



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

# **SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO**

*Summer School*  
**(Brescia, 9-13 luglio 2018)**

*a cura di*

**Antonio Saccoccio e Simona Cacace**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Terza Serie – 14*

*A soli quattro anni di distanza dal varo della Seconda Serie della Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia vede oggi la luce la Terza Serie.*

*La decisione, presa all'unanimità dal Consiglio di Dipartimento, è stata indotta da una serie di ragioni.*

*Innanzitutto si è inteso istituire la Direzione scientifica permanente, composta dal Direttore pro tempore del Dipartimento medesimo, che ne assume la Presidenza, e tre professori ordinari afferenti al Dipartimento, e da questo eletti nel rispetto delle tre aree (storico-filosofica, privatistica e pubblicistica) nelle quali possono essere organizzate le positiones studii in ambito giuridico. La Direzione, che, in questa prima composizione, vede, oltre alla mia persona, i Proff. Fabio Addis, Chiara Minelli e Alberto Sciumé, rimarrà in carica un triennio, garantendo così, attraverso la rotazione, la partecipazione ad esso del più ampio numero possibile di professori del Dipartimento.*

*Inoltre, allo scopo di adeguare la Collana ai più moderni standard editoriali, si è altresì deciso di istituire un Comitato editoriale permanente, composto da cinque professori ordinari per ogni SSD presente nel Dipartimento, appartenenti a diversi Atenei italiani e individuati in base alle loro particolari e riconosciute competenze scientifiche: l'elenco completo e aggiornato è riportato all'inizio di ogni volume. Tra costoro, nominati tutti formalmente con disposizione del Direttore, la Direzione scientifica provvederà a sorteggiare i due (tre in caso di pareri discordanti) revisori incaricati di volta in volta di esprimere parere favorevole alla pubblicazione del volume proposto. I pareri firmati, emessi nel rispetto della procedura del cd. double blind, saranno conservati a cura della Direzione scientifica.*

*La Collana intende così rilanciarsi come ambito privilegiato di crescita e divulgazione scientifica, proponendosi agli studiosi più giovani come sede istituzionale adeguata per affacciarsi, con pieno e riconosciuto merito, al mondo accademico, e a quelli meno giovani come strumento nobile non solo per curare la trasmissione del sapere giuridico, ma altresì proficuamente innestarsi nel dibattito giuridico italiano, europeo e mondiale, grazie alle nuove possibilità di partnership con editori stranieri offerte dall'editore Giappichelli.*

*Ringrazio tutti coloro che hanno accettato di partecipare a questa nuova avventura.*

*Brescia, febbraio 2019*

ANTONIO SACCOCCIO  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza

# SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

*Summer School*

(Brescia, 9-13 luglio 2018)

*a cura di*

Antonio Saccoccio e Simona Cacace



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1994-9

*La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa da due docenti esterni anonimi, sorteggiati dalla Direzione scientifica all'interno del Comitato editoriale permanente, secondo il modello della 'revisione fra pari in doppio cieco'. I relativi giudizi sono conservati a cura della Direzione scientifica.*

*Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.*

*Composizione:* La Fotocomposizione - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*Direzione scientifica:*

Antonio Saccoccio, Fabio Addis, Chiara Minelli, Alberto Sciumé

*Comitato editoriale:*

Gaetano Azzariti (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); Vittoria Barsotti (Università degli Studi di Firenze); Roberto Bartoli (Università degli Studi di Firenze); Francesco Bestagno (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Paolo Biavati (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Raffaele Bifulco (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Geraldina Boni (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Franca Borgogelli (Università degli Studi di Siena); Marina Calamo Specchia (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Roberto Calvo (Università degli Studi della Valle d’Aosta); Cristina Campiglio (Università degli Studi di Pavia); Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino); Antonio Carratta (Università degli Studi di Roma Tre); Riccardo Cardilli (Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”); Paolo Carnevale (Università degli Studi Roma Tre); Bruno Caruso (Università degli Studi di Catania); Pierluigi Chiassoni (Università degli Studi di Pisa); Giovanni Comandè (Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento “S. Anna” – Pisa); Daria Coppa (Università degli Studi di Palermo); Orazio Condorelli (Università degli Studi di Catania); Gabriella De Giorgi Cezzi (Università degli Studi del Salento – Lecce); Gian Paolo Demuro (Università degli Studi di Sassari); Francesco De Santis (Università degli Studi di Salerno); Maria D’Arienzo (Università degli Studi di Napoli – “Federico II”); Ettore Dezza (Università degli Studi di Pavia); Angelo Dondi (Università degli Studi di Genova); Vera Fanti (Università degli Studi di Foggia); Pierangela Floris (Università degli Studi di Cagliari); Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano Statale); Enrico Genta (Università degli Studi di Torino); Andrea Giussani (Università degli Studi di Urbino – “Carlo Bo”); Maurilio Gobbo (Università degli Studi di Padova); Donata Gottardi (Università degli Studi di Verona); Antonino Gullo (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Fausta Guarriello (Università degli Studi di Chieti-Pescara – “G. d’Annunzio”); Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Giovanni Luchetti (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Susanna Mancini (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Michela Manetti (Università degli Studi di Siena); Venerando Marano (Università degli Studi di Roma – Tor Vergata); Silvio Martuccelli (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Luigi Melica (Università degli Studi del Salento); Remo Morzenti Pellegrini (Università degli Studi di Bergamo); Mario Notari (Università Bocconi di Milano); Paolo Pascucci (Università degli Studi di Urbino); Baldassarre Pastore (Università degli Studi di Ferrara); Claudia Pecorella (Università degli Studi Milano – “Bicocca”); Aldo Petrucci (Università degli Studi di Pisa); Valeria Piergigli (Università degli Studi di Siena); Maria Cristina Pierro (Università degli Studi dell’Insubria); Giorgio Pino (Università degli Studi di Roma Tre); Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia); Barbara Pozzo (Università degli Studi dell’Insubria); Roberto Pucella (Università degli Studi di Bergamo); Franco Randazzo (Università degli Studi Catania); Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli); Dino Rinoldi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Roberto Romboli (Università degli Studi di Pisa); Luigi Salamone (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale); Aldo Schiavello (Università degli Studi di Palermo); Roberto Senigaglia (Università degli Studi di Venezia – “Ca’ Foscari”); Stefano Solimano (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Marco Saverio Spolidoro (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Emanuele Stolfi (Università degli Studi di Siena); Carmelo Elio Tavilla (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia); Antonio Felice Uricchio (Università degli Studi di Bari); Chiara Valsecchi (Università degli Studi Padova); Marco Versiglion (Università degli Studi di Perugia); Fabrizio Vismara (Università degli Studi dell’Insubria); Massimo Zaccheo (Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”); Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno).



## Indice-Sommario

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i> di Antonio Saccoccio	XVII

### SISTEMA

#### SISTEMA DI «CIÒ CHE È MIGLIORE E PIÙ UGUALE»

*Sandro Schipani*

1. Introduzione	3
2. I metodi del sapere dei giuristi secondo Pomponio fino alla costituzione <i>generatim</i> del diritto; l'importanza dell'analogia e dell'uguaglianza	4
3. Esempi: <i>Cic.</i> , <i>de Leg.</i> 2,23,59; <i>D.</i> 33,9,3,9; <i>D.</i> 50,16,62 e 235,1; <i>D.</i> 50,16,234,1; <i>D.</i> 9,2; <i>D.</i> 46,3,80; <i>Gai.</i> 1,188-1,165; <i>Cic.</i> , <i>Top.</i> 4,23	13
4. Due sviluppi del metodo: cenni alle macro-categorie e al riferimento ai <i>principia iuris</i>	23
5. <i>Sústēma</i> di «ciò che è migliore e più uguale»	26
6. Altre prospettive da tenere presenti	28

#### IL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO: STORIA DI UNA STORIA

*Antonio Saccoccio*

1. <i>Identidad latinoamericana</i>	31
2. Il sistema giuridico latinoamericano all'interno del sistema giuridico romanistico	35
3. Il riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano	37
4. Le specificità del sistema giuridico latinoamericano	41
5. Il sistema giuridico latinoamericano e il <i>bloque romano-ibérico-indígena</i>	43
6. Sistema giuridico latinoamericano e resistenza	46



*IUS ROMANUM, SISTEMA JURÍDICO  
LATINOAMERICANO, ORDINAMENTI*

*Ignazio Castellucci*

1. Nozioni		49
2. Qualche equivoco terminologico		51
3. Diritto Romano e Impero		53
4. Comparazioni		55
5. L'America Latina		60
6. Tra <i>Sistema jurídico latinoamericano</i> e <i>Western rule of law</i>		61

UN PANORAMA SULLO SVILUPPO DEL CODICE CIVILE  
IN BRASILE: UN'OPPORTUNITÀ PER UNA RIFLESSIONE  
SULLA PROBLEMATICHE DELLA TUTELA  
DELLA PARTE DEBOLE

*Fábio Siebeneichler de Andrade*

1. Introduzione		65
2. Il Codice come strumento sistematico e il fattore politico		66
2.1. Gli elementi nucleari del concetto di Codice		66
2.2. Punti di vista estensivi e restrittivi del concetto di Codice		67
3. La codificazione brasiliana tra sistema e centralismo giuridico		70
3.1. Cenni storici della codificazione civile in Brasile		70
3.2. La ricodificazione del diritto brasiliano e il dibattito sulla sua convenienza		72
4. Codificazione e tutela della parte debole		75
5. Conclusioni		77

MASSIMA E POTERE

*Luca Passanante*

1. Premessa		79
2. La massima come enunciato normativo		81
3. Massima e potere: la massima come mezzo di comunicazione		85
4. Il Massimario come «catalizzatore»		88
5. Tornano (sotto mentite e più insidiose spoglie) le «massime con- solidate»		92
6. Massima e tempo		97
7. Conclusioni		98

*pag.*

## COSTITUZIONI

### ALCUNE (PRIME) OSSERVAZIONI SULLE TENDENZE DEL COSTITUZIONALISMO LATINOAMERICANO

*Adriana Apostoli*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Dal costituzionalismo democratico al ' <i>nuevo constitucionalismo</i> '               | 103 |
| 2. Le progressive tutele dei diritti negli ordinamenti latinoamericani                    | 110 |
| 3. Il controllo di costituzionalità come strumento 'diretto' di garanzia dei diritti      | 114 |
| 4. La – peculiare – tutela sovranazionale dei diritti nel costituzionalismo d'oltreoceano | 118 |

### UNA RIFLESSIONE SUL COSTITUZIONALISMO REGOLATIVO A PARTIRE DALL'AMERICA LATINA

*Susanna Pozzolo*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Introduzione   | 123 |
| 2. Dal costituzionalismo di opposizione a quello regolativo | 124 |
| 3. Ruoli e funzioni   | 127 |
| 4. Indebolimento della legge                                | 128 |
| 5. Alcuni problemi del nuovo costituzionalismo              | 128 |
| 5.1. Diritti o interessi?                                   | 130 |
| 5.2. Costituzionalismo e democrazia                         | 131 |
| 5.3. Diritti e democrazia diretta                           | 132 |
| 6. Conclusione  | 134 |

## PERSONE

### *SOCIETAS* E PERSONA GIURIDICA: IL PROBLEMA DELLA FORMAZIONE DELLA VOLONTÀ NEI RAPPORTI COLLETTIVI

*Pietro Paolo Onida*

- |  |     |
|--|-----|
| Premessa   | 137 |
| 1. <i>Fraternitas</i> e rilevanza esterna della <i>societas</i>  | 141 |
| 2. Esaltazione dottrinale della persona giuridica  | 144 |
| 3. Funzione sostitutiva della rappresentanza   | 145 |
| 4. Scontro tra due soluzioni del problema dell'agire collettivo: medievale e moderna, la persona giuridica, romana, la <i>societas</i> | 147 |

	<i>pag.</i>
5. Sovrapposizione della nozione di rappresentanza al diritto romano	148
6. Alterità dello schema romano cooperativo/partecipativo	150
7. Necessità del recupero della funzione del <i>iussum</i> e del <i>mandatum</i>	152

*PERSONA JURÍDICA* E DIRITTO ROMANO  
NELLE *NOTAS AL CÓDIGO CIVIL* DI VÉLEZ SÁRSFIELD

*Giovanni Turelli*

1. Introduzione	153
2. Cenni di inquadramento del concetto di persona giuridica	154
3. <i>Persona jurídica</i> nelle <i>Notas al Código civil</i> di Vélez Sársfield	159
4. Conclusioni	164

IL CONSENSO INFORMATO E LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE  
DI TRATTAMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO,  
ARGENTINO E VENEZUELANO. A PROPOSITO DI SALUTE,  
DI VOLONTÀ E DI FONTI DEL DIRITTO

*Simona Cacace*

1. Una premessa: in Italia, l'approdo legislativo	165
2. La dovizia normativa del legislatore argentino	168
3. Il consenso e l'accanimento: qualche (comune) fraintendimento	171
4. Declinare il consenso: problemi (e soluzioni)	174
5. Le disposizioni anticipate di trattamento e il <i>consentimiento por representación</i>	178
6. L'obiezione di coscienza e il diritto venezuelano	184
7. In Venezuela, la debole tutela della volontà	189
8. Qualche conclusione, poche previsioni, molte preoccupazioni	192

OBBLIGAZIONI

IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO  
CONTRATTUALE IN EUROPA: DAL PIÙ AL MENO

*Cristina Amato*

1. Il sogno infranto dell'unificazione del diritto privato patrimoniale	197
2. Le debolezze del contratto europeo dei consumatori	206

	<i>pag.</i>
2.1. Un'occasione perduta: la Dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori	211
2.2. I nuovi orizzonti: dai contratti B2C alle piattaforme, e dal consumatore al <i>prosumer</i> . La risposta dell'UE nel <i>Digital Single Market Strategy</i>	212
3. I contratti di diritto comune: il fallimento dei progetti di unificazione del diritto privato patrimoniale	215

**CULPA IN CONTRAHENDO TRA MATRICE ROMANISTICA  
E MODELLI NORMATIVI LATINOAMERICANI**

*Iole Fagnoli*

1. La teoria di Jhering in caso di contratti nulli o non perfezionatisi	217
2. L'impatto della teoria nell'esperienza giuridica cilena	221
3. <i>Culpa in contrahendo</i> negli ordinamenti svizzero, italiano, portoghese e tedesco	222
4. <i>Culpa in contrahendo</i> nei tentativi di codificazione a livello europeo	226
5. <i>Culpa in contrahendo</i> nei Codici brasiliano e argentino	231
6. Conclusioni	233

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE OGGETTIVA LIMITATA  
A ROMA E LA SUA PRESENZA IN AMERICA LATINA**

*Gian Franco Rosso Elorriaga*

1. Introduzione	235
2. Le azioni penali a responsabilità oggettiva	237
2.1. <i>Actio de pauperie</i>	237
2.2. <i>Actio de effusis vel deiectis</i>	238
2.3. <i>Actiones in factum adversus nautas caupones stabularios</i>	240
3. Azioni penali particolari	242
3.1. L'editto <i>de positis vel suspensis</i>	242
3.2. L'editto <i>de feris</i>	244
4. Gli illeciti romani a responsabilità oggettiva nei Codici latinoamericani	245
4.1. Danni cagionati dagli animali	246
4.2. Editti <i>de effusis vel deiectis</i> e <i>de positis vel suspensis</i>	248
4.3. <i>Actiones adversus nautas caupones stabularios</i>	249
5. Considerazioni conclusive	251

LA 'SOPITA' REGOLA DI COMPLETEZZA O INTEGRALITÀ  
DELL'ESECUZIONE DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE  
NEL DIRITTO LATINOAMERICANO

*Catalina Salgado Ramírez*

Introduzione. La regola di completezza o integralità dell'esecuzione nelle obbligazioni alternative	255
1. Il diritto romano, le obbligazioni alternative e l'ipotesi di inadempimento per esecuzione parziale	256
1.1. Considerazioni generali	256
1.2. Il caso dell'inadempimento per esecuzione parziale	258
2. Il destino della regola nel diritto latinoamericano	260
2.1. Le obbligazioni alternative nel diritto latinoamericano: un problema di unità di vincolo e pluralità di prestazioni dovute o un problema di indeterminatezza dell'oggetto?	261
2.2. Il destino della regola nel diritto latinoamericano. Una regola 'sopita' di integralità dell'esecuzione nella maggior parte delle codificazioni?	265
A. La prima manifestazione della regola	266
B. La seconda manifestazione della regola	272
C. Il destino della regola: nelle mani della dottrina	273
2.3. Conclusioni	280

LA TEORIA GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI  
COME ELEMENTO DI UNITÀ E DI RESISTENZA  
DEL SUBSISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

*David Fabio Esborraz*

1. Introduzione	281
2. Il Subsistema giuridico latinoamericano e l'unificazione del diritto delle obbligazioni	282
3. La funzione paradigmatica dell'obbligazione nella tradizione romano-iberico-americana	286
3.1. La 'obbligazione' ( <i>obligatio</i> ) romana come schema giuridico per salvaguardare l'intangibilità del debitore	286
3.2. L'«abbozzo» di una teoria generale delle obbligazioni nelle Istituzioni gaiane-giustiniane	289
3.3. La centralità dell'obbligazione nella sistematica dei Codici civili latinoamericani	291
4. La convenienza di un «Código marco de las obligaciones» per l'America Latina	298

pag.

OBLIGACIÓN, CONTRATO, DAÑO Y REPARACIÓN  
EN LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL ARGENTINO

*Manuel Grasso*

1. Introducción	301
2. Las categorías ordenantes del Derecho de las obligaciones en el nuevo Código argentino	304
2.1. La obligación, su concepto y sus 'causas'	305
2.2. La obligación y el contrato	307
2.3. La obligación, el daño y el deber de reparar	309
2.4. Obligación, contrato, daño y reparación: una mirada integral y una propuesta de articulación sistemática	312
3. Observaciones conclusivas	314

SOCIO D'OPERA E SOCIO INDUSTRIAL: INFLUSSI  
ROMANISTICI SULLA LEGISLAZIONE ARGENTINA

*Stefano Liva*

1. Brevi cenni introduttivi	317
2. La disciplina romanistica	318
3. Il <i>Código civil</i> 'velezano'	320
4. La legislazione commerciale	323
5. Osservazioni conclusive	325

LA TUTELA DEL CONSUMATORE IN AMERICA LATINA

*Sheraldine Pinto Oliveros*

1. Introduzione	327
2. Il fondamento costituzionale	328
3. Ordine pubblico e norme imperative	332
4. Concetti cardini: relazione di consumo, consumatore e fornitore	335
5. Diritti fondamentali del consumatore	342
6. Qualche osservazione conclusiva	349

<i>Intervento conclusivo</i> di Aldo Petrucci	353
---	-----



# IL CONSENSO INFORMATO E LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO, ARGENTINO E VENEZUELANO. A PROPOSITO DI SALUTE, DI VOLONTÀ E DI FONTI DEL DIRITTO

*Simona Cacace*

SOMMARIO: 1. Una premessa: in Italia, l'approdo legislativo. – 2. La dovizia normativa del legislatore argentino. – 3. Il consenso e l'accanimento: qualche (comune) fraintendimento. – 4. Declinare il consenso: problemi (e soluzioni). – 5. Le disposizioni anticipate di trattamento e il *consentimiento por representación*. – 6. L'obiezione di coscienza e il diritto venezuelano. – 7. In Venezuela, la debole tutela della volontà. – 8. Qualche conclusione, poche previsioni, molte preoccupazioni.

## 1. *Una premessa: in Italia, l'approdo legislativo*

Con l'emanazione della legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*<sup>1</sup>, il Parlamento italia-

---

<sup>1</sup>Per una prima analisi e commento della legge, cfr. C. TRIBERTI-M. CASTELLANI, *Libera scelta sul fine vita. Il testamento biologico. Commento alla Legge n. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, goWare, Firenze, 2018; M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Giappichelli, Torino, 2018; AA.VV., *La nuova legge n. 219/2017*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 1-104; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2018; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018; P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, 185; P. BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, *ivi*, 2016, 11; D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, *ivi*, 3; E. MANCINI, *Autonomia come integrità: una riflessione sulle direttive anticipate di trattamento*, *ivi*, 13; R. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219, in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del Codice civile?*, in *Consulta Online*, 4 aprile 2018, 221; M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, gli istituti di tutela e l'organizzazione del servizio sanitario*, e *Id.*, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, contributi entrambi pubblicati sul sito di Giustizia amministrativa, rispettivamente il 15 marzo 2018 e il 20 febbraio 2018.



no supera un'annosa *impasse* decisionale e appone il proprio suggello in tema di autodeterminazione del paziente e scelte d'ordine sanitario, fino a quel momento materia delegata al lavoro e alla creatività giurisprudenziale.

Similmente, la Corte costituzionale reclama l'iniziativa del legislatore nell'ordinanza con cui rinvia di un anno la decisione nell'ambito del processo a carico di Marco Cappato, così restituendo al dibattito politico la disciplina del suicidio assistito, nella direzione di un bilanciamento fra beni dotati di pari dignità di tutela e al fine d'individuare le situazioni giuridiche eventualmente e conseguentemente meritevoli di protezione<sup>2</sup>.

---

Sia qui altresì consentito rinviare, infine, a S. CACACE, *Salute e Autodeterminazione: da Charlie Gard a DJ Fabo, passando per i No-Vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 55, e a EAD., *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, *ivi*, 2018, 935.

<sup>2</sup>Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207, in [http://questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-incostituzionalita-differita\\_19-11-2018.php](http://questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-incostituzionalita-differita_19-11-2018.php), con commento di M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, nonché il comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale, 24 ottobre 2018, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*, con nota di A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 26 ottobre 2018, 568, con cui la trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. viene rinviata all'udienza del 24 settembre 2019. V. altresì C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altro"*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 139, e S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, *ivi*, 153. Il processo a carico di Marco Cappato, imputato per il suicidio assistito di Fabiano Antoniani ex art. 580 c.p., prende avvio con giudizio immediato l'8 novembre 2017: cfr. [www.giurisprudenzapenale.com/processi/processo-nei-confronti-di-marco-cappato-suicidio-assistito-di-dj-fabo](http://www.giurisprudenzapenale.com/processi/processo-nei-confronti-di-marco-cappato-suicidio-assistito-di-dj-fabo). La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. viene sollevata, infine, dalla Corte d'Assise di Milano con ordinanza del 14 febbraio 2018; l'atto d'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, invece, è del 3 aprile 2018: v. <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/02/ordinanza-cappato.pdf> e <https://eutanasialegale.it/articolo/cappatoecco-latto-di-intervento-del-governo-che-difende-la-costituzionalita-C3%A0-del-reato-di-Ex-pluribus>, v. R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir.pen.cont.*, 8 ottobre 2018, 97; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, *ivi*, 16 luglio 2018, 57; A. MASSARO, *Il caso "Cappato" di fronte al Giudice delle Leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, *ivi*, 14 giugno 2018, 1; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, *ivi*, 22 maggio 2018, 1; M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità dell'art. 580 c.p.*, *ivi*, 16 febbraio 2018, 182; R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, *ivi*, 24 ottobre 2017, 143; P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, *ivi*, 18 luglio 2017, 256; *Id.*, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, *ivi*, 8 maggio 2017, 381; G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso "Cappato"*, in *Quad.cost.*, 2018, 493, e D. NAPOLI, *Il caso Cappato – DJ Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, 31.

In Italia, d'altro canto, l'approdo legislativo s'invera sì grazie alle sollecitazioni pervenute dalla società civile (e ad una correlata pressione mediatica), connesse alla divulgazione di alcune, eclatanti vicende umane prima ancor che giudiziarie, ma – soprattutto – s'invera esso grazie agli orientamenti giurisprudenziali da tali *leading cases* scaturiti e plasmati, i quali letteralmente consegnano al Parlamento una rassegna di principi dettati sotto l'ègida della Carta costituzionale<sup>3</sup>. Così, l'attivismo dei tribunali (a

---

<sup>3</sup> Cfr., *in primis*, quanto all'interruzione di alimentazione e idratazione artificiali su paziente in stato vegetativo permanente ed irreversibile («caso Englaro»), Cass.civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 583, con commento di C. SARTEA-G. LA MONACA, *Lo Stato Vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*; *ivi*, 607, con commento di G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso «Englaro»: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*; in *DUDI*, 2009, 356, con commento di L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*; in *Giust. civ.*, 2008, 1727, con commento di D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, 363, con commento di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 330, con nota di E. CECCARELLI-D.M. PULITANÒ, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 100, con commento di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, 107, con commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*; *ivi*, 131, con commento di A. GALIZIA DANOVÌ, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*; *ivi*, 594, con nota di P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*; in *Iustitia*, 2008, 55, con commento di G. SALITO-P. STANZIONE, *Il rifiuto «presunto» alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*; in *Fam.pers.succ.*, 2008, 520, con nota di M. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1119, con commento di G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; in *Corr. giur.*, 2007, 1686, con commento di E. CALÒ, *La Cassazione «vara» il testamento biologico*; in *Ind. pen.*, 2009, 227, con nota di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*; in *Foro it.*, 2008, I, 125, con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, e *ivi*, I, 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*; e Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 74 ss., con commenti di P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello «ius quo utimur» in materia di relazione di cura*, di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, di R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, e P. BENCIOLINI, *«Obiezione di coscienza?»*. V. altresì, quanto all'interruzione della ventilazione artificiale su paziente cosciente che ciò richieda («caso Welby»), Trib. Roma, 16 dicembre 2006 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, 571 e 2231, con commenti rispettivamente di G. CASABURI-D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*, e in *Resp. civ. prev.*, 2007, 78, con annotazioni di G. ALPA, *Il danno da accanimento terapeutico*; e Trib. Roma, 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. mer.*, 2010, 237, con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, 68, con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*; in *Cass. pen.*, 2008, 1807, con commento di C. CUPELLI, *Il «diritto» del paziente (di rifiutare) e il «dovere» del medico (di non perseverare)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 73, con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 463, con commento di M. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*; in *Foro it.*, 2008, II, 105, con commento di G. CASABURI, *Diritto*

tratti persino tacciati di una qual certa iperattività<sup>4</sup>), giustificato dalla perdurante *vacatio legis*, appare il motore primo e pressoché unico del risultato legislativo, in ordine sia alle problematiche affrontate sia ai contenuti prescelti, in una sorta di continua risposta agli interrogativi sorti in sede giudiziaria e all'interno di un dialogo – fecondo, quantunque non privo di attriti – che ancor perdura (come già accennato riguardo all'ultimo sprone della Consulta).

Ciò considerato, lo studio degli ordinamenti argentino e venezuelano – in termini di coordinate del diritto e dei diritti *in subiecta materia*, senza pretesa alcuna d'eshaustività – consente una fruttuosa riflessione attorno al ruolo e al «gioco» delle fonti (con una funzione certo non residuale, in questa sede, anche della disciplina di matrice deontologica), in punto di metodologia della regolamentazione, dunque, ancor prima che di contenuti.

Quanto alla sostanza, del resto, gli argomenti in cui l'interprete s'imbatte sono, da un capo all'altro dell'oceano, i medesimi – e a tratti espressi, all'interno del rispettivo dato normativo, in termini pressoché equivalenti ad una traduzione letterale dal castigliano all'italiano e viceversa. D'altro canto, e al di là delle diverse sfumature dell'approccio bioetico prescelto dagli ordinamenti considerati, l'elemento di maggior interesse appare certamente la perfetta sovrapposizione delle questioni ancora «aperte» ed insolute, di natura eventualmente anche solo applicativa sì, ma comunque suscettibili d'inficiare la *ratio* e la tenuta stesse del dettato legislativo. L'interrogativo ultimo, dunque, attiene alla possibilità che dal migliore tempismo di altri Paesi si traggano indicazioni utili (anzitutto in ordine all'implementazione stessa delle enunciazioni normative) agli ordinamenti ampiamente «ritardatari» – tali essendo l'Italia, e ancor più il Venezuela, rispetto ai «cugini» argentini ed europei.

## 2. *La dovizia normativa del legislatore argentino*

In Argentina, l'intervento legislativo non si consuma *unico actu*, bensì si articola in quattro fasi, con la peculiarità di una tecnica di produzione «al

---

*di morire e omicidio del consenziente scriminato*; e in *Dir. fam. pers.*, 2008, 676, con nota di R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334 (ord.), che dichiara inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dalle Camere, in *Foro it.*, 2009, I, 35, con nota di R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*; in *Giur. it.*, 2009, 1630, con commento di C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul caso Englaro e la «cattiva battaglia» giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, e in *Il Quotidiano Giuridico*, 10 ottobre 2008, con commento di F. CONTI, *La Corte costituzionale bocchia i conflitti di attribuzione*.

contrario», che cronologicamente muove dalla *lex specialis*, anche d'estremo dettaglio, per approdare, infine, alla normativa – generale – di matrice codicistica. In particolare, la prima disciplina risale al 2009, con la *Ley 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*, la quale viene modificata (*melius*: integrata), tre anni dopo, dalla *Ley 26.742, de Muerte Digna*<sup>5</sup>, nonché successivamente specificata, ai fini di una sua immediata applicazione, dal decreto n. 1089/2012. Nel 2015, infine, entra in vigore il *Código Civil y Comercial de la Nación* (in particolare, per quanto qui d'interesse, si tratta degli artt. 26, 59 e 60), con sé recando non pochi interrogativi quanto alla perdurante vigenza delle precedenti statuizioni e/o riguardo alla possibilità di un'armonica composizione delle norme nel tempo succedutesi<sup>6</sup>. Orbene, come in Italia riguardo agli artt. 13 e 32 Cost., così il legislatore argentino si muove nel solco tracciato dalla *Constitución Nacional*<sup>7</sup> e in ossequio ad un generale principio di signoria<sup>8</sup> dell'individuo sul proprio corpo, sulle proprie azioni e sulla propria stessa vita, all'insegna, dunque, di una libertà che si dispiega per il tramite dei diritti personalissimi all'intimità, alla *privacy*, all'autodeterminazione e alla dignità. Del resto, non solo la *Ley 17.132 del Ejercicio de la profesión médica*<sup>9</sup> già prevedeva (art. 19) il rispetto del diniego manifestato dal paziente al trattamento sanitario proposto<sup>10</sup>, ma gli stessi precetti deontologici<sup>11</sup> declinavano autonomia individuale e beneficalità dell'azione medica<sup>12</sup> consacrando il consenso informato

---

<sup>5</sup> Cfr. L.A. VIAR, *Análisis de la Ley 26742 de "Muerte digna"*, 2013, in *Biobiblioteca digital de la Universidad Católica Argentina*, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>.

<sup>6</sup> Cfr. E.L. TINANT, *Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina*, in *Inmanencia*, 2017, 159.

<sup>7</sup> *Ley 24.430, Constitución de la Nación Argentina*, 3 gennaio 1995. Si tratta, in particolare, dell'art. 19: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

<sup>8</sup> Cfr. il decreto n. 1089/2012, secondo il quale, appunto, il paziente è *soberano* (art. 2, lett. e).

<sup>9</sup> *Normas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración*, 24 gennaio 1967. Cfr. T. ZAMUDIO, *Derecho a la salud. La experiencia Argentina*, in [www.bioetica.bioetica.org](http://www.bioetica.bioetica.org), e R. RABINOVICH-BERCKMAN, *Responsabilidad de los Médicos*, Astrea, 1999.

<sup>10</sup> «Salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. (...) En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz» (art. 19, terzo comma).

<sup>11</sup> Cfr. ASOCIACIÓN MÉDICA ARGENTINA, *Código de Ética para el Equipo de Salud*, 2001, in particolare ai capp. 5, 6 e 33. V. Anche R.A. MENEGHINI, *Consentimiento informado. Consecuencias de su falta de otorgamiento*, 30 giugno 2016, MJ-DOC-9912-AR | MJD9912.

<sup>12</sup> Cfr. T.L. BEAUCHAMP-J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 1994, e E. EMANUEL-L. EMANUEL, *Four Models of the Physician-patient Relationship*, in *JAMA*, 1992, 267, 2221. V. anche F.J.L. CORREA-P. SOROKIN, *Bioética y salud*

dell'ammalato, il divieto di accanimento terapeutico e l'imperativo delle cure palliative.

Ciò considerato, d'altro canto, i quattro atti (in sei anni) di cui sopra confermano orientamenti giurisprudenziali già consolidati – più che indirizzarne, *pro futuro*, il corso – e, anzi, come in Italia, scaturiscono dalle sollecitazioni stesse dei tribunali<sup>13</sup>, a fronte dell'esigenza di un'inequivoca disciplina normativa, anche di dettaglio, pur all'interno di un preesistente e generale quadro valoriale, difficilmente fraintendibile. Così, mentre l'*incipit* della legge n. 219/2017 (art. 1, primo comma), nel dichiarare i propri principi ispiratori, richiama l'autodeterminazione della persona solo dopo vita, salute e dignità, il Parlamento argentino evita qualsivoglia dubbio in termini di bilanciamento fra beni, unicamente riferendosi all'*autonomía de la vo-*

---

*pública en y para América Latina*, Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de Bioética, Santiago de Chile, 2015.

<sup>13</sup> Cfr., quanto al rispetto del diniego opposto all'amputazione salva-vita di una gamba, *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, J., J.*, Buenos Aires, 21 febbraio 1991, e *Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación*, n. 3, Mar del Plata, 18 settembre 1995, entrambe in *Cuad. Bioét.*, <http://cuadernos.bioetica.org/comentarios4.htm>, con commento di P. SOROKIN, *Aproximación conceptual a cuestiones humanas: todos somos "terminales"*, nonché *Juzgado Civil, Servicio de Cirugía y Clínica del H.E.C.A.*, n. 5, Rosario, 26 novembre 1997, in *LL 1998-C-266*, con annotazioni di N.L. NICOLAU. Al riguardo, cfr. altresì P.F. HOOFT-G.J. PICARDI, *Bioética y derecho. El consentimiento informado en la Jurisprudencia Argentina*, in *Rev. Lat. Bioét.*, 2006, 10, 1. Quanto al rispetto del diniego opposto ad un'emotrasfusione salva-vita, espresso da paziente incosciente per il tramite di disposizioni anticipate di trattamento, v. *Cámara Nacional de Apelaciones, Civil, Albarracín Nieves*, Sala A, 17 maggio 2012; *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, G., C. L. c. Mediconex S.A. y otros*, 31 maggio 2007, in <http://thomsonreuterslatam.com/2012/05/testigo-de-jehova-validez-del-testamento-por-el-que-se-niega-a-recibir-transfusiones-de-sangre/>; nonché CSJN, *Albarracín Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias*, 1° giugno 2012, A. 523, XLVIII. V., inoltre, L.D. CAPARROZ, *El caso "Albarracín" y el reconocimiento a la validez de las directivas anticipadas*, *Doctrina Microjuris*, 19 giugno 2012, MJD5838; L.G. BLANCO, *Directivas anticipadas*, 2017, in [www.salud.gov.ar/dels/printpdf/88](http://www.salud.gov.ar/dels/printpdf/88), e *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Prestaciones Médico Asistenciales Sas/ s/ Sumario*, Buenos Aires, 17 marzo 2003. Ai fini dell'emanazione della *Ley de Muerte Digna*, inoltre, ruolo fondamentale ha svolto il caso di Selva Herbón, con la sua richiesta d'interruzione delle terapie di sostegno vitale sulla figlia in stato vegetativo dalla nascita: v. <https://biolatina.wordpress.com/2011/08/19/carta-abierta-de-selva-herbon-a-los-diputados/>. Cfr. altresì, quanto al diniego opposto dal paziente Testimone di Geova capace e cosciente, CSJN, *Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar*, 6 aprile 1993, 316:479, in *LL 1993 – D 130*, nonché, in merito all'interruzione di alimentazione ed idratazione artificiali su paziente in stato di minima coscienza e alla ricostruzione della di lui volontà, CSJN, *D., M.A. s/ Declaración de Incapacidad*, 7 luglio 2015, 338: 556, in [www.revistarap.com.ar/Derecho/constitucional\\_e\\_internacional/derechos\\_humanos/1CNT0030094576000.html](http://www.revistarap.com.ar/Derecho/constitucional_e_internacional/derechos_humanos/1CNT0030094576000.html). A proposito di responsabilità sanitaria per un trattamento realizzato in assenza di consenso informato, cfr. R.A. MENEGHINI, *Consentimiento informado. Consecuencias de su falta de otorgamiento*, 30 giugno 2016, MJ-DOC-9912-AR|MJD9912. V., infine, *Dossier: Mala Praxis Médica. Selección de Jurisprudencia y Doctrina*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Sistema Argentino de Información Jurídica, ottobre 2018.

*luntad* (Ley n. 26.529/2009, art. 1 e art. 2, lett. e). Nel prisma di quest'ultima, pertanto, e nell'ossequio pieno al profilo identitario del paziente, vengono connotati e interpretati tutti gli altri diritti di cui all'art. 2 della medesima legge (il primo atto): di *asistencia, trato digno y respetuoso, intimidación, confidencialidad, información sanitaria e interconsulta médica*. È – d'altra parte – una *ley* che si autoproclama *de orden público* (art. 23), ma per entrambi gli ordinamenti ben ci si potrebbe interrogare riguardo al contenuto costituzionalmente necessario, se non addirittura vincolato, di tali normative<sup>14</sup>.

In Argentina, il rifiuto di qualsivoglia tentazione paternalistica non potrebbe essere, dunque, più netto: si tratta del diritto di accettare o meno un atto sanitario, nonché di revocare quanto originariamente manifestato, senza che per il paziente sia in alcun modo necessario giustificare le motivazioni sottostanti (*con o sin expresión de causa*: art. 2, lett. e). L'unico limite individuato dal legislatore attiene, peraltro, alla necessaria diligenza della condotta medica: se il rifiuto viene successivamente revocato, il professionista procede solo qualora le condizioni cliniche del paziente ancora consiglino e richiedano la terapia in prima battuta proposta (art. 10, secondo comma). Trova qui applicazione il principio generale secondo il quale la volontà dell'ammalato non può mai costringere il sanitario ad una condotta contraria ai dettami e allo stato dell'arte medica, bensì può essa esprimersi solo nell'álveo delle opzioni scientificamente (nonché giuridicamente) accettabili.

D'altro canto, e quale ultima notazione a carattere generale, entrambi i legislatori – l'italiano e l'argentino – prediligono, da un punto di vista terminologico, la «relazione» (*di cura e di fiducia*: art. 2 della legge n. 219/2017) alla tradizionale «alleanza» fra medico e paziente: etimologicamente, dunque, non si tratta più del 'patto' in vista del perseguimento di un obiettivo, bensì di un legame e di un rapporto che nel tempo si perpetua, conferma e rinsalda, continuamente rinnovandosi.

### 3. Il consenso e l'accanimento: qualche (comune) fraintendimento

L'analisi comparatistica concorre all'individuazione di alcuni punti aporetici, sui quali la maggiore o minore efficacia degli interventi normativi richiamati è suscettibile di misurarsi.

---

<sup>14</sup>V. S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19 aprile 2005; V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in *Amministrazione in cammino*, 2007, 1, e ID., *Il problema del rapporto tra leggi "costituzionalmente necessarie" e leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quad. reg.*, 2004, 729.

Particolare attenzione deve essere a tal fine dedicata all'individuazione dell'ambito di operatività del principio del consenso/dissenso informato; alla forma di cui tali volizioni debbano eventualmente rivestirsi; all'età a partire dalla quale il paziente può autodeterminarsi in materia sanitaria; alla rilevanza giuridica delle manifestazioni di volontà rese nella cerchia familiare dell'ammalato; alla liceità e vincolatività delle disposizioni anticipate di trattamento, specie ove destinate a risolversi nella mera designazione di un fiduciario.

Quanto al primo aspetto, l'art. 9 della *Ley* 26.529 prevede due eccezioni – non suscettibili, viene specificato, d'interpretazione estensiva – al principio del consenso informato: il grave pericolo per la salute pubblica e una situazione d'emergenza che comporti un rischio consistente (attestato dal personale sanitario, che di tale attestazione si assume la responsabilità) per la salute o la vita del paziente, senza che sia possibile conoscere la volontà dell'ammalato stesso, dei suoi rappresentanti legali o delle persone a lui «vicine», alle quali ultime, come si vedrà, pure il legislatore argentino dà voce.

Il decreto n. 1089/2012, a sua volta, traccia i contorni della prima eccezione, onde evitarne la genericità e l'evanescenza: è l'Autorità Sanitaria competente a dover dichiarare la sussistenza di un pericolo per la salute degli altri consociati, a nulla rilevando la mera compromissione dell'integrità psico-fisica del singolo diretto interessato. Il principio, d'altronde, è il medesimo di cui all'art. 32 della Carta costituzionale italiana: la regola generale di non obbligatorietà dei trattamenti sanitari, infatti, è derogabile solo nell'ipotesi di coinvolgimento di soggetti altri ovvero qualora il singolo non sia in grado di provvedere a sé (il paziente psichiatrico, *in primis*), poiché altrimenti è il titolare dei beni giuridici coinvolti (la salute; la vita; l'autodeterminazione; la libertà personale) a definirne – una volta per tutte – il bilanciamento.

Peraltro, riguardo all'estensione del principio del consenso informato, è dinanzi alla *Ley* 26.742 *de Muerte Digna* che l'interprete italiano fatica a trovare la corretta chiave di lettura.

Pare, infatti, che il legislatore argentino sia qui incorso in due paradossi. *In primis*, laddove riconosce il diritto di ottenere l'interruzione delle terapie di sostegno vitale «cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado»: come se queste fossero condizioni imprescindibili ai fini del rispetto della volontà e come se, anche a prescindere da tale volontà, il medico non dovesse comunque evitare simili frangenti. Similmente, il secondo paradosso attiene alla qualificazione stessa del paziente del cui volere la normativa si preoccupa, affetto da «enfermedad irreversible, incurable» o «en estadio terminal», che solo in queste condizioni di salute parrebbe poter esercitare, dunque, il diritto di cui sopra, nonché il diritto di rifiutare interventi chirurgici o di rianimazione artificiale, nonché di oppor-

si a «procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo» di uno «estado terminal irreversible o incurable».

In altri termini, benché mosso dalla lodevole intenzione di consacrare un diritto anche a prezzo della vita stessa, la tecnica normativa del legislatore argentino rischia – con le ultronee specificazioni di cui sopra – di limitare, anziché ampliare e ulteriormente consacrare, l'operatività del principio del consenso/dissenso informato, già a tutto tondo garantita – pare a chi scrive – dalla disciplina di tre anni precedente (con la *Ley* 26.529)<sup>15</sup>.

La legge *de qua*, infatti, sembra trovare il proprio fondamento in un'erata – o quantomeno superata – concezione dell'eutanasia (eutanasia anche in senso 'passivo')<sup>16</sup> e del divieto che ne deriva, nonché nella peculiarità di alcuni casi mediatici e giudiziari contestuali alla sua discussione in aula<sup>17</sup>. Per contro, anziché trattarsi di una fattispecie eutanasiaca, che perciò richiederebbe una disciplina legittimante, tale condotta medica (l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale) costituirebbe mera espressione e realizzazione dell'ossequio dovuto al rifiuto eventualmente opposto dal paziente.

È una normativa 'paradossale', dunque, quella argentina, almeno quanto il titolo originario della legge italiana («Norme in materia di (...) al fine di evitare l'accanimento terapeutico»)<sup>18</sup>, per buona sorte successiva-

<sup>15</sup> Ma v. già COMITÉ DE BIOÉTICA DE LA SOCIEDAD ARGENTINA DE TERAPIA INTENSIVA, *Pautas y Recomendaciones para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente crítico*, 1999, in <https://www.sati.org.ar/files/bioetica/guias/1999-Comite-de-%20Bioetica-Pautas-y-recomendaciones-para-la-Abstencion-y-o-el-retiro-de-los-metodos-del-soporte-vital-en-el-paciente-critico.pdf>. Cfr. J.L. MANZINI, *Las directivas anticipadas para tratamientos médicos*, 2001, ENJA, 2001, 1264; M.J. CUMPLIDO, *Derecho del paciente a rechazar el tratamiento propuesto*, in *Rev. Latinoam. der. méd. medic.*, 2000, 5, 11; N.A. TAIANA DE BRANDI, *El consentimiento informado y la declaración previa del paciente*, in L.G. BLANCO (a cura di), *Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, 117; L.G. BLANCO, *Directivas médicas anticipadas: la disidencia, admisión y rechazo de tratamientos médicos y el derecho a morir degnamente*, in *Rev. Not.*, 951, 437, 2005; Id., *Directivas médicas anticipadas*, in J.C. TEALDI (a cura di), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, UNESCO – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, 508, e N.A. TAIANA DE BRANDI-L.R. LLORENS, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

<sup>16</sup> Cfr. E.M.C. LLORET, *Eutanasia y muerte digna*, in [www.cartapacio.edu.ar](http://www.cartapacio.edu.ar).

<sup>17</sup> Cfr. J. P. ALONSO-A. VILLAREJO-E. BRAGE, *Debates parlamentarios sobre la muerte digna en Argentina: los derechos de los pacientes terminales en la agenda legislativa, 1996-2012*, in *Hist. Cienc. Saude-Manguinhos*, 2017, 1031. Cfr. anche G. SOSA, *El derecho de los pacientes a rechazar tratamientos*, in <http://www.salud.gob.ar/dels/autores/sosa-guillermina-leontina>.

<sup>18</sup> Proposta di legge n. 1142, MANTERO ed altri, Camera dei deputati, presentata il 4 giugno 2013, *Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*. Similmente, l'art. 1 originariamente dichiarava che «finalità della presente legge è evitare l'accanimento terapeutico nei trattamenti sanitari, subordinandoli al consenso informato e consapevole da parte dell'interessato nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione».



mente modificato, e almeno quanto l'(attuale) art. 2, secondo comma, della medesima legge n. 219/2017, secondo il quale l'astensione «da ogni ostinazione irragionevole» parrebbe dovere del medico esclusivamente «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte».

Per contro, al fine di scongiurare l'accanimento terapeutico, né una legge né una volontà dal paziente chiaramente espressa paiono necessarie, poiché la ricerca e l'esecuzione di trattamenti proporzionati quanto a modalità ed efficacia rientrano nella medesima diligente professionalità del medico e a questi, anzi, senz'altro s'impongono, in termini di responsabilità sia giuridica sia disciplinare. Così, per citare il giudice del caso Welby, l'esigenza d'indagare se ricorra – o meno – un caso d'insistenza terapeutica sorge solo qualora l'ammalato non sia in grado di «esprimere la propria volontà, che, se positiva», potrebbe «riconvertire il presunto accanimento in terapia voluta e che, se negativa», ne potrebbe «lamentare la violazione»<sup>19</sup>. È un problema, dunque, di demarcazione dei confini dell'obbligo giuridico del medico d'agire (d'intervenire o di continuare ad intervenire per la cura del proprio paziente), che rileva in senso oggettivo (la ricerca di un *best interest*) unicamente se della volontà del diretto interessato nulla si sappia e nulla si possa sapere. Al più, se v'è un confine per la libertà del paziente di decidere quanto a proporzionalità della cura, questo attiene ad una pretesa di trattamento del tutto irragionevole in termini di beneficalità dell'azione sanitaria e di allocazione di risorse economiche comunque limitate.

#### 4. *Declinare il consenso: problemi (e soluzioni)*

*Punctum dolens* della legge n. 219/2017 attiene all'imposizione, sempre, della forma scritta ai fini della documentazione del consenso informato

---

<sup>19</sup>Cfr. Trib. Roma, 23 luglio – 17 ottobre 2007, n. 2049, cit. Similmente, cfr. il parere del Consiglio superiore della sanità (in *Guida al dir.*, 2007, 37), seduta del 20 dicembre 2006 (in risposta al seguente quesito del Ministro della Salute: «se nel trattamento cui è sottoposto attualmente il Signor Welby non possa ravvisarsi la fattispecie del c.d. accanimento terapeutico»), secondo il quale «nel paziente cosciente, con funzioni intellettive integre, capace quindi di esprimere una volontà attuale (ma anche nell'ambito delle c.d. 'dichiarazioni anticipate di trattamento'), il concetto di accanimento si intersec[a] con la soggettività percettiva e la volontà dello stesso, che può decidere, in ogni istante, di non intraprendere o di interrompere un trattamento, anche in contrasto con l'indirizzo suggerito in scienza e coscienza dal medico». Al riguardo, cfr. altresì gli artt. 16 (*Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati*) e 39 (*Assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza*) del Codice deontologico medico italiano. *Amplius*, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, Giappichelli, Torino, 2017, 317 ss.

(art. 1, quarto comma). Si tratta, quantomeno, di un'ingenuità, che direttamente incide sulla quotidiana pratica professionale, ingenerando fra gli addetti ai lavori un allarmismo derivante dalla materiale impossibilità di rispettare il dettato legislativo (a pena di un inutile, eccessivo e fors'anche irrealizzabile aggravio burocratico), in relazione alla miriade di prestazioni più o meno routinarie che costellano l'attività di una struttura sanitaria, e che perciò destina la lettera della norma, infine, all'inattuazione. Poco saggia, dunque, appare la scelta italiana di superare la più moderata soluzione deontologica (art. 35 CDM), che contempla la forma scritta, invece, solo per quelle fattispecie maggiormente rischiose per l'integrità psicofisica del paziente. D'altro canto, la norma sembra altresì malamente confondere i due piani dell'acquisizione e della documentazione del consenso informato: se la prima, infatti, è bene che avvenga oralmente<sup>20</sup>, al fine di garantire l'effettiva comprensione e l'autenticità della decisione, la seconda può ben compiersi grazie all'impiego di una modulistica o tramite una videoregistrazione, ma non, «per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare», perché quest'opportunità torna a riguardare il momento, precedente, dell'acquisizione.

Per contro, e più ragionevolmente, in Argentina è regola generale l'oralità del consenso (art. 7 della *Ley* 26.529, integrato dall'art. 4 della *Ley* 26.742), fatto salvo un elenco di fattispecie «a rischio»<sup>21</sup> (cui s'aggiunge l'ipotesi di revoca della volontà originariamente manifestata), per le quali è prevista la forma scritta e la sottoscrizione dei soggetti interessati. In questo senso, si riduce drasticamente il margine di discrezionalità concesso al personale sanitario dall'art. 77 del *Código de Ética para el Equipo de Salud*, il quale prevede che il paziente (o il familiare o il rappresentante) firmi «un libre "Consentimiento Informado" cuando los facultativos lo consideren necesario».

La maggiore efficacia del dato latinoamericano si misura, del resto, anche laddove si tratti di attribuire rilievo alla volontà del minore d'età. In Italia, è noto, l'art. 3 della legge n. 219/2017 colma il precedente vuoto normativo indubitabilmente associando all'incapacità d'agire del paziente il potere del suo rappresentante legale d'esprimere assenso o diniego all'intervento medico proposto e prospettato. Fermo comunque resta, peraltro, il coinvolgimento del paziente in maniera proporzionale alle sue capacità, conformemente al più generale principio dell'ascolto del minore

---

<sup>20</sup> Fra le ultime decisioni, cfr. Cass.civ., sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688, in [http://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo\\_id=60235](http://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo_id=60235), secondo la quale l'obbligo informativo non può esaurirsi nel referto scritto né in una «illustrazione atecnica e atemporale» ovvero in una comunicazione in termini «professionalmente criptici».

<sup>21</sup> Nella specie, si tratta d'*internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos* normativamente predeterminati, nonché dell'informazione resa *sub* lett. g) dell'art. 5, *Ley* 26.742.

nelle questioni e nelle procedure che lo riguardano, nonché ai fini dell'adozione dei relativi provvedimenti (artt. 315-*bis* e 336-*bis* c.c.).

Le opzioni alternative (altresì fra loro coniugabili) avrebbero ben potuto privilegiare la fissazione di un'età determinata – ed inferiore ai diciott'anni – ai fini della rilevanza della manifestazione di volontà da parte del minore in ambito sanitario; ovvero, avrebbero potuto richiedere ed imporre, in capo al medico, un concreto ed individuale accertamento della maturità e dell'intelligenza del paziente, sufficienti a comprendere la natura e le implicazioni del trattamento consigliato, altresì proporzionalmente alla rilevanza e all'invasività di quest'ultimo. Peraltro, il coniugio di tali opzioni, da altri ordinamenti già prescelto<sup>22</sup>, esige la verifica delle competenze dell'ammalato laddove questi non abbia valicato quella soglia d'età oltre la quale comincia ad operare – per previsione normativa – una presunzione relativa di capacità, del tutto svincolata, tuttavia, dall'idoneità anagrafica del soggetto a compiere atti giuridici validi. Infine, le indicazioni della legge e/o le valutazioni del medico avrebbero potuto differire e variare a seconda della natura della volontà manifestata dal diretto interessato, positiva o negativa, conforme o meno al giudizio scientifico: prestazione del consenso o, al contrario, opposizione di un dissenso. Per converso, s'è detto, il legislatore italiano pone, in capo al minorenni, una presunzione assoluta d'incapacità di autodeterminarsi, parimenti a quanto previsto per quei soggetti a favore della cui protezione l'ordinamento si sia *ad hoc* attivato, con la predisposizione di misure di tutela quali l'interdizione e l'amministrazione di sostegno.

L'art. 26 del *Código Civil y Comercial de la Nación* (Ley 26.994/2015) predispose, al contrario, un livello di tutela più elevato e meglio definito<sup>23</sup>. Sono individuate, nella specie, tre fasce d'età: inferiore ai tredici anni, per la quale opera la presunzione assoluta d'incapacità di cui sopra; fra

---

<sup>22</sup> In particolare, cfr., nel Regno Unito, il *Family Reform Act* (1969) e, in Spagna, la legge del 14 novembre 2002, n. 41, *básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. V., inoltre, S. CACACE, *Autodeterminazione dei minori e trattamenti sanitari. Il caso del rifiuto alle cure per motivi religiosi*, in D. AMRAM-A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, 359; L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 417; A. OSELLINI, *Il consenso del minorenne all'atto medico: una breve ricognizione dei problemi di fondo*, in *Minorigiustizia*, 2009, 137, e M. DELL'UTRI, *Il minore tra «democrazia familiare» e capacità di agire*, in *Giur. it.*, 2008, 6. Diffusamente, infine, v. S. BENZONI-G.O. CESARO-P. LOVATI-P. VIZZIELLO (a cura di), *Prima dei 18 anni: l'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, Franco Angeli, Milano, 2010, e M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007.

<sup>23</sup> Cfr., anteriore nel tempo, la Ley n. 26.061, *Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, 26 ottobre 2005, che nulla specificamente prevede, però, in ambito di scelte sanitarie.

i tredici e i sedici anni (l'adolescenza), con una presunzione relativa di capacità rispetto a decisioni attinenti a «tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física» (per i quali, invece, è prevista la prestazione congiunta del consenso del minore e di quello del suo rappresentante legale e, in caso di conflitto fra le due volontà, una valutazione medica in punto di *interés superior* del ragazzo)<sup>24</sup>; superiore ai sedici anni, infine, in cui si realizza una piena equiparazione con l'adulto (presunzione relativa di capacità) quanto alle scelte attinenti alla cura di sé.

Come si vedrà, le decisioni 'sul' minore appartengono, peraltro, ad un tema ben più ampio. Si tratta, infatti, del potere di scelta che soggetti terzi esercitano in ordine alla tutela della salute del paziente incapace: per previsione normativa o per indicazione del diretto interessato; rispettando o ricostruendo o interpretando una volontà espressa, in un momento precedente, più o meno chiaramente ovvero, infine, alla ricerca di un mero miglior interesse oggettivamente inteso<sup>25</sup>. In ogni caso, il rappresentante non esercita una propria libertà personale o un diritto di autodeterminarsi, bensì persegue la salvaguardia dell'integrità psicofisica dell'ammalato e/o – eventualmente e laddove possibile – il rispetto del di lui profilo identitario<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. A. MORLACETTI-S.R. FRANCO, *Aspectos legales para la atención integral de salud de adolescentes y jóvenes*, in <http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/morlachetti-1.htm>; W.D. PELLE, *La edad mínima para otorgar válidamente directivas médicas anticipadas*, 7 aprile 2016, MJ-DOC-9830-AR | MJD9830, e M. CANOVI, *Sobre la información y el asentimiento de los menores de edad en los tratamiento médicos*, in <http://revistapersona.com>.

<sup>25</sup> È il *pure-objective test*, adottato, per citare uno dei casi più noti, dalla *House of Lords* in *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] A.C. 789, nel rispetto del *duty of care* del c.d. *Bolam test*, secondo cui «a doctor is not guilty of negligence if he has acted in accordance with the practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art».

<sup>26</sup> È il c.d. *juicio sustitutivo*, ovvero il *substituted judgement* di matrice nordamericana: cfr. *In re Quinlan* (1976) 70 N.J. 10, 355 A.2d 647; *In the Matter of Claire Conroy* (1985) 486 A.2d 1209; *In re Jobes* (1987) 529 A.2d 434, 443; *In re Peter* (1987) 108 N.J. 365, 529, e *Cruzan v. Director* (1990) Mdh, 497 U.S. 261. Cfr. E.A. LYON, *The Right to Die: An Exercise of Informed Consent, not an Extension of the Constitutional Right to Privacy*, in *U. Cin. L. Rev.*, 1990, 58, 1367, e F.R. PARKER, *The Withholding or Withdrawal Of Lifesustaining Medical Treatment Under Louisiana Law*, in *Loy. L. Rev.*, 1999, 45, 121. Cfr. altresì A.M. TORKE-G.C. ALEXANDER-J. LANTOS, *Substituted Judgement: The Limitations of Autonomy in Surrogate Decision Making*, in *Journ. Gen. Int. Med.*, 2008, 23 (9), 1514, e C.H. BARON, *The Right to Die: Themes and Variations*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, cit., 1841 ss. V. altresì L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. CASONATO-C. PICIOCCHI-P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008: percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, 399 ss. A proposito, inoltre, del «caso Terry Schiavo» (la donna statunitense in stato vegetativo per la quale il marito chiede ed ottiene l'interruzione di alimentazione ed idratazione artificiali, contro la volontà dei di lei genitori), cfr. P. NORWOOD HARRIS, *Money, Fear*

## 5. *Le disposizioni anticipate di trattamento e il consentimiento por representaci3n*

La disciplina argentina si differenzia dall'italiana in un altro snodo fondamentale, in qualche modo correlato – s'è detto – al consenso 'del' minore e 'per' il minore.

Si tratta del ruolo accordato ai familiari del paziente, laddove quest'ultimo non li abbia in alcun modo investiti di c3mpiti decisionali.

Il paziente, infatti, pu3 essere sostituito nel ricevere l'informazione e nel prestare il consenso dal suo rappresentante legale, da chi sia stato a ci3 designato dall'ammalato che, pur essendo ancora capace, non se la senta di sapere e di decidere, nonch3 da colui che sia stato indicato dal diretto interessato in previsione di una futura, anche solo eventuale, sua incapacit3 nelle disposizioni anticipate di trattamento o nell'ambito di una pianificazione condivisa delle cure (denominazione – quest'ultima – peraltro sconosciuta agli argentini).

L'art. 59, ultimo comma, del *C3digo Civil y Comercial de la Naci3n*<sup>27</sup> prevede, tuttavia, che, nell'ipotesi di assoluta impossibilit3, in capo al paziente, di esprimere la propria volont3 e laddove questa non sia stata espressa in un tempo precedente, il consenso informato pu3 essere reso dal «c3nyuge,

---

*and Prejudice: Why the Courts Killed Terri Schiavo*, in *Women's Rights L. Rep.*, 2008, 30, 42; L. LEVI, *A New Model for Media Criticism: Lessons from the Schiavo Coverage*, in *U. L. Miami Rev.*, 2007, 61, 665; L. PICKERING FRANCIS-A. SILVERS, *(Mis)Framing Schiavo as Discrimination Against Persons with Disabilities*, *ivi*, 2007, 61, 789; B.J. WINICK, *A Legal Autopsy of the Lawyering in Schiavo: A Therapeutic Jurisprudence/Preventive Law Rewind Exercise*, *ivi*, 2007, 61, 595; K.L. CERMINARA, *The Politics of Health Law: Collateral Damage: The Aftermath of the Political Culture Wars in Schiavo*, in *W. New Eng. L. Rev.*, 2007, 29, 279; ID., *Critical Essay: Musings on the Need to Convince Some People With Disabilities That End-of-Life Decision-Making Advocates Are Not Out to Get Them*, in *Loy. U. Chi. L.J.*, 2006, 37, 343; L. SHEPHERD, *Terry Schiavo: Unsettling the Settled*, *ivi*, 297; M. RAHDERT, *End of Life Decision Making: The Right to Die?: The Schiavo Litigation: A Case Study for Federalism*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2006, 15, 423; L. SHEPHERD, *End of Life Decision Making: The Right to Die?: State Legislative Proposals Following Schiavo: What Are They Thinking?*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2006, 15, 361; E.J. LARSON, *From Cruzan to Schiavo: Similar Bedfellows in Fact and at Law*, in *Const. Commentary*, 2005, 22, 405; G.J. ANNAS, *«I Want to Live»: Medicine Betrayed by Ideology in the Political Debate over Terry Schiavo*, in *Stetson L. Rev.*, 2005, 35, 49; T.W. MAYO, *Living and Dying In a Post-Schiavo World*, in *AHLA Journ. Health Law*, 2005, 38, 587; R. SAAD, *Living Wills: Validity and Morality*, in *Vt. L. Rev.*, 2005, 30, 71; J. WOLFSON, *Schiavo's Lessons For Health Attorneys When Good Law Is All You Have: Reflections Of The Special Guardian Ad Litem To Theresa Marie Schiavo*, in *Journ. Health L.*, 2005, 4, 535; K.L. CERMINARA, *Tracking the Storm: The Far-Reaching Power of the Forces Propelling the Schiavo Cases*, in *Stetson L. Rev.*, 2005, 35, 147; W. ALLEN, *Erring too Far on the Side of Life: D3j3 Vu All Over Again in the Schiavo Saga*, *ivi*, 123, e ID., *The Constitution at the Threshold of Life and Death: A Suggested Approach to Accommodate an Interest in Life and a Right to Die*, in *Am. UL Rev.*, 2004, 53, 971.

<sup>27</sup> Disciplina equivalente gi3 si rinviene, del resto, nella *Ley 26.529* del 2009 (cosi come modificata nel 2012), *ex artt.* 4 e 6.

el conviviente, el pariente o el allegado»: non soltanto, dunque, un soggetto appartenente alla cerchia familiare dell'ammalato, ma anche, semplicemente, un amico, una persona a lui intimamente vicina. Peraltro, il decreto n. 1089/2012 (art. 5) non manca di prevedere l'ipotesi di conflitto fra tali soggetti «vicini» al paziente, laddove non sia possibile individuare, tra costoro, «un ordine»<sup>28</sup>: a decidere, allora, sarà il comitato etico competente, il quale valuta altresì, eventualmente, l'opportunità dell'intervento giudiziale<sup>29</sup>.

Non si rinviene in Italia una disciplina in questo senso ed è un silenzio certamente mosso dalla difficoltà di presumere beneficalità e non maleficità negli intenti e nell'azione di tali soggetti terzi. D'altro canto, il legislatore argentino né prevede un limite all'eventuale manifestazione di volontà dei «congiunti» (in termini, per esempio, di rifiuto del trattamento salvavita), né regola in maniera specifica l'ipotesi di conflitto fra costoro e il personale sanitario (ma neppure fra personale sanitario e rappresentante legale). Semplicemente, e in maniera generica, il summenzionato decreto (sempre *ex art. 5*), in tutti i casi di *consentimiento por representación*, risolve eventuali «dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación» all'insegna del «beneficio del paciente (...), fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas» – valutazione affidata, ancora una volta, al vaglio di un comitato etico<sup>30</sup>.

La prima notazione attiene proprio all'organo deputato alla risoluzione dei conflitti. In Italia, il ricorso al giudice tutelare non è in alcun modo «filtrato»: il riferimento al comitato etico, pur considerato in corso di dibattito parlamentare, è stato espunto dalla normativa infine approvata. Da una parte, peraltro, ciò pare certamente giovare all'uniformità e alla piena «neutralità» delle pronunce, nonché alla conoscibilità e chiarezza dei relativi criteri decisionali – e fors'anche andare a beneficio, infine, di una certa tempestività dell'adozione di tali scelte e provvedimenti. Tuttavia, dall'altro canto, è pur vero che i recenti casi di Charlie Gard<sup>31</sup> e di Alfie

---

<sup>28</sup> «Ordine» stabilito, per esempio, dall'art. 21 della *Ley 24.193, Trasplantes de organos y materiales anatomicos*, richiamato dall'art. 3 della *Ley 26.742*.

<sup>29</sup> Cfr. L. M. PAGANO, *Medidas de autoprotección otorgadas por ante autoridad judicial*, EnLL, 2012, 1067; F.J.L. CORREA-R.M. SIMÓ-L. SCHMIDT-V. ANGUITA (a cura di), *Experiencias de los Comités de Ética Asistencial en España y Latinoamérica. Análisis de casos ético-clínicos*, FELAIBE, Santiago de Chile, 2013, 65 ss., e P. FRIDMAN-M. GASET-A. GREBNICOFF-R. MARINO, *La necesidad de los Comités de Bioética en el hospital público*, in *Boletín Científico de la Asociación de Médicos Municipales*, 32, 2002, <http://www.medicos-municipales.org.ar/bc1002.htm#1>.

<sup>30</sup> Cfr. M.L. FRISCALE-S.V. GIROTTI BLANCO, *Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial*, MJ-DOC-7008-AR | MJD7008.

<sup>31</sup> È il caso del bambino inglese affetto da malattia mitocondriale degenerativa ed incurabile, i cui genitori contrastano la decisione del personale sanitario d'interruzione delle terapie di sostegno vitale (ventilazione, idratazione e nutrizione artificiali): per una rico-

Evans<sup>32</sup> ben manifestano ed esemplificano gli ostacoli che l'organo giurisdizionale incontra nella definizione di *hard cases* implicanti e richiedenti un'approfondita conoscenza di questioni d'ordine medico e/o scientifico, considerato che l'ausilio della consulenza tecnica allevia sì, ma non risolve appieno la complessità (da più punti di vista: etico, giuridico, sanitario) di simili decisioni.

Certo, il riferimento ai familiari e congiunti è lodevole – benché non privo di problematicità – laddove certifica una più che normale, comprensibile (perché ragionevole, consentendo con immediatezza il coinvolgimento dei soggetti più vicini al paziente incapace) e quotidiana pratica professionale, la quale, in Italia, si pone senza dubbio alcuno *contra legem*. Ciò senza contare che la cerchia familiare è frequentemente coinvolta riguardo alla cura dell'ammalato anche qualora questi sia capace e cosciente e senza sua «delega» alcuna: anzi, il medico italiano è più che aduso, specie in ipotesi di patologia a prognosi grave o infausta, ad informare il congiunto e non il paziente, il congiunto prima ancora del paziente, il congiunto 'meglio' (più esaustivamente) del paziente. Anche in questo senso, peraltro, il legislatore argentino non ha il timore di normare, definire e specificare quanto già avviene nella prassi: così, diversamente che in Italia, è previsto il c.d. «privilegio terapeutico», sia in termini d'informazione, sia in punto di prestazione del consenso, che si configura con «la exis-

---

struzione della vicenda, cfr. <http://www.lastampa.it/2017/07/10/esteri/charlie-gard-ecco-cosadice-la-scienza-eYSXMFITDdKiVhdLG8oTCN/pagina.html>; <http://www.corriere.it/reportages/esteri/2017/la-storia-dicharlie-gard/>; [http://www.repubblica.it/protagonisti/Charlie\\_Gard/](http://www.repubblica.it/protagonisti/Charlie_Gard/); A. RIGOLI, *Un medico cattolico: «Trovare nuove risposte a domande inedite»*, 1° luglio 2017, in <http://www.vita.it/it/article/2017/07/01/un-medico-cattolico-trovarenuove-risposte-a-domande-inedite/143879/>; R. COLOMBO, *Perché negare ai genitori la terapia compassionevole?*, in <http://www.ilsussidiario.net/News/Cronaca/2017/7/1/CHARLIE-GARD-Perche-negare-ai-genitori-la-terapia-compassionevole-/771774/>, e G. TESTA, *Sul riconoscimento di un diritto a morire in maniera degna e libera: riflessioni a margine di una giurisprudenza convenzionalmente orientata*, in [http://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-riconoscimento-di-un-diritto-a-morire-in-maniera-degna-e-libera-riflessioni-a-margine-di-una-giurisprudenza-convenzionalmente-orientata\\_08-11-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-riconoscimento-di-un-diritto-a-morire-in-maniera-degna-e-libera-riflessioni-a-margine-di-una-giurisprudenza-convenzionalmente-orientata_08-11-2017.php). In particolare, v. UK Supreme Court, *In the case of Charlie Gard*, 19 giugno 2017, e CEDU, *Charles Gard and Others v. United Kingdom*, 28 giugno 2017, n. 39793/17. Cfr. altresì [2017] EWHC 972 (Fam); [2017] EWCA Civ 410; [2017] EWHC 1909 (Fam); <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-hearing-in-the-matter-of-charlie-gard.html>; <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/cg-order.pdf>; <http://www.gosh.nhs.uk/news/latest-press-releases/latest-statement-charlie-gard> e <http://www.gosh.nhs.uk/news/latest-press-releases/gosh-position-statement-issued-high-court-24-july-2017>. Similmente, per il diritto argentino, cfr. *Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 9ª Nominación de Rosario*, agosto 2008, *SME y otros s/ se oficie s/ su situación*, in <http://www.zeus.com.ar/umTexto.asp?id=804&materia=9>.

<sup>32</sup> Similmente a Charlie Gard, Alfie Evans è affetto da patologia neurologica degenerativa e l'opposizione dei genitori concerne l'interruzione delle terapie di sostegno vitale: cfr., fra le numerose decisioni, [2018] EWCA Civ 805; [2018] EWHC 308 (Fam); [2018] EWCA Civ 550; UK Supreme Court, *In the matter of Alfie Evans no. 2*, 20 aprile 2018; [2018] EWHC 953 (Fam), e <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-determination-in-the-matter-of-alfie-evans.html>.

tencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda que por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave» (art. 2, lett. f), ultimo comma, del decreto n. 1089/2012, ma anche art. 5, secondo comma, del decreto medesimo)<sup>33</sup>.

Peraltro, la consacrazione, da parte dell'ordinamento argentino, del ruolo della famiglia trova il proprio contraltare nella possibilità di nominare, in Italia, un amministratore di sostegno, il quale viene designato dal giudice tutelare anche sulla base di un elenco normativamente fornito, benché non indicativo di un rigido ordine di prelazione (art. 408 c.c.: «(...) il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata»), ai fini della «rappresentanza esclusiva» o dell'«assistenza necessaria» in ambito di scelte sanitarie (art. 3, quarto comma, legge n. 219/2017). Nel nostro Paese, dunque, il ruolo della famiglia trova riconoscimento non «automaticamente», bensì per il tramite dell'intervento e della valutazione di un giudice.

In Italia come in Argentina, il *consentimiento por representación* si realizza, infine, anche nel caso di «fiduciario» designato all'interno delle disposizioni anticipate di trattamento (*directivas anticipadas*). Al riguardo, del resto, se il requisito della capacità d'agire – ai fini della loro redazione – ben si concilia, all'interno del nostro ordinamento, con la disciplina predisposta in ordine al consenso informato del paziente minore d'età, in Argentina tale medesimo presupposto non rinviene – sembra – adeguata giustificazione. Non si comprende, infatti, perché l'ultrasedicenne sia sì del tutto equiparato all'adulto in ambito di scelte sanitarie, ma non quanto alla *chance* di predisporre documenti di tal fatta – se non sostenendo che la previsione futura richieda un tasso di maturità e di consapevolezza superiore a quello necessario per una manifestazione di volontà *hic et nunc* espressa.

La normativa argentina, d'altro canto, non conosce una delle novità maggiori (e più originali) della disciplina italiana: la differenza fra pianificazione condivisa delle cure e disposizioni anticipate di trattamento, a seconda – in definitiva – che il rapporto medico-paziente si sia o meno già instaurato. Tale distinguo, peraltro, non opera solo in termini di attualità del consenso e di 'relazione' fra soggetto interessato e personale sanitario<sup>34</sup>, bensì anche

---

<sup>33</sup> È la *rétenction thérapeutique de l'information* dei francesi, che si giustifica con la volontà di non aggravare ulteriormente le condizioni di salute di soggetti particolarmente ansiosi o psichicamente deboli: cfr. G. MEMETEAU, *Traité de la responsabilité médicale*, les Etudes hospitalières, Bordeaux, 1996, 111; D. THOUVENIN, *Le secret médical et l'information du malade*, Presses Universitaires de Lyon, Lione, 1982, 58, e P. ARIES, *L'homme devant la mort*, Le Seuil, Parigi, 1977. V. altresì il *leading case* statunitense *Canterbury v. Spence* (1972) 464 F.2d 786.

<sup>34</sup> Cfr. il consenso progressivo di cui al documento *Informazioni e consenso progressivo in cure palliative: un processo evolutivo condiviso*, Raccomandazioni della Società italiana



riguardo alla pubblicità e alla conoscibilità di tali documenti, laddove la previsione che le «directivas anticipadas (...) deberán ser agregadas a su historia clínica» (art. 11, primo comma, del decreto n. 1089/2012) presuppone che il paziente, appunto, sia già tale – provvisto di una cartella clinica e di uno o più medici curanti. Qualora, invece, quest'ipotesi non si sia ancora verificata, il problema della registrazione di tali atti diviene d'importanza capitale, in grado d'inficiare l'innovatività di buona parte della normativa di riferimento (in Italia, peraltro, a lungo attesa), non bastando affatto la consegna di una copia alla persona del fiduciario (in termini di tempestività ed effettività della conoscenza del documento, senza contare la non obbligatorietà della designazione di una persona 'di fiducia'). Del resto, né in Italia né in Argentina è stato predisposto l'unico strumento all'uopo utile: un registro nazionale<sup>35</sup>. Peraltro, mentre l'art. 4, settimo comma, della legge n. 219/2017 prevede la redazione delle DAT «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, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie», la regolamentazione d'oltreoceano impone vincoli formali molto più stringenti, senza che per questo, però, sia realmente garantito il requisito della piena ed immediata conoscibilità<sup>36</sup>. Si tratta, in particolare (*ex* art. 11, secondo comma, della *Ley* 26.529, in questo senso integrato dalla successiva *Ley* 26.742), della redazione di uno scritto alla presenza di due testimoni, «por ante escribanos público o

---

cure palliative, ottobre 2015, consultabile sul sito della stessa SICP. Cfr. altresì l'art. 26 (*Cartella clinica*) del Codice deontologico medico italiano, secondo il quale «il medico (...) registra il decorso clinico assistenziale nel suo contestuale manifestarsi o nell'eventuale pianificazione anticipata delle cure nel caso di paziente con malattia progressiva, garantendo la tracciabilità della sua redazione. Il medico registra nella cartella clinica i modi e i tempi dell'informazione e i termini del consenso o dissenso della persona assistita o del suo rappresentante legale (...).» V. P. BORSELLINO, *Consenso informato: perché e come attuarlo nelle cure palliative*, in *Riv. it. cure pall.*, 2012, 3, 35; A. TURRIZIANI, *Relazione di cura e autonomia relazionale. Come rispondere al dolore totale e alla sofferenza: il modello proposto dalle cure palliative*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, 229; A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del «fine vita»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1139, e F. ALCARO, *La relazione di cura come rapporto giuridico. I dilemmi di fine vita*, *ivi*, 1189.

<sup>35</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 18 luglio 2018, n. 01298/2018, *Ministero della Salute: Richiesta di parere in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/213992/DAT.pdf/d7a3908b-c009-0baa-82f7-bcbda67d104f>, nonché la circolare del Ministero dell'Interno n. 1/2018, *Legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento»*. *Prime indicazioni operative*, in <https://dait.interno.gov.it/documenti/circolare-n1-2018.pdf>.

<sup>36</sup> Cfr., peraltro, l'art. 11, ultimo comma, del decreto n. 1089/2012: «Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente».

jues de primera instancia competente»<sup>37</sup>. Simile disciplina, dunque, condiziona la validità di questi atti al rispetto di adempimenti onerosi e dispendiosi: non a caso, allora, s'è sostenuto che il mancato richiamo – da parte dell'art. 60 del *Código Civil y Comercial* – di tali requisiti formali può ben interpretarsi come possibilità di realizzare le DAS anche prescindendo dai vincoli di cui sopra<sup>38</sup>.

Infine, le due normative – l'italiana e l'argentina – non differiscono quanto a vincolatività, per il personale sanitario, di tali volontà né riguardo all'assenza di un termine in punto di validità o all'impossibilità di prevedere pratiche di natura eutanassica (le quali, laddove indicate, *vitiantur sed non vitiant* l'intero atto)<sup>39</sup>. D'altro canto, la questione principale, che in entram-

---

<sup>37</sup> Cfr. CSJN, A.N., J.W. *s/medidas precautorias*, 1° giugno 2012, riguardo al rifiuto dell'emotrasfusione opposto dal Testimone di Geova ed espresso all'interno di *directivas anticipadas*, in <http://www.protectora.org.ar/bioetica/la-corte-suprema-de-la-nacion-confirma-el-uso-de-las-directivas-anticipadas/14962/>, nonché *Juzgado Criminal de Transición*, n. 1, Mar del Plata, 25 luglio 2005, in <http://www.protectora.org.ar/bioetica/directivas-anticipadas-derecho-a-la-dignidad-de-la-vida-%E2%80%93-derecho-a-la-autodeterminacion-y-respeto-a-las-decisiones-personales-referidas-a-la-salud-fallo-completo/3586/>.

<sup>38</sup> Così E. LAMM, *Título Preliminar y Libro Primero*, in AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, artt. 1-400, Infojus, Buenos Aires, 2015, sub art. 60, 147-149. Cfr. altresì M. AIZENBERG-R.D. REYES, *El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529*, in *Microjuris*, 23 febbraio 2011; J.G. NAVARRO FLORIA, *Los Derechos Personalísimos*, in AA.VV. (a cura di), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, El Derecho, Buenos Aires, 2012, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalísimos-navarro-floria.pdf>; A.J. ROITMAN, *La muerte digna en el derecho argentino y la ley 26.529*, in *LL*, suplemento especial *Identidad de género – Muerte digna*, maggio 2012, 120-121; N.A. TAIANA DE BRANDI-M.M. BRANDI TAIANA, *La modificación de la Ley 26.529*, *ivi*, 137; M.A. GELLI, *La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad. Las reformas a la Ley 26.529*, *ivi*, 93-99; C.A. GHERSI, *El consentimiento informado y el médico en la muerte digna*, *ivi*, 100; P.A. URBINA, *La capacidad de decidir sobre la propia vida*, *ivi*, 149; P. SIVERINO BAVIO, *Derechos de los pacientes y muerte digna: comentario a la ley sobre el rechazo o la negativa al soporte vital*, *ivi*, 127; E.L. TINANT, *Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna*, in AA.VV., *Muerte digna*, La Ley, Buenos Aires, 2013, 121; J. L. MANZINI-E.L. TINANT, *Las directivas anticipadas*, in AA.VV., *Bioética en Medicina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 299; E.L. TINANT, *Los derechos personalísimos del paciente y las directivas anticipadas para tratamientos médicos*, H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2005; Id., *Nuevo Proyecto de Ley de "Declaración de Voluntad Anticipada" en la Provincia de Buenos Aires*, in <http://www.revistapersona.com.ar/Persona80/80Tinant.htm>; M. CORNET, *Disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital*, in *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo XI. Año académico 2007/2008*, Cordoba, 2011, 81; J.J. ZAMARRIEGO MORENO, *Autonomía prospectiva: instrucciones previas/voluntades anticipadas*, in *Bioética, religión y derecho* (Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005), Fundacion Universitaria Española, Madrid, 2005, e L. FERRARI-M. GUZ-L. MASSARO-G. MOREIRA-A. RUFFA-G. SOIFER, *Directivas anticipadas: un progreso legislativo*, in <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/directivas-anticipadas-un-progreso-legislativo.pdf>.

<sup>39</sup> Art. 60 del *Código Civil y Comercial*: «Las directivas que impliquen desarrollar prácti-

bi gli ordinamenti rimane irrimediabilmente «aperta» (e necessariamente affidata alla concreta, quotidiana pratica sanitaria), attiene ai contenuti e alla circostanza che questi siano espressi in maniera tale (sotto il profilo, per esempio, della correttezza della terminologia medico-scientifica adoperata) da poter essere rispettati. Orbene, il legislatore argentino tace riguardo all'informazione sanitaria che in Italia, invece, deve precedere l'espressione di simili volizioni (con tutti gli interrogativi che ne conseguono: riguardo, *in primis*, a quale professionista e con quale specializzazione; riguardo all'eventuale utilizzo del web; riguardo alle modalità con cui possa attestarsi l'avvenuta informazione), mentre non manca di sancire l'invalidità delle DAS (art. 11, settimo comma, del decreto n. 1089/2012) qualora «no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas». A quest'ultima possibilità la normativa italiana (quinto comma dell'art. 4) aggiunge (non senza una certa ridondanza fra sostantivo e sua aggettivazione) la *palese incongruità* e la sussistenza di «terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita», così accordando, forse, un superiore tasso di discrezionalità – in termini di maggiore libertà – alla decisione del medico di discostarsene.

## 6. *L'obiezione di coscienza e il diritto venezuelano*

Ai sensi dell'art. 1, sesto comma, della legge n. 219/2017, «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali». Ebbene, l'interrogativo attiene qui alla possibilità di rinvenire un'ipotesi di obiezione di coscienza<sup>40</sup>.

---

cas eutanásicas se tienen por no escritas». Con previsione più generica, v. altresì il sesto comma dell'art. 1 della legge n. 219/2017: «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali». Cfr. M. AIZENBERG (a cura di), *Estudios acerca del derecho de la salud*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014; L.A. VALENTE, *Derechos de los paciente, ley 26.529 y muerte digna*, in *Rev. der. fam. pers.*, 2012, 1, 234, e G. LOVECE, *El derecho a la salud y la muerte digna*, in C. GHERSI-C. WEINGARTEN (a cura di), *Tratado del Derecho a la Salud*, II, La Ley, Buenos Aires, 2012, 631 ss.

<sup>40</sup> Cfr. A. VALLINI, *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 495; P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *D&Q*, 2009, 9, 65; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, cit., 173; V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*,

Il richiamo alla deontologia professionale, infatti, includerebbe altresì l'art. 22 del Codice deontologico medico: la c.d. clausola di coscienza<sup>41</sup>, ovvero la possibilità, per il sanitario, di rifiutare l'opera professionale in contraddizione, appunto, con la propria coscienza. Potrebbe essere il caso, per esempio, in cui, per rispettare il dissenso opposto dal paziente, il terapeuta debba procedere con una condotta attiva, nel senso di una prestazione interrottiva<sup>42</sup>. D'altro canto, così come deve essere accordato (pena l'impossibilità, per il medico, di attivarsi), il consenso può essere – s'è detto – anche revocato; nessun disagio del personale sanitario può valere a fronte dell'esercizio di una libertà fondamentale che coinvolge i supremi diritti e valori costituzionali: la vita, la salute, la conservazione e il rispetto della propria identità personale nell'esercizio di capitali scelte esistenziali. Una soluzione diversa opererebbe nel senso di un completo fraintendimento della posizione di garanzia del medico e del bilanciamento fra beni costituzionali dalla giurisprudenza delineato e dalla legge, infine, consacrato.

Del resto, ritenere che la norma abbia così introdotto, surrettiziamente, un'ipotesi di obiezione di coscienza pare idea peregrina, perché la portata diromponente e disgregativa di tale istituto richiederebbe un'esplicita previsione e disciplina, un'*interpositio legislatoris*, con l'individuazione esplicita, esplicita e tassativa delle fattispecie interessate (tipizzazione)<sup>43</sup>.

---

2012, 403; M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014; M. AMITRANO ZINGALE, *L'obiezione di coscienza nell'esercizio della funzione pubblica sanitaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1099, e P. VERONESI, *Tra deontologie e obiezioni di coscienza: il sempre attuale problema del limite*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, 9. Cfr. altresì il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, in [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html). Quanto, poi, ad un'obiezione di coscienza «positiva», cfr. F. MASTROMARTINO, *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in *Ragion pratica*, 2015, 629, e P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO-L. FORNI-S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, 2011, XXVII, 101, 36-54.

<sup>41</sup> Il medico può 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 nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». V. anche L. PALAZZANI, *Le linee del dibattito bioetico tra dovere di vivere e diritto di morire*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, 197.

<sup>42</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit., per il quale l'obbligo di rispettare la volontà del proprio assistito sussiste, per il medico, «anche ove sia sospeso il trattamento di sostegno vitale, con conseguente morte del paziente, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia, bensì la scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte». L'obiezione di coscienza, peraltro, legittima sempre e solo un'omissione e non può mai manifestarsi con una condotta attiva: non può contemplare, per esempio, la continuazione della terapia antibiotica, a fronte del rifiuto opposto dal paziente.

<sup>43</sup> Cfr. ancora Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit.: «né il rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta del tutore, secondo il T.A.R., può giustificarsi con ragioni attinenti all'obiezione di coscienza, poiché spetta alla legge disciplinare compiutamente

La clausola di cui all'art. 22 non sarebbe sufficiente, dunque, a legittimare il rifiuto di atti giuridicamente dovuti: la disciplina deontologica, infatti, è piuttosto chiamata, in un caso come questo, ad integrare una normativa già esistente, nonché univoca, da sola, nel suo contenuto permissivo o precludente. Ciò perché l'obiezione di coscienza rappresenta un'eccezione al generale principio secondo il quale alla legge si deve obbedienza indipendentemente dalla sua conformità con le convinzioni dei singoli interessati – benché la richiesta *de qua* non sia di abrogazione dell'obbligo giuridico rifiutato, bensì di mero riconoscimento di un'essenzione per l'individuo nella sua particolarità.

Se anche nel «non può esigere trattamenti sanitari», poi, si volesse comprendere la fattispecie dell'interruzione che richieda una prestazione di natura sanitaria (l'estubazione, per esempio), pare corretto affermare, anche sotto la lente della *ratio legis*, che la menzione della contrarietà alla deontologia professionale non possa immediatamente riferirsi ad un dettato – quello dell'art. 22 – volto a delineare i confini della condotta deontologicamente corretta (ai fini dell'esonero da responsabilità disciplinare): quello che il medico 'può non fare'. La 'contrarietà a' attiene, per converso, a ciò che il medico – deontologicamente parlando – 'dovrebbe fare': il paziente, allora, non potrà pretendere, per l'appunto, il contrario.

In Argentina, peraltro, la *Corte Suprema de Justicia*<sup>44</sup>, confermando il dovere dei sanitari di rispettare il rifiuto opposto dal paziente alla continuazione delle terapie di sostegno vitale (nel rispetto delle garanzie normativamente previste e nella certezza riguardo alla natura e ai contenuti della volontà del paziente), prevede altresì un 'immanente' e corrispettivo diritto, in capo ai medici medesimi, all'obiezione di coscienza. In questo senso, però, il Giudice chiede alle «autoridades correspondientes» la predisposizione di un «protocolo» che consenta il contemporaneo ossequio al diritto del sanitario di obiettare e a quello del paziente di veder rispettata la propria volontà<sup>45</sup>. Anche a voler negare, dunque, la natura eccezionale delle norme che prevedono e disciplinano l'istituto dell'obiezione, il diritto all'interruzione delle cure dovrebbe comunque rinvenire tutela nella com-

---

le modalità e i limiti entro i quali possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del *satisfacere officio*. Così anche F.R. VILLADEMOROS, *Límites a la objeción de conciencia*, in M. AIZENBERG (a cura di), *Estudios acerca del derecho de la salud*, 105 ss.

<sup>44</sup> CSJN, D., M.A. s/Declaración de Incapacidad, 7 luglio 2015, cit.

<sup>45</sup> «A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los pacientes que se encuentren en la situación contemplada en la ley 26.529»: v. CSJN, D., M.A. s/Declaración de Incapacidad, 7 luglio 2015, cit.

plessiva organizzazione della struttura sanitaria interessata: la coscienza, infatti, è per antonomasia del singolo, non dell'amministrazione; la 'coscienza' delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano<sup>46</sup>.

L'analisi venezuelana in materia di obiezione di coscienza, del resto, è il profilo che più colpisce l'interprete il quale si accosti allo studio di tale ordinamento, peraltro connotato, in ambito di autodeterminazione e trattamenti sanitari, da una produzione normativa e giurisprudenziale ben più limitata rispetto ad Italia e Argentina. Al riguardo, infatti, la costruzione proposta dalla *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*<sup>47</sup> è completamente capovolta: ad essere considerato obiettore, dunque, è il paziente<sup>48</sup>. In questo senso, a fronte del rifiuto dell'emotrasfusione da parte del Testimone di Geova, questi è 'costretto' al trattamento laddove non esista opzione diversa («científicamente comprobada y tecnológicamente asequible») e laddove si tratti di salvare la vita del paziente. Il diritto alla vita non contempla, infatti, anche un diritto alla morte: il rifiuto del trattamento

---

<sup>46</sup> In questo medesimo senso, v. ancora Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit.

<sup>47</sup> *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, 14 agosto 2008, n. 1431, in <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1431-140808-07-1121.htm>. Cfr. Y.M. NAVARRO, *Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la transfusión con hemoderivados a pacientes testigos de Jehová*, in *Cuestiones Jurídicas*, 2008, 2, 127; ID., *Transfusión sanguínea en pacientes Testigos de Jehová mayores de edad: Derechos involucrados*, *ivi*, 2009, 1, 11, e M.C. PETZOLD RODRÍGUEZ, *Análisis jurisprudencial de la sentencia no. 1431 del 14 de agosto de 2008 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y su relación con los derechos humanos fundamentales*, in *Ars Juris*, 2012, 48, 273. V., infine, F. GUZMÁN TORO, *Los dilemas éticos y jurídicos relacionados con las transfusiones de sangre en las situaciones límites*, in *Fronesis*, 2010, 2, 185.

<sup>48</sup> Si esprime in termini similari, però, pur pervenendo a conclusioni completamente difformi, anche la *Corte Suprema de Justicia* argentina, sempre in un caso di rifiuto dell'emotrasfusione opposto da paziente Testimone di Geova: «la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público». Cfr. *CSJN, Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, 6 aprile 1993, cit. D'altro canto, anche il Codice deontologico venezuelano del 2004 conosce una c.d. clausola di coscienza: cfr. gli artt. 47 («el médico puede negarse a prestar asistencia cuando se halla convencido de que no existen las relaciones de confianza indispensables entre él y el paciente a condición de advertir de ello al enfermo a sus familiares o allegados y asegurar la continuidad de los cuidados y proporcionar todos los datos útiles al médico que le sustituya») e 48 («si el enfermo debidamente informado se negare a un examen o al tratamiento propuesto, el médico puede declinar su actuación en las mismas condiciones previstas en Artículo anterior»). V. Cfr. M. ALONSO PÉREZ, *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*, in J.A. MORENO MARTÍNEZ (a cura di), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, 21, e J. A. MARTÍNEZ GÓMEZ, *Ética profesional y deontología médica: una reflexión sobre el estado de la cuestión en Cuba*, in *Bioética*, 2015, 3, 7.

è valido sì, ma laddove non conduca irrimediabilmente al decesso. Il corollario attiene all'esistenza di un dovere del medico (ma, ancor prima, dello Stato) di mantenere in salute l'ammalato, anche a prescindere e anche contro la volontà di quest'ultimo; nonché all'esistenza, parimenti, di un dovere del singolo di vivere e di stare bene. Così, l'assistito può obiettare – adducendo la necessità di rispettare una propria convinzione religiosa – solo laddove la sua salute sia altrimenti preservabile e non si tratti, dunque, d'inficiare la sua stessa personalità: dalla realizzazione della libertà della persona non può conseguire la compromissione della persona stessa<sup>49</sup>. L'obiezione di coscienza, inoltre, non opererebbe al punto d'impedire al medico di rispettare la legge, conformemente al dettato costituzionale (art. 61) secondo il quale questa «no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos» (limiti c.d. «interni»)<sup>50</sup>. Coerentemente, poi, l'art. 46 Cost.ven. esclude la realizzazione di trattamenti sanitari senza il libero consenso del paziente, fatto salvo, però, il caso in cui questi versi in pericolo di vita<sup>51</sup>. Certo non si tratta di un 'diritto' del terapeuta: il problema, invero, riguarda proprio la costruzione di un rapporto giuridico composto esclusivamente da situazioni giuridiche passive, da un obbligo del medico di comportarsi secondo diligenza e da un obbligo del paziente di preservare la propria integrità psico-fisica, strumentalmente al buon funzionamento del sistema.

---

<sup>49</sup> Cfr. l'art. 61 della *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (15 dicembre 1999): «Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte la personalidad o constituya delito». V. Anche M.C. DOMINGUÉZ GUILLÉN, *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*, in *Rev. Derecho*, 2002, 7, 49 ss.

<sup>50</sup> L'art. 59 della *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* dispone altresì, riguardo alla libertà di coscienza, che «el Estado garantizará la libertad de religión y de culto. Toda persona tiene derecho a profesar su fe religiosa y cultos y a manifestar sus creencias en privado o en público, mediante la enseñanza u otras prácticas, siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. (...) Nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otro u otra el ejercicio de sus derechos». Cfr. D.A. VARGAS CAÑA-C. NÚÑEZ RIVERO, *Las libertades de conciencia, religión y culto en la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999*, in *Rev. der. UNED.*, 2015, 16, 779.

<sup>51</sup> Meno coerentemente, cfr. l'art. 72, ottavo comma, del *Código de Deontología Médica* (approvato nel corso della CXL riunione straordinaria dell'*Asamblea de la Federación Médica Venezolana*, Cumana, 24-26 ottobre 2004, in [http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/32938/5ta\\_sesion\\_codigoetica.pdf?sequence=8](http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/32938/5ta_sesion_codigoetica.pdf?sequence=8)), secondo il quale il paziente ha il diritto di «rehusar determinadas indicaciones diagnosticas o terapéuticas siempre que se trate de un adulto mentalmente competente. El derecho a la autodeterminación no puede ser abrogado por la sociedad a menos que el ejercicio del mismo interfiera los derechos de los demás. Si tal decisión pone en peligro la vida del enfermo, debe el médico exigir la presencia de testigos que den fe de la decisión del mismo y anotar la información pertinente en la correspondiente historia clínica». Parimenti, l'art. 78 del *Código* medesimo accorda ai malati terminali il potere di opporsi a «cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico» (non solo, dunque, a quelli 'straordinari') e il medico dovrà rispettare tale volontà «aunque colida con lo que se considere como lo mejor».

La regola generale, dunque, non è quella della volontarietà dei trattamenti sanitari né quella di una diligenza sanitaria misurata in termini di conformità allo stato dell'arte e al volere del paziente né quella, infine, dell'illegittimità degli atti sanitari privi del consenso informato dell'ammalato. In questo senso, la salute non è declinata in senso soggettivo (*ex art. 32 Cost.it.*: «fondamentale diritto dell'individuo»), quantomeno non a costo della vita stessa. Il bilanciamento fra beni si risolve, dunque, con modalità del tutto difformi, sotto l'ègida dell'art. 83 *Cost.ven.*, ai sensi del quale «la salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida». La salute e il benessere più generalmente inteso non possono in alcun modo, dunque, dissociarsi dalla vita stessa. Il dovere del paziente, che trasfigura i connotati medesimi della prestazione sanitaria, è, in definitiva, quello indicato dall'art. 70 della *Ley Orgánica de Salud*<sup>52</sup> («los pacientes tendrán los siguientes deberes»): «preservar y conservar su propia salud y la de sus familiares, y cumplir las instrucciones e indicaciones que conduzcan a ello»<sup>53</sup>. L'unica concessione di segno opposto attiene all'ammalato «en condiciones vitales irrecuperables debidamente constatadas a la luz de los consentimientos de la ciencia médica del momento», relativamente al suo (questa volta) 'diritto' di rifiutare «medidas extraordinarias de prolongación de su vida» (art. 69, quarto comma, *Ley Orgánica de Salud*).

## 7. In Venezuela, la debole tutela della volontà

A proposito della vita e della morte di Eluana Englaro<sup>54</sup>, osserva il Consiglio di Stato<sup>55</sup> come il consenso informato sia principio «fortemente affermato» sì, ma «debolmente tutelato». Ecco, in Venezuela neanche l'affermazione è forte. L'indisponibilità del bene vita si accompagna ad una nozione di salute eteronoma<sup>56</sup>; l'autonomia dell'individuo incontra il limite

---

<sup>52</sup> *Gaceta Oficial* n. 36.579, 11 novembre 1998.

<sup>53</sup> Peraltro, ai sensi del terzo comma dell'art. 69, diritto del paziente è anche «recibir explicación en términos comprensibles en lo que concierne a salud y al tratamiento de su enfermedad, a fin de que pueda dar su consentimiento informado ante las opciones diagnósticas y terapéuticas, a menos que se trate de intervención que suponga riesgo epidémico, de contagio de enfermedad severa, y en caso de extrema urgencia».

<sup>54</sup> Cfr. Cass.civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>55</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit.

<sup>56</sup> Cfr. M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Colección Estudios Jurídicos n. 17, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, 265-266, nonché EAD., *Consideraciones sobre la muerte (Breve referencia al Derecho comparado)*, in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2008, 146, 389.



dell'obbligo statale di preservare la sua esistenza. Così, la previsione stessa – di cui appena sopra – della possibilità, per il malato terminale, di rifiutare «mezzi straordinari» si spiega con l'inopportunità di prolungare una pena comunque destinata al decesso: poiché la medicina non ha più strumenti di cura, alla malattia è lasciato fare il suo corso. D'altro canto, s'è già detto, tale statuizione pare persino ultronea<sup>57</sup>, laddove l'accanimento terapeutico esula dalla stessa diligenza professionale ed è per lo più svincolato, dunque, dalla volontà individuale. Per il resto, a fronte del diniego opposto (anche prescindendo da motivazioni di natura strettamente religiosa), l'interrogativo che permane attiene alla coercibilità, per esempio, dell'amputazione di un arto o – persino – di un trattamento chemioterapico, in termini di rispetto della dignità stessa dell'assistito nella concreta realizzazione, *in primis*, dell'atto sanitario<sup>58</sup>.

In Argentina, diversamente, la consacrazione del rifiuto di cui alla *Ley de Muerte Digna* si giustifica con un *misunderstanding* in tema di eutanasia e relativa sua definizione: diviene necessario, pertanto, chiarire come l'*autonomía de la voluntad* si estenda anche al sostegno vitale, all'omissione o all'interruzione da cui consegua – direttamente, benché più o meno immediatamente – il decesso. È il diverso impianto costituzionale dei tre ordinamenti qui rapidamente considerati, a condizionare e regolare la stessa messa a fuoco della lente del giurista<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr., peraltro, l'art. 28 della *Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina*, 17 novembre 2011, in [http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos\\_leyes/ley-de-reforma-de-la-ley-de-ejercicio-de-la-medicina.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos_leyes/ley-de-reforma-de-la-ley-de-ejercicio-de-la-medicina.pdf): «El médico o médica que atiende a enfermos o enfermas irrecuperables, no está obligado u obligada al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida. En estos casos, de ser posible, oirá la opinión de otro u otros profesionales de la medicina (...)», nonché l'art. 29: «El ingreso y la permanencia de los enfermo o enfermas, en las unidades de cuidado intensivo deberá someterse a normas estrictas de evaluación, destinadas a evitar el uso injustificado, inútil y dispendioso de estos servicios en afecciones que no las necesiten y en la asistencia de enfermos o enfermas irrecuperables en la etapa final de su padecimiento». Similmente v. anche l'art. 82 del *Código de Deontología Médica*. V. G. D'EMPAIRE-M.E. D'EMPAIRE-J. ENCINOSO, *Limitación de medidas terapéuticas en los pacientes críticos*, in *Gaceta Médica de Caracas*, 2002, 1, 92.

<sup>58</sup> In contraddizione, peraltro, con la definizione, mutuata dall'O.M.S., di cui all'art. 2, *Ley Orgánica de Salud*: «Se entiende por salud no sólo la ausencia de enfermedades sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental».

<sup>59</sup> Cfr. CSJN, *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias*, 1° giugno 2012, cit.: «(...) no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorice a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior. Agregó que con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una

Peraltro, come in Italia fino a dicembre 2017, così in Venezuela il legislatore tace riguardo al c.d. *testamento vital*, la cui redazione, dunque, se non può essere esclusa, è affidata alla mera iniziativa dei privati, nel rispetto delle indicazioni codicistiche e all'interno dell'area – sopra delineata – in cui la volontà individuale può legittimamente esprimersi<sup>60</sup>. Pieno riconoscimento, invece, è accordato al ruolo dei familiari, in caso d'incapacità<sup>61</sup> del paziente (art. 69, quinto comma, *Ley Orgánica de Salud*), ma solo quanto alle «*explicaciones sobre las opciones diagnósticas*»: non v'è menzione del *consentimiento por representación* né si rinviene alcun cenno, a dire il vero, alla possibilità stessa, per il paziente, di rifiutare l'atto sanitario proposto. Tale possibilità, per contro, viene disciplinata dodici anni dopo, ai sensi dell'art. 25 della *Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina*: il medico è obbligato a rispettare la volontà, espressa per iscritto dall'ammalato o dal suo rappresentante, di non sottomettersi al trattamento o al ricovero proposti e consigliati; questa circostanza, dunque, esonera il professionista da qualsivoglia responsabilità, fatta salva la necessità di tutelare l'ordine pubblico e la salute dell'intera collettività.

Orbene, l'interrogativo attiene proprio all'attualità del bilanciamento costituzionale operato dalla Suprema Corte venezuelana nel 2008<sup>62</sup>, a fronte di una previsione di tal fatta, successivamente intervenuta. Peraltro, pare a chi scrive che il dettato normativo di cui sopra non abbia né la «forza» né il dettaglio per riscrivere la giurisprudenza costituzionale o per circoscrivere l'applicazione dell'art. 46 Cost.ven. (*id est*: possibilità di prescindere dal consenso informato in caso di pericolo di vita) all'ipotesi, per esempio, del paziente incosciente e/o incapace di esprimere il proprio volere. Ciò anche solo considerando come il diniego del rappresentante – richia-

---

perrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa”».

<sup>60</sup> Cfr. I.C. VÁSQUEZ G., *Il testamento biológico o vital como acto jurídico para decidir sobre la vida y la muerte según el ordenamiento constitucional venezolano*, Maracaibo, aprile 2015, in <http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-15-08447.pdf>, e R. BERNAD MAINAR, *Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas*, in *Icade. Rev. cuatrim. Fac. Der. Cien. Econ. Empres.*, 75, 2008, 355-356.

<sup>61</sup> Ma non solo in questo caso: cfr. altresì l'art. 52 del Codice deontologico venezuelano (comunicazione della verità ai familiari) e l'art. 49 della *Ley de Ejercicio de la Medicina*, secondo il quale «el pronóstico grave puede ser mantenido en reserva, pero si el médico o médica teme una evolución incapacitante o un desenlace fatal deberá notificarlo oportunamente, según su prudente arbitrio, a los familiares o a sus representantes».

<sup>62</sup> *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, 14 agosto 2008, n. 1431, cit.

mato dall'art. 25 – non possa compromettere l'integrità psico-fisica del rappresentato (eccezion fatta per il caso di trasmissione e/o ricostruzione della di lui volontà): l'assenza di simile e capitale precisazione, nei termini di un miglior interesse dell'assistito, insinua quantomeno il dubbio che ben altri limiti siano prospettabili (*in primis*, appunto, il pericolo di vita, anche a fronte di paziente *compos sui*), riguardo alle volizioni cui il sanitario debba prestare un incondizionato ossequio.

### 8. *Qualche conclusione, poche previsioni, molte preoccupazioni*

In Italia come in Argentina, l'intervento del legislatore riveste anzitutto un significato valoriale forte ed inequivoco, nei confronti degli operatori sia sanitari sia giudiziari; declina e specifica l'ègida della Carta fondamentale; rinsalda e conforta gli orientamenti e le evoluzioni della giurisprudenza ordinaria, amministrativa, costituzionale degli ultimi decenni. Il risultato, dunque, è di sollevare il Codice deontologico da inopportune funzioni di supplenza e di creare istituti giuridici *ad hoc* per la risoluzione delle problematiche in argomento (a fronte della fatica spesa dai tribunali per adattare gli esistenti). Volontà del legislatore, dunque, non è la previsione e la disciplina di una responsabilità *ex post*, in un'ottica anche o solo sanzionatoria<sup>63</sup>, bensì d'incentivare quanto più possibile l'adozione di decisioni consensuali medico/paziente, ricostruendone ed umanizzandone la relazione, distendendone i toni, chiarendo i reciproci diritti e doveri. È il ruolo stesso del giudice, peraltro, ad uscirne modificato, laddove il suo intervento è unicamente richiesto, quale *last resort*, nell'ipotesi d'altrimenti irresolubile conflitto fra scienza e volontà – a fronte dell'attivismo e della creatività richiestagli, invece, dai tempi più o meno recenti.

Così, la *vacatio legis* venezuelana crea uno stato d'incertezza quanto all'estensione della posizione di garanzia del medico e dell'autonomia del paziente: il paternalismo impera nelle poche decisioni giurisprudenziali e viene avallato dal dettato costituzionale, senza che la normativa, pur intervenuta, sia stata in grado di segnare una svolta o una «rottura» rispetto alle scelte valoriali e giuridiche del passato.

Certo, il dato latinoamericano – giudiziale e normativo – non è scevro da fraintendimenti terminologici e definatori, che rischiano d'inficiare, talvolta, la congruità del ragionamento giuridico e della disciplina legislativa: in ambito, prima di tutto, di obiezione di coscienza, di eutanasia pas-

---

<sup>63</sup> *Contra*, per esempio, la legge francese c.d. «Kouchner» n. 2002-303, du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, in <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2002/3/4/2002-303/fo/texte>, la quale disciplina altresì natura e connotati della – ampiamente intesa – responsabilità sanitaria.

siva, di natura del *living will*, il quale non può in alcun modo ridursi a documento funzionale all'ottenimento di una morte degna da parte del malato terminale. D'altro canto, lo stesso utilizzo del sintagma *muerte digna* si presta al malinteso, perché richiama quella «buona morte» penalmente sanzionata ed eticamente per lo più avversata. Si tratta, per converso, di rispettare la volontà del paziente anche al termine della sua vita, la quale cessa di essere, allora, bene assoluto, oggettivo, in sé e per sé considerato, a favore della considerazione e valutazione, invece, della sua qualità, del tempo che rimane, delle relazioni che la costellano. Non v'è dignità nella morte, scriveva Welby al Presidente Napolitano<sup>64</sup>; la dignità della fine della vita, invece, è garantita da un medico che, se non può più guarire l'ammalato, si adopera per guarirlo dal dolore, nel rispetto della sua autonomia. È un'autonomia debole, del resto, perché non più 'libera', laddove il paziente è sottoposto al controllo del sanitario e da questi profondamente dipende (si pensi al caso – estremo – di DJ Fabo).

La previsione, dunque, è quella di una giurisprudenza e di una medicina che – prima l'una, più lentamente l'altra – si acquieteranno alla necessità di rispettare la volontà individuale, senz'altro grazie alla solidità dell'avallo normativo. I problemi che permangono, d'altro canto, attengono prima di tutto alla veridicità di tali volizioni nell'ipotesi di paziente propriamente né capace né incapace: si tratta, per esempio, dell'ammalato anziano, affetto da una qualche forma di demenza, magari anche solo – ipotesi del tutto frequente e dilemmatica per molti operatori sanitari. La soluzione, allora, in assenza di condizioni d'urgenza e della previa nomina di un fiduciario, sarà la designazione di un amministratore di sostegno, che accompagni il binomio medico/paziente nella relazione di cura, nel percorso terapeutico e nella definizione stessa di una volontà.

Seconda questione – non in termini d'importanza – riguarda, s'è già detto, la possibilità stessa di rispettare le DAT, laddove non espresse adeguatamente quanto a precisione del linguaggio, a consapevolezza delle scelte e a cognizione delle conseguenze relative. V'è un problema, dunque, di terminologia; di passare del tempo (non essendovi una scadenza, il personale sanitario potrebbe sentirvisi sempre meno vincolato, col trascorrere degli anni); di mutamento dello stato dell'arte, ma anche di evoluzione della patologia (ciò che pareva «straordinario» e inaccettabile diviene ordinario e facilmente concepibile, anche sul proprio corpo). In questo senso, peraltro, quanto più è lontana la manifestazione di volontà del diretto interessato, tanto più il fiduciario rischierà d'interpretarla, invece di rispettarla e di applicarla.

Infine, rimane l'incognita delle modalità operative di pubblicità delle DAT,

---

<sup>64</sup> Cfr. *Lettera aperta di Piergiorgio Welby al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/lettera-aperta-di-piergiorgio-welby-al-presidente-della-repubblica-giorgio-napolitano/>.

con la complessità della creazione di un registro unico informatizzato<sup>65</sup>. S'è detto – a questo proposito – come sia l'Italia sia l'Argentina paiano lontane da un'implementazione in tal senso, a fronte dell'esigenza di utilizzare, all'interno di un unico circuito a livello nazionale, strumenti quali la cartella clinica informatizzata, la carta d'identità o la tessera sanitaria elettroniche, ovvero d'ideare, infine, un supporto *ad hoc* che custodisca solo tali disposizioni anticipate.

---

<sup>65</sup> Non bastando, per contro, registri meramente locali o regionali: cfr. in Argentina, per esempio, le *Leyes* n. 4263 e n. 2611 delle Province di Río Negro e Neuquén, rispettivamente. Quanto alle modalità di pubblicità in Francia, cfr. il *Fichier national des directives anticipées*: <https://www.admd.net/qui-sommes-nous/une-association-votre-service/notre-fichier-des-directives-anticipees.html>. Per l'ordinamento italiano, v. Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 18 luglio 2018, n. 01298/2018, *Ministero della Salute: Richiesta di parere in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, cit.

*Hanno collaborato:*

CRISTINA AMATO, *Professoressa ordinaria nell'Università di Brescia*

ADRIANA APOSTOLI, *Professoressa ordinaria nell'Università di Brescia*

SIMONA CACACE, *Ricercatrice nell'Università di Brescia*

IGNAZIO CASTELLUCCI, *Ricercatore nell'Università di Teramo*

FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Professore nella Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul de Porto Alegre (Brasil)*

DAVID FABIO ESBORRAZ, *Ricercatore ISGI-CNR-CSGLA Università di Roma 'Tor Vergata'*

IOLE FARGNOLI, *Professoressa ordinaria nell'Università di Milano e nell'Università di Berna*

MANUEL GRASSO, *Professore nell'Universidad Católica de Temuco (Chile)*

STEFANO LIVA, *Ricercatore nell'Università di Brescia*

PIETRO ONIDA, *Professore associato nell'Università di Sassari*

ALDO PETRUCCI, *Professore ordinario nell'Università di Pisa*

LUCA PASSANANTE, *Professore associato nell'Università di Brescia*

SHERALDINE PINTO OLIVEROS, *Professoressa nell'Universidad Central de Venezuela*

SUSANNA POZZOLO, *Professoressa associata nell'Università di Brescia*

GIAN FRANCO ROSSO, *Professore nell'Universidad de los Andes (Santiago de Chile)*

ANTONIO SACCOCCIO, *Professore Ordinario e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza nell'Università di Brescia*

CATALINA SALGADO RAMÍREZ, *Professoressa nell'Universidad Externado de Colombia*

SANDRO SCHIPANI, *Professore emerito nell'Università Sapienza di Roma*

GIOVANNI TURELLI, *Professore associato nell'Università di Brescia*

Finito di stampare nel mese di marzo 2019  
nella Stampatre s.r.l. di Torino – via Bologna, 220