

L'inerzia del legislatore e la conseguente perdurante *vacatio legis* ha portato i magistrati a dover intervenire per colmare lacune che, se in alcuni casi potevano essere sporadiche, si sono trasformate in un elemento ricorrente. Questo si è verificato e si continua a verificare anche nel mondo sanitario

Colpa medica: l'atavica assenza del potere legislativo esalta la magistratura

Il principio cardine su cui si fonda un moderno stato democratico, secondo i noti insegnamenti settecenteschi del Barone *Charles de Montesquieu*, è la separazione tra i tre poteri fondamentali (legislativo, esecutivo e giurisdizionale), e il rispetto da parte degli stessi delle rispettive sfere di competenza. Il concetto che la divisione del potere sovrano tra più soggetti costituisca un modo efficace per preservare la democrazia ha radici profonde nella cultura occidentale e già si rinviene nella riflessione sulle forme di governo della Grecia classica, dove il cosiddetto "governo misto" era visto come rimedio alla degenerazione delle forme di governo in cui il potere è concentrato in un unico soggetto.

Tra i più grandi pensatori dell'epoca, Platone parlò nell'opera *La Repubblica* di indipendenza del giudice dal potere politico, mentre Aristotele, nella *Politica*, distinse i tre momenti fondamentali nell'attività dello stato: deliberativo, esecutivo e giudiziario.

Il panorama attuale

Attualmente nel nostro ordinamento la ripartizione di poteri e competenze è chiara e ben definita, anche se in alcuni casi si registrano "indebiti sconfinamenti". Ciò può verificarsi in via conflittuale (ma anche pacificamente) e senza scontri sul punto, come se l'autoattribuzione di una competenza fosse conseguenza naturale di un determinato *status quo*. Nel campo del diritto sanitario, nella responsabilità civile e nelle tematiche a essa collegate, la Magistratura ha svolto un ruolo preponderante, spesso sostituendosi al potere legislativo. I giudici non hanno usurpato una prerogativa del Parlamento in un conflitto manifestamente positivo, ma sono intervenuti a colmare lacune che, se in alcuni casi potevano essere sporadiche, si sono trasformate in un elemento ricorrente. I giudici hanno, dunque, limitato le evidenti conseguenze di gravi omissioni del potere legislativo. Determinate questioni, per le loro implicazioni etiche drammatiche, impongono scelte che possono scontentare parte del-



A sinistra Paolo Vinci, a destra Michele Aprile, Studio Legale Avv. Paolo Vinci & Associati Milano

l'elettorato, possono risultare pericolose nella disperata ricerca del massimo consenso e, quindi, sono "inevitabilmente" trascurate: si temporeggia nei meandri di discussioni sterili e interminabili, per non dovere assumere decisioni compromettenti con l'unico risultato che quelle decisioni vengono prese da altri. Se è luogo comune che il Diavolo si nasconde nei dettagli, in questo caso si può proprio affermare che il Diavolo si celi dietro l'inerzia.

Un vuoto di potere

Il potere legislativo è intervenuto raramente, abdicando più che volentieri a una funzione politicamente scomoda, lasciando a un potere dello Stato, non competente, l'onere di disciplinare una determinata materia, attraverso uno strumento improprio, vale a dire la sentenza, espressione della decisione del singolo giudice, invece della Legge, espressione della volontà popolare. Lasciare alla giurisprudenza il compito di "legiferare" sul tema con decisioni che assurgono a precedente (a volte) vincolante, stante il disposto dell'art. 101 Cost. (secondo il quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge), è quanto di più sbagliato si possa fare, sia da un punto di vista di legittimità costituzionale dell'agire dello Stato, sia della giustizia sostanziale che viene garantita ai cittadini.

Il consenso informato

In tema di consenso informato la giurisprudenza è stata costretta a intervenire dettando una normativa di dettaglio in un settore (quello del rapporto tra medico e paziente), che mai come oggi subisce gli effetti dell'inarrestabile progresso tecnologico e della erosione della fiducia nella figura del medico e nella struttura ospedaliera. La responsabilità professionale è stata, negli ultimi anni, teatro di un contenzioso impressionante e oltremodo gravoso per tutte le parti in causa (ivi incluse le compagnie di assicurazione) e per la collettività intera. I molteplici risvolti

etici hanno contribuito a rendere ancora più opinabile la materia, costringendo la Suprema Corte a interventi finalizzati a definire la natura giuridica del consenso informato, e il corrispondente regime di responsabilità (ora pacificamente contrattuale, a partire da Cass. civ. del 25.11.1994, n. 10014, Cass. civ. 29.03.1976 n. 1132, fino a Cass. civ. del 23.05.2001, n. 7027 in cui si afferma che "sembra meglio adeguarsi, nel confronto con l'altro, al normale accadimento delle vicende umane e alle norme che tali vicende sono chiamate a regolare"). La natura giuridica stessa del consenso informato ha peraltro subito interventi sia della giurisprudenza di legittimità civile, sia penale, che hanno contribuito ad identificarne e definirne il significato da un punto di vista soprattutto giuridico (fin dalla prima pronuncia sul tema, Cass. Civ. 25.07.1967, n. 1945). Restano altresì di mera definizione giurisprudenziale non solo i contenuti del consenso, ma anche i doveri corrispondenti, i diritti, e le eventuali responsabilità, graduate a seconda del tipo di intervento medico a cui il paziente si sottopone, e, soprattutto (tematica assai controversa), il fondamento legittimante l'intervento medico in presenza ed in assenza di consenso. La giurisprudenza si trova a dover affrontare differenti ordini di problemi: tutela di valori costituzionalmente garantiti, come il diritto alla salute, ma anche il diritto all'integrità personale; considerazione e rispetto di problematiche etiche di difficile qualificazione giuridica; elaborazione di una disciplina di dettaglio in assenza di specifiche norme giuridiche, tale da tenere conto delle esigenze di giustizia degli utenti, delle precedenti pronunce e del rapido evolversi della scienza medica e delle corrispondenti problematiche (un caso su tutti, da sempre all'onore delle cronache: il trattamento dello stato vegetativo persistente, del coma irreversibile e di malattie invalidanti come la distrofia muscolare progressiva). È peraltro significativo che sul punto l'unica fonte nor-

mativa attualmente vigente sia di origine internazionale, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (meglio nota come Convenzione di Oviedo) del 4.04.1997, ratificata dal nostro ordinamento con la Legge 145/2001. In questa convenzione ci si limita, stante il carattere spesso generale delle fonti di diritto internazionale, a definire il consenso informato ed a rimarcare la sua necessità. Un ulteriore punto su cui l'interpretazione giurisprudenziale sembra destinata ad intervenire in modo incisivo, è relativo alla possibilità di ampliare le dichiarazioni utili a fornire al personale medico il consenso del paziente fino al punto da contenere una forma di testamento biologico, ovvero le direttive che il paziente impone al personale curante circa il trattamento delle proprie condizioni nel momento di fine-vita. Tale estensione sarebbe possibile in virtù del nuovo codice deontologico medico, ma anche in questo caso il legislatore tace, ed i giudici si troveranno presto o tardi a colmare anche questa lacuna.

Testamento biologico

Riferendoci proprio alla questione del testamento biologico, tematica scottante e di recentissimo interesse, visto il "Caso Englaro", non possiamo non constatare come il potere legislativo si limiti a discutere senza addvenire a una soluzione costruttiva. Mentre i fatti salienti dell'anzidetto caso si succedevano giorno dopo giorno, il Parlamento stentava ad assumere una posizione, come d'altra parte ha faticato negli anni precedenti, lasciando alla magistratura (ed al decreto della Corte d'Appello di Milano, sez. I civ. del 9.07.2008) lo scomodo onere di assumere una posizione. È toccato alla giurisprudenza intervenire sul punto, fornendo anche definizioni, come ad esempio quella di accanimento terapeutico, e gestendo in concreto i rapporti tra il dovere del medico di tutelare la vita e le norme stesse del codice deontologico che vietano qualsiasi forma di accani-

mento terapeutico. D'altra parte la costruzione normativa giurisprudenziale si prospetta deficitaria in termini di coerenza, certezza ed efficienza. In assenza di una legge è evidente come sia più difficile anche per i giudici intervenire in modo coerente, come ha sottolineato il Primo Presidente della Suprema Corte, G. Nicastro, all'apertura dell'Anno Giudiziario 2007/2008: *"rimane ambiguo il concetto stesso di accanimento terapeutico, sicché appare indispensabile e urgente un intervento del legislatore che affronti e chiarisca i gravi problemi che sempre più frequentemente si presentano al giurista e al medico"*. Ha ammesso inoltre che non è semplice rispondere alla domanda su quando può considerarsi *"legittimo interrompere il trattamento terapeutico nei malati terminali"* e che *"è difficile appellarsi, allo scopo, alla legge 598/93, che collega la morte alla cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, dettata da altri fini, mentre è indubbio che la nostra Costituzione esclude che si possa essere obbligati ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, garantendo il diritto alla salute e contemporaneamente, all'autodeterminazione"*.

Non c'è esempio più lampante, nella sua intrinseca tragicità, dei risultati a cui può condurre in tutti i disparati settori del diritto, l'inerzia del legislatore e la conseguente perdurante *vacatio legis*.

Michele Aprile & Paolo Vinci

Studio Legale Avv. Paolo Vinci & Associati Milano