

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO 3

COMMENTO DEGLI ARTICOLI DELLA NUOVA LEGGE

SOMMARIO: 1. I principi enunciati nel primo comma dell'art. 1 – 2. La relazione di cura e fiducia – 3. Il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute – 4. Acquisizione e documentazione del consenso informato – 5. Rifiuto di trattamenti sanitari – 6. Rispetto della volontà del paziente – 7. Situazioni di emergenza – 8. Gli ultimi commi dell'art. 1 – 9. Terapia del dolore – 10. Divieto di ostinazione terapeutica – 11. Soggetti minori di età – 12. Persone per la quali siano state disposte l'interdizione, l'inabilitazione o l'amministrazione di sostegno – 13. Rifiuto delle cure e ricorso al giudice – 13.1. In assenza di DAT – 14. Disposizioni anticipate di trattamento – 14.1. Modello di disposizioni anticipate – 15. Il fiduciario – 15.1. Mancata indicazione del fiduciario – 15.2. Rispetto delle DAT – 15.3. Formalità per la redazione delle DAT – 15.4. Informazioni circa la possibilità di redigere le DAT – 16. Pianificazione condivisa delle cure – 16.1. Consenso per la pianificazione condivisa – 17. Articoli conclusivi.

1. I principi enunciati nel primo comma dell'art. 1

Art. 1. (Consenso informato)

1. La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

Il titolo dato all'art. 1 non è irrilevante, ma indica l'importanza che, nella materia delle scelte di fine vita, ha il consenso dell'interessato¹ e

¹ Il principio del consenso informato non riguarda solo la materia del biotestamento, ma costituisce un principio generale, ampiamente recepito dalla giurisprudenza. Cfr.: Cass. 13 ottobre 2017, n. 24074: «In tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul

(segue)

chiarisce con immediatezza che esso assume spessore e significato giuridico quando sia “informato”, vale a dire afferma che consenso ed informazione devono essere considerati un insieme non scindibile, un unico concetto, idoneo a caratterizzare l'intera materia trattata.

L'articolo è composto da undici commi. Il primo indica i principi cui la normativa si ispira ed i punti di riferimento costituzionali ed europei che li incarnano e costituiscono la cornice entro cui deve compiersi ogni attività interpretativa delle singole disposizioni.

Gli articoli della Costituzione richiamati, sono i numeri 2, 13 e 32.

Il riferimento all'art. 2 deve, in particolare, intendersi con riguardo ai diritti inviolabili dell'uomo (che insieme ai doveri sono ivi affermati) e, pertanto, dichiara che la materia trattata riguarda diritti fondamentali ed inviolabili.

Dal richiamo all'art. 13 emerge il riferimento alla libertà personale del cittadino e, anche per essa, alla sua inviolabilità.

Ci troviamo, pertanto, in un ambito nel quale sono in gioco e devono essere tutelati principi cardine del vivere civile.

Ulteriormente esplicito è il testo successivo, ove i diritti in questione vengono identificati nel **diritto alla vita, alla salute, alla dignità ed all'autodeterminazione della persona**.

medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo preventivo, mentre, nel caso in cui tale prova non venga fornita, è necessario distinguere, ai fini della valutazione della fondatezza della domanda risarcitoria proposta dal paziente, l'ipotesi in cui il danno alla salute costituisca esito non attendibile della prestazione tecnica, se correttamente eseguita, da quella in cui, invece, il peggioramento della salute corrisponda a un esito infausto prevedibile “*ex ante*” nonostante la corretta esecuzione della prestazione tecnico-sanitaria che si rendeva comunque necessaria, nel qual caso, ai fini dell'accertamento del danno, graverà sul paziente l'onere della prova, anche tramite presunzioni, che il danno alla salute è dipeso dal fatto che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento». Si veda altresì Cass. 5 luglio 2017, n. 16503: «In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, dal cui inadempimento deriva – secondo l'*id quod plerumque accidit* – un danno conseguenza costituito dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal primo in ragione dello svolgimento sulla sua persona di interventi non assentiti, danno che non necessita di specifica prova, ferme restando la possibilità di contestazione della controparte e quella del paziente di allegare e provare fatti a sé ancor più favorevoli di cui intenda giovarsi a fini risarcitori».

L'impostazione della legge, tesa a valorizzare i diritti individuali ed a negare che essi possano essere compressi, anche nel rapporto con lo Stato, oltre un certo limite (costituito, come recita l'art. 32 della Costituzione, "dal rispetto della persona umana") è quanto mai chiara. Si tratta di una legge liberale e garantista, figlia di un pensiero che, volendo andare indietro nel tempo, può farsi risalire a Locke, piuttosto che ad Hobbes ed è ben lontana dal vedere lo Stato come "Grande fratello", cui le scelte dei cittadini, anche nella sfera dei diritti personalissimi, debbano essere rimesse e subordinate.

Il riferimento costituzionale più pertinente, contenuto nel comma 1, riguarda l'art. 32, nella parte in cui prevede la tutela della salute del cittadino e stabilisce che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge.

L'art. 32 indica come valori il diritto individuale alla salute e l'interesse della collettività. Non si tratta di valori contrapposti, perché è interesse comune che il singolo conservi la propria salute, anche al fine di svolgere i propri compiti e sostenere le proprie responsabilità di carattere sociale. La contrapposizione, non tra salute e collettività, ma tra la volontà di autodeterminazione del singolo ed il predetto interesse della collettività, può verificarsi solo qualora il primo decida, non tutelando la propria salute, di assumere comportamenti che possano mettere in pericolo la salute degli altri. Solo in questo caso la Costituzione prevede che la volontà individuale possa essere forzata e dispone che ciò debba avvenire per legge.

Il principio secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, esplicitamente affermato dall'art. 32, non è pertanto oggetto di possibili deroghe generalizzate, ma può essere derogato solo in caso di contrasto con l'interesse di salute collettivo. La fattispecie che, come esempio classico (se non unico), integra questa possibilità, è quella delle vaccinazioni obbligatorie, che sono tali perché, non realizzandole, il singolo può mettere in pericolo la salute altrui.

In tema, può essere richiamata la sentenza costituzionale n. 258 del 1994, ove si afferma che l'art. 32 postula il necessario temperamento tra il diritto alla salute del singolo, il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo e la salute della collettività².

² Corte Cost., 20 giugno 1994, n. 258, nella cui parte motiva si legge: «Al riguardo si è avuto anche di recente occasione di ribadire come la norma del citato art. 32 po-
(segue)

Ulteriormente esplicito è il contenuto di altra pronuncia costituzionale, secondo la quale la tutela della salute individuale non si esaurisce nelle situazioni attive di pretesa, ma comprende il dovere dell'individuo di non porre a rischio la salute altrui³.

stuli il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sent. 1994 n. 218) e con la salute della collettività (sent. 1990 n. 307); nonché, nel caso in particolare di vaccinazioni obbligatorie, "con l'interesse del bambino", che esige "tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai compiti inerenti alla cura del minore" (sent. 132/1992)».

³ Corte Cost., 12 gennaio 1994, n. 218: «La tutela della salute comprende la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale. Sotto il profilo dell'assistenza pubblica la tutela della salute si specifica nel diritto, basato su norme costituzionali di carattere programmatico, all'erogazione, nel contesto delle compatibilità generali non irragionevolmente valutate dal legislatore, di adeguate prestazioni di prevenzione e cura, dirette al mantenimento o al recupero dello stato di benessere (sentenza n. 455 del 1990). La tutela della salute non si esaurisce tuttavia in queste situazioni attive di pretesa. Essa implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si temperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo. L'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse. Salvaguardata in ogni caso la dignità della persona, che comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato, l'art. 32 della Costituzione prevede un temperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio ... (*omissis*). Gli accertamenti che, comprendendo prelievi ed analisi, costituiscono "trattamenti sanitari" nel senso indicato dall'art. 32 della Costituzione, possono

(segue)

Il comma 1 dell'art. 1 richiama altresì i primi tre articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴, vale a dire l'art. 1, che afferma l'inviolabilità della dignità umana, l'art. 2, che afferma il diritto alla vita di ogni individuo e l'art. 3, che afferma il diritto all'integrità della persona e pone il principio del consenso libero e informato.

Tali richiami rafforzano, nell'identificazione dello spirito e della *ratio* della nuova legge, i principi che già si evincevano dai riferimenti costituzionali e dalle esplicite enunciazioni dei diritti tutelati.

In base ad essi, non appare sostenibile la teoria tradizionale, secondo la quale in primo luogo deve essere tutelato, anche contro la volontà dell'interessato, il diritto alla vita.

L'art. 32 non nomina il diritto alla vita, riferendosi esclusivamente al diritto alla salute e l'art. 2 della Carta UE parla di diritto dell'individuo e non di un diritto della collettività, a lui imponibile. La norma afferma che ciascuno **ha il diritto e non il dovere** di vivere la propria vita.

Nel trarre le conclusioni delle solenni affermazioni di principio e degli articoli richiamati, il comma 1 della nuova legge stabilisce che nessun trattamento sanitario possa essere iniziato o proseguito senza il consenso libero e informato della persona interessata.

L'ulteriore inciso ("tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge") non ridimensiona o limita la precedente enunciazione, ma assume lo stesso significato della "deroga" contenuta nell'art. 32 della Costituzione, di cui si è detto.

Ciò significa che il principio base della legge si identifica nel diritto individuale all'autodeterminazione, autodeterminazione che deve essere obbligatoriamente accompagnata da un'adeguata informazione, capace di dar luogo ad un consenso effettivo e libero.

essere legittimamente richiesti solo in necessitata correlazione con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi (o della collettività generale). Essi si giustificano, quindi, nell'ambito delle misure indispensabili per assicurare questa tutela e trovano un limite non valicabile nel rispetto della dignità della persona che vi può essere sottoposta».

⁴ Firmata, in prima versione, a Nizza il 7 dicembre 2000 ed in seconda a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

2. La relazione di cura e di fiducia

2. È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.

Subito dopo l'enunciazione dei principi fondamentali cui la legge si ispira, il legislatore pone un altro importante tassello della nuova normativa, consistente nella relazione di cura e fiducia, che lega paziente e medico.

La norma trae spunto dalle moderne concezioni, che valorizzano l'importanza della comunicazione nel rapporto terapeutico e convertono l'approccio basato sulla "malattia" in approccio basato sulla persona del paziente, anche al fine di utilizzare, per ottimizzare la speranza di risultati, i vantaggi che la sua motivata adesione alle cure comporta.

Tale impostazione è coerente con il principio, affermato sin dal titolo della legge, del consenso informato, poiché proprio e solo grazie al medico esso può adeguatamente formarsi.

L'indicazione dell'importanza della relazione di cura e fiducia pone in luce altresì il ruolo del medico, che non è un mero esecutore delle indicazioni del paziente, ma un co-protagonista della scena.

I riferimenti alla libertà ed all'autodeterminazione del paziente, contenuti nel comma precedente, non risultano sminuiti o negati, ma assumono una connotazione di maggiore equilibrio, nel momento in cui il ruolo del medico, al pari di quello del paziente, viene, sottolineandone l'importanza, delineato.

Il paziente è il centro dell'impegno terapeutico e, attraverso le scelte che gli vengono prospettate, l'arbitro finale delle decisioni, ma nessuna cura e nessuna scelta sarebbero possibili se il medico non esercitasse le funzioni che gli vengono attribuite e non consentisse la formazione di un consenso avente i requisiti richiesti dalla legge.

La norma pone sullo stesso piano, nell'ambito della relazione terapeutica, l'autonomia decisionale del paziente e la competenza e responsabilità del medico, che danno luogo ad una altrettanto rilevante autonomia.

Il peso della competenza del medico, in sé idoneo ad influenzare il paziente, non assume elementi di soggettività o arbitrarietà, perché trova attuazione nell'ambito della corretta professionalità.

La norma assume come modello l'idea di un medico che, se ha in misura minore il contatto diretto (fisico) con il paziente, che caratterizzava la medicina del passato, lo recupera attraverso l'interscambio comunicativo, che determina il consenso informato.

Medico e paziente non sono due entità distinte, ma due poli della relazione di fiducia che la norma, dettata per il biotestamento ma avente significato generale, pone a base del processo di cura.

L'art. 2 afferma ancora che contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. Ciò significa che anche per gli altri soggetti che professionalmente partecipano al processo terapeutico valgono i principi enunciati e che anch'essi sono tenuti ad instaurare con il paziente, nei limiti delle rispettive competenze, un rapporto analogo a quello del medico, nell'ambito di una relazione che non è spezzettata in più segmenti, ma, come suggerisce il termine adoperato, è unica perché concerne un lavoro di "equipe".

Ribadendo prassi e principi già consolidati, la norma afferma che, nell'attività di informazione del paziente e di formazione del suo consenso sono coinvolti i familiari, **se il paziente lo desidera**. Egli è l'unico titolare del diritto di essere informato e di scegliere, ma, come di regola avviene, può far partecipare all'esercizio di tali diritti le persone a lui più care⁵.

Tra esse, la legge indica il partner dell'unione civile ed il convivente, ma l'elenco non è tassativo, in quanto si chiude con l'inclusione di una persona di fiducia, che potrebbe anche non avere con il paziente alcun rapporto di parentela o convivenza.

Il medico ed il personale sanitario devono quindi dialogare con tutte le persone che il paziente segnala. L'unico limite che formalmente può

⁵ In senso conforme, l'art. 34 del codice di deontologia medica recita: «Art. 34 - Informazione e comunicazione a terzi - L'informazione a terzi può essere fornita previo consenso esplicitamente espresso dalla persona assistita, fatto salvo quanto previsto agli artt. 10 e 12 (segreto professionale e trattamento dei dati sensibili), allorché sia in grave pericolo la salute o la vita del soggetto stesso o di altri. Il medico, in caso di paziente ricoverato, raccoglie gli eventuali nominativi delle persone indicate dallo stesso a ricevere la comunicazione dei dati sensibili».

essere individuato, consiste nel fatto che i familiari possono essere più di uno, mentre la persona di fiducia è indicata al singolare e, quindi dovrebbe essere soltanto una.

La lettera della legge pone un problema ulteriore, poiché separa familiari, partner, convivente e persona di fiducia con la congiunzione disgiuntiva “o” e sembra quindi dire che la presenza dei familiari escluda le altre figure e viceversa.

Non sembra tuttavia che questa conclusione debba essere raggiunta, non essendovi motivi logici per non optare per un’interpretazione dell’uso della “o” in chiave non alternativa, ma estensiva delle persone che possono essere ammesse a partecipare alla relazione con l’equipe medica.

Per quanto riguarda l’identificazione dei “familiari”, l’uso di questo termine, piuttosto che quello di “parenti” induce a ritenere che la legge si riferisca alle persone che, avendo un rapporto di parentela con il paziente, compongono il nucleo anagrafico con lui convivente o comunque alle persone, anche non conviventi (es.: figli maggiorenni) che abbiano un rapporto di familiarità privilegiato.

Il nodo della pluralità degli aventi diritto alla partecipazione può essere sciolto dal paziente, ove lo stesso sia in possesso delle facoltà mentali.

In caso contrario, la legge non parla di una relazione tra equipe medica e familiari del paziente, poiché sia il comma 2 dell’art. 1, relativo a rapporto di cura e fiducia, sia l’art. 5, relativo alla pianificazione condivisa delle cure si riferiscono soltanto al paziente.

Il suo posto, pertanto, in caso di incapacità di autodeterminazione dell’interessato, può essere preso solo dal fiduciario, di cui parla l’art. 4. Ove non sia stato nominato un fiduciario, ma siano state dettate dal paziente disposizioni anticipate di trattamento (DAT) il medico è tenuto a relazionarsi con esse.

Diverso ed ulteriore è il caso di minori o incapaci legali (persone interdette, inabilite o coadiuvate da un amministratore di sostegno), di cui si occupa l’art. 3.

Il comma 2 dell’art. 1, relativo alla relazione di cura e fiducia, si riferisce pertanto all’ipotesi in cui possa instaurarsi un rapporto diretto tra medico e paziente e disciplina la compartecipazione di familiari o altre figure all’interno di essa.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX