fisico si presenta con quattro arti»<sup>83</sup>.

La possibilità di soddisfare le richieste di soggetti affetti da xenomelia potrebbe porre infatti problemi sia in relazione alla sfera bioetica sia, per quanto qui rileva, con riferimento alla sfera giuridica.

Basti considerare che in alcuni Paesi sono state praticate amputazioni su soggetti xenomelici e che si è dimostrato come la terapia chirurgica abbia prodotto immediati e duraturi alleviamenti della sofferenza cronica dei pazienti, laddove viceversa la psicoterapia non ha dimostrato effetti

<sup>77</sup> D. MORANA, op. loc. ult. cit.; v. anche L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., p. 135, la quale afferma come «descrivere il diritto alla salute quale diritto “finanziariamente condizionato” risulti essere quanto meno limitativo della portata e delle possibili declinazioni dello stesso».

<sup>78</sup> R. BALDUZZI, *Le nuove frontiere dell'appropriatezza clinica e organizzativa*, cit., p. 105.

<sup>79</sup> V. A. PIOGGIA, *Quale sostenibilità per il sistema sanitario italiano*, in *Dir. amm.*, 2024, p. 721 ss., la quale, dopo avere rilevato come «la dimensione economica relativa all'impiego delle risorse, che chiaramente non sono illimitate, sia uno degli elementi della sostenibilità», aggiunge tuttavia che «lo “schiacciamento” del concetto di sostenibilità sulla dimensione solo economica non appare né convincente, né condivisibile».

<sup>80</sup> La letteratura psichiatrica parla di *Body integrity identity disorder* (B.I.I.D.), ovvero disturbo dell'identità dell'integrità corporea.

<sup>81</sup> G. MILINTENDA, *Il caso della xenomelia: quando una gamba è di troppo*, in *www.iris.unime.it*; ID., *Xenomelia: la sindrome dell'arto straniero*, in *Riv. it. di filosofia del linguaggio*, 2020, p. 254 ss. Si tratta di «una condizione non ancora riconosciuta quale disordine mentale, le cui basi concettuali sono attualmente in via di sviluppo. Presa in considerazione in tempi piuttosto recenti, necessita di un'etichetta medica che venga universalmente accettata. I pazienti affetti da questa condizione non presentano alcuna forma di disabilità fisica ed è esattamente questo il motivo che causa in loro insoddisfazione».

<sup>82</sup> G. MILINTENDA, op. loc. ult. cit.

<sup>83</sup> G. MILINTENDA, *Il caso della xenomelia*, cit., p. 7.

consistenti, dato che pur avendo ridotto i sintomi associati, ad esempio, alla depressione, non ha affievolito i loro desideri di disabilità<sup>84</sup>.

Se sotto il profilo della bioetica la pratica della amputazione chirurgica su tali soggetti pone problemi in relazione ai principi fondamentali dell'etica medica ai quali si è accennato, dal principio di autonomia, a quello di beneficenza, a quello di non maleficenza, a quello di giustizia, anche dal punto di vista giuridico sono varie le questioni poste da tale particolare patologia; basti pensare alla problematica relativa alla disponibilità del proprio corpo così come evolutasi sulla base dell'applicazione del principio di autodeterminazione, al dovere di conciliare il desiderio del paziente con la libertà di coscienza del medico, alla eventuale responsabilità del professionista sia nel caso in cui esaudisca tale desiderio sia nel caso in cui viceversa si rifiuti di farlo, nonché all'esigenza di bilanciare il diritto alla salute come "completo stato di benessere psicofisico", con il diritto alla salute inteso come "interesse della collettività".

Sotto tale ultimo profilo non si può dimenticare infatti che l'esigenza di amputazione o di menomazione di tali pazienti, pur giustificata dalla presenza di una grave malattia psichica, potrebbe gravare, anche economicamente, sulla collettività; dai costi dell'operazione, a quelli di ospedalizzazione, alla eventuale sostituzione dell'arto amputato con apposite protesi, dato che «l'utilizzo di protesi, quali stampelle, apparecchi acustici e sedie a rotelle, è un aspetto importante della condizione, perché già la sola finzione della condizione di disabilità rende necessaria la fruizione degli aiuti rispettivi alla condizione simulata da parte dei pazienti»<sup>85</sup>.

Per non parlare poi dell'eventuale erogazione di trattamenti economici e pensionistici a favore di soggetti che abbiano subito amputazioni a causa di tale malattia psichiatrica; si tratterebbe infatti di una spesa pubblica che, pur essendo motivata dall'effettivo stato di «minorazione fisica, psichica o sensoriale»<sup>86</sup> in cui si trova il soggetto affetto da xenomelia, potrebbe porsi in contrasto con le normative in materia, le quali prevedono che tali trattamenti economici vengano corrisposti a soggetti affetti da disabilità legate a fattori esterni come malattia, infortunio o altre condizioni non auto-inflitte (l. 104/1992).

Nonostante tale fattispecie, si ripete, non si sia verificata nel nostro ordinamento essa costituisce comunque un caso affascinante al fine di interrogarsi sugli ondivaghi confini tra doveri del medico, interesse pubblico ed esigenze del paziente legate alla sua qualità di vita; la prestazione di amputazione richiesta dal paziente, pur essendo infatti soggettivamente utile, potrebbe porsi in contrasto con i doveri deontologici del medico e con l'interesse della p.a. a garantire prestazioni sanitarie proporzionate ed appropriate tanto sotto il profilo clinico che sotto il profilo economico.

---

<sup>84</sup> G. MILINTENDA, *Il caso della xenomelia*, cit., p. 77; C. DYER, *Surgeon amputated healthy legs*, BMJ, 2000, *passim*.

<sup>85</sup> G. MILINTENDA, op. loc. ult. cit.

<sup>86</sup> V. art. 1, l. 5 febbraio 1992, n. 104 (*Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*).

### 3. Gli incerti confini tra l'azione e l'omissione nei trattamenti richiesti dal paziente.

Alla luce di quanto sopra rilevato sembra dunque evidente come nessun medico potrebbe essere condannato a risarcire il danno ad un paziente sol perché si è rifiutato di amputargli un arto in presenza di una condizione patologica come la xenomelia, dato che l'interesse di quest'ultimo, in un'opera di bilanciamento, verrebbe probabilmente a piegarsi ad altri interessi reputati superiori dall'ordinamento giuridico.

Non altrettanto evidente è tuttavia il confine tra ciò che il medico possa o non possa fare allorché le richieste del paziente, pur dirette ad incidere sulla sua qualità di vita, siano volte a determinare, ad esempio in presenza di una malattia particolarmente invalidante, o anticipatamente «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi» (art. 4, l. 219/2017), l'*an* e il *quomodo* di trattamenti sanitari volti ad incidere sulla sua stessa vita; dalla scelta di non essere curato affatto a quella di essere curato ma soltanto a determinate condizioni (esempio tipico è, come si dirà oltre, quello della scelta di particolari modalità di cura legata ad idee religiose).

Tale confine viene tradizionalmente individuato nella distinzione tra richieste che consistono in un *facere* e richieste che viceversa consistono in un *non facere* per il medico. Distinzione peraltro risalente e presente anche oggi in ambito religioso, nel quale viene considerato peccato capitale il suicidio, ma non il lasciarsi morire per privazioni, che può portare persino alla santità (si pensi a Santa Caterina da Siena), ma estremamente incerta dal punto di vista medico e, per quanto qui rileva, giuridico.

Incertezza, questa, che è dimostrata dalla difficoltà di distinguere tra un diritto a rifiutare le cure ed un diritto a morire, tra un "lasciare morire" ed un "fare morire"<sup>87</sup>.

Al riguardo, la posizione della Chiesa cattolica, come si è appena detto, è quella di distinguere tra il "lasciarsi morire" ed il "fare morire", dato che nel primo caso «non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire». Questa differenza di prospettiva restituisce umanità all'accompagnamento del morire, senza aprire giustificazioni alla soppressione del vivere<sup>88</sup>.

Del resto, è in tale ottica che è stato affrontato l'ulteriore problema (postosi nel sopracitato caso Englaro) della possibilità da parte del medico di interrompere l'alimentazione artificiale di una paziente in coma irreversibile.

In quell'occasione il movimento cattolico si era opposto alla interruzione delle terapie di alimentazione e idratazione coattive con la motivazione che esse non potevano essere considerate "cure mediche" tali da poter essere interrotte; più precisamente si era ritenuto che «la nutrizione e l'idratazione artificiali sono mezzi ordinari e proporzionati di conservazione della vita e non appartengono – strutturalmente e primariamente – agli *atti medici*»<sup>89</sup>, sicché interromperle avrebbe

---

<sup>87</sup> Sul tema, v. A. BARBERA, *Un moderno "Habeas corpus"?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 giugno 2013; v. inoltre C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Rivista AIC*, 2022, p. 51 ss.

<sup>88</sup> R. PEGORARO, C. CASALONE, *Decisioni di fine vita. La posizione della chiesa cattolica*, in <https://www.avvocatipersonefamiglie.it/notizie/numero-speciale-di-fine-vita/decisioni-di-fine-vita-la-prospettiva-della-chiesa-cattolica/>.

<sup>89</sup> Su tale dibattito, G. FORNERO, op. ult. cit., p. 221.

dunque significato venire meno ai doveri della professione medica, la quale ha «come sua essenza il curare e il dare la vita e non può perciò essere chiamata a distribuire la morte»<sup>90</sup>.

Come affermato da Giovanni Paolo II, la nutrizione e l'idratazione sono per loro essenza atti di sostentamento vitale sicché «anche quando avvenisse per vie artificiali la somministrazione di acqua e cibo rappresenterebbe pur sempre un mezzo naturale di conservazione della vita e non un atto medico»<sup>91</sup>.

Anche il Comitato Nazionale di Bioetica, nel documento approvato a maggioranza su «alimentazione e idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente» del 30 settembre 2005, aveva affermato che «se riteniamo comunemente doveroso fornire acqua e cibo alle persone che non sono in grado di procurarselo autonomamente (bambini, malati e anziani), quale segno della civiltà caratterizzata da umanità e solidarietà nel riconoscimento del dovere di prendersi cura del più debole, allo stesso modo dovremmo ritenere doveroso dare alimenti e liquidi a pazienti in stato vegetativo persistente»<sup>92</sup>, accudendoli per le necessità fisiche e accompagnandoli emotivamente e psichicamente, nella peculiare condizione di vulnerabilità e fragilità»<sup>93</sup>.

D'altro canto, in una postilla a tale documento contenente una *dissenting opinion* si era ritenuto che «l'affermazione che connota il documento del Comitato Nazionale di Bioetica, secondo la quale l'idratazione e la alimentazione dei pazienti in stato vegetativo persistente è da considerare come doveroso "sostentamento" di base del paziente e non come trattamento medico in senso stretto, è espressiva di un inquadramento ideologico del tema, rispettabile ma completamente estraneo alla realtà clinica e alla autonomia tanto dell'assistito (di cui viene disattesa persino una eventuale direttiva anticipata) quanto del medico, siffattamente deprivato della sua fondamentale potestà professionale, che è quella di stabilire con scienza e coscienza il momento in cui una terapia anche di mero sostegno vitale si trasforma in futile e impietoso accanimento»<sup>94</sup>.

Tale orientamento, originariamente minoritario, verrà infine accolto nel caso Englaro<sup>95</sup>, e successivamente dalla l. 219 del 2017, nella quale si è affermato espressamente che «ai fini della pre-

---

<sup>90</sup> A. G. SPAGNUOLO, Postfazione al volume *La morte dell'eutanasia. I medici difendono la vita*, a cura di C.V. Bellieni, M. Maltoni, Firenze, 2006, p. 119 ss.

<sup>91</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al Congresso internazionale "i trattamenti al sostegno vitale e lo stato vegetativo. Progressi scientifici e dilemmi etici"*, 20 marzo 2004.

<sup>92</sup> Con l'espressione stato vegetativo persistente (un tempo denominato coma vigile) si indica un quadro clinico (derivante da compromissione neurologica grave) caratterizzato da un apparente stato di vigilanza senza coscienza, con occhi aperti, frequenti movimenti afinalistici di masticazione, attività motoria degli arti limitata a riflessi di retrazione agli stimoli nocicettivi senza movimenti finalistici.

<sup>93</sup> Reperibile su [https://bioetica.governo.it/media/1861/p66\\_2005\\_alimentazione-pazienti-stato-veg\\_it.pdf](https://bioetica.governo.it/media/1861/p66_2005_alimentazione-pazienti-stato-veg_it.pdf).

<sup>94</sup> M. BARNI, *Postilla*, in [https://bioetica.governo.it/media/1861/p66\\_2005\\_alimentazione-pazienti-stato-veg\\_it.pdf](https://bioetica.governo.it/media/1861/p66_2005_alimentazione-pazienti-stato-veg_it.pdf), cit.

<sup>95</sup> Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2007, n.21748, in *Jurisdata online*, secondo la quale «ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice - fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente - può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario, in sé non costituente, oggettivamente, una forma di accanimento terapeutico, unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure

sente legge sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici» (art. 1, c. 5).

Anche l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali può dunque essere attualmente considerata come una 'azione mediante omissione' ammessa nel nostro ordinamento proprio con riferimento alla complessa problematica del fine vita; vero è infatti che si tratta di un *facere* diretto a ripristinare la situazione (il decorso naturale della malattia) precedente ad un altro *facere* (l'avvio dei trattamenti di sostegno vitale); e tuttavia si tratta pur sempre di una interruzione di trattamenti sanitari oggi ammessa dalla l. 219/2017.

Diversa la soluzione, come si diceva, in relazione ai comportamenti puramente commissivi consistenti in una vera e propria eutanasia attiva, come se in tale materia la scriminante dell'esercizio di un dovere da parte del medico dipendesse dalla circostanza che egli abbia commesso un reato commissivo o un reato omissivo improprio.

Non a caso, si è rilevato che mentre «il rifiuto o la sospensione di cure non producono la morte del paziente in senso naturalistico, ma si limitano a non interrompere il decorso eziologico proprio della malattia, che dunque non dipende in alcun modo attivamente dal medico, da un terzo, o dallo stesso paziente»<sup>96</sup>, è «ben diverso il caso del suicidio assistito, poiché può ben darsi che in astratto la patologia (o la condizione fisica in generale) del paziente sarebbe evoluta verso un esito letale, ma all'atto pratico è la messa a disposizione del malato dell'opportunità di suicidarsi a condurre quest'ultimo alla morte»<sup>97</sup>.

Del resto, lo stesso codice penale agli artt. 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio) poggia sulla nozione della vita come bene giuridico indisponibile, da tutelarsi indipendentemente dalla volontà del titolare del bene<sup>98</sup>; ed ancora oggi dello stesso avviso sembra essere la Corte europea dei diritti dell'uomo, là dove afferma che «non è possibile dedurre dall'art. 2 della Convenzione un diritto di morire»<sup>99</sup>.

---

flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa.

<sup>96</sup> F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 101 ss.

<sup>97</sup> F. CONSULICH, *op. loc. ult. cit.*

<sup>98</sup> In tale senso G. FIANDACA, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale. I delitti di omicidio*, in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. II, Tomo I, Bologna, 2013, p. 3. Ricorda F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies*, cit., p. 101 ss., che «alla figura criminosa caratterizzata dal massimo disvalore, rappresentata dall'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), segue quella dell'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Fuori dal perimetro della rilevanza penale si pone poi l'ipotesi espressamente scriminata in base al comma 6 dell'art. 1 della l. n. 219 del 2017, vale a dire l'esecuzione da parte del medico della volontà del paziente di rinunciare o rifiutare il trattamento sanitario».

<sup>99</sup> Corte EDU, *Pretty vs. the United Kingdom* n. 2346/02, 29 aprile 2002, in [www.dirittiuomo.it/caso-pretty](http://www.dirittiuomo.it/caso-pretty).

Esulano dalle presenti riflessioni le discussioni ancora aperte sulla antigiridicità o meno dell'atto di suicidio solitario<sup>100</sup>, che vanno dall'affermazione risalente secondo la quale «il far parte di una società giuridicamente organizzata impone il dovere di permanere in essa»<sup>101</sup>, sicché non esisterebbe un diritto al suicidio ma soltanto una sua non punibilità in quanto «parlare di pena per il suicidio è praticamente un assurdo»<sup>102</sup>, a quella secondo la quale il suicidio costituirebbe un disvalore “tollerato” (al pari dell'uso di stupefacenti)<sup>103</sup>, a quella ancora secondo la quale esso configurerebbe un “atto di libertà” ed un “diritto di libertà”<sup>104</sup>.

Ciò che piuttosto rileva è l'incidenza della distinzione tra l'azione e l'omissione al fine di individuare, si ripete, quali siano i doveri del medico a fronte delle richieste di volta in volta effettuate dal paziente durante, o in previsione di una malattia particolarmente grave.

Vale la pena di ricordare al riguardo la già menzionata decisione del Tribunale di Roma sul caso Welby, con la quale è stato prosciolto il medico che aveva provveduto a staccare ad un paziente affetto da distrofia scapolo – omerale progressiva la macchina per la respirazione artificiale poiché ritenuto non punibile in ragione della sussistenza della esimente di cui all'art. 51 c.p. (adempimento di un dovere)<sup>105</sup>.

In quel caso si era rifiutata l'idea che il medico potesse tenere una condotta attivamente volta a procurare la morte (quale ad esempio quella consistente nella somministrazione di farmaci letali) al fine di rispettare il diritto di autodeterminazione del paziente, ma si era viceversa ammessa la possibilità che il medico potesse limitarsi ad interrompere le cure.

Il comportamento del sanitario che si fosse limitato a staccare la spina si sarebbe sostanziato infatti, a detta del Tribunale, in un *non facere*, dato che «l'azione di interruzione di una terapia non può essere concettualmente assimilata all'espletamento di “un trattamento diretto a provocare la morte” del paziente, poiché la prima costituisce mera cessazione di una terapia precedentemente somministrata mentre il secondo è l'attivazione *ex novo* di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente»<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> Sulle diverse teorie sorte nel nostro ordinamento che vanno dalla considerazione del suicidio come “atto antigiridico” a quella del suicidio come “atto tollerato”, come “atto indifferente”, come “atto di libertà” e come “diritto di libertà”, cfr., G. FORNERO, op. ult. cit., p. 153 ss.

<sup>101</sup> E. ALTAVILLA, *Il suicidio nella psicologia, nella indagine giudiziaria e nel diritto (pubblico, penale, civile e commerciale)*, Napoli, 1932, p. 202.

<sup>102</sup> Ivi, p. 236.

<sup>103</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2022, p. 124.

<sup>104</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 59, secondo il quale «una legge che vietasse e sanzionasse il suicidio sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 2».

<sup>105</sup> Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 5/2008, p. 57, secondo la quale «il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito di un rapporto instaurato tra il paziente e il suo medico (e che ha come contenuto delle prestazioni sanitarie), costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio. Con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.».

<sup>106</sup> Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049 cit.

In realtà, si è però osservato, «nella moderna pratica medica (nella quale si riscontra uno sviluppo progressivo dell'ospedalizzazione e dei trattamenti artificiali volti a prolungare la fase finale della vita), il semplice astenersi dal fare richiede spesso un *quid pluris*»<sup>107</sup>, sicché la condotta del medico che interrompa una macchina per la respirazione artificiale si sostanzierebbe comunque in «un'omissione delle ulteriori terapie prestate attraverso il supporto meccanico della strumentazione da disattivare»<sup>108</sup>.

Non a caso la distinzione tra l'azione e l'omissione del medico sembra attualmente essere stata in parte superata, in materia di c.d. suicidio assistito<sup>109</sup>, dalla Corte costituzionale, la quale nell'ordinanza n. 207/2018 sul noto caso Cappato ha ammesso la liceità, a determinate condizioni, dell'aiuto al suicidio<sup>110</sup>, dato che «la decisione di lasciarsi morire» può essere presa dal malato «sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi»<sup>111</sup>.

Una statuizione questa peraltro confermata successivamente dalla stessa Corte, in forza dell'inerzia del Parlamento al quale il Giudice delle leggi aveva consentito «ogni opportuna riflessione e iniziativa, in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale», nella sentenza resa sul medesimo caso un anno dopo n. 242/2019<sup>112</sup>.

Il Giudice delle leggi si è pertanto discostato da quell'orientamento dottrinale secondo il quale «non vi è nulla di censurabile nel disposto dell'art. 580 c.p. [...] dato che la distinzione tra interruzione o omissione delle cure e diretta causazione della morte da parte del malato, con un aiuto altrui, rimane un dato fattuale irriducibile che legittima un diverso trattamento»<sup>113</sup>.

La Corte, legittimando in buona sostanza anche condotte consistenti in azioni volte ad agevolare la morte a fronte della conservazione di una vita “non dignitosa”, ha infatti dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p. per violazione degli art. 2, 13, e 32 Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 [...], agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi: a) di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile;

<sup>107</sup> In tal senso v. C. CUPELLI, *Il “diritto” del paziente (di rifiutare le cure) e il “dovere” del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.* 5/2008, p. 93.

<sup>108</sup> C. CUPELLI, op. ult. cit.

<sup>109</sup> G. FORNERO, op. ult. cit., p. 186.

<sup>110</sup> Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, la quale, dopo aver affermato che «non è, di per sé, contrario alla Costituzione il divieto sanzionato penalmente di aiuto al suicidio» ha tuttavia rilevato che «occorre considerare specifiche situazioni, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali». Come è noto il caso ha visto come imputato Marco Cappato, autodenunciatosi per aiuto al suicidio per avere accompagnato in una clinica Svizzera Fabiano Antoniani (D. J. Fabo), deceduto il 27 febbraio 2017 dopo essersi iniettato, attraverso il morso di un apposito pulsante, un farmaco letale. In tale occasione la Corte con ordinanza interlocutoria reputò «doveroso consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale. Ciò al fine di evitare, per un verso, che una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

<sup>111</sup> Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit.

<sup>112</sup> Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Resp. civ. e prev.* 2020, 1, 136.

<sup>113</sup> F. CONSULICH, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giur. pen.*, 2019, p. 17.

b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili; c) ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli; d) sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale; e) previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>114</sup>.

Vero è infatti che nel caso Cappato - DJ Fabo l'aiuto al suicidio *ex art.* 580 c.p. non era stato fornito da un medico e che il soggetto rinviato a giudizio si era limitato ad accompagnare il paziente in una clinica in Svizzera; vero è che il paziente aveva provveduto autonomamente a mordere un pulsante per attivare l'immissione del farmaco letale; e tuttavia, si ripete, la soluzione fornita dalla Corte sembrerebbe avere legittimato, ove fossero ricorsi i cinque presupposti sopra descritti, una equiparazione tra l'azione e l'omissione nei casi in esame.

Basti considerare che il nuovo codice di deontologia medica, nei c.d. indirizzi applicativi allegati all'art. 17 e correlati ai sensi della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, afferma espressamente che «la libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell'individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare».

Del resto, come è stato osservato, continuare a distinguere tra eutanasia attiva ed eutanasia passiva, tra azione ed omissione, crea il rischio di non mettere in luce che «l'eutanasia, considerata in rapporto a chi la esegue, è *sempre* attiva, sia che la si provochi con una azione oppure con una omissione»<sup>115</sup>.

Ovviamente una simile conclusione, condivisibile con riferimento a situazioni nella quali la medicina debba intervenire, o limitarsi dall'intervenire su situazioni patologiche derivanti da fattori esterni, quali malattie incurabili, non è stata ritenuta accettabile nei casi in cui la privazione di 'cure mediche' (nel caso di specie di alimentazione e idratazioni artificiali) fosse dipesa da una libera scelta di un paziente perfettamente in salute, la cui vita avrebbe potuto essere facilmente salvata.

Una simile fattispecie è stata esaminata dal Comitato nazionale di bioetica nel c.d. caso Cospito, riguardante un detenuto ai sensi dell'art. 41 bis che aveva messo in atto uno sciopero della fame al fine di ottenere un regime carcerario più favorevole; in tale occasione il Comitato, su richiesta del Ministero della giustizia, ha adottato a maggioranza un parere (6 marzo 2023) al fine di rispondere alla domanda se potesse considerarsi espressione di autodeterminazione e di consenso informato la rinuncia a trattamenti salvavita, anche consistenti nella alimentazione e nella idrata-

---

<sup>114</sup> Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

<sup>115</sup> G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità*, cit., p. 549.

zione artificiale, al fine di ottenere «finalità estranee alla situazione clinica personale quale l'ottenimento di un regime di libertà dalla detenzione carceraria»<sup>116</sup>.

A tale quesito il CNB rispondeva premettendo che «lo Stato non ha il diritto di limitare con misure coercitive lo sciopero della fame, che costituisce un segno dell'incomprimibile libertà di ogni essere umano»<sup>117</sup> e che «pertanto, non sono ammissibili trattamenti diretti a favorire il benessere fisico del detenuto che si traducano in costrizioni violente»<sup>118</sup>.

Tuttavia, la maggioranza dei componenti del Comitato riteneva che «nel caso di imminente pericolo di vita, quando non si è in grado di accertare la volontà attuale del detenuto, il medico non è esonerato dal porre in essere tutti quegli interventi atti a salvargli la vita»<sup>119</sup>, dato che «né le autorità penitenziarie, né i medici potranno limitarsi a contemplare passivamente la morte del detenuto che digiuna»<sup>120</sup>.

In altri termini il Comitato metteva in evidenza il dovere del medico di salvare la vita del paziente nel presupposto che nei momenti di sofferenza, là dove si possa assicurare al paziente una vita dignitosa, la sua volontà presunta sarebbe pur sempre quella di vivere.

Né appare condivisibile quanto affermato in un parere di minoranza del documento in questione, secondo il quale l'omissione delle cure da parte dei medici avrebbe dovuto essere giustificata dalla circostanza che «in altre tipologie di casistiche concernenti il rifiuto di trattamenti salvavita, ossia quelle afferenti alle vicende che vedono come protagonisti testimoni di Geova (maggiorenni) che in virtù del loro credo religioso rifiutano emotrasfusioni, la Suprema Corte, anche di recente (Cass. civ., Sez. III, 29469/2020) ha espressamente ribadito che il principio di autodeterminazione nell'ambito dei trattamenti sanitari, anche nell'ipotesi negativa del dissenso e a fronte di un reale pericolo di vita, si traduca in un diritto intangibile del paziente e comporti, quindi, un dovere di astensione del medico»<sup>121</sup>.

Ci si dovrebbe infatti quantomeno domandare se lo sciopero della fame, o il rifiuto di trasfusioni o di determinati trattamenti sanitari possano cristallizzare la volontà del paziente in modo tale da impedire al medico di intervenire al fine di salvargli la vita, anche se tale volontà è stata espressa in condizioni ben lontane dal reale stato di sofferenza; nonostante infatti l'art. 5, c. 4, l. 219/2017 affermi che «la pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico», è certamente complesso valutare la piena capacità del paziente nel momento della sofferenza nonché la reale possibilità per il medico di farlo obbedire ai suoi «suggerimenti».

Orbene, l'esame di «altre tipologie di casistiche concernenti il rifiuto di trattamenti salvavita, ossia quelle afferenti alle vicende che vedono come protagonisti testimoni di Geova» richiamate

---

<sup>116</sup> Quesito del Ministero della Giustizia del 6 febbraio 2023, reperibile su <https://bioetica.governo.it/media/4802/risposta-a-ministero-giustizia.pdf>.

<sup>117</sup> Parere reperibile sul sito <https://bioetica.governo.it/media/4802/risposta-a-ministero-giustizia.pdf>

<sup>118</sup> V. <https://bioetica.governo.it/media/4802/risposta-a-ministero-giustizia.pdf>, cit.

<sup>119</sup> <https://bioetica.governo.it/media/4802/risposta-a-ministero-giustizia.pdf>.

<sup>120</sup> <https://bioetica.governo.it/media/4802/risposta-a-ministero-giustizia.pdf>.

<sup>121</sup> <https://bioetica.governo.it/media/4802/risposta-a-ministero-giustizia.pdf>.

dal documento sopra citato, può probabilmente fornire uno spunto utile al fine di riflettere su tale questione.

#### 4. Rifiuto di trasfusioni di sangue, violazione dell'autodeterminazione del paziente e risarcimento del danno.

Come anticipato, un esempio di potenziale contrasto tra diritto di autodeterminazione del paziente e doveri deontologici del medico è senza dubbio rappresentato dalle fattispecie riguardanti il rifiuto di trasfusioni di sangue da parte dei testimoni di Geova; rifiuto, questo, che trova la propria giustificazione nella interpretazione di alcuni passi biblici<sup>122</sup> e che è considerato rilevante dal nostro ordinamento giuridico sulla base dell'autonomia «della Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, liberamente organizzata secondo i propri ordinamenti e disciplinata dal proprio statuto»<sup>123</sup>.

Si tratta di una problematica non del tutto nuova, la quale tuttavia è stata trattata nel tempo da prospettive diverse; se inizialmente infatti la volontà del paziente è stata giustificata in nome della sua libertà di culto *ex art. 19 Cost.*, attualmente essa, in un'ottica laica dell'ordinamento giuridico, viene considerata come una manifestazione del diritto «di autodeterminazione in ambito sanitario, considerato (anche) come il risultato dell'affrancamento dell'uomo dalla concezione religiosa del corpo e della vita quale dono divino che non è nella disponibilità dell'uomo»<sup>124</sup>.

In altri termini, nel momento in cui la società pluralistica ha ammesso la possibilità del singolo paziente di imporre (come si vedrà, entro certi limiti) le proprie idee, sia filosofiche che religiose, anche in ambito sanitario, si è avuta al contempo una laicizzazione del diritto di autodeterminazione del paziente (inteso quale modo di esercitare il proprio diritto alla ricerca del benessere personale) conseguente alla desacralizzazione del corpo umano e quindi della vita stessa.

Non a caso, con provvedimento n. 515 del 14 novembre 2014 il Garante per la protezione dei dati personali ha ritenuto che «la struttura sanitaria, nel raccogliere legittimamente il consenso o l'eventuale diniego del paziente ad uno specifico trattamento sanitario (art. 32 della Costituzione), non debba acquisire le informazioni relative al credo religioso sottese a tale scelta», dato che «la finalità di assicurare un regime alimentare aderente alla volontà espressa dall'interessato, nonché quella di rispettare le scelte terapeutiche espresse in modo consapevole dall'interessato (ad es. rifiuto al trattamento trasfusionale nell'ambito dell'espressione del diritto ad un'auto-

<sup>122</sup> Più precisamente, secondo la lettura data dai Testimoni di Geova, Dio proibisce l'utilizzo del sangue in quanto "elemento sacro". Tale disposizione – contenuta in alcuni passi del *Pentateuco* pone l'assoluto divieto di utilizzare il sangue a scopo di nutrimento, terapia o trasfusione. In particolare, nella *Genesi*, Dio – al termine del diluvio universale – concesse a Noè e alla propria discendenza di alimentarsi anche con la carne degli animali, vietando però loro di nutrirsi del sangue: «ogni animale che si muove ed è in vita vi serva di cibo. Come nel caso della verde vegetazione vi do in effetti tutto questo. Solo non dovete mangiare la carne con la sua anima, il suo sangue» (Gen. 9:3, 4). Come anche in altri passaggi: «non dovete mangiare il sangue di nessuna sorta di carne, perché l'anima di ogni sorta di carne è il suo sangue. Chiunque lo mangi sarà stroncato» (Levitico 17:14).

<sup>123</sup> V. Intesa stipulata ai sensi dell'art. 8 Cost. tra la Repubblica italiana e la congregazione cristiana dei Testimoni di Geova del 18 novembre 1999, in *www.presidenza.governo.it*.

<sup>124</sup> B. SERRA, *Religione e Sanità. Per una realizzazione laica del diritto alla salute*, in *Dir. e rel.*, 2017, p. 484.

ne terapeutica)- alla luce dei richiamati principi di indispensabilità- possono essere, infatti, utilmente perseguite dalle strutture sanitarie senza raccogliere l'informazione relativa alle religioni di appartenenza dell'interessato»<sup>125</sup>.

In altri termini il principio di laicità al quale dà preminenza il nostro ordinamento giuridico ha reso indifferente l'eventuale motivazione religiosa alla base delle scelte diagnostiche e terapeutiche del paziente; ciò, come si osserverà oltre, rende però necessario individuare di volta in volta quale sia il valore preminente, in un'opera di bilanciamento di interessi, tra il rispetto della volontà del paziente, quello dell'autonomia del medico, nonché quello ad un'equa gestione delle risorse pubbliche.

Risulta infatti complesso valutare se la scelta del paziente di non ricevere una trasfusione salva vita (qualunque sia la motivazione sulla quale essa si fondi) debba essere sempre ed in ogni caso rispettata dal medico ovvero se il professionista possa, in virtù delle proprie convinzioni etiche e deontologiche, disattendere tale richiesta; problema, questo, al quale, per quanto qui rileva, si ricollega quello dell'eventuale obbligo risarcitorio del medico e/o della struttura sanitaria nel caso in cui, a fronte di un rifiuto di trasfusioni da parte del paziente, ed in mancanza di cure alternative, si effettui ugualmente una trasfusione e che non viene sempre risolto in modo univoco.

Al riguardo, sembra che la giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore della l. 219/2017 abbia adottato metri di valutazione diversi a seconda della modalità attraverso la quale il paziente avesse espresso il proprio rifiuto e della "attualità" di tale rifiuto.

Ed infatti, la S.C. ha affermato, da un lato, che la «terapia trasfusionale salvavita»<sup>126</sup> effettuata su un paziente in stato di incoscienza, che pure aveva espresso la generica volontà di non ricevere sangue indossando un tesserino recante la dicitura "no sangue", non comporta alcuna lesione del suo diritto di rifiutare le cure mediche, dato che un «tale comportamento, difettando una manifestazione di volontà espressa, inequivoca, attuale, informata, non può considerarsi valida espressione di un rifiuto al trattamento sanitario»<sup>127</sup>.

D'altro lato, in una più recente decisione la S. C. ha statuito che «il Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione pur avendo prestato il consenso al diverso trattamento che abbia successivamente richiesto la trasfusione, anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita»<sup>128</sup>.

In applicazione di tale principio la Corte di cassazione ha pertanto ritenuto che il medico che avesse effettuato una trasfusione di sangue contro la volontà del paziente avrebbe dovuto risarcire il danno da violazione del principio di autodeterminazione persino nel caso in cui tale trasfu-

---

<sup>125</sup> Documento reperibile su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3624070>.

<sup>126</sup> Cass. civ. sez. III, 15 settembre 2008, n.23676, cit.

<sup>127</sup> Cass. civ. sez. III, 15 settembre 2008, n.23676, cit.

<sup>128</sup> Cass. civ. sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 2, p. 586.

sione fosse stata strettamente necessaria al fine di consentire un'operazione volta a salvarne la vita<sup>129</sup>.

Una soluzione, questa, che tuttavia non appare convincente se si considera che la S.C., nella medesima decisione, aveva ritenuto:

a) che il dissenso al trattamento, per essere valido ed esonerare così il medico dal poterdovere di intervenire, deve essere espresso in modo inequivoco ed attuale: non sarà sufficiente, dunque, «una generica manifestazione di dissenso formulata “*ex ante*” ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure»<sup>130</sup>;

b) che «pur in presenza di un espresso rifiuto preventivo, non può escludersi che il medico, di fronte ad un peggioramento imprevisto ed imprevedibile delle condizioni del paziente e nel corso di circostanze impeditive della verifica effettiva della persistenza di tale dissenso, possa ritenere certo od altamente probabile che esso non sia più valido e praticare, conseguentemente, la terapia già rifiutata, ove la stessa sia indispensabile per salvare la vita del paziente»<sup>131</sup>.

Ci si potrebbe inoltre chiedere se le conclusioni a cui è giunta la Cassazione nelle sentenze sopra citate sarebbero state diverse se i fatti di causa si fossero verificati dopo l'entrata in vigore della L. 22 dicembre 2017, n. 219 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento").

Come sopra rilevato con tale normativa il legislatore ha consentito infatti di manifestare il proprio dissenso a qualsiasi tipo di trattamento sanitario anche “*ex ante*” rispetto al verificarsi di una malattia, avendo previsto la redazione, nelle forme previste dalla legge<sup>132</sup>, delle c.d. disposizioni anticipate di trattamento.

*Quid iuris* nel caso in cui il paziente abbia redatto disposizioni anticipate di trattamento nelle quali abbia escluso, per motivi etici e/o religiosi, di subire trasfusioni di sangue? Tale decisione dovrà essere rispettata dal medico anche nel caso di pericolo di vita o di stato di incoscienza del paziente?

Anche in tali casi, a nostro modo di vedere, dovrebbe prevalere l'obbligo deontologico del medico di tutelare la vita (art. 3 cod. deont. med.).

<sup>129</sup> Nel caso deciso dalla Suprema Corte una paziente sottoposta ad intervento di taglio cesareo, dopo aver ricevuto le informazioni sui rischi dello stesso, aveva manifestato espressamente il rifiuto alle trasfusioni “in qualsiasi circostanza”. A seguito dell'intervento, si verificava una grave emorragia, in ragione della quale i sanitari effettuavano — con il consenso della paziente — una laparotomia esplorativa per accertare le cause del sanguinamento. Nonostante il rifiuto preventivo alle trasfusioni opposto dalla paziente, i sanitari — in ragione della perdita ematica stimata in oltre il 40% del volume normale e del conseguente pericolo di vita — sottoponevano ugualmente la paziente ad emotrasfusioni.

<sup>130</sup> Cass. civ. sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469, cit.

<sup>131</sup> Cass. civ. sez. III, 23 dicembre 2020, n.29469, cit.

<sup>132</sup> Si richiede che tali volontà siano redatte «per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo» (art. 4, c. 6, L. 219/2017).

Se è vero infatti, come è stato osservato, che «le DAT conservano la loro attualità per il fatto stesso che il suo titolare può sempre e in qualsiasi momento revocarle e modificarle (vedi art. 1 comma 4)»<sup>133</sup>, consentendo così «di cristallizzare anticipatamente le determinazioni terapeutiche da applicarsi in un contesto futuro e solo eventuale»<sup>134</sup>, è anche vero che la medesima legge n. 219/2017 afferma che le DAT possono essere disattese, in tutto o in parte, «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, c. 5) e che «la pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico» (art. 5, c. 4).

A ciò si aggiunga che la libertà di scelta del medico è preservata dalla circostanza che la legge stabilisce espressamente che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali» (art. 1, c. 6). Il che significa, *a contrario*, che gli obblighi professionali del medico permangono in presenza di un rifiuto che si ponga in contrasto con la legge, con la deontologia professionale o con le buone pratiche clinico-assistenziali.

Vero è che tra gli obblighi deontologici del medico vi è anche quello, posto a tutela di un diritto costituzionalmente garantito (art. 32, c. 2, Cost.), di rispettare la volontà del paziente e che la clausola dell'art. 1, c. 6 della l. 219/2017 non legittima il medico a superare la volontà del paziente a non subire trattamenti sanitari. E tuttavia ciò non significa, come si dirà oltre, che il medico debba venir meno al suo dovere deontologico primario che rimane pur sempre quello di «tutelare la vita, la salute psico-fisica, di assicurare il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona (art. 3 codice deontologico), e non già nel rispetto di “ogni” scelta (anche basata su convinzioni dettate da motivazioni religiose o contraddette da evidenze scientifiche) del paziente.

Non a caso, in situazioni nelle quali sia a repentaglio la vita stessa del paziente ed essa possa essere salvata attraverso un determinato trattamento, il medico può assumere il potere di rappresentanza del malato, sostituendosi persino al suo rappresentante legale e disattendendo le volontà del paziente che siano state espresse *ex ante*, dato che sarà suo dovere, «avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico» (art. 2, l. 219/2017). Non si dimentichi infatti, come già osservato, che il medico è un privato che svolge un pubblico servizio, con la conseguenza che in casi di assoluta urgenza si potrebbe anche ritenere che egli possa prescindere dalla decisione del giudice, anticipandone il giudizio per salvare la vita del paziente.

In altri termini, malgrado l'imporsi del concetto di alleanza terapeutica, il diritto di autodeterminazione del paziente dovrebbe trovare un limite, a nostro sommessimo avviso, nel rispetto dei

---

<sup>133</sup> U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 124.

<sup>134</sup> G. MARCACCIO, *Appartenenza religiosa e trattamento preventivo al trattamento sanitario: dat e pianificazione delle cure come volano di libertà del paziente fedele*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, p. 332 ss.

doveri deontologici del medico; rispetto, che dovrà quantomeno giustificare, sotto il profilo risarcitorio, il trattamento che pur in contrasto con il *quomodo* della prestazione richiesta dal paziente gli abbia comunque salvato la vita; sicché, facendo un esempio al limite del paradosso, il medico dovrà sempre rifiutarsi di curare un paziente che, per motivi ideologici, voglia che un tumore venga trattato attraverso la somministrazione di bicarbonato o, come suggerito dal veterinario Bonifacio, con le feci di capra<sup>135</sup>.

Come dimostrato dai famosi casi “Di Bella” e “Stamina”<sup>136</sup>, seppur in maniera meno paradossale rispetto a quelli sopracitati, «la libertà di scelta della cura presuppone che si tratti di autentica cura e che sia scientificamente testata»<sup>137</sup>, cosicché «il dato scientifico costituisce quindi un limite alla discrezionalità politica del legislatore e la sua mancata considerazione può inficiare la legge»<sup>138</sup>.

Ma al di là di tali casi eclatanti, per anticipare ciò che si dirà oltre, il medico dovrà, ove possibile, salvare la vita del paziente anche ricorrendo ad una trasfusione da questi rifiutata, qualora per ipotesi non sia disponibile un rimedio alternativo alla trasfusione stessa; da tale punto di vista un rifiuto di trasfusione potrebbe essere considerato non adeguato o non sostenibile quando la scelta del paziente comporti un uso sproporzionato di risorse pubbliche, si crei un rischio eccessivo per la vita in situazioni di urgenza non rimediabile o si possa compromettere gravemente la gestione clinica ordinaria per altri pazienti.

D’altro canto, proprio perché, come più volte ricordato, la salute del singolo è anche un interesse della collettività il diritto di autodeterminazione sanitaria dovrebbe cedere ove si venisse a scontrare con l’interesse ad una sana ed imparziale gestione della sanità pubblica, «giacché è proprio la salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> V. G. BORZACCHIELLO, *Le capre non ci salveranno dal cancro*, in [https://www.mvpa-unina.org/fakenews/anno2020/%3Cle-capre-non-ci-salveranno-dal-cancro\\_841.xhtml](https://www.mvpa-unina.org/fakenews/anno2020/%3Cle-capre-non-ci-salveranno-dal-cancro_841.xhtml).

<sup>136</sup> Sulla c.d. pseudoscienza e su tali casi, tra i tanti, R. POLI, *Diritto alla prova scientifica, obbligo di motivazione e sindacato in sede di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 417 ss.; D. PARIS, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1321 ss.; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, p. 318 ss.; P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. D’AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 423.

<sup>137</sup> V. <https://www.aifa.gov.it/-/dal-metodo-di-bella-a-quello-stamina-la-chiarzza-prima-di-tutto>. Come è noto entrambi i casi sono sfociati in decisioni della Corte Costituzionale, rispettivamente Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *giur. cost.*, 1998, p. 1510 ss. e Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274, in *Foro it.* 2015, 3, I, 748.

<sup>138</sup> G. SERENO, *Il “caso Stamina” all’esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2015, p. 4.

<sup>139</sup> V. Corte cost., 9 febbraio 2023, n.14, in *Jurisdata online*, che ha dichiarato in parte manifestamente inammissibili e in parte non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 (Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76, nella parte in cui prevedeva, da un lato, l’obbligo vaccinale per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2 per il personale sanitario e, dall’altro lato, per effetto dell’inadempimento dello stesso, la sospensione dall’esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34 e 97 della Costituzione, nonché dell’art. 1 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), nella parte in cui non prevede l’espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori,

È pertanto da ritenere, per fare un altro esempio, che un ospedale pubblico o privato potrà rifiutarsi di curare un paziente che, per motivi etici o religiosi, voglia somministrare cure particolarmente costose o non facilmente reperibili, laddove con costi e difficoltà minori possa comunque essere curato; così come si potrà rifiutare di fornire assistenza sanitaria al paziente che voglia essere curato all'estero con metodi alternativi rispetto a quelli (equivalenti in termini di risultato) esistenti nel proprio Paese.

Non a caso l'esigenza di «garantire un controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane»<sup>140</sup> è stata richiamata da una decisione della Corte di giustizia UE che ha avuto ad oggetto una fattispecie riguardante proprio il rifiuto di trasfusioni da parte di un testimone di Geova.

Nella sentenza del 29 ottobre 2020, n. 243 la Corte di giustizia ha infatti ritenuto che «lo Stato membro di residenza di un soggetto può rifiutare di concedere a quest'ultimo l'autorizzazione preventiva per eseguire le cure ospedaliere all'estero qualora, in tale Stato membro, siano disponibili cure la cui efficacia clinica non è in discussione, ma le convinzioni religiose dell'interessato siano contrarie al metodo di cura utilizzato. La libertà di culto in tal caso non è incisa»<sup>141</sup>.

Il caso in questione vedeva come protagonista un cittadino lettone che aveva rifiutato di curarsi nel proprio Stato perché l'intervento avrebbe previsto una trasfusione di sangue, e che aveva pertanto chiesto di essere operato in Polonia, ove l'operazione poteva essere effettuata senza trasfusione.

In tale occasione la Corte, pur avendo premesso che «il rifiuto di concedere al ricorrente nel procedimento principale l'autorizzazione preventiva prevista dall'articolo 20, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004»<sup>142</sup> instaura una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione»<sup>143</sup>, ha poi concluso che «non si può escludere che un rischio di grave alterazione dell'equi-

---

e dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, come convertito, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 Cost.

<sup>140</sup> Corte UE sez. II, 29/10/2020, n. 243, in *Guida al diritto*, 2020, 45, 97, secondo la quale «un siffatto spreco si dimostrerebbe infatti tanto più dannoso in quanto è pacifico che il settore delle cure ospedaliere genera costi notevoli e deve rispondere a bisogni crescenti, mentre le risorse finanziarie che possono essere destinate alle cure sanitarie, quale che sia la modalità di finanziamento usata, non sono illimitate».

<sup>141</sup> Corte UE sez. II, 29/10/2020, n.243, cit.

<sup>142</sup> Ai sensi del quale «1. fatte salve disposizioni contrarie del presente regolamento, la persona assicurata che si trasferisca in un altro Stato membro per ricevervi prestazioni in natura nel corso della dimora, chiede un'autorizzazione all'istituzione competente. 2. La persona assicurata autorizzata dall'istituzione competente a recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevervi cure adeguate al suo stato di salute, beneficia delle prestazioni in natura erogate, per conto dell'istituzione competente, dall'istituzione del luogo di dimora, secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse assicurata in virtù di tale legislazione. L'autorizzazione è concessa qualora le cure di cui si tratta figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato e se le cure in questione non possono essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia. 3. I paragrafi 1 e 2 si applicano mutatis mutandis ai familiari di una persona assicurata. 4. Se i familiari di una persona assicurata risiedono in uno Stato membro diverso dallo Stato membro in cui risiede la persona assicurata, e tale Stato membro ha optato per il rimborso in base a importi fissi, il costo delle prestazioni in natura di cui al paragrafo 2 è sostenuto dall'istituzione del luogo di residenza dei familiari. In tal caso, ai fini del paragrafo 1, l'istituzione del luogo di residenza dei familiari è considerata l'istituzione competente».

<sup>143</sup> Corte giustizia UE sez. II, 29/10/2020, n.243, cit.

librio finanziario del sistema di previdenza sociale possa costituire un obiettivo legittimo idoneo a giustificare una differenza di trattamento fondata sulla religione»<sup>144</sup>.

Orbene, il ragionamento operato dalla Corte sembra essersi fondato sull'analisi economica del diritto alla salute e sui concetti di adeguatezza e di sostenibilità delle cure; se è vero infatti che «nella distribuzione di beni scarsi, la società è chiamata a decidere quali metodi di allocazione adottare»<sup>145</sup> e che «la distribuzione di certi beni comporta quindi grandi conseguenze e persino la morte»<sup>146</sup>, è anche vero a maggior ragione che le scelte individuali in materia di cure mediche non possono influire gravemente sui costi sociali affrontati, specie ove si possa comunque garantire la tutela del diritto alla salute; l'idea di una salute sostenibile si ricollega, non a caso, «all'impegno tanto delle pubbliche istituzioni quanto dei singoli, individualmente e nelle formazioni sociali, di decidere, disporre e godere con *responsabilità* di risorse intrinsecamente scarse»<sup>147</sup>.

In tale ottica «il problema che si pone quando l'esecuzione di un determinato trattamento sanitario risulti contrastante con le convinzioni del paziente (come avviene, ad esempio, nei casi di rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte dei pentecostali ovvero di opposizione all'aborto terapeutico da parte di altri credenti) va risolto sulla base di una comparazione dei valori in giuoco (cioè del diritto alla salute e della libertà di opinione), cosicché non sembra dubbio che il primo debba prevalere quando ne va della sopravvivenza dell'individuo o della salvaguardia di altre condizioni capaci di incidere in modo profondo sul suo futuro benessere»<sup>148</sup>.

Da tale punto di vista non vi è dubbio che tra le condizioni capaci di incidere sul futuro benessere dell'individuo e della società tutta vi siano anche il buon andamento e l'imparzialità del sistema sanitario *ex art. 97 Cost.*, il quale, proprio per assicurare tali esigenze, deve poter valutare di volta in volta, oltre che la serietà alla luce della scienza medica, la fattibilità e la sostenibilità (anche economica) delle richieste avanzate dai pazienti.

Ed ancora occorre tenere in considerazione che, se è vero che il diritto alla salute deve prevalere su quello di autodeterminazione “quando ne va della sopravvivenza dell'individuo”, allora, nel caso di trasfusioni effettuate su di un paziente in fin di vita nonostante il suo diniego (seppure scritto e rispondente alle condizioni previste dalla legge), la soluzione di condannare il medico a risarcire il danno per violazione del solo diritto di autodeterminazione non sembra essere quella corretta.

Si pensi all'esempio sopra riportato nel quale il paziente, dopo avere espresso la volontà di non subire determinati trattamenti medici, si ritrovi a dover sopportare sofferenze inimmaginabili allorché si trovava in piena salute e gridi aiuto.

Quale sarà il dovere del medico? Se è vera la considerazione sopra riportata sarà certamente quello di cercare di salvare la vita al sofferente.

---

<sup>144</sup> Corte giustizia UE sez. II, 29/10/2020, n.243, cit.

<sup>145</sup> G. CALABRESI-P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, trad. it. di C.M. Mazzoni e V. Varano, Milano, 1986, p. 4.

<sup>146</sup> G. CALABRESI-P. BOBBITT, op. loc. ult. cit.

<sup>147</sup> In tal senso, L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., p. 9.

<sup>148</sup> A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 185.

E qualora vi riesca è giuridicamente corretto condannarlo a risarcire il danno anche se gli abbia salvato la vita? Non è la vita (ovviamente una vita dignitosa) il più prezioso tra i beni, il presupposto perché tutti gli altri beni possano essere goduti?

Ci si potrebbe allora chiedere se, allorché venga chiesto il risarcimento, non si possa quanto meno utilizzare il concetto giurisprudenziale della *compensatio lucri cum damno*, dato che a fronte di un presunto fatto illecito (la violazione del diritto di autodeterminazione del paziente) vi sarebbe pur sempre la presenza di un vantaggio inestimabile (la salvezza dalla malattia ed il ‘dono’ della vita).

Né probabilmente potrebbe obiettarsi che il creditore può sempre rifiutare anche i vantaggi offertigli dal debitore comunque inadempiente, dato che in tal caso non vi sarebbe inadempimento bensì compimento di un (presunto) fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* (v. art. 7, l. 219/2017) da un lato, e arricchimento del danneggiato dall’altro.

O ci si potrebbe addirittura chiedere se in tali casi sia addirittura da escludere la stessa esistenza di un fatto illecito e del conseguente danno, essendo la vita (una vita dignitosa ovviamente) il presupposto stesso dell’esercizio di ogni diritto, compreso il diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione della autodeterminazione.

Al riguardo, appare condivisibile la tesi secondo la quale il danno da lesione all’autodeterminazione terapeutica debba essere escluso quando l’intervento determini la guarigione del paziente<sup>149</sup> e, verrebbe da aggiungere, tanto più se l’intervento era l’unico praticabile in una situazione di emergenza.

Appare infatti eccessivo condannare il medico al risarcimento del danno là dove «lo stesso trattamento in concreto praticato sia risultato l’unico possibile, sia stato eseguito correttamente o, nel caso di trattamento terapeutico, si sia rivelato risolutivo della patologia riscontrata»<sup>150</sup>.

Ma su tali problematiche, peraltro recentemente affrontate della Corte EDU, si tornerà subito appresso.

## 5. Conclusioni.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha ritenuto che «l’acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell’intervento medico richiestogli, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell’eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente»<sup>151</sup>.

Più precisamente, secondo la Cassazione, «la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all’autodeterminazione proprio della persona fisica (la quale in piena libertà e consapevolezza sceglie di sottoporsi a terapia farmacologica o ad esami clinici e strumentali, o ad interventi o tratta-

---

<sup>149</sup> V. F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull’eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, I, p. 207 ss.

<sup>150</sup> In tal senso, v. Cass. 12 giugno 2015, n. 12205, in *Jurisdata online*.

<sup>151</sup> Cass. civ., 16 maggio 2013, n. 11950, in *Jurisdata online*.

menti anche invasivi, laddove comportino costrizioni o lesioni fisiche ovvero alterazioni di natura psichica, in funzione della cura e della eliminazione di uno stato patologico preesistente o per prevenire una prevedibile patologia od un aggravamento della patologia futuri), che - se pure connesso - deve essere tuttavia tenuto nettamente distinto - sul piano del contenuto sostanziale - dal diritto alla salute, ossia dal diritto del soggetto alla propria integrità psico-fisica»<sup>152</sup>.

In tale ottica «non vi è dubbio che sussiste la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente nella scelta del trattamento sanitario, cosicché il conseguenziale diritto al risarcimento non può essere escluso dalla circostanza che lo stesso trattamento sia risultato l'unico possibile e si sia rivelato risolutivo della patologia riscontrata»<sup>153</sup>.

La netta distinzione, ai fini del risarcimento del danno, tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione terapeutica è stata accolta non soltanto dalla giurisprudenza nazionale ma anche da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in una recente sentenza, ha accolto la richiesta di risarcimento del danno avanzata da una testimone di Geova la quale, pur avendo rifiutato espressamente trasfusioni di sangue, vi era stata sottoposta per motivi di urgenza e con il fine di essere salvata da un imminente pericolo di vita<sup>154</sup>.

Più precisamente la Grande Camera della Corte ha ritenuto che, se è vero che il diritto di autodeterminazione del paziente non è assoluto e può entrare in conflitto con l'art. 2 CEDU (diritto alla vita), l'interesse pubblico alla protezione della vita o della salute deve cedere il passo di fronte all'interesse del paziente a dirigere il corso della propria vita; «solamente qualora il medico (o, a seconda dei casi, il giudice adito) non sia in grado di dimostrare che il rifiuto di un trattamento medico salva-vita sia in linea con la volontà del paziente ovvero questi non sia in grado di esprimersi in merito, la somministrazione di cure essenziali non integra violazione dell'art. 8 CEDU dovendo prevalere il dovere di proteggerne la vita»<sup>155</sup>.

Ma è opportuno riportare i fatti di causa.

La paziente, in vista di essere sottoposta a un intervento chirurgico d'urgenza per l'asportazione di un fibroma uterino, produceva due documenti scritti nei quali dichiarava la sua appartenenza ai testimoni di Geova ed il suo rifiuto a essere sottoposta a trasfusioni di sangue.

Aggravatasi la situazione veniva disposto il suo trasferimento a Madrid, in una struttura che sarebbe stata scelta proprio perché specializzata in trattamenti alternativi, al fine di subire un intervento d'urgenza a causa dell'embolizzazione dell'arteria uterina dovuta ad alcuni fibromi.

---

<sup>152</sup> Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Jurisdata online*.

<sup>153</sup> Lo ricorda E. A. EMILIOZZI, *Il danno all'autodeterminazione*, cit., p. 104.

<sup>154</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Pindo Mulla v. Spain, 17 settembre 2024 (ricorso n. 15541/20), in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Al riguardo v. anche Corte EDU, Testimoni di Geova di Mosca c. Russia, 302/02 del 10 giugno 2010, in <https://www.lawpluralism.unimib.it/oggetti/192-testimoni-di-geova-di-mosca-e-altri-c-russia-n-302-02-corte-edu-prima-sezione-10-giugno-2010>, secondo la quale « nel campo dell'assistenza sanitaria, anche nei casi in cui il rifiuto di una particolare cura potrebbe condurre a un esito fatale, l'imposizione di un trattamento sanitario senza il consenso del paziente adulto e capace di intendere e volere interferirebbe con il diritto di quest'ultimo all'integrità fisica, e violerebbe i diritti protetti dall'Articolo 8 della Convenzione».

<sup>155</sup> Corte EDU – Pindo Mulla v. Spain, 17 settembre 2024, cit.

La donna in quell'occasione ribadiva, sia per iscritto che oralmente, il suo rifiuto ad accettare trasfusioni; rifiuto che veniva peraltro trascritto nella sua cartella clinica.

Tuttavia, durante il trasferimento con l'ambulanza di terapia intensiva mobile si verificava un ulteriore aggravamento della situazione.

Una volta arrivata in ospedale la paziente, ancora cosciente, informava ancora una volta i medici della sua posizione riguardo alle trasfusioni di sangue, ma nonostante ciò i sanitari dell'ospedale, che non erano entrati in possesso della documentazione scritta della paziente, alla luce dell'aggravarsi ulteriore della situazione, erano costretti richiedere al giudice di turno (*juez de guardia*) del tribunale di istruzione (*Juzgado de Instrucción*) di Madrid, la modalità attraverso la quale procedere in presenza di un espresso rifiuto verbale a tutti i tipi di trattamento.

Il medico legale, su richiesta del giudice, ritenne che «sebbene al momento si ignori se la paziente sia in grado di dare e/o rifiutare il suo consenso, così come la natura del trattamento a cui sarà sottoposta, si può affermare che, se l'emorragia persiste e considerando i suoi livelli di emoglobina, la situazione costituirebbe un grave rischio per la vita della paziente»<sup>156</sup>. Sicché il giudice di turno «in assenza di prove affidabili di un rifiuto da parte della richiedente di ricevere un trattamento medico, a tutela del valore giuridico supremo del diritto alla vita, non si opponeva all'adozione delle misure mediche e chirurgiche necessarie per proteggere la vita e l'integrità fisica della richiedente»<sup>157</sup>.

In buona sostanza, dunque, la paziente veniva sottoposta a trasfusioni a causa del pericolo di vita nel quale si trovava, senza che i medici fossero stati informati dell'esistenza di un suo rifiuto scritto di subire tale trattamento; ed infatti, si legge nella decisione della Corte di Strasburgo, «non fu prodotto alcun documento che indicasse il suo rifiuto delle trasfusioni di sangue, né menzionò le sue direttive mediche anticipate, le quali, in ogni caso, non facevano parte del dossier cartaceo che era stato trasferito insieme a lei da Soria. Non fu consultato neppure il registro nazionale delle direttive mediche anticipate, dove le direttive della paziente erano anch'esse conservate»<sup>158</sup>.

Sulla base di tali fatti (la donna dichiarò addirittura di essersi sentita “stuprata”) la paziente chiese pertanto il risarcimento dei danni dovuti alla violazione del proprio diritto all'autodeterminazione terapeutica.

La Corte, con la decisione in esame, nell'accogliere la domanda di risarcimento del danno morale avanzata dalla ricorrente, ha operato una totale scissione tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione, avendo ritenuto che «il processo decisionale seguito in questo caso non è

---

<sup>156</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Pindo Mulla v. Spain, 17 settembre 2024, cit.

<sup>157</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Pindo Mulla v. Spain, 17 settembre 2024, cit. Nella sentenza si legge testualmente che «pertanto, come dichiarato dall'ospedale di La Paz, poiché astenersi dal trattamento medico nel caso della paziente proveniente da Soria (la cui identità è sconosciuta) potrebbe portare a un esito fatale, e poiché non esistono prove affidabili di un rifiuto da parte della paziente di ricevere un trattamento medico, al fine di tutelare il valore giuridico supremo del diritto alla vita, si ritiene necessario autorizzare il trattamento di questa paziente con le misure mediche e chirurgiche necessarie per salvaguardare la sua vita e la sua integrità fisica».

<sup>158</sup> Corte EDU – Pindo Mulla v. Spain, 17 settembre 2024, cit.

stato condotto in modo da garantire un sufficiente rispetto dell'autonomia della persona interessata»<sup>159</sup>.

La sentenza in commento si presta tuttavia ad alcune osservazioni.

L'aver ritenuto che vi sia una totale indipendenza tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute, sicché anche nel caso in cui i medici salvino la vita del paziente essi dovranno risarcire il danno morale da questi subito per avere violato le sue decisioni di ordine morale e religioso, può creare il rischio, per usare le parole di Gardner in materia di eutanasia, di creare un 'pendio scivoloso' (*slippery slope*)<sup>160</sup>, il pericolo, cioè, che il valore della vita venga via via sempre più misconosciuto dall'ordinamento giuridico<sup>161</sup>.

Basti considerare quanto avviene in Canada, ove paradossalmente la svalutazione del valore della vita umana ha reso «è più facile accedere all'eutanasia che ricevere una sedia a rotelle»<sup>162</sup>.

È stato sottolineato al riguardo come la morte medicalmente assistita, almeno in tale Paese, si prospetti come un rimedio veloce ed economico per risolvere i problemi degli alti costi della sanità pubblica, il problema dell'invecchiamento della popolazione e dell'aumento delle patologie legate appunto all'invecchiamento<sup>163</sup>.

O si pensi al recente episodio avvenuto in Belgio, dove un componente della Commissione federale dell'eutanasia ha denunciato che la Commissione non aveva segnalato all'autorità il caso di un paziente affetto da demenza, che era stato ucciso senza il consenso, su richiesta dei familiari, e senza che ricorresse alcuna direttiva anticipata di eutanasia<sup>164</sup>.

Ma sono molteplici i casi nei quali il procedimento volto a somministrare la 'dolce morte' non è stato ritenuto idoneo a soddisfare i delicati interessi facenti capo tanto ai pazienti, quanto ai loro familiari; basti ricordare la sentenza del 4 ottobre 2022, con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato proprio il Belgio per violazione dell'art. 2 CEDU, poiché la *loi 28 mai 2002* in materia di eutanasia non avrebbe garantito sufficientemente l'indipendenza della *Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie*, dato che «il medico curante che aveva preso in carico la richiesta di eutanasia sedeva tra i membri della Commissione preposta a valutare la compatibilità delle sue azioni con il diritto interno»<sup>165</sup>.

Più convincente rispetto a tale visione di incondizionata disponibilità della vita appare allora la *dissenting opinion*, che si ritrova nel testo della citata decisione della Grande Camera della Corte

---

<sup>159</sup> Corte EDU– Pindo Mulla v. Spain, 17 settembre 2024, cit.

<sup>160</sup> <https://www.centrostudilivaitino.it/morte-assistita-in-canada-la-testimonianza-del-prof-bill-gardner/>.

<sup>161</sup> V. <https://www.centrostudilivaitino.it>, cit.

<sup>162</sup> Tale considerazione è di G. MEOTTI, *In Canada è più facile ottenere l'eutanasia che una sedia a rotelle*, in *Il Foglio*, 28 luglio 2023.

<sup>163</sup> G. MEOTTI, op. ult. cit.

<sup>164</sup> V. [www.associazionelucacoscioni.it](http://www.associazionelucacoscioni.it).

<sup>165</sup> V. Corte EDU, *Mortier c/ Belgio*, n. 78017/17, del 4 ottobre 2022, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org). In quel caso si era posto il delicato problema del mancato coinvolgimento dei familiari, e nella specie dei figli, nel percorso di scelta che aveva portato la madre ad optare per l'eutanasia in presenza di una malattia psichica.

EDU, in relazione al caso *Pindo Mulla v. Spain* della testimone di Geova che, nonostante fosse stata salvata da morte certa, aveva affermato di essersi sentita stuprata<sup>166</sup>.

In tale conclusione infatti alcuni giudici hanno rilevato «che il personale medico dell'ospedale di La Paz e la giudice di turno si sono trovati di fronte a una situazione difficile in quanto le condizioni di salute della richiedente si erano gravemente deteriorate durante il trasferimento, tanto che, secondo la valutazione dei medici, l'instabilità emodinamica della paziente implicava che l'adozione di un altro trattamento non fosse più praticabile» e che «quando appresero che la richiedente aveva espresso oralmente un rifiuto, i medici dell'ospedale di La Paz si trovarono di fronte a un dilemma, e anche a rischio di vedersi coinvolti in responsabilità penali, a causa dell'assenza di una prova chiara di un rifiuto valido»<sup>167</sup>.

In altri termini, secondo tale opinione «le azioni intraprese dai medici erano motivate dalla necessità impellente di garantire un trattamento effettivo a una paziente di cui avevano la responsabilità, nel rispetto della norma più fondamentale della professione medica ossia la salvaguardia della vita e la protezione della salute»<sup>168</sup>; «in tali circostanze, le trasfusioni di sangue non possono essere assimilate a uno “stupro”, contrariamente a quanto affermato dalla richiedente. Non vi sono indicazioni che il personale medico o la giudice di turno abbiano agito in mala fede»<sup>169</sup>.

La tesi sopra citata appare pienamente condivisibile specie là dove sottolinea come «la vita della richiedente è stata salvata quel giorno e che ella è sopravvissuta grazie a un intervento medico che, secondo la valutazione dei medici, era necessario per salvarle la vita – valore fondamentale, protetto dagli obblighi positivi derivanti dall'articolo 2 della Convenzione, nonché condizione preliminare assoluta per godere di ogni altro diritto o libertà consacrata dalla Convenzione, inclusa la libertà religiosa»<sup>170</sup>.

Se poi si aggiunge che nel caso di specie la responsabilità delle strutture sanitarie derivava dalla circostanza che «le direttive mediche anticipate della ricorrente, che erano accessibili sia attraverso il registro di Castiglia e León che tramite il registro nazionale, non sono state menzionate affatto durante gli scambi tra i due ospedali»<sup>171</sup>, appare lecito porsi ancora una volta alcune domande in relazione ai doveri del medico.

Ha senso ritenere violato un diritto fondamentale all'autodeterminazione di un soggetto al quale i medici abbiano salvato la vita (da considerare comunque il bene più prezioso), sol perché tale soggetto non era d'accordo per motivi etici e/o religiosi con le modalità attraverso le quali la vita gli è stata salvata?

È corretto affermare che il diritto all'autodeterminazione terapeutica sia del tutto indipendente dal diritto alla salute o non è piuttosto da ritenere che il diritto all'autodeterminazione non sia al-

---

<sup>166</sup> V. *Opinion en partie concordante et en partie dissidente de la Juge Seibert-Jöhr, à laquelle se rallient les juges Kucsko-Stadlmayer, Pastor Vilanova, Ravarani, Kuris, Lubarda, Koskelo et Bormann*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).

<sup>167</sup> Corte EDU – *Pindo Mulla v. Spain*, 17 settembre 2024, cit.

<sup>168</sup> Corte EDU – *Pindo Mulla v. Spain*, 17 settembre 2024, cit.

<sup>169</sup> Corte EDU – *Pindo Mulla v. Spain*, 17 settembre 2024, cit.

<sup>170</sup> Corte EDU – *Pindo Mulla v. Spain*, 17 settembre 2024, cit.

<sup>171</sup> Corte EDU – *Pindo Mulla v. Spain*, 17 settembre 2024, cit.

tro che una delle manifestazioni del diritto di disporre del proprio corpo *ex art. 5 c.c.* così come attualmente evolutosi alla luce degli art. 2, 13 e 32 Cost.<sup>172</sup>

E tale disciplina, malgrado le numerose aperture dovute all'evoluzione del contenuto del diritto alla salute, non vieta pur sempre gli atti che siano contrari all'ordine pubblico, al buon costume o che cagionino diminuzioni permanenti dell'integrità fisica e quindi, a maggior ragione la morte?

Non a caso è proprio su tali limiti, per riportare esempi riguardanti l'esercizio di pratiche religiose, che si fonda la differenza di trattamento tra l'infibulazione e la circoncisione<sup>173</sup>.

Se infatti la circoncisione, pur integrando astrattamente una lesione personale, viene scriminata attraverso l'applicazione dell'art. 51 c.p. sul consenso dell'avente diritto, le pratiche di infibulazione «si pongono in stridente contrasto con i diritti umani, non solo per le devastanti conseguenze fisiche e psicologiche che producono, ma anche per le compressioni che esse determinano in termini di uguaglianza uomo-donna, di non discriminazione in ragione del sesso e di libertà sessuale della donna»<sup>174</sup>.

Più precisamente, come affermato dalla Cassazione, anche nel caso di circoncisione praticata su di un minore, il consenso «è prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato, per il compimento di un atto che rientra tra quelli consentiti di disposizione del proprio corpo (art. 5 c.c.), in quanto non determina una menomazione irreversibile con indebolimento permanente e non modifica sostanzialmente il modo d'essere dell'individuo sotto il profilo dell'integrità funzionale o sotto quello della capacità di vita di relazione»<sup>175</sup>.

Non è stato forse il principio di dignità inteso non come diritto individuale ma come interesse di una determinata collettività a determinare la decisione che impedì il c.d. lancio del nano<sup>176</sup>, nella quale la libertà di autodeterminarsi del soggetto affetto da nanismo che voleva essere lanciato ha trovato un limite (limite che ha toccato anche il suo fondamentale diritto a svolgere una pro-

---

<sup>172</sup> In tal senso v. C. IACOVELLO, *Gli atti di disposizione del proprio corpo alla luce dell'autodeterminazione terapeutica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, p. 1761 ss.

<sup>173</sup> Su tale differenza v. G. MARCACCIO, *Identità religiosa*, cit., p. 38, il quale ricorda come «l'OMS addirittura consiglia la pratica della circoncisione quale misura preventiva per gli uomini che presentano un elevato rischio di contrarre l'HIV» ed evidenzia «l'assenza alla base della circoncisione di quegli intenti discriminatori, di controllo e di limitazione di diritti e della libertà che invece caratterizzano le mutilazioni genitali femminili».

<sup>174</sup> Cfr. Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite Intensificare gli sforzi globali per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili (A/Res/67/146), 20 dicembre 2012. V., al riguardo, A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. mer.*, 2001, p. 854.

<sup>175</sup> Cass. pen., 22 giugno 2011, n. 43646, in *Jurisdata online*.

<sup>176</sup> Sul quale sia consentito rinviare a G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, cit., p. 65 ss.; v., inoltre, L. BOZZI, *Decidere il tempo (e il modo) di morire. Interrogativi irrisolti sul bilanciamento trovato (?) dalla Consulta in merito al suicidio medicalmente assistito. Interrogativi (irrisolvibili) sul principio di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 411 ss., secondo la quale «a decidere, accanto a una percentuale (variabile, e non sempre determinante) di autodeterminazione del soggetto coinvolto vi sarebbe sempre una percentuale (variabile, e più spesso che non si creda determinante) di "morale sociale". È la "morale sociale" a vietare – indipendentemente e anche contro la volontà libera e consapevole del soggetto interessato – l'infibulazione, la sperimentazione rischiosa per l'integrità fisica, il "lancio del nano", in quanto "situazioni" ritenute incompatibili con il quadro valoriale espresso dal nostro ordinamento».

fessione) nella dignità degli altri nani, i quali si sentivano denigrati dalla possibilità di essere assimilati ad oggetti da essere lanciati<sup>177</sup>.

Se poi a tali considerazioni si aggiunge che le decisioni del paziente fondate su convinzioni etiche e/o religiose potrebbero a volte concretizzarsi in un vero e proprio errore di fatto sulla diagnosi e sulla cura della propria malattia (si pensi all'esempio già riportato di un soggetto convinto che un tumore possa curarsi con le feci di capra), ovvero in un vizio del consenso volto ad inficiare la correttezza del suo giudizio, appare difficile negare che il medico debba in tali casi fare tutto quello che è in suo potere per correggere tale giudizio e che possa, in caso contrario, rifiutarsi di soddisfare «le richieste di trattamento che non approva» (principio etico n. 15 del codice di deontologia medica); così come appare plausibile che il sistema sanitario possa rifiutare trattamenti non corrispondenti alle linee guida o inutilmente dispendiosi sol perché richiesti per soddisfare esigenze esistenziali del paziente.

In altri termini, è da ritenere che il compimento di un errore di fatto da parte del paziente sul percorso clinico o terapeutico non può imporre al medico l'obbligo di andare contro la "sua" scienza al fine di assecondare la volontà del proprio assistito.

Ciò non vuol dire tuttavia non tenere conto dei riflessi della diversità religiosa e culturale nella cura della salute<sup>178</sup>, ma operare piuttosto un *distinguo* che tenga conto di volta in volta della esigibilità delle prestazioni richieste al medico, della loro sostenibilità da parte del sistema sanitario, della loro compatibilità con l'integrità fisica ed infine con la salvezza della vita del paziente.

Con la conseguenza che l'affermazione secondo la quale «il sanitario deve procedere con tutte le terapie possibili, esclusa quella oggetto della volontà negativa del paziente»<sup>179</sup>, può condividersi soltanto nel momento in cui si dia per presupposto che tali terapie alternative siano disponibili<sup>180</sup> e accessibili anche in caso di improvviso peggioramento dello stato di salute del paziente, ed a condizione che venga comunque garantita una corretta gestione delle risorse pubbliche in condizioni di eguaglianza con gli altri consociati.

Del resto, anche chi ritiene che nel caso di rifiuto motivato da ragioni ideologiche «la cura rifiutata non esiste più, cessa di essere *disponibile*»<sup>181</sup>, finisce poi per riconoscere che «se il possibile disaccordo fra medico e rappresentante si risolve sempre con il "dirimente giudizio previsto dall'ordinamento", il terapeuta può comunque procedere con le cure da lui ritenute, in relazione

---

<sup>177</sup> Su tale caso sia consentito rinviare a G. AGRIFOGLIO, *Pugilato e sport da combattimento: divieto di disporre del proprio corpo o libertà di scegliere il proprio modo di vivere?*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 753 ss.

<sup>178</sup> Sottolinea tale esigenza, B. SERRA, *Religione e sanità*, cit., p. 479.

<sup>179</sup> Così ritiene S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso di equivoci*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2014, p. 550.

<sup>180</sup> V. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia Stato Regioni*, in AA.VV., *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, p. 22, il quale, pur premettendo che «quando si dice che vi sono diritti che soffrono del condizionamento delle esigenze di bilancio si fa un'affermazione in astratto condivisibile, ma in concreto opinabile», ritiene poi che «la questione, allora, non è se vi siano o meno le risorse per soddisfare adeguatamente il diritto alla salute, ma se vi sia o meno la volontà politica di destinare a questo impiego le somme necessarie, distogliendole da altre utilizzazioni», e che dunque «il passo preliminare, pertanto, è quello della delimitazione delle (effettive) cure disponibili, poiché solo tra queste si può legittimamente scegliere (pretendendo, per un verso, che il SSN le assicuri e, per l'altro, che, ove ne ricorrano le condizioni, si faccia carico del loro costo)».

<sup>181</sup> Così, ancora, S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario*, cit., p. 550.

alle condizioni cliniche caratterizzanti il paziente, «indispensabili e indifferibili» con buona pace, eventualmente, della volontà in precedenza espressa dal diretto interessato<sup>182</sup>.

Non sempre il rispetto della volontà del paziente dovrà dunque prevalere sull'esercizio del dovere deontologico da parte del medico; si pensi ancora una volta al caso in cui il rifiuto ad un determinato trattamento sanitario sia stato espresso da un paziente che si trovava in piena salute ed in un momento in cui sarebbe stato imprevedibile un pericolo di vita; in tale fattispecie la Cassazione ha ritenuto che «l'originario dissenso alla trasfusione inizialmente formulato dal paziente con una valutazione altamente probabilistica prima dell'intervento chirurgico da lui accettato non può considerarsi più operante in un momento successivo allorché, nel corso dell'intervento, davanti a un quadro clinico fortemente immutato, si sia prospettato un imminente pericolo di vita, senza più possibilità d'interpello al paziente, non rilevandosi praticabili altri mezzi per salvarlo»<sup>183</sup>.

Si tratterà, si ripete ancora una volta, di compiere un bilanciamento tra interessi intimamente legati tra loro, come quello alla tutela della salute imposto al medico da un lato e quello all'autodeterminazione terapeutica del paziente dall'altro.

Un bilanciamento particolarmente complesso se si considera che le scelte terapeutiche basate sull'ideologia religiosa sono difficilmente revocabili, dato che «la componente religiosa dell'identità si presenta come più stabile, più impermeabile, e forse più aggressiva rispetto ad altri fattori costitutivi dell'identità»<sup>184</sup> e che «i valori religiosi sono considerati meno negoziabili (forse, non negoziabili affatto), e di conseguenza l'identità religiosa tende a colonizzare altre caratteristiche dell'identità personale»<sup>185</sup>.

E tuttavia, se da un lato è impossibile immaginare la volontà 'attuale', la crisi esistenziale, l'ipotetica conversione, i pensieri segreti, per usare le parole di *Garcia Marquez*, di un soggetto che si trovi di fronte alla morte, dall'altro occorre rilevare come vi siano casi in cui la manifestazione di identità religiosa, pur esaurendosi nella sfera dell'interessato, può avere ripercussioni sulla società tutta, andando ad incidere su valori, come la salute o la stessa dignità, la cui tutela rappresenta oltre che un diritto per l'individuo anche un interesse - anche economico - della collettività.

Richieste di cura fondate su convinzioni etiche o religiose del paziente possono scontrarsi con i principi fondamentali della bioetica e con gli interessi della collettività; dal principio di beneficenza, per il quale l'azione che produce il maggior saldo positivo fra costi e benefici è sempre quella volta a proteggere la vita, a quello di giustizia, che richiede un'equa ripartizione dei benefici e degli oneri, per evitare discriminazioni e ingiustizie nelle politiche e negli interventi sanitari e che ovviamente può avere rilevanti ripercussioni di ordine economico.

---

<sup>182</sup> S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario*, cit., p. 553.

<sup>183</sup> Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Dir. giur.*, 2008, p.131, con commento di S. CARRO, *Brevi note sull'efficacia del dissenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*, in *Studium iuris*, 2008, p. 89, con nota di A. SCALERA, *Rifiuto di trasfusione salvavita*, in *Danno resp.*, 2008, p. 30, con commento di G. GUERRA, *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1885, con nota di G. FACCI, *Le trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*.

<sup>184</sup> G. PINO, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2008, p. 119 ss.

<sup>185</sup> G. PINO, *Identità personale, identità religiosa*, cit., p. 148.

Si pensi, per portare un altro esempio, ad un paziente che rifiuti di subire un'anestesia o di avere somministrati antidolorifici durante un'operazione particolarmente rischiosa e che pertanto abbia necessità di cure diverse rispetto a quelle disponibili dalla casa di cura o addirittura inesistenti.

In casi del genere appare certamente condivisibile la decisione già citata con la quale Corte di Giustizia<sup>186</sup>, ha ritenuto legittimo il comportamento dello Stato che ha negato tutela alla richiesta del testimone di Geova che avrebbe voluto optare per cure alternative alle trasfusioni di sangue usufruendo, a spese della sanità pubblica, del servizio sanitario offerto da un altro Stato membro.

In tali ipotesi, la circostanza che lo Stato di residenza del paziente avrebbe potuto comunque garantirgli «cure la cui efficacia clinica non è in discussione»<sup>187</sup>, ha reso legittimo il rifiuto di concedere a quest'ultimo l'autorizzazione preventiva per eseguire le cure ospedaliere all'estero, anche se «le convinzioni religiose dell'interessato erano contrarie al metodo di cura utilizzato»<sup>188</sup>.

Vero è che «l'ordinamento giuridico riconosce al paziente il diritto a richiedere un'assistenza religiosa e spirituale durante il ricovero»<sup>189</sup> e che esso «riconosce al paziente il diritto ad «essere assistito e curato con premura ed attenzione, nel rispetto della dignità umana e delle proprie convinzioni filosofiche e religiose (cfr., fra l'altro, art. 1, all. n. 7, del d.p.c.m. 19 maggio 1995 “schema generale di riferimento per la Carta dei servizi pubblici sanitari”)»<sup>190</sup>; e tuttavia, un conto è il rispetto per le convinzioni filosofiche e religiose, un conto è l'assecondare ogni richiesta che venga a violare principi di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico (*ex* art. 5 c.c.) o che comporti costi economici ingiustificati per la società.

O ancora si potrebbe portare l'esempio del marito che impedisca alla moglie di parlare con i medici o che addirittura si opponga a che la stessa sia visitata dall'unico medico disponibile perché di sesso maschile<sup>191</sup>; in tal caso non può certamente pretendersi che il SSN prenda in considerazione ogni tipo di «diversità dei bisogni sanitari legati all'appartenenza religiosa»<sup>192</sup>.

Se, si ripete, il principio bioetico di giustizia pretende che malattie o bisogni di salute uguali siano trattati in maniera uguale, di fronte a particolari richieste del paziente che siano fondate su convinzioni etiche e religiose, anche se rispettose dei diritti fondamentali della persona, occorrerà distinguere a seconda della serietà scientifica delle stesse e della possibilità di esaudirle senza un inutile dispendio di risorse economiche (che si verrebbe a ripercuotere peraltro su altri pazienti creando una disparità di trattamento con fattispecie uguali); del resto la giurisprudenza, anche in materia di risarcimento del danno non patrimoniale, ha da tempo escluso la risarcibilità del danno

---

<sup>186</sup> Corte giustizia UE sez. II, 29/10/2020, n. 243, cit.

<sup>187</sup> Corte giustizia UE sez. II, 29/10/2020, n.243, cit.

<sup>188</sup> Corte giustizia UE sez. II, 29/10/2020, n.243, cit.

<sup>189</sup> Garante della privacy, Provvedimento n. 515 del 12 novembre 2014, cit., in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3624070>.

<sup>190</sup> Garante della privacy, Provvedimento n. 515 del 12 novembre 2014, cit.

<sup>191</sup> Esempio riportato da B. SERRA, *Religione*, cit., p. 481.

<sup>192</sup> B. SERRA, *Religione*, cit., p. 483.

c.d. bagatellari, ovvero di quei danni che non comportino una «una lesione (seria) della sfera giuridica soggettiva del danneggiato»<sup>193</sup>.

In altri termini la serietà o meno dei motivi potrà venire in considerazione al fine di escludere la responsabilità del servizio sanitario nel caso in cui esso non possa esaudire il desiderio del paziente, dato che i motivi, di regola irrilevanti nei rapporti privati, diventano rilevanti nel rapporto pubblica amministrazione-fruttore del pubblico servizio erogato.

Ed infatti, per quanto riguarda la p.a, occorre ricordare che attraverso la valutazione dell'eccesso di potere il giudice può valutare se correttamente l'amministrazione abbia privilegiato un interesse pubblico rispetto ad un altro, mentre per contro nell'erogazione di beni e di servizi necessariamente limitati l'amministrazione può e deve valutare come distribuire le risorse in relazione alla meritevolezza delle richieste (*id est*, dei motivi) degli amministrati.

E non c'è dubbio a questo punto che dato l'interesse pubblico sotteso allo svolgimento di ogni attività diagnostica e terapeutica, qualunque medico possa e debba valutare la serietà e la meritevolezza delle richieste del paziente.

Estremamente significativa di tale rilevanza pubblicistica del ruolo del medico è non a caso la recente proposta di riforma volta a trasformare i medici di base da liberi professionisti convenzionati in dipendenti del SSN<sup>194</sup>.

In conclusione, nella valutazione della meritevolezza dell'interesse del paziente (colui che sopporta) ad esigere o a rifiutare particolari trattamenti medici, e persino a rifiutare altre tipologie di prestazioni derivanti dalla stipulazione di un contratto di "spedalità" (si pensi alla somministrazione di vitto che possa non essere gradito al degente per ragioni religiose) si dovrà pur sempre tenere presente da un lato che la sua volontà potrebbe cambiare in situazioni di urgenza e che dovere del medico è, in tali casi, mettere al primo posto la vita del paziente, dall'altro che la collettività non può essere costretta a sopportare costi che derivino da scelte contrarie alla scienza medica e per di più non caratterizzate dal requisito della consapevolezza e dell'attualità.

---

**Abstract [It]:** Il saggio analizza la problematica del bilanciamento tra il diritto all'autodeterminazione del paziente ed i doveri giuridici e deontologici del medico alla luce delle scelte, a volte anche tragiche, che i pubblici poteri devono effettuare nel settore della tutela sanitaria. Esso mette in evidenza come, da un lato il progresso tecnologico, dall'altro la progressiva valorizzazione del diritto alla salute come diritto al benessere esistenziale ed alla ricerca della felicità abbiano reso possibili richieste che spesso si discostano dalla tradizionale cura della malattia; richieste, queste, non sempre meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, le quali sono dunque sottoposte ad una selezione da

---

<sup>193</sup> *Ex multis*, Cass. civ. sez. III, 17 gennaio 2018, n.901 in *Jurisdata online*; T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 02 marzo 2023, n.3526 in *Jurisdata online*.

<sup>194</sup> <https://acopnazionale.it/comunicati/riforma-dei-medici-di-medicina-generale-tra-proposte-e-dubbi>.

parte del medico e/o del servizio pubblico che di tale professionista si avvale. L'autore si sofferma inoltre sulla recente giurisprudenza nazionale ed europea in materia di risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente nelle scelte terapeutiche condizionate da convinzioni etiche e religiose (come il rifiuto di trasfusioni da parte dei Testimoni di Geova); partendo da un'analisi critica di tale giurisprudenza viene suggerita la tesi secondo la quale l'eventuale richiesta di risarcimento del danno derivante da interventi medici non richiesti o addirittura rifiutati, che tuttavia abbiano portato ad un miglioramento della salute o addirittura abbiano salvato la vita, dovrebbe essere diminuita o addirittura rigettata dal giudice in base ad una *compensatio lucri cum damno*.

**Title:** Duties of the physician and the patient's right to self-determination: between private and public law.

**Abstract [En]:** *The essay addresses the issue of balancing the patient's right to self-determination with the legal and ethical duties of physicians, in light of the difficult decisions public authorities are often required to make in the field of healthcare. It highlights how, on the one hand, technological progress, and on the other, the evolving interpretation of the right to health as a right to existential well-being and the pursuit of personal fulfilment, have led to demands that increasingly depart from the traditional model of disease-oriented treatment. Such requests, although personally meaningful, do not always warrant legal protection and are therefore subject to evaluation by physicians and the public health service. The essay further examines recent national and European case law on compensation for the violation of the patient's autonomy in therapeutic choices influenced by ethical or religious beliefs (such as the refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses). Based on a critical analysis of this jurisprudence, the author argues that claims for damages arising from non-consensual or expressly refused medical interventions - which nevertheless resulted in health improvement or even the preservation of life - should be reduced or dismissed by the courts in application of the principle of *compensatio lucri cum damno*.*

**Parole chiave:** Autodeterminazione terapeutica; consenso informato; valori religiosi; risarcimento del danno; *compensatio lucri cum damno*.

**Keywords:** *Therapeutic self-determination; informed consent; religious beliefs; compensation for damage; *compensatio lucri cum damno*.*