



## **CURE PALLIATIVE E TERAPIA DEL DOLORE: BREVI RIFLESSIONE A MARGINE DELLE LEGGE N. 38/2010**

GELSOMINA SALITO

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. La nozione di nucleo familiare. – 2. La persona malata. – 3. Il consenso alla terapia del dolore. – 4. Le modalità di erogazione delle cure palliative e della terapia del dolore. – 5. Il ruolo dell'*équipe* medica.

1. *Divinum opus est sedare dolorem*. Sin dai tempi remoti, come ricorda il riportato frammento – da taluni attribuito ad Ippocrate, da talaltri a Galeno –, la scienza medica ha individuato uno dei suoi più alti fini nella sedazione del dolore. Lo stesso termine “palliativo”, per designare l’insieme di “interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare”<sup>1</sup>, ha origini antiche. Risale, per l’esattezza, al gergo del mondo latino, all’interno del quale designava il *pallium*, ossia il *mantello* del quale si avvalevano i pellegrini durante i loro viaggi verso i santuari, per proteggersi dalle intemperie.

Nel linguaggio moderno la parola, impiegata quale aggettivo qualificativo di un certo tipo di cure, rinvia con immediatezza all’idea di una copertura, *recte* di una protezione che si intende assicurare a chi sia affetto da una patologia incurabile ed alla sua famiglia. Del resto “la douleur est bien en effet une construction culturelle et sociale: elle n’a pas la même signification à toutes les époques et dans toutes les civilisations”<sup>2</sup>.

Nell’ottica, pertanto, di offrire una soluzione alle problematiche umane prima ancora che giuridiche che nascono al cospetto di malattie terminali ed irreversibili, la recente legge 15 marzo 2010, n. 38 (“Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative ed alle terapie del dolore”), in vigore dal 4 aprile 2010, si prefigge, nei dodici articoli dei quali si compone, vuoi di introdurre significative modifiche nella prescrizione dei farmaci per il trattamento del dolore, vuoi soprattutto di apprestare un modello assistenziale che, articolato su vari livelli di intervento, possa assicurare sostegno fisico e psichico alle persone coinvolte ed al paziente *in primis*.

---

<sup>1</sup> Il virgolettato riproduce parte della definizione dell’art. 2 l. n. 38/2010, la cui lett. a) testualmente definisce “cure palliative: l’insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un’inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici”.

<sup>2</sup> R. REY, *Histoire de la douleur*, in *Découvert*, Paris, 2000, p. 6.



La duplice finalità, che traspare nei suoi contenuti essenziali sin dall'art. 1, muove dalla comune premessa di considerare la salute quale diritto del cittadino che gli garantisce l'accesso altresì alle cure palliative ed alla terapia del dolore. E' significativo, peraltro, che la richiamata disposizione volutamente impieghi il termine "cittadino"<sup>3</sup> e non già "malato", intendendo, per tale via, non circoscrivere la possibilità di avvalersi degli interventi indicati al solo soggetto personalmente provato dalla patologia ma estenderla anche a coloro che per ragioni affettive, basate su un vincolo familiare in senso ampio inteso, risentano della situazione.

Una volta, infatti, asserita la volontà di "assicurare il rispetto della dignità e dell'autonomia della persona umana", la soluzione di non porre discriminazioni nell'impiego della terapia del dolore era pressoché scontata. Le sole perplessità che residuano nell'esatta determinazione degli aventi diritto concernono così il significato da attribuire alla nozione di famiglia, più volte richiamata nel corpo del provvedimento normativo, ora senza ulteriori specificazioni ora nella formula generica di "familiari"<sup>4</sup> ora, infine, attraverso l'espressione più completa di "nucleo familiare". Ed è proprio quest'ultima che ad una prima lettura potrebbe condurre ad un'interpretazione restrittiva della categoria, comprensiva cioè dei soli coniugi e dei figli legittimi, naturali ed adottivi, minori e maggiorenni non autonomi patrimonialmente, nonché, secondo la dottrina, degli affiliati e dei minori in affidamento temporaneo<sup>5</sup>.

L'esegesi costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice civile e, più in generale, della legislazione ordinaria consentono, però, di pervenire a differenti conclusioni e di intendere la famiglia come un insieme di persone più esteso del solo "nucleo familiare", nel quale ricomprendersi anche i parenti e gli affini più stretti. Così, a titolo esemplificativo, l'art. 230 *bis* c.c. considera "familiari" altresì i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo che prestino in modo continuativo la loro attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare<sup>6</sup>. In senso ancora più ampio l'art. 1023 c.c. precisa che "nella famiglia si comprendono anche i figli nati dopo che è cominciato il diritto d'uso o d'abitazione, quantunque nel tempo in cui il diritto è sorto la persona non avesse contratto matrimonio. Si comprendono inoltre i figli adottivi, i figli naturali riconosciuti e gli affiliati, anche se l'adozione, il riconoscimento o l'affiliazione sono seguiti dopo che il diritto era già sorto. Si

---

<sup>3</sup> Si legge, così, all'art. 1, comma 1, che "la presente legge tutela il diritto del *cittadino* ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore".

<sup>4</sup> All'espressione "familiari" ricorre ad esempio la legge regionale veneta, 19 marzo 2009, n. 7, pubblicata nel BUR n. 25/2009, in tema di *Disposizioni per garantire cure palliative ai malati in stato di inguaribilità avanzata o a fine vita e per sostenere la lotta al dolore*.

<sup>5</sup> In tal senso T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. Bonilini-Cattaneo, II, Torino, 1997, p. 343.

<sup>6</sup> A conclusioni non dissimili si perviene attraverso la lettura dell'art. 12, ult. co., l. 11 febbraio 1971, n. 11 (affitto di fondi rustici). Analoga estensione del concetto di famiglia si ritrova nella definizione della famiglia colonica, intesa come insieme di tutti quei soggetti che, legati da vincoli di parentela o di affinità con il coltivatore diretto, siano associati nella comune conduzione del fondo pur non avendo comunanza di tetto o di mensa.



comprendono infine le persone che convivono con il titolare del diritto per prestare a lui o alla sua famiglia i loro servizi”.

Sebbene la norma enunci un concetto di famiglia funzionale all'applicazione dell'istituto al quale è dedicata, non v'è dubbio che il suo dettato, alla luce dei principi costituzionali e di quelli contenuti nel nuovo diritto di famiglia<sup>7</sup>, concorra a chiarire la nozione e ad estenderla non solo al coniuge che non sia separato, ad i figli – siano essi o meno, a loro volta, coniugati - anche non riconoscibili, ai minori in affidamento preadottivo ma altresì al convivente *more uxorio*<sup>8</sup> e ad altri eventuali componenti della famiglia di fatto.

Sul vincolo parentale e giuridico, viene così a prevalere all'interno del sistema di valori tracciato dall'ordinamento il legame di tipo affettivo, in cui cioè la famiglia è definita nella sua composizione dalle relazioni di vita materiale e spirituale che si svolgono tra i suoi membri.

Non si intende, per tale via, dilatarne eccessivamente l'estensione né tale sembra essere la finalità che anima la legge n. 38/2010: le sue disposizioni rifuggono, non a caso, dal riferimento ai parenti e, quindi, indistintamente, alla famiglia parentale. Il ruolo di genitori, fratelli o affini in linea retta sembra, infatti, essere destinato a venire in rilievo solo allorché manchino congiunti più prossimi e quando ne risulti comprovato il legame altresì assistenziale con il soggetto affetto dalla patologia irreversibile.

Ciò che, al contrario, si intende evidenziare è che, allorché a venire in discussione è la tutela della persona malata, nell'elezione dei membri della famiglia ammessi a par suo a beneficiare delle cure palliative e quindi nella loro individuazione non può che prevalere un criterio che accordi preminente valore al piano affettivo nel suo ordinario svolgersi e manifestarsi, sul presupposto per cui soltanto chi vive la quotidianità può da un lato cogliere le necessità dell'infermo e dall'altro risentire del dolore che la sua condizione provoca anche in chi lo assiste. Ed è singolare, in quest'ottica, che l'art. 408 c.c., dettato con riguardo alla distinta situazione (patologica) dell'incapacità del soggetto, indichi nella “persona stabilmente convivente” colui che – secondo solo al coniuge – deve essere preferito dal giudice nella nomina all'incarico di amministratore di sostegno.

2. Il silenzio della legge n. 38/2010 in ordine alla definizione di famiglia è in parte compensato dall'ampia nozione di “malato” dell' art. 2, lett. c), che lo identifica nella

---

<sup>7</sup> La giurisprudenza, in relazione al profilo del risarcimento del danno per perdita di un congiunto, mostra di fare ricorso ad una notizia di famiglia intesa in senso ristretto. Si legga, così, Cass. civ., 27 giugno 2007, n. 14845, in *Resp. civ.*, 2007, 10, 851, a giudizio della quale “in caso di morte di un familiare deve essere risarcito il danno patrimoniale futuro subito dagli stretti congiunti; la liquidazione deve essere effettuata in base ad una valutazione equitativa, in via presuntiva ed a carattere satisfattivo, tenendo in considerazione la stretta relazione tra la natura del danno e le condizioni dei parenti della vittima, nel contesto dei valori costituzionali che ancora oggi sorreggono la solidarietà e la compattezza dei vincoli familiari”.

<sup>8</sup> Sul punto L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 11. In argomento, altresì, M. TRIMARCHI, *Uso*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 928.



“persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita” nonché nella “persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa”.

La definizione prescinde da riferimenti legati all’età od allo stato di capacità, in coerenza con la finalità della legge di ammettere alle terapie del dolore ed alle cure palliative anche bambini ed adolescenti in fase terminale. In più di una disposizione (si pensi agli artt. 3, 4, 5 e 8), infatti, la novella normativa richiama implicitamente la condizione del minore inguaribile, ora attraverso il riferimento espresso alle cure palliative pediatriche, ora coinvolgendo nella formazione specialistica in materia “pediatri di libera scelta” (art. 4, comma 1), ora ancora scorrendo apertamente di “età pediatrica” (art. 5, comma 2) quale fase della vita in cui devono ugualmente essere apprestate reti nazionali per la somministrazione delle cure contro il dolore.

La soluzione riflette il sentire dottrinale di considerare il minore, alla luce dei valori costituzionali, persona al pari dell’adulto<sup>9</sup> e si inserisce nel solco degli interventi legislativi e giurisprudenziali di coinvolgere il soggetto ancorché non ancora diciottenne nelle decisioni che interessano la sua sfera esistenziale, specie qualora dotato di capacità di discernimento<sup>10</sup>. In ambito sanitario una simile opzione trova, del resto, un importante precedente nel codice di deontologia medica che impone al clinico di “dare informazioni al minore e tenere conto della sua volontà”, sempre – beninteso – nel “rispetto dei diritti del legale rappresentante” (art. 34 cod. deont.) e del potere in capo a quest’ultimo di “esprimere il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili”<sup>11</sup>. In vero, l’asserita valorizzazione della partecipazione del minore non supera il momento del coinvolgimento decisionale e, in quanto subordinata al grado di giudizio critico, rileva unicamente nei suoi contenuti positivi e non già nella forma negativa del diniego alle cure<sup>12</sup>. Lo riprova, *inter alia*, la circostanza per cui il medico deve ricorrere all’autorità giudiziaria “in caso di opposizione dei legali rappresentanti alla necessaria cura dei minori e degli incapaci”

---

<sup>9</sup> Per tutti e tra i primi P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim*; ID., “Minorità” e tutela della persona umana, in *Dir. fam.*, 2000, p. 758 ss.; ID., *Interesse del minore e affidamenti familiari*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1994, p. 71 ss.; ID., *Interesse del minore e “Statuto” dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 351 ss.; ID., *La tutela dei soggetti deboli*, Roma 2004, p. 17 ss.

<sup>10</sup> La nozione di capacità di discernimento, inizialmente estranea al gergo legislativo, torna oggi, al contrario, in più di una previsione normativa. Così, dopo un primo richiamo nella legge n. 149/2001 (art. 7), viene espressamente menzionata nell’art. 155 *sexies* c.c.

<sup>11</sup> Se il rifiuto opposto alle cure dai genitori si rivela pregiudizievole all’interesse del figlio, si configura una vera e propria ipotesi di abuso nell’esercizio della potestà, con possibilità per il medico di ottenere dal giudice l’autorizzazione al compimento del relativo atto clinico.

<sup>12</sup> E’, peraltro, importante osservare come in favore dei minori siano disposti numerosi trattamenti sanitari obbligatori, indice, appunto, della volontà di tutelarne la salute, vieppiù che essi posso essere praticati anche contro la volontà dei genitori. Si pensi, in tal senso, alle vaccinazioni obbligatorie, rispetto alle quali l’esonero è possibile solo su certificazione del medico curante o del medico specialista ed “è vincolante per l’unità sanitaria locale”. Cfr. d.l. 8 marzo 1994, n. 164.



(art. 33)<sup>13</sup>. Lo conferma la possibilità “se i genitori acconsentono ed il minore rifiuta” che egli proceda ugualmente “al trattamento perché la posizione di non completa maturità del soggetto lo pone in una situazione di minore autonomia e la sua libertà di autodeterminazione trova il limite del rilevante pregiudizio<sup>14</sup>”.

Al cospetto, infatti, di una malattia terminale del minore, il medico deve informare la famiglia ed il paziente se dotato di maturità e di discernimento della necessità di ricorrere alla terapia del dolore, chiarendone gli effetti ed i rischi ed acquisendone il consenso, salvo poi superare – previa autorizzazione giudiziaria – un’eventuale rifiuto quante si riveli ingiustificato e contrario all’interesse del malato e delle stesse persone che lo assistono.

3. Sia in relazione al malato adulto che a quello bambino, il novello intervento normativo pone una sola condizione di carattere soggettivo per l’accesso alle cure palliative, il versare cioè il soggetto in una condizione di “terminalità”<sup>15</sup>. L’art. 2, a tal fine, indica il duplice presupposto che connota la richiamata nozione ossia che si tratti di una malattia progressiva ed irreversibile e che non esistano rimedi farmacologici in grado di assicurarne la guarigione. Alla malattia terminale così individuata l’ultima parte della norma equipara poi la situazione del soggetto affetto da dolori costanti che non rispondono alle ordinarie terapie analgesiche.

Il primo ed immediato corollario suggerito dalla lettura della disposizione è che – di là dalle inevitabili difficoltà di ordine clinico legate alla definitività di una diagnosi di terminalità – il ricorso alla terapia del dolore implica, sul piano temporale e fattuale, la previa rinuncia ad ogni forma di accanimento terapeutico e, quindi, a trattamenti o cure da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute e/o un miglioramento della

---

<sup>13</sup> Pur ammettendo, dunque, il diritto al coinvolgimento del minore e dell’adolescente, in particolare, in ambito sanitario (si pensi, in tal senso, alla terapia volontaria del minore che faccia uso di sostanze stupefacenti ovvero alla possibilità di richiesta di interruzione volontaria della gravidanza), esso non autorizza, tuttavia, la sospensione nei suoi riguardi delle cure necessarie alla sua sopravvivenza.

<sup>14</sup> In questi termini C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Dir. fam.*, 2005, p. 1423 ss. Emblematica, in tal senso, la vicenda del minore figlio di testimoni di Geova per il quale i genitori esprimano un rifiuto a cure emotrasfusionali ritenute indispensabili dai sanitari: nella specie, infatti, le argomentazioni di carattere religioso, che pur impongono il rispetto del diniego espresso dal soggetto maggiore di età sebbene incapace, cedono il passo dinanzi all’opposta esigenza di tutelare l’interesse del figlio e, quindi, il valore della vita e della salute. Un discorso a parte merita, invece, l’emancipato, il quale è legittimato ad assumere da solo le decisioni di carattere personale e, dunque, anche quelle concernenti la salute (a meno che l’emancipazione non cessi per l’emissione di un provvedimento di interdizione giudiziale ex art. 414 c.c.).

<sup>15</sup> Prima dell’entrata in vigore della legge n. 38/2010 il dibattito sulla corretta nozione di “terminalità” era molto acceso in ambito scientifico. La dottrina aveva così in passato definito il concetto in termini di “condizione in parte fisica e in parte psicologica che si realizza quando la malattia – inguaribile, in fase rapidamente evolutiva – induce nella mente del medico, della famiglia e dello stesso paziente un’attesa di morte in breve tempo”. La conclusione è di F. TOSCANI, *Il malato terminale*, Milano, 1997, p. 11.



qualità della vita del paziente<sup>16</sup>. L'accanimento terapeutico, “che di terapeutico non ha più nulla<sup>17</sup>”, cede, così, il passo ad un “insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore” (art. 2, lett. *b*).

Le semplificazioni previste nell'accesso ai farmaci analgesici ed oppiacei (art. 10) divengono, allora, nell'ottica perseguita dal legislatore della l. n. 38/2010, il presupposto per assicurare il rispetto della dignità e dell'autonomia della persona umana (art. 1, comma 2), secondo quanto insegna il modello anglo-americano, che volutamente distingue il *to cure* (il curare, in senso medico) dal *to care* (vale a dire, il prendersi cura), predicando, appunto, la doverosità soltanto del secondo nelle situazioni estreme e terminali<sup>18</sup>. E ciò anche qualora – come rileva la dottrina francese – dal ricorso a trattamenti *anti-douleur*, praticati nell'ottica di una «sauvegarde de la dignité du mourant»<sup>19</sup>, possa conseguire la morte del paziente. Si pensi, in tal senso, all'art. 1110-5 del novellato *code de la santé publique* che lascia trasparire il *double effet* – eliminazione del dolore/decesso in tempi più o meno brevi del malato – che può derivare dall'impiego di cure palliative, con la correlata necessità di informare *le malade*,

---

<sup>16</sup> Si tratta anche in questo caso di un divieto giustificato alla luce dell'esigenza di rispetto del paziente evitando la somministrazione di cure irrispettose della sua dignità o inutili e potenzialmente in grado di aumentarne, per converso le sofferenze. Cfr. App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 619. La definizione di accanimento terapeutico non è, peraltro, agevole. La Cassazione ne ha individuato i contenuti in negativo, precisando cioè cosa non rientri nella nozione come l'idratazione e l'alimentazione artificiali in quanto “presidio proporzionato al mantenimento della vita, salvo che nell'imminenza del momento della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite e che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione. Così ancora Cass. civ., 16 ottobre 2008, n. 21748, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 129 ss. Il codice di deontologia medica, a sua volta, stabilisce all'art. 16 che “il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita”.

<sup>17</sup> Come opportunamente appunta L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, p. 764.

<sup>18</sup> “Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita”. La conclusione è di Cass. civ. nella ricordata sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>19</sup> L'art. 111-5 definisce «malato terminale» una «personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable».



la *personne de confiance* o la *famille* di siffatta conseguenza «secondaria ed eventuale» della cura<sup>20</sup>.

Il paziente, in grado di intendere e di volere e di comprendere la sua condizione, è così oltralpe e nel nostro ordinamento la prima persona che ha diritto di ricevere dal medico le informazioni concernenti l'impiego della terapia del dolore e dei correlati effetti collaterali. Alla regola fa eccezione l'ipotesi in cui abbia espressamente rinunciato ad essere informato ovvero abbia delegato a ciò un terzo, come non di rado accade specie allorquando, ad esempio, il soggetto tema il subentrare di una condizione di incapacità o nei fatti vi si venga poi a trovare. La giurisprudenza, dal canto suo, non esita a ricomprendere tra i poteri che il giudice tutelare può delegare all'amministratore di sostegno quello di imporre ai sanitari di limitarsi "solo alle cc.dd. terapie del dolore ed alla erogazione di cure palliative, con l'ausilio, occorrendo, anche di farmaci oppiacei"<sup>21</sup>.

Non a caso il disegno di legge sul testamento biologico espressamente ascrive al "fiduciario, se nominato" il compito di "vigilare perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie palliative disponibili, evitando che si creino situazioni sia di accanimento terapeutico, sia di abbandono terapeutico" (art. 6, comma 3)<sup>22</sup>. Il tema delle dichiarazioni anticipate<sup>23</sup> si inserisce del resto a pieno titolo nel dibattito sulle cure palliative, in quanto introduce uno strumento idoneo ad autodeterminarne il ricorso e le modalità di somministrazione, pur al verificarsi di una condizione di incapacità della persona per rendere più umana la fase terminale della vita per sé e per i suoi familiari.

4. Il rilievo dell'auto e dell'etero-determinazione si apprezza maggiormente sol che si consideri l'ampia opzione di soluzioni terapeutiche, diagnostiche ed assistenziali tra i quali – con l'ausilio del personale medico specializzato – poter individuare quella che meglio

---

<sup>20</sup> Ma di qui, ancora, lo sgretolarsi, nel caso concreto, delle *frontières de l'euthanasie*, dal momento che "le médecin administre volontairement un traitement contre la douleur risquant d'avoir pour effet secondaire de faire mourir le patient mourant", secondo il rilievo di A. C. DE BEAUPRÈ, *La loi sur la fin de vie*, in *Dalloz*, 2005, p. 164.

<sup>21</sup> Così Trib. Modena, 23 dicembre 2008, in *Dir. fam.*, 2009, 2, p. 699. Sempre dello stesso organo giudicante si veda, altresì, Trib. Modena, 5 novembre 2008, in *Giur. merito*, 2010, 1, p. 102 ss., che ha accolto "il ricorso presentato da persona capace di agire per la nomina di un amministratore di sostegno con l'incarico di compiere, in nome e per conto del beneficiario e per l'ipotesi che il medesimo versi nelle condizioni di incapacità, i seguenti atti: negazione di consenso ai sanitari coinvolti a praticare alla persona trattamento terapeutico alcuno e, in specifico, rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusioni di sangue, terapie antibiotiche, ventilazione, idratazione e alimentazione forzata e artificiali; richiamo ai sanitari dell'obbligo di apprestare alla persona, con le maggiori tempestività, sollecitudine ed incidenza ai fini del lenimento delle sofferenze, le cure palliative più efficaci compreso l'utilizzo dei farmaci oppiacei".

<sup>22</sup> Dopo l'approvazione in Senato nella seduta del 31 marzo 2009, la proposta di legge in tema di "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento" è ora al vaglio della Camera.

<sup>23</sup> In argomento sia da ultimo consentito il rinvio a P. STANZIONE, G. SALITO, *L'(in)disponibilità del bene vita tra autodeterminazione e norma*, Roma, 2010, *passim*.



risponda alle esigenze del caso concreto. Si trascorre, così, dalla possibilità di assicurare la continuità assistenziale del malato presso la struttura ospedaliera, a forme di assistenza residenziale ovvero domiciliare. Al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento, la novella disciplina fissa delle linee guida (i c.d. LEA)<sup>24</sup> che garantiscano, in sede di attuazione da parte delle singole Regioni, una omogeneità dei livelli di intervento sul tutto il territorio nazionale; demanda al Ministero della Salute la promozione di campagne di comunicazione destinate ai cittadini al fine di renderli edotti sulle modalità di accesso alle cure palliative<sup>25</sup>; indica nelle cure palliative e nella terapia del dolore un obiettivo prioritario del Piano sanitario nazionale (art. 3)<sup>26</sup>; impone la formazione specializzata del personale addetto alla somministrazione delle cure in esame (art. 8); semplifica le procedure di accesso ai medicinali impiegati nella terapia del dolore (art. 10)<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> La verifica dei livelli di assistenza è deferita al Comitato Permanente già istituito con l'Intesa Stato, Regioni e Province autonome del 23 marzo 2005. Il Comitato, per l'esattezza, "valuta annualmente lo stato di attuazione della presente legge, con particolare riguardo all'appropriatezza e all'efficienza dell'utilizzo delle risorse e alla verifica della congruità tra le prestazioni da erogare e le risorse messe a disposizione" (art. 3, comma 4).

<sup>25</sup> P. LICATA, F. CHIATTELLI, *Obiettivo delle nuove regole è garantire prestazioni omogenee sul territorio nazionale*, in *Guida al dir.*, 2010, p. 30, sottolineano la finalità della nuova legge di sensibilizzare l'opinione pubblica sull'importanza delle cure palliative (ivi incluse quelle pediatriche) e sul loro valore di "strumento primo di supporto per il malato e i suoi familiari".

<sup>26</sup> La legge n. 38/2010 modifica il Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza (DPR 309 del 1990) semplificando la prescrizione dei farmaci oppiacei non iniettabili: ai medici del Servizio sanitario nazionale è così ora consentito prescrivere tale classe di farmaci non più su ricettari speciali, ma utilizzando il semplice ricettario del Servizio sanitario nazionale. Si vedano in tal senso gli artt. 10 e ss.

<sup>27</sup> La semplificazione va intesa in un duplice significato e cioè come semplificazione della classificazione delle sostanze stupefacenti destinate all'utilizzo farmaceutico, sia come semplificazione delle procedure di prescrizione delle stesse sostanze destinate all'impiego antidolore. *Amplius* vedi M. D'AURIA, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 5, p. 399. Si tratta, in relazione ad entrambi i profili, di novità rilevanti in materia sol che si abbia riguardo che fino a qualche tempo addietro non esistevano protocolli o procedure legali particolari o particolarmente rigorose e garantiste, con aggravio e responsabilizzazione dei medici addetti alla somministrazione dei farmaci antidolorifici. In argomento è interessante, in giurisprudenza, la lettura di Cass. pen., 28 aprile 2004, n. 31339, in *Guida al dir.*, 2004, 41, p. 71 ss., a giudizio della quale "la disciplina in materia di sostanze stupefacenti nel consentire che queste siano somministrate per fini terapeutici, secondo le necessità di cura in relazione alle particolari condizioni patologiche del soggetto (articolo 72, comma 2, del D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309), non prevede procedure o protocolli legali, ma affida la diagnosi e la specifica articolazione terapeutica al singolo medico, con il solo limite delle conoscenze scientifiche del momento. In una tale prospettiva, non può ritenersi di portata assoluta l'affermazione, pur resa in precedenza dalla giurisprudenza, secondo cui la somministrazione di sostanze stupefacenti per fini terapeutici dovrebbe essere necessariamente caratterizzata da prescrizioni in dosi decrescenti e da una durata temporale ragionevolmente limitata. Ciò in quanto il sistema normativo, prevedendo la somministrazione lecita per «uso terapeutico», non consente di introdurre altro limite che quello della specifica finalità della guarigione del paziente. Ne deriva che il giudice, nell'apprezzare l'eventuale rilevanza penale, ex articoli 73 e 83 del D.P.R. 309 del 1990, della condotta del sanitario che abbia somministrato farmaci contenenti sostanze stupefacenti, deve limitarsi a verificare, sul piano dell'elemento soggettivo, se quello terapeutico sia stato il fine prefissatosi dal medico nel praticare il trattamento della





Ma vi è di più. Nel succedersi breve delle sue disposizioni, la legge n. 38/2010 finisce ugualmente per far gravare sul personale medico tutta una serie ulteriore di obblighi (di aggiornamento, di formazione, di assistenza e via enumerando) il cui comune fine è il controllo del dolore in tutte le fasi della malattia del paziente terminale. Va riletta, in quest'ottica, la previsione dell'art. 7, comma 1, che gli impone di riportare "all'interno della cartella clinica, nelle sezioni medica ed infermieristica, in uso presso tutte le strutture sanitarie, (...) le caratteristiche del dolore rilevato e della sua evoluzione nel corso del ricovero, nonché la tecnica antalgica e i farmaci utilizzati, i relativi dosaggi e il risultato antalgico conseguito".

E' noto, infatti, in dottrina come la rilevanza della cartella clinica non si esaurisca in una funzione rappresentativa di fatti o circostanze accadute o verificate né in "una mera attività di documentazione «storica» di quanto accaduto"<sup>28</sup> ma rivesta un ruolo non secondario sul piano prognostico ed operativo.

Se, dunque, l'art. 7 della legge n. 38/2010 rappresenta una conferma della conclusione, al tempo stesso, apre a nuovi scenari di responsabilità del medico, che, già asserita<sup>29</sup> in caso di inesatta compilazione della cartella clinica, per violazione del dovere generale di diligenza posto dall'art. 1176 c.c., sembrerebbe configurarsi altresì nell'ipotesi di mancata o inesatta rivelazione del dolore ed erogazione delle cure e dell'assistenza al malato ed ai suoi familiari<sup>30</sup>. In tale eventualità, come ha già avuto modo di precisare la Cassazione, l'omissione della diagnosi del processo morboso terminale nega al paziente, "oltre che di essere messo nelle condizioni di scegliere «cosa fare», nell'ambito di ciò che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto, anche

---

tossicodipendenza a base di sostanze stupefacenti (ma analogo discorso deve farsi anche nel caso di somministrazione di tali sostanze in relazione ad altre patologie, tra cui la tanto controversa – sul piano etico – terapia del dolore), e se, sul piano della causalità, e allo stato della scienza medica, tale trattamento sia o no coerente a quanto la scienza medica ritenga foriero di risultati in termini di «guarigione»".

<sup>28</sup> L'espressione è di V. ZAMBRANO, *La responsabilità del primario*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di P. STANZIONE e S. SICA, Bologna, 2006, p. 1183 s., la quale sottolinea l'importante funzione probatoria che è comunque da scrivere alla cartella clinica nella azioni di responsabilità, dove spesso costituisce l'unico strumento per accertare l'errore del medico.

<sup>29</sup> Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Resp. civ.*, 2010, 4, 312, ha così affermato che "in tema di responsabilità professionale del medico, le omissioni nella tenuta della cartella clinica al medesimo imputabili rilevano sia ai fini della figura sintomatica dell'inesatto adempimento, per difetto di diligenza, in relazione alla previsione generale dell'art. 1176, secondo comma, cod. civ., sia come possibilità di fare ricorso alla prova presuntiva, poiché l'imperfetta compilazione della cartella non può, in linea di principio, tradursi in un danno nei confronti di colui il quale abbia diritto alla prestazione sanitaria".

<sup>30</sup> Si interrogano sulla possibilità di nuove ipotesi di responsabilità a carico del medico per mancata rivelazione del dolore ed erogazione delle cure e assistenza al malato e ai suoi familiari P. LICATA, F. CHIATTELLI, *Obiettivo delle nuove regole è garantire prestazioni omogenee sul territorio nazionale*, cit., p. 34, a giudizio dei quali "tale responsabilità potrebbe derivare dalla sottoposizione del malato e dei suoi familiari tali da non garantire una dignità di vita adeguata e una penosa qualità della vita, conseguenti al mancato assolvimento dell'obbligo sotteso al disposto dell'articolo 7 della legge qui in commento".



di essere messo in condizione di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l'esplicazione delle sue attitudini psico-fisiche, in vista e fino a quell'esito<sup>31</sup>”.

Parte della dottrina non esita a ricondurre la fattispecie all'interno di quella più generale della responsabilità professionale da perdita di *chance*, dal momento che il ritardo nella diagnosi configurerebbe una situazione idonea ad impedire al paziente dell'opportunità di ridurre il proprio stato doloroso<sup>32</sup>. Ed il discorso può ripetersi con riguardo ai familiari del malato, rispetto ai quali sembrerebbe mutare solo il titolo (extracontrattuale) della responsabilità e non il presupposto.

5. Ad arricchire di contenuti gli ordinari doveri di diligenza gravanti sul personale medico è soprattutto l'attenzione che la legge n. 38 vuole che il medico riservi in sede di prestazioni assistenziali da garantire al malato ed ai suoi familiari. Dall'art. 2 della legge n. 38/2010 è dato evincere, infatti, che l'assistenza cui il medico è tenuto nei confronti del paziente non è soltanto quella destinata a compiersi – come di regola – presso strutture specializzate (ad esempio i cc.dd. *hospices*), ma altresì presso il domicilio della persona malata (c.d. *assistenza domiciliare*), la quale, per localizzazione e risorse che richiede, rischia di rivelarsi particolarmente gravosa. Tant'è che le novelle disposizioni ne delegano l'attuazione ad un'intera *équipe* di specialisti.

Salvo, infatti, precise situazioni, le terapie del dolore presuppongono l'intervento di più figure professionali ciascuna con competenze differenti. Lo si evince con particolare evidenza dal dettato delle lett. *e*) ed *h*) dell'art. 2. La prima, nel definire l'*assistenza residenziale* da prestare presso l'*hospice*, incardina ogni competenza nell'erogazione in capo, appunto, ad un'*équipe* multidisciplinare operante all'interno della struttura<sup>33</sup>. Ma è la seconda ad offrire maggiori chiarimenti, dal momento che il suo intero contenuto risulta incentrato proprio sulla definizione di “assistenza specialistica di terapia del dolore”.

Si legge, così, nel corpo del testo della lettera richiamata che, con tale ultima nozione, si intende proprio “l'insieme degli interventi sanitari e assistenziali di terapia del dolore erogati in regime ambulatoriale, di *day hospital* e di ricovero ordinario e sul territorio da *équipe* specialistiche”. La circostanza che più persone, a diverso titolo, concorrano ad assicurare il

---

<sup>31</sup> A giudizio di Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 3, 1, 284, pertanto, “l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, sul quale sia possibile intervenire soltanto con un intervento c.d. palliativo, determinando un ritardo della possibilità di esecuzione di tale intervento, cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che nelle more egli non ha potuto fruire del detto intervento e, quindi, ha dovuto sopportare le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, posto che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze”.

<sup>32</sup> Il riferimento è, ancora una volta, a P. LICATA, F. CHIATTELLI, *Obiettivo delle nuove regole è garantire prestazioni omogenee sul territorio nazionale*, cit., p. 34.

<sup>33</sup> Stabilisce, così, l'art. 2 lett. *e*) che per “assistenza residenziale” deve intendersi: “l'insieme degli interventi sanitari, socio-sanitari e assistenziali nelle cure palliative erogati ininterrottamente da *équipe* multidisciplinari presso una struttura, denominata «*hospices*”.



bisogno di cure e di sollievo del malato inguaribile e della sua famiglia, ha precisi risvolti sul piano delle possibili responsabilità, in quanto incide sulla misura e sul grado di colpa spettante ad ognuno. La dottrina<sup>34</sup>, invero, già da tempo si è preoccupata di scindere i due profili, interno ed esterno, della responsabilità dell'*équipe* medica: l'uno, quello, interno, varia a seconda del legame che esiste tra i vari professionisti e può essere strutturato in termini rigorosamente paritari ovvero gerarchici; l'altro risente, invece, del soggetto con cui il paziente ha contrattato, dovendosi ascrivere rilievo differente all'eventualità che il malato abbia avuto rapporti con il singolo medico, con tutto il gruppo o con più persone del gruppo.

Per certo, la legge n. 38/2010 mostra di dare importanza al rapporto gerarchico ed, implicitamente, ad diverso ruolo che taluni medici assumono rispetto ad altri. Tanto accade con riguardo, ad esempio, alla figura del medico di medicina generale che ha compiti di coordinamento e che è espressamente definito "parte integrante" dell'*équipe* chiamata ad erogare le cure palliative<sup>35</sup>. Una simile posizione, per certo, accentua il grado di diligenza e di attenzione richiesti; nondimeno, per la complessa di attribuzioni che riassume e di competenze che richiede, sfugge ad un'agevole determinazione dei suoi esatti contenuti, essendo cioè difficile *a priori* ed in via generale individuare ampiezza e limiti del controllo.

Ciò, peraltro, non esime gli altri componenti il gruppo dall'adempiere ai doveri di perizia e diligenza inerenti all'attività di ciascuno. Le difficoltà nella specie sono poi accentuate dalla circostanza che l'*équipe* non è composta soltanto da personale sanitario: se, infatti, al suo interno non mancano appartenenti al personale infermieristico (in ruolo – per definizione – subordinato rispetto al medico), sono di regola presenti, specie per quanto attiene all'assistenza domiciliare (art. 2, lett. *f*) anche psicologi, assistenti sociali, fisioterapisti e volontari. Evidente, nella specie, si rivela la gradazione di responsabilità ed i profili che essa involge, che trascorrono dal risarcimento dei danni materiali arrecati al malato ed alla sua famiglia fino a quelli di natura eminentemente biologica e personale.

Di qui, allora, l'importanza della formazione del personale coinvolto nell'erogazione delle cure anti-dolore; formazione che l'art. 8 vuole articolata in "specifici percorsi formativi in materia di cure palliative e di terapia del dolore connesso alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative" e per la quale favorisce ed auspica l'istituzione di *master* mirati.

Se, infatti è di cure *palliative* che si tratta, il fine del legislatore non può che essere quello di apprestare una protezione globale della persona, un *mantello*, appunto.

---

<sup>34</sup> Il riferimento è a V. ZAMBRANO, *La responsabilità del primario*, in *Professioni e responsabilità civile*, cit., p. 1224.

<sup>35</sup> Emblematico è il dettato della lett. *f*) dell'art. 2 che definisce *assistenza domiciliare*: "Insieme degli interventi sanitari, socio-sanitari e assistenziali che garantiscono l'erogazione di cure palliative e di terapia del dolore al domicilio della persona malata, per ciò che riguarda sia gli interventi di base, coordinati dal medico di medicina generale, sia quelli delle *équipe* specialistiche di cure palliative, di cui il medico di medicina generale è in ogni caso parte integrante, garantendo una continuità assistenziale ininterrotta".