



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. III

(ESTRATTO)

UGO ADAMO

**ALCUNE OSSERVAZIONI CRITICHE A PROPOSITO DELLE
PROSPETTIVE *DE JURE CONDENDO* NELLA LEGISLAZIONE
ITALIANA IN TEMA DI 'DIRETTIVE' ANTICIPATE
DI TRATTAMENTO**

28 NOVEMBRE 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Ugo Adamo

Alcune osservazioni critiche a proposito delle prospettive *de jure condendo* nella legislazione italiana in tema di ‘Direttive’ Anticipate di Trattamento

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Intorno ai molteplici disegni di legge presentati alla Camera dei Deputati: una prospettiva de jure condendo*. – 3. *Il valore delle ‘dichiarazioni’ anticipate di trattamento*. – 4. *La natura e l’attualità delle DAT*. – 5. *Il ruolo del medico e quello del fiduciario*. 6. *La nutrizione ed alimentazione artificiali come trattamento sanitario*. – 7. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

A valle della presentazione di diversi disegni di legge presso la Camera dei Deputati e nell’attesa che una chiara volontà politica decida di disciplinare quelle che nel panorama internazionale sono note come *living will*, la presente analisi ha la finalità di proporre una ricostruzione il più possibile critica ed esaustiva sulle direttive anticipate di trattamento.

L’interesse nasce, come si è detto, dall’attualità dei lavori parlamentari, che, dallo scorso 31 marzo, vedono – in Commissione in sede *Referente* alla XII *Affari Sociali* – lo svolgimento dell’esame abbinato di diversi (e antitetici) progetti di legge proprio su tale (annosa) questione¹. Si è tuttora in fase di dibattito generale; manca ancora, quindi, un testo unificato da poter assumere come riferimento per un’attenta analisi interpretativa,

¹ Tali progetti sono i seguenti: [A.C. 1142](#) (Mantero ed altri, *Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l’accanimento terapeutico*), [A.C. 1298](#) (Locatelli ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*), [A.C. 1432](#) (Murer ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*), [A.C. 2229](#) (Roccella ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 2264](#) (Nicchi ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di volontà per i trattamenti sanitari*), [A.C. 2996](#) (Binetti ed altri, *Disposizioni relative all’alleanza terapeutica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3391](#) (Carloni ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di volontà per i trattamenti sanitari*), [A.C. 3561](#) (Miotto ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3584](#) (Nizzi ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3586](#) (Fucci ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3596](#) (Calabrò e Binetti, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3599](#) (Brignone ed altri, *Modifiche al codice civile in materia di consenso informato, di dichiarazione anticipata di volontà sui trattamenti sanitari e di testamento biologico, nonché istituzione della banca di dati telematica nazionale dei testamenti biologici*) e [A.C. 3630](#) (Iori ed altri, *Disposizioni in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e direttive anticipate di trattamento*). Inoltre, il 1 marzo 2016 sono stati assegnati in sede *Referente* alle Commissioni Riunite II *Giustizia* e XII *Affari Sociali* i progetti di legge [A.C. 3535](#) (Mucci e Prodani, *Disciplina dell’eutanasia e norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*) e [A.C. 3575](#) (Marzano ed altri, *Disposizioni in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e per la tutela della dignità della persona nella fase terminale della vita*). In ultimi, il progetto di legge [A.C. 3723](#) (Marzano, *Disposizioni in materia di consenso informato, di rifiuto dei trattamenti sanitari e di dichiarazioni anticipate di trattamento*) è stato assegnato l’8 aprile 2016 in sede *Referente* alla Commissione XII *Affari Sociali*, così come (il 28 aprile) l’[A.C. 3730](#) (Marazziti ed altri, *Disposizioni in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, di consenso informato e di pianificazione condivisa dei trattamenti sanitari*) e l’[A.C. 3970](#) (Silvia Giordano ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato, di disposizioni anticipate di trattamento e di testamento biologico*, l’8 luglio 2016).

anche se si attende (nelle prossime settimane)² la predisposizione di un testo unificato che funga da base per gli emendamenti e la discussione generale³.

2. *Intorno ai molteplici disegni di legge presentati alla Camera dei Deputati: una prospettiva de jure condendo*

Nell'ordinamento italiano a tutt'oggi manca una disciplina legislativa su ciò che nel panorama comparato⁴, o comunque in letteratura, va sotto il nome di 'direttiva anticipata' ovvero 'decisione anticipata', o 'testamento biologico'⁵, anche se, come sottolinea autorevole dottrina⁶, bisognerebbe parlare solo di 'direttiva', termine che ha in sé quel portato orientativo che è assente sia nel termine 'testamento' (atto che rinvia per la sua attuazione ad una fase *post mortem* del sottoscrittore)⁷ che in quello di 'decisione anticipata'.

Ancora più precisamente, è assente una regolamentazione legislativa che disciplini la possibilità per qualsiasi soggetto di far valere le sue determinazioni vincolanti (direttive) quando, nel pieno possesso delle facoltà mentali (ed anche nell'ipotesi in cui non rivesta necessariamente 'le vesti del paziente'), voglia liberamente decidere 'ora per allora' su

² In Commissione si è deciso di costituire un Comitato ristretto. Dei lavori del Comitato, a differenza delle sedute della Commissione, non si pubblica il riassunto e quindi le riunioni sono prive di ogni pubblicità; ci si limita a render noto che l'ultima riunione è stata quella del 6 ottobre.

³ Il testo ha come relatrice di maggioranza la deputata del Gruppo del PD on. Lenzi.

⁴ G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: Patientenverfügung und Sterbehilfe*, in *Famiglia e diritto*, n. 12/2011, 1167-1183; C. CASONATO, T.E. FROSINI, T. GROPPI, *L'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV-2007, 1650, ss.; M. DELLI CARRI, *Il valore dell'autodeterminazione nelle dichiarazioni anticipate di fine vita in Italia. Lo scenario europeo di riferimento*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Quando dire basta. Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze, 2011, 169-188. In ultimo C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare "forma al vuoto" in attesa di una legge*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 1 ss.

⁵ Si decide di riportare la definizione che di esso ha dato il Comitato Nazionale di Bioetica: "un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato"; cfr., allora, il Parere del 18 dicembre 2003 *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, reperibile presso <http://presidenza.governo.it/bioetica/>, 2. Cfr., almeno, D. NERI, *Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento"*, in *Bioetica*, n. 2/2004, 188-199.

⁶ C. CASONATO, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in E. CECCHERINI, T. GROPPI (a cura di), *Bioetica*, Napoli, 2010; M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, ZATTI, *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 1935; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano 2012, 127.

⁷ La loro effettività deve aversi durante la vita del soggetto. Si vedrà – più avanti – che in alcuni ddl, ora depositati nel Parlamento italiano – come ad esempio nella proposta di legge [A.C. 1142](#) (Mantero ed altri *Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*) e [A.C. 1432](#) (Murer ed altri *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*) –, è prevista tale possibilità, rientrando nel contenuto anche le direttive che devono prendersi in considerazione solo dopo la morte della persona, come la volontà, appunto, sulla donazione di organi. Il termine 'testamento', inoltre, nell'ordinamento italiano ha un contenuto essenzialmente patrimoniale ed anche l'aggiunta dell'aggettivo 'biologico' tende comunque a limitare la libera determinazione del soggetto, mentre l'espressione 'direttiva anticipata di trattamento', costituendo una estensione del diritto al consenso informato ha un contenuto 'semanticamente' più 'largo' che abbraccia qualsiasi trattamento sanitario e non solo quello di sostegno vitale.

eventuali trattamenti sanitari che potrebbero riguardarlo e sui quali non fosse in condizione di prestare il consenso, esprimendo tale volontà mediante la redazione di un atto all'uopo previsto per legge.

Il panorama italiano continua a soffrire di questa lacuna legislativa, solo in minima parte colmata dal prodotto giurisprudenziale⁸ – con riguardo alle condizioni che, se rilevate in sede processuale, legittimano (come nel caso di stato vegetativo permanente – SVP) quel processo di ricostruzione della volontà in grado di autorizzare l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale⁹ o riconoscono ad un soggetto terzo la facoltà di decidere per il beneficiario¹⁰ – e (seppur limitatamente alla loro efficacia) da alcune fonti internazionali¹¹ e deontologiche¹², che variamente prevedono il dovere di *prendere in considerazione* le direttive anticipate.

⁸ Il Legislatore ha, nei fatti, demandato le questioni più controverse ai giudici (che si sono sempre trovati dinanzi ad un parametro a 'maglie larghissime'), la disciplina legislativa delle materie inerenti il fine vita sarebbe senz'altro utile, anche al fine di garantire un trattamento eguale in qualsiasi parte del territorio statale stante la mancanza, nel nostro ordinamento, del principio dello *stare decisis*. Ampiamente in tema A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *questa Rivista*, n. 1-2015. Del resto è stato naturale che diverse questioni siano state portate per la loro risoluzione all'attenzione dei giudici, i quali, per non denegare giustizia, hanno cercato risposte nel formante normativo a loro disposizione, anche 'stressando' istituti non configurati per affrontare le tematiche del fine vita (si pensi su tutti a quello dell'amministrazione di sostegno: CENDON, *Amministrazione di sostegno*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VII, 2014; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014; G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Famiglia, persone e successioni*, 10/2012. In giurisprudenza, almeno, Corte di Cassazione, sezione VI, sent. 20 dicembre 2012, n. 23707.

⁹ Cfr., *ex multis*, [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), [Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460](#).

¹⁰ Cfr. *infra* nt. 17.

¹¹ La *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina* (Convenzione di Oviedo, 1997) e quindi il suo articolo 9: "i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione".

¹² L'articolo 38 del Codice del 2006 disponeva che il medico "deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa [...]. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato". Dopo la riforma operata nel 2014, il medesimo articolo 38 *Dichiarazioni anticipate di trattamento* così recita: "[i]l medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma *scritta, sottoscritta e datata* da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali. Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria. Il medico coopera con il rappresentante legale perseguendo il migliore interesse del paziente e in caso di contrasto si avvale del dirimente giudizio previsto dall'ordinamento e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili". Il Codice pare non prendere in considerazione la possibilità di rifarsi alla volontà del paziente desunta anche da altri elementi rispetto a quelli scritti, ai quali si è già riferita la giurisprudenza e che sono in grado di costituire elementi di prova che ben possono 'completare' mere direttive che non sempre riescono ad essere, proprio per la forma scritta, capaci di determinare in modo completo la volontà del sottoscrittore; si ricordino, quindi, le affermazioni di [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), punto 7.3. della *Motivazione*: la presunta volontà

Non si è, quindi, dinanzi ad un assoluto vuoto ordinamentale sulle direttive anticipate di trattamento, la qual cosa da sola basterebbe a non rendere (strettamente) necessaria la produzione di una decisione legislativa¹³. Lo stesso può dirsi anche con riguardo all'opportunità che una scelta in materia di direttive anticipate di trattamento venga posta dall'organo costituzionale rappresentativo della sovranità popolare? A noi pare di dover rispondere negativamente alla domanda.

Un intervento legislativo è ritenuto opportuno per una maggiore certezza del diritto che in tale materia è quanto mai carente. È proprio l'esigenza che sia garantita una maggiore certezza giuridica a richiedere la disciplina delle direttive anticipate di trattamento attraverso la legge statale, in modo tale da limitare le diverse 'spinte' locali¹⁴ e le possibili divergenze interpretative che possono giungere dalle diverse autorità giudiziali¹⁵, dato che in un sistema, che non è (e continua a non essere) di *common law*,

del paziente incosciente può essere desunta anche "dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche".

¹³ E non anche per il (più che condivisibile) timore (che però, è bene esplicitarlo, è di natura politica) che una regolazione legislativa possa "risolvere in termini di limitazioni e divieti quello che dovrebbe essere risolto in termini di libertà"; dubita, quindi, dell'opportunità della legge, anzi ne teme la pericolosità, S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, 89, 101; S. ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Un diritto mite per il fine-vita*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI. Vida e Ciencia*, Navarra, 2013, 374. Sull'"urgenza" nel provvedere tramite legislazione cfr. M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010, 184; e, con particolare intensità, l'allora Presidente della Corte costituzionale italiana, G.M. FLICK: "[L]auspicio è, ovviamente, che simili tematiche, proprio perché coesenziali alla visione dei diritti fondamentali, non restino aspetti solo incidentalmente sfiorati dalla Corte – a seguito della «rapsodica» investitura che le può derivare da qualche conflitto o questione di legittimità – ma formino oggetto di chiare opzioni legislative: perché solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco, soprattutto di fronte alla «esplosione» dei nuovi diritti determinata, in particolare, dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica. Allo stesso modo, solo la enunciazione di un preciso dettato normativo è in grado di circoscrivere l'impiego di un «diritto giurisprudenziale» che altrimenti, secondo alcuni, correrebbe il rischio di spingersi oltre il limite dell'interpretazione; ma che al tempo stesso si giustifica in qualche modo con l'esigenza – fortemente avvertita dalla collettività – di non lasciare aree dell'ordinamento (specie se particolarmente «sensibili») prive di garanzia e tutela giurisdizionale", così nelle *Considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, Roma, Palazzo della Consulta*, in www.cortecostituzionale.it, *Archivio-Relazioni annuali*, 4 s. Cfr., anche, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 14.

¹⁴ È noto, infatti, che diversi Comuni hanno da tempo istituito i registri per la raccolta delle dichiarazioni anticipate di trattamento su di essi cfr., almeno, E. STRADELLA, F. BONACCORSI, *L'esperienza dei Registri delle Dichiarazioni anticipate di Trattamento sanitario tra linee guida e prospettive di regolazione del fine vita*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 303-332; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 154. Si pensi anche alla recente Legge regionale del Friuli Venezia Giulia del 13 marzo 2015, n. 4, *Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti*. La normativa è stata impugnata per violazione della competenza legislativa statale con ricorso n. 55 del 26 maggio 2015. A seguito di tale ricorso, il Legislatore regionale ha modificato il provvedimento contestato con la legge n. 16 del 2015 anch'essa impugnata dal Governo con ricorso n. 87 del 2015. I giudizi in via principale sono ancora pendenti. Ampiamente in tema C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 13 ss.

¹⁵ A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 17 ss. L'A. bene mette in risalto le differenze che in sé esistono tra le 'risposte' che possono dare il Legislatore e il giudice per la stessa natura degli organi; infatti, i secondi, rispondono alla domanda di giustizia con il principio della domanda definito nel *thema decidendum*. Inoltre (29) la mancanza di una legge generale ed astratta, che rimette al giudice la decisione al caso concreto, produce una disparità (violazione del principio di eguaglianza) tra chi ha la possibilità e le risorse per

non si applica il vincolo del precedente¹⁶ (a tal proposito la giurisprudenza sull'amministrazione di sostegno è di qualche rilevanza)¹⁷.

È senz'altro vero che nell'ordinamento esiste il diritto a decidere sulle proprie cure e il diritto a farlo in modo anticipato per far valere la propria intenzione quando non si dovesse essere più in condizione di esprimersi perché incapaci di farlo, ma lo stesso non può dirsi con riferimento alle *modalità di esercizio del diritto*¹⁸ e quindi alla sua

accedere agli strumenti di protezione e chi, non avendoli, rimane escluso dal diritto non positivamente riconosciuto. Cfr. anche M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 1059-1060; R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, [3/2015](#), 8-11; ID., *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *Desafíos*, cit., 97 ss; M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), [Rassegna n. 10/2015](#), 9; C.M. MAZZONI, *Introduzione. La bioetica ha bisogno di norma giuridiche*, in ID. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 11, per il quale la legge serve anche per prendere una posizione in un contesto in cui la produzione normativa è caratterizzata da un'internazionalizzazione della bioetica; su tale processo di internazionalizzazione si v. C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto. Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 609-635; nel medesimo *Trattato* si v. l'ampio contributo di A. SANTOSUOSSO, S. AZZINI, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, 731 ss.

¹⁶ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2008, 85-112; S. AGOSTA, *Della guerra tra poteri che si accende quando una vita si spegne: a margine della proposta di legge in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento*, S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, entrambi in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., e rispettivamente a 369-392 e 393-406.

¹⁷ Si può richiamare l'art. 3 della legge n. 6 del 2004 che ha modificato gli artt. 404-413 del codice civile disciplinanti l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Una ondivaga giurisprudenza dei giudici tutelari, in alcuni casi riconosce al soggetto, pur nel pieno possesso delle proprie capacità psico-fisiche, di attivare la procedura di designazione dell'amministratore da parte del giudice 'ora per allora', in altri casi nega tale possibilità limitando la nomina dell'amministratore di sostegno da parte del giudice al solo momento in cui la condizione di incapacità o infermità del soggetto beneficiario diviene attuale. A proposito delle diverse interpretazioni che possono scaturire dalla lettera della legge sull'istituto dell'amministrazione di sostegno si v., almeno, Tribunale di Cagliari, decreto 22 ottobre 2009, Tribunale di Cagliari, dec. 14 dicembre 2009 (che hanno offerto due soluzioni diametralmente opposte dell'interpretazione del dispositivo), cfr. M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Famiglia e diritto*, n. 2/2010, 171-177. V., anche, Tribunale di Verona, decreto 4 gennaio 2011; Tribunale d'Appello di Firenze, decreto 3 luglio 2009, con una tesi (*rectius* un avverbio) utilizzata *ad abundantiam* che vale la pena riportare a dimostrazione della delicatezza della materia e dell'incertezza che gli operatori del diritto hanno in mancanza di una legge creata allo scopo: "ove la tesi favorevole dovesse scongiuratamente diffondersi, l'Ufficio del Giudice Tutelare verrebbe costretto a nominare forse milioni di inutili amministratori di sostegno, avviando i relativi procedimenti e gli onerosi adempimenti connessi". Il richiamo ad una simile preoccupazione di tipo economicistico che prevarrebbe sui diritti della persona non può che essere manifestamente rifiutata, così come fa il Tribunale di Firenze, decreto 22 dicembre 2010, che si domanda, appunto, se "è legittimo sbarrare la strada ad applicazioni evolutive di una legge solo per ragioni di economicità del sistema". Si v., anche, Tribunale di Pistoia, 8 giugno 2009; Tribunale di Roma, 1 aprile 2009; Tribunale di Pistoia, 1 aprile 2009; Tribunale di Firenze, 8 aprile 2009. Ampiamente in dottrina B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014. Sui contrasti giurisprudenziali è intervenuta da ultimo la Corte di Cassazione, cfr. B. VIMERCATI, *Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita (sulla sentenza di Cassazione civile, sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707)*, Osservatorio costituzionale, luglio 2013, www.osservatoriocostituzionale.it, n. 00/2013.

¹⁸ L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà e la vita*, in [ASTRID](#), *Rassegna* 25/03/2009, n. 89 (Anno 5, numero 6), 6, corsivi dell'A. Adesivamente F. PUZZO, *Progresso bio-tecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), [Rassegna n. 6/2012](#), 12 ss.

garanzia¹⁹. Infatti, solo la disciplina legale delle direttive anticipate può risolvere una molteplicità di problematiche e senza di essa (molto probabilmente) sarà un giudice, e solo a valle di un procedimento giudiziario, ad accertare, ad esempio, la volontà della persona divenuta incapace e a risolvere le problematiche dovute alla ricostruzione della stessa; non sarà meno semplice l'accertamento se compiuto dal tutore²⁰. Ma la decisione sarà appunto presa da un giudice e non piuttosto dal Legislatore che invece dovrebbe, soprattutto in queste 'nuove' materie, rivendicare il proprio ruolo di rappresentanza degli interessi (finanche diversi e contrapposti) e di prevalenza²¹ nei confronti del diritto giurisprudenziale.

Non si è dunque d'accordo con autorevole dottrina²² seguita anche da quei giudici che, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di cassazione sul caso Englaro e la giurisprudenza della Corte costituzionale sul consenso informato, affermano che è di "difficile confutazione la conclusione dell'assoluta superfluità di un intervento del Legislatore volto ad introdurre e disciplinare il c.d. testamento biologico"²³. Questa tesi si è viepiù sviluppata alla luce dell'interpretazione 'estensiva' del contenuto dell'amministrazione di sostegno, che tende a sovrapporre tale istituto a quello delle direttive anticipate di trattamento e che in dottrina è stata accolta con il neologismo di "testamento di sostegno"²⁴.

La precisa regolamentazione delle direttive anticipate avrebbe anche il triplice effetto di sgravare la famiglia o le persone care del paziente in stato di incoscienza, di 'deresponsabilizzare' il medico, in quanto può dar corso a volontà che sono certe e sicure, ma soprattutto di riconoscere alla persona che sottoscrive le proprie direttive di assumere in piena coscienza le decisioni che la riguardano, essendole consentito 'legislativamente' di rimanere 'padrone di sé' anche quando dovesse perdere lo stato di coscienza. La legge servirebbe proprio a 'rendere conoscibile' uno strumento che si mostra fra quelli più adatti a chi voglia decidere ora per allora. Inoltre, la regolamentazione legislativa consentirebbe di chiarire, stabilendole, quali sono in tale ambito le responsabilità dei sanitari.

Un'ulteriore affermazione – espressa in termini chiaramente provocatori – può arrivare a sostenere che, purché esista la legge, questa può persino essere 'scritta male'²⁵. Ciò su cui si vuole portare l'attenzione è la constatazione che un intervento legislativo (cioè la produzione di un atto-fonte primario sulle direttive anticipate) avrebbe come sua diretta conseguenza anche quella di permettere alla Corte costituzionale, sempre se adita, di

¹⁹ A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, in [ASTRID](#), Sezione 'Diritti e giustizia-Diritti civili e libertà costituzionali', 5.

²⁰ F. VIGANÒ, *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali ei confronti dei pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 marzo 2009, 19.

²¹ C. TRIPODINA, *Il 'diritto' a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 85.

²² S. RODOTÀ, *L'appello sospetto alla Legge*, in *Il Manifesto*, 23 dicembre 2006.

²³ Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008. Nello stesso senso anche Tribunale di Prato, 8 aprile 2009.

²⁴ G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 7-8/2009, 1794; G. COSCIONI, *L'amministrazione di sostegno rende superfluo il testamento biologico*, in *Questioni di diritto di famiglia*, 2008.

²⁵ Chiaramente si è d'accordo, fin dal titolo, con chi ha scritto che non si possono "perdere di vista alcuni elementi fondamentali suscettibili di delimitare l'ideale perimetro entro cui collocare una buona legge in materia", così BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 94 (corsi nostri).

giudicare la conformità a Costituzione della normativa prodotta, avviando, in tal modo, un dialogo con il Legislatore al fine di far avanzare il livello di tutela nell'ambito del diritto alla salute complessivamente inteso.

Dopo aver fatto una “gran figuraccia” nel sollevare il conflitto di attribuzioni, forse al fine di seguire l'indicazione della Corte secondo cui “in qualsiasi momento [si può] adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”²⁶, le nostre Camere hanno iniziato a disciplinare una normativa con il fine di colmare la lacuna legislativa o, forse, per limitare al massimo l'esercizio della funzione giurisdizionale e di dettare una propria visione etica della vita. Ciò ha determinato, a ridosso del tristemente noto ‘caso Englaro’, la presentazione di diversi disegni di legge depositati nel corso della XVI legislatura, i quali, per la forte matrice ideologica e quindi divisiva²⁷ (che non dovrebbe guidare il Legislatore quando norma su queste materie e la Corte quando le giudica²⁸) e per il raffreddamento della discussione intorno a quello che è diventato un ‘caso’, sono stati congelati (o come si è soliti dire *dimenticati in un cassetto*).

3. Il valore delle ‘dichiarazioni’ anticipate di trattamento

La tesi che qui si sostiene, dunque, è la seguente: le direttive devono essere (anche se non in modo assoluto, per come si specificherà) vincolanti, perché, se, come è vero, costituiscono manifestazione del principio di autonomia del paziente, esse hanno il fine di legittimare (o meno) il trattamento medico.

Nuovamente, nelle recenti discussioni parlamentari avviate nel nostro Paese (ancora solo in Commissione Affari Sociali) si ripropone la dicotomia di scelta fra direttive vincolanti e non vincolanti, per cui la discussione si sta riavviando proprio a partire da alcuni contenuti già presenti nel ddl A.C. n. [2350](#) *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* (c.d. testo Calabrò, della scorsa Legislatura, la n. XVI). Ed in effetti, fra i diversi ddl depositati, si legge che “[g]li orientamenti espressi dal paziente sono valutati dal medico, dopo aver sentito il fiduciario, in scienza e in coscienza, nonché in applicazione dei principi di inviolabilità della vita umana, precauzione, proporzionalità e prudenza. Il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche e con la deontologia medica”²⁹.

²⁶ Ord. n. [334/2008](#). L'espressione virgolettata nel testo prima della citazione della pronuncia della Corte è di R. ROMBOLI, che l'ha impiegata nell'annotare tale decisione: *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (8 ottobre 2008), 4.

²⁷ G.M. FLICK, *Libertà di fine vita*, in *Il Riformista* del 7 luglio 2009; S. RODOTÀ, *George Orwell a Palazzo Madama*, in *La Repubblica* del 27 marzo 2009; ID., *Lo tsunami costituzionale*, in *La Repubblica* del 9 febbraio 2009.

²⁸ Qualche perplessità deriva dalla lettura delle sentt. nn. [229/2015](#) e [86/2016](#), nella misura in cui la Corte limita il suo scrutinio, in quanto vertente proprio su una ‘materia eticamente sensibile’.

²⁹ [A.C. 2996](#) (Binetti ed altri *Disposizioni relative all'alleanza terapeutica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), si v. l'art. 7 (*Ruolo del medico*), comma 3, corsivi nostri. Si v. anche [A.C. 2229](#) (Roccella ed altri *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3596](#) (Calabrò e Binetti *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), tali testi, fondamentalmente, riproducono il contenuto il noto testo già esaminato nel corso della XVI

Prima di ritornare criticamente su tale formulazione, si vuole dare uno sguardo complessivo a tutti i disegni di legge finora depositati. Un punto in comune a tutte i ddl presentati è proprio la ricerca di una definizione di ciò che si debba intendere per DAT, ovverosia l'atto *scritto e non obbligatorio* con il quale ciascuno può disporre in merito ai trattamenti sanitari in caso di *perdita di coscienza* con conseguente privazione di capacità decisionale³⁰ e/o di comprensione delle informazioni intorno al trattamento sanitario e di valutazione delle conseguenze che ragionevolmente possono derivare dalla propria decisione. Per come avremo modo di sottolineare, ogni ddl tende ad allargare o a restringere i criteri soggettivi e quelli oggettivi delle direttive anticipate di trattamento (d'ora in poi DAT); da tali requisiti bisogna partire per giungere, al di là delle varie definizioni proposte, a valutare l'efficacia delle direttive.

Considerando, dunque, il requisito soggettivo: se per tutti i disegni di legge la sottoscrizione delle DAT richiede la piena capacità di intendere e di volere, vi sono alcune previsioni per cui "ciascuno può disporre in merito ai trattamenti sanitari"³¹ purché maggiorenne, ed altre, invece, per le quali è indicato un limite per la minore età³². Quindi, in alcune proposte (*rectius* solo in due) si riconosce l'attivazione delle DAT ad individui di età inferiore a quella prescritta per la generale capacità di agire del singolo. Questa indicazione legislativa è *in parte* da annotare favorevolmente perché è coerente alle disposizioni legislative che riconoscono ai 'minorenni' la possibilità di decidere su altri diritti personalissimi, quali, ad esempio, quello del matrimonio (art. 84, comma 2, cc). Ma per quale ragione si è detto che tale disposizione è condivisibile solo in parte e non del tutto? Perché il riferimento all'età compiuta rappresenta un bilanciamento 'in vitro' e non, per come dovrebbe essere, 'in vivo'. Bisognerebbe rispettare, ove possibile, la volontà del minore, dei suoi interessi, della sua volontà, *prescindendo dall'età*, ma tenendo in conto la sua *capacità di discernimento* e la piena capacità di poter decidere su

Legislatura, ovverosia l'[A.C. 2350](#) *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* (c.d. testo Calabrò).

³⁰ In alcune Proposte, forse, ci si è spinti 'troppo oltre' richiedendo che le DAT siano sottoscritte "nell'eventuale sopravvenienza di una condizione *irreversibile* di incapacità di esprimerle" (corsivi nostri), così l'art. 4 dell'AC [3561](#). Il medesimo pdl non norma sui requisiti delle DAT, ma si limita a prescrivere (all'art. 2) che sarà un decreto ministeriale (entro 12 mesi) a disciplinarne le caratteristiche, Altro limite di applicazione e di validità, anche in questo caso non motivato con conseguente disconoscimento delle DAT come propaggine del consenso informato, è l'art. 4, comma 1, lett. c), per cui esse si applicano quando il soggetto è affetto da "una patologia grave e inguaribile in fase terminale, da stato vegetativo o da come irreversibile anche di origine traumatica". Altrettanto problematica, e non conforme alla *ratio* del contenuto del disegno di legge presentato, è la previsione per cui le DAT siano vincolanti nel caso in cui "sopravvenga un'incapacità *permanente* o una perdita *definitiva* della capacità di comunicare" (corsivi nostri), così l'art. 2 dell'A.C. [3723](#). Si v., anche, l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [1298](#), per il quale il sottoscrittore "dà disposizione per il proprio fine vita"; tale locuzione non ha molto senso sia perché le DAT dovrebbero (per loro natura) riferirsi ad ogni trattamento sanitario, a prescindere da quelli del solo fine vita, sia perché, in alcune circostanze, ogni trattamento potrebbe essere di fine vita. In dottrina, per tutti, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 96.

³¹ Art. 2, [A.C. 1142](#); art. 1, A.C. [3391](#) (si fa riferimento a "ciascuno"); art. 1, comma 1, lett. f), A.C. [1432](#): "ciascuna persona maggiorenne e capace di intendere e di volere può redigere una dichiarazione anticipata di trattamento". Nello stesso senso l'art. 4 dell'[A.C. 2229](#); l'art. 2, comma 1, dell'A.C. [2264](#); art. 4, comma 1, dell'[A.C. 2996](#); art. 1, comma 4, dell'A.C. [3561](#); l'A.C. [3599](#), art. 5-*quarter*; art. 3, comma 1, dell'A.C. [3630](#); A.C. [3723](#), art. 2; A.C. [3730](#), art. 1, lett. d).

³² A.C. [1298](#), art. 3: "[o]gni persona capace maggiore di *sedici* anni ha la facoltà di redigere una dichiarazione anticipata di volontà"; A.C. [3535](#), art. 3, comma 1: "Ogni persona capace di intendere e di volere maggiore di *quattordici* anni ha la facoltà di redigere una dichiarazione di volontà anticipata".

di sé e sul suo corpo (guardando, quindi, alla maturità raggiunta), così come, del resto, prescrive l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³³.

Procedendo nell'analisi, ogni pdl³⁴ – per come si diceva – si apre con una definizione di direttiva anticipata di trattamento. Le definizioni tendono a coincidere formalmente, ma non sostanzialmente e si afferma ciò sottolineando l'impiego del termine *decisione* in luogo di *direttiva*. Altra differenza sostanziale è possibile rinvenire a proposito del requisito oggettivo (che trova anch'esso una relazione di dipendenza con il termine impiegato) e quindi, in ultima analisi, in merito alla portata vincolante o meno delle DAT.

Intanto, abbandonato definitivamente l'utilizzo dell'espressione di testamento biologico³⁵, ogni disegno norma l'istituto della DAT con il principio del consenso informato. La scelta di procedere in tale modo è da imputarsi all'essere la DAT (proprio) un'estensione logica del principio del consenso informato, seppur quest'ultimo principio conosca una positivizzazione in diverse previsioni normative già da tempo³⁶ – anche se in modo del tutto disorganico – nel nostro ordinamento, oltre che in quello internazionale e nella codicistica deontologica.

Se intento di questo contributo è quello di soffermarsi non tanto sul diritto fondamentale del consenso (dissenso) informato, quanto piuttosto sull'istituto delle DAT, per come si diceva, pare opportuno, per rilevare le differenze (contenutistico-formali) pur presenti tra i vari ddl finora presentati, soffermarsi proprio sull'acronimo. Ed infatti, una ricaduta normativo-applicativa dipende anche dalla parola 'direttiva', 'decisione', 'dichiarazione'³⁷ ovvero 'disposizione'³⁸, di cui la lettera 'D' nell'acronimo costituisce l'abbreviazione. Infatti, per come già ricordato³⁹ – e per quello che si dirà di qui a breve – parrebbe opportuno parlare solo di 'direttiva', termine che ha in sé quel portato orientativo assente, invece, in quello di 'decisione'. Di "dichiarazioni"⁴⁰ anticipate di

³³ *Diritti del minore*: “[i] minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità”.

³⁴ I lavori parlamentari sono iniziati nella XII Commissione e, ad oggi, si sono tenute sei sedute (dal 7 marzo al 19 aprile 2016) di audizioni nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle proposte di legge di cui si darà conto

³⁵ Tranne che per l'A.C. [3599](#), art. 5-quarter (*Testamento biologico*) e l'A.C. [3970](#), art. 2, lett. b, per cui il testamento biologico può essere integrato dalla “disposizione anticipata di trattamento”.

³⁶ E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista Aic*, n. 4/2011, 1-12. In giurisprudenza, almeno, Corte cost., sent. n. [438/2008](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁷ Termine preferito da quanti vogliono ridurre la portata vincolante dei desiderata, ma alla luce degli eventuali sviluppi medico-scientifici che determinerebbero una non perfetta conciliabilità fra la decisione presa 'allora' per 'ora'. Cfr., in tal senso, la posizione espressa dal vicepresidente del CNB nell'*indagine conoscitiva* n. 1, 6 (il testo è reperibile sul sito telematico della Camera dei Deputati). Cfr. anche la posizione espressa dal Presidente del CNB prof. Lorenzo D'Avack a 18. Il termine *dichiarazione* è altresì impiegato punto 4.3.2. del Documento che può essere visionato all'indirizzo telematico <https://undirittogentile.wordpress.com/2015/09/19/le-linee-propositive-del-cortile-dei-gentili/>. *Contra* gli interventi (in indagine conoscitiva n. 2 del 16 marzo presso la Commissione XII (Affari Sociali) del dottor. Riccio e del prof. Lecaldano rispettivamente a 3 e 5, che preferiscono parlare di 'dichiarazioni'.

³⁸ Di cui parla l'A.C. [3970](#), art. 2, lett. b, secondo cui il “testamento biologico” può essere integrato dalle “disposizioni anticipate di trattamento”.

³⁹ Cfr. *retro* nt. 6.

⁴⁰ Il primo documento ad impiegare tale espressione è stato redatto il Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento del 18 dicembre 2003 (*Dichiarazioni anticipate di trattamento*), da interpretarsi alla luce della Convenzione di Oviedo: “Questo carattere non (assolutamente) vincolante, ma nello stesso tempo non (meramente) orientativo, dei desideri del paziente non costituisce una violazione della sua autonomia, che

trattamento, invece, parla il Documento *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita* redatto dalla [Corte dei Gentili](#), intendendo, con l'impiego di tale termine, quelle decisioni rivolte “al futuro in previsione di situazioni ipotetiche [e che] esigono una mediazione interpretativa, di attualizzazione e di concretizzazione, volta al fine del miglior rispetto delle convinzioni, delle preferenze e della volontà del dichiarante nella situazione data, e affidata alla collaborazione tra il medico e un fiduciario nominato dal paziente (o in mancanza un amministratore di sostegno *ad hoc*), ricreando così la struttura propria della relazione di cura”⁴¹.

Escluso l'utilizzo del termine decisione, sarebbe opportuno non impiegare, neanche, il termine ‘testamento’, in quanto esso è un atto che rinvia per la sua attuazione ad una fase *post mortem* del sottoscrittore⁴² ed ha un contenuto essenzialmente patrimoniale (artt. 587 e ss. c.c.). Inoltre, mentre le DAT possono contenere come contenuto *qualsiasi* indicazione di volontà per *qualsiasi* trattamento sanitario, il testamento biologico ha *per sua natura* un contenuto (in parte) più ristretto, ovvero sia *limitato* solo ai trattamenti salvavita e più in generale ai procedimenti di sostegno vitale e, quindi, alle decisioni di fine-vita, avendo come finalità principale, nella maggior parte dei casi, quella di indicare l'interruzione o il non inizio di trattamenti che possono prolungare artificialmente la vita, determinandone, in tal modo, la sua fine ‘naturale’.

Ritorniamo, però, sull'acronimo DAT e cerchiamo di mettere in rilievo l'equivocità dell'utilizzo dei termini ‘direttiva’ e ‘dichiarazione’. Nei ddl esaminati il termine ‘direttiva’ appare una sola volta⁴³, mentre quello di ‘dichiarazione’ compare in quasi tutti gli altri⁴⁴. Richiamare questo dato significa soffermarsi su un mero aspetto di semantica? Forse sì, ma con una specificazione. In (quasi) tutti i testi di legge si usa il termine dichiarazione⁴⁵, poi, però, lo stesso termine nel corpo del medesimo testo di legge viene

anzi vi si esprime in tutta la sua pregnanza; e non costituisce neppure (come alcuni temono) una violazione dell'autonomia del medico e del personale sanitario”, 77. Sul (grado) di vincolatività si v. *infra*.

⁴¹ Il documento è reperibile sul portale internet: [Corte dei Gentili](#), punto 4.3.2.

⁴² La loro effettività deve aversi durante la vita del soggetto; su tale punto insiste anche B. CASADO CASADO, *El testamento vital como instrumento jurídico de protección de derechos*, in G. RUIZ-RICO RUIZ, M^a.L. MORENO-TORRES HERRERA, N. PÉREZ SOLA, (a cura di), *Principios y derechos constitucionales de la personalidad: su proyección en la legislación civil*, Valencia, 2010, 31. Si vedrà – più avanti – che le DAT, in alcuni disegni di legge, hanno (paradossalmente, però) come contenuto anche delle direttive che devono prendersi in considerazione solo dopo la morte della persona, come la volontà circa la donazione di organi. Cfr., anche, L.E. PERIELLO, *L'autonomia negoziale nel fine vita*, in [www.cortecostituzionale.it](#), [Studi e ricerche](#), 7.

⁴³ Iori ed altri, A.C. [3630](#) (art. 3 *Direttiva anticipata di trattamento*).

⁴⁴ Mantero ed altri, [A.C. n. 1142](#) (art. 4 *Dichiarazione di volontà anticipata di trattamento*); Locatelli ed altri, A.C. n. [1298](#) (art. 3 *Dichiarazione anticipata sui trattamenti sanitari*); Murer ed altri, A.C. n. [1432](#) (art. 1, lett. f, “dichiarazione anticipata di trattamento”); Roccella ed altri, [A.C. n. 2229](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Nicchi ed altri, A.C. n. [2264](#) (art. 2 *Dichiarazioni anticipate di volontà*); Binetti ed altri, A.C. n. [2996](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Carloni ed altri, A.C. n. [3391](#) (art. 2 “dichiarazione anticipata di volontà”); Miotto ed altri, A.C. n. [3561](#) (art. 1 “dichiarazioni anticipate di trattamento”); Nizzi ed altri, A.C. n. [3584](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Fucci ed altri, A.C. n. [3586](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Calabrò, Binetti, [A.C. 3596](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Brignone ed altri, A.C. n. [3599](#) (art. 1 *Consenso informato e dichiarazione di volontà relativi ai trattamenti sanitari*), nella stessa proposta, poi, si fa riferimento ‘anche’ al testamento biologico; Mucci, Prodani, A.C. n. [3535](#) (art. 3 *Dichiarazione di volontà anticipata sui trattamenti sanitari*); Marzano, A.C. n. [3723](#) (art. 2 *Dichiarazioni anticipate di trattamento*); Marazziti ed altri, A.C. n. [3730](#) (art. 1, lett. d, *dichiarazione anticipata di trattamento*).

⁴⁵ Il termine dichiarazione in luogo di direttiva è stato adottato a partire dal documento predisposto dal Comitato Nazionale di Bioetica nel 2003 *Dichiarazioni anticipate di trattamento* al fine di non limitare il

riempito di un contenuto e di una portata normativa – per come si avrà modo di sottolineare – significativamente differente, vale a dire che, se in alcuni progetti di legge si impiega la parola ‘dichiarazione’ nella sua accezione (giuridicamente) semantica di mero volere non vincolante, in altri, per inverso, pur parlandosi di dichiarazioni, si sta regolando la materia come se si trattasse di direttive, volendo attribuire, al contenuto e alla portata delle stesse, un carattere (il più possibile) vincolante.

Per chiarezza interpretativa, si afferma – anche per attribuire un contenuto univoco all’acronimo DAT che si impiegherà fino alla conclusione del presente scritto – che qui si intende utilizzare il termine direttiva (atto vincolante). Ciò in quanto non avrebbe alcun senso giuridico predisporre uno strumento che permetta di redigere un atto scritto quando si è nello stato di intendere e di volere tendente ad assicurare il proprio volere, convinzione e volontà in caso di pervenuta condizione di incapacità e poi far venir meno (in quanto non vincolanti) le volontà manifestate anticipatamente. Verrebbe meno la *ratio* della norma, che ha il precipuo fine di eliminare (il più possibile) la disparità fra individui che, in condizioni personali differenti (capacità, incapacità) sono trattati in modo discriminatorio e quindi non conforme al parametro *ex art. 3 Cost.* D’altronde, parlare di vincolatività non significa incorrere nel rischio dell’abbandono terapeutico o nella mancata valutazione medica della non corrispondenza tra contenuto delle DAT e disponibilità di trattamenti nuovi rispetto al momento le DAT erano state sottoscritte (c.d. contestualizzazione delle direttive). Per tale motivo, può essere evitato l’equivoco che può generarsi dal mancato impiego del termine ‘direttiva’ (la cui semantica rinvia alla vincolatività del suo contenuto); non si deve, cioè, “aver paura di parlare di vincolatività”⁴⁶, in quanto essa comporta non una applicazione meccanica (di automaticità quasi ‘robotica’) ed acritica, quanto piuttosto una attuazione ‘sostanziale’ delle volontà espresse alla luce delle sopravvenute circostanze concrete.

4. *La natura e l’attualità delle DAT*

Al di là della scelta che farà il Legislatore sull’impiego del termine, che comunque non è materia secondaria ed irrilevante, l’importante sarà il contenuto e la portata (e quindi i limiti) che avranno le DAT, e, dunque, il ruolo del fiduciario e la forma nonché la modalità di documentazione delle direttive anticipate di trattamento. Se si ricorda l’‘aspro’ dibattito sviluppatosi a valle dalla presentazione del ddl ‘Calabrò’ nel 2009 durante la XVI Legislatura, non si possono non apprezzare le disposizioni normative presenti nella maggior parte dei ddl per le quali le ‘dichiarazioni’ sono vincolanti per il medico. In piena continuità con la Convenzione di Oviedo, si prevede che il medico può disattendere le direttive (solo ed esclusivamente) nel caso in cui esse non siano rispondenti a quanto il paziente aveva previsto ‘ora per allora’ essendo intervenute (nel frattempo) innovazioni tecnico-scientifiche o farmaceutiche che le hanno rese obsolescenti.

Si inizia, quindi, dalla *questio* sul grado di vincolatività. Si è già spesa qualche riga sul carattere vincolante delle direttive (che i testi di legge chiamano dichiarazioni). Che

ruolo del medico nella relazione con il paziente (divenuto) incapace. Intorno al termine dichiarazione, nella scorsa Legislatura, si è incentrato tutto il dibattito sulla non vincolatività delle DAT (sulla discussione del testo di legge ‘Calabrò’).

⁴⁶ BORSELLINO, *Audizione presso la XII Commissione*, seduta n. 6 di martedì 19 aprile 2016; C. PICCOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 12.

L'unica interpretazione possibile sia quella qui proposta e accolta, lo si comprende, anche, dalla lettura della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non ne risulta depositato lo strumento di ratifica)⁴⁷.

Se certamente va rilevata la sua mancata entrata in vigore, la Convenzione – pur non rappresentando ancora norma di diritto positivo vigente – svolge un innegabile valore di ausilio interpretativo⁴⁸, così come dimostrato da una nota decisione della Cassazione civile, nella quale la Suprema Corte ha esplicitamente affermato che dal mancato deposito non consegue che “la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una *funzione ausiliaria* sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme”⁴⁹.

Con più precisione, ci si riferisce all'art. 9 della Convenzione di Oviedo e alla prescrizione per cui “[i] desideri anteriormente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione”; si tenga a mente, in particolare, il punto 62 del *Rapporto esplicativo* allegato alla Convenzione medesima, contenente le spiegazioni della Convenzione medesima⁵⁰, che, pur se evidentemente non vincolanti, risultano comunque significative per un chiarimento interpretativo: “quando

⁴⁷ S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 15 dicembre 2007. V., altresì, A. GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2007, 357-361.

⁴⁸ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 148 s.; E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana: interpretazioni a confronto. Interpretazioni a confronto dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009; BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009, 63-65; S. RODOTÀ, *Introduzione*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Quando dire basta*, cit., XII.

⁴⁹ [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748](#), punto 7.2 dei *Motivi della decisione*. Esplicitamente la Corte costituzionale ricorda il mancato deposito dello strumento di ratifica solo con Corte cost., sentenza n. 438/2008, e non già, ad esempio, nelle sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005 sull'ammissibilità dei referendum in materia di procreazione medicalmente assistita. Non è la prima volta che la Corte richiama a titolo ausiliario disposizioni ancora prive di efficacia giuridica, si pensi su tutte a Corte cost., sentenze nn. 135/2002 e 394/2006 sul 'valore' della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla quale sarà attribuita efficacia giuridica solo a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona. In dottrina, per tutti, A. SPADARO, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è, ma (per molti) non si vede*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001, 257. Anche la Corte EDU fa ampio riferimento alla Convenzione di Oviedo fin dalla metà degli anni 2000 (Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione IV), 9 marzo 2004, caso *Glass c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), 8 luglio 2004, caso *Vo c. France*), vale a dire da quando si occupa sempre più spesso di ciò che va sotto il nome di biodiritto. La Corte EDU fa anche, sempre più spesso, riferimento ai testi elaborati dal Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa. Esempio di tale modo di procedere è bene espresso nella decisione sul caso *Lambert* (2015) nel quale la *Grande Chambre* fonda alcuni dei suoi ragionamenti sia sulla Convenzione di Oviedo, che sulla *Guida sul processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita* (2014). Anche la Corte EDU fa ampio riferimento alla Convenzione di Oviedo fin dalla metà degli anni 2000 (Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione IV), 9 marzo 2004, caso *Glass c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), 8 luglio 2004, caso *Vo c. France*), vale a dire da quando si occupa sempre più spesso di ciò che va sotto il nome di biodiritto. La Corte EDU fa anche, sempre più spesso, riferimento ai testi elaborati dal Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa.

⁵⁰ Inoltre, il 5 maggio 2014, il Consiglio d'Europa ha redatto la *Guida sul processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, 18 ss.

le persone hanno espresso anteriormente i propri desideri, questi devono essere tenuti in considerazione. Tuttavia, tenere in considerazione i desideri espressi anteriormente non significa che essi debbano essere necessariamente rispettati. Per esempio, quando i desideri si esprimono molto tempo prima dell'intervento e la scienza ha da allora compiuto dei progressi, può non esserci alcuna base per rispettare l'opinione del paziente. Così, il medico, tenendo in considerazione specialmente gli sviluppi della medicina, deve, per quanto possibile, convincersi che i desideri del paziente troverebbero applicazione alla situazione attuale e che sono ancora validi". Ciò che si sta palesando è il carattere 'mite' delle DAT nell'essere queste né rigidamente vincolanti né meramente orientative.

Come nella scorsa Legislatura, si riproporrà nuovamente la questione, anch'essa intimamente legata a quanto finora detto, dell'attualità o meno della dichiarazione. Compito del Legislatore potrebbe essere quello di specificare l'ambito in cui si deve muovere il medico quando decide di dar seguito o meno alle DAT poste dal dichiarante. Intanto è auspicabile l'obbligo di motivare per iscritto le ragioni di un eventuale diniego a conformarsi alle direttive. Le motivazioni, che non possono essere quelle di non procurare la morte del paziente⁵¹, devono essere rispettose del diritto all'autodeterminazione⁵². Ecco, quindi, che eventuali giustificazioni potrebbero essere quelle che dimostrino la non attualità della scelta allora fatta, perché il periodo temporale trascorso dalla sottoscrizione permetterebbe che le acquisizioni scientifiche possano dare risposte a problematiche fino a poco tempo prima inimmaginabili ed in effetti non immaginate. Questa possibilità, che potrebbe favorire il riemergere delle problematiche che invece si vogliono superare, a ben vedere, possono essere limitate il più possibile prevedendo una vigenza limitata nel tempo delle DAT⁵³. Ad esempio, il limite temporale⁵⁴ di cinque anni⁵⁵ (termine solo indicativo) rappresenta la possibilità di aggiornare (obbligatoriamente)⁵⁶ la predisposizione della volontà trasfigurata nelle DAT e di avvalersi di eventuali innovazioni scientifiche⁵⁷.

⁵¹ In tal senso, invece, cfr. l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 2229](#); l'art. 7, comma 3, dell'A.C. [2996](#); l'art. 7, comma 2, dell'A.C. [3584](#); l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 3586](#); l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 3596](#).

⁵² Fermo restando che la sola espressione dell'autodeterminazione ha in sé il valore dell'attualità: "tra i due sacrifici [rispettare una volontà anche non attuale o porla nel nulla perché non più attuale] sembra di maggiore entità quello che fa scaturire dall'*incertezza relativa* sulla attualità della volontà una *violazione certa* dell'ultima volontà conosciuta" (A. SANTOSUOSSO, *A proposito di 'living will' e di 'advance directives': note per il dibattito*, in *Politica del diritto*, n. 3/1990, 487, corsivi dell'A.); "quando la volontà è condizionata al verificarsi di fatti futuri, il requisito della sua attualità subisce una dilatazione, nel senso che la volontà è attuale dal momento in cui è stata manifestata fino al verificarsi della condizione futura, salvo che non sia intervenuta una sua revoca" (F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 108).

⁵³ Previsione che non è prevista in nessun ddl finora depositato

⁵⁴ Fra i tanti in dottrina, C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 106.

⁵⁵ L'art. 4, comma 3, [A.C. 2229](#), che fissa la validità delle DAT, per l'appunto, per cinque anni, ferma restando la loro sempre possibile rinnovazione. Cfr., anche, l'art. 4, comma 2, A.C. [2996](#); l'art. 4, comma 3, A.C. [3584](#); art. 4, comma 3, [A.C. 3586](#); art. 4, comma 3, [A.C. 3596](#); l'art. 3, comma 2, lett. d), dell'A.C. [3630](#).

⁵⁶ Sull'irragionevolezza della previsione di tale obbligo, cfr. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 172.

⁵⁷ Come si vede, le possibilità che al medico sarebbero pur sempre riconosciute, nei fatti, sarebbero limitate, pur nella considerazione che "[p]oiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte

In questa stessa linea (sostanziale vincolatività delle DAT), oltre ad autorevolissima dottrina⁵⁸, si è già mosso il Comitato nazionale per la bioetica adottando nel dicembre del 2003 un parere su *Dichiarazioni anticipate di trattamento* nel quale si legge che “ogni persona ha il diritto di esprimere i propri desideri anche in modo anticipato in relazione a tutti i trattamenti terapeutici e a tutti gli interventi medici circa i quali può lecitamente esprimere la propria volontà attuale [. E, quindi, che] se il medico, in scienza e coscienza, si formasse il solido convincimento che i desideri del malato fossero non solo legittimi, ma ancora attuali, onorarli da parte sua diventerebbe non solo il compimento dell’alleanza che egli ha stipulato col suo paziente, ma un suo preciso dovere deontologico: sarebbe infatti un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare e volere. È altresì ovvio che se il medico, nella sua autonomia, dovesse diversamente convincersi, avrebbe l’obbligo di motivare e giustificare in modo esauriente tale suo diverso convincimento, anche al fine di consentire l’intervento del fiduciario o curatore degli interessi del paziente”⁵⁹.

Il ruolo del medico rimane di estrema rilevanza⁶⁰, in quanto questi deve valutare l’attualità delle DAT alla luce delle acquisizioni scientifiche. In mancanza di eventuali innovazioni tecniche e dinanzi a DAT che non rinviino se non a quanto scelto in piena autonomia e responsabilità⁶¹, alle DAT si dovrebbe dar seguito senza alcuna valutazione contraria.

Alle DAT non dovrebbe essere limitato il solo ruolo (anche se non marginale) di pianificare i trattamenti futuri quando si è in una fase ‘lontana’ dallo stato patologico, ma – anche e sempre per il fine di avere una maggiore efficacia e rispondenza sulla situazione attuale e/o del prossimo futuro del paziente – anche quello di rappresentare il *modus operandi* della relazione medico-paziente-(familiari) in riferimento alla promozione di scelte di cura consapevoli da prendere durante il processo di cura (nella fase cioè patologica) attraverso una pianificazione delle stesse (ACP - *Advance Care Planning*)⁶².

Fra i ddl ‘più problematici’, sempre con riguardo al profilo oggettivo dell’istituto delle direttive anticipate di trattamento, vi sono quelli che si aprono, nel loro primo articolo, riconoscendo come diritto assoluto la vita umana. Gli articoli da sottoporre a critica

professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”, così Corte cost., [sentenza n. 282/2002](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ C. CASONATO, *Le direttive anticipate*, cit., 4 ss.

⁵⁹ A pagina 15 del Parere del CNB.

⁶⁰ BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, cit., 14.

⁶¹ Il contenuto delle DAT risponde a criteri di natura morale, avendo a che fare con l’immagine che ciascuno ha di sé e che magari vuole lasciare a chi gli sopravvivrà e con la percezione della propria umanità e dignità, così C. CASONATO, *Consenso e rifiuto*, cit., 547.

⁶² L. ORSI, A. GIANNINI, M. VEGANO, G. R. GRISTINA, *Le cure di fine vita in Italia: il problema e la sua possibile soluzione nella prospettiva dei clinici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, 230 s. Alla luce di un ricchissimo apparato bibliografico e da una prospettiva esclusivamente clinica, tali AA. hanno affermato che “modelli di ACP ritagliati sulle concrete condizioni di malattia hanno dimostrato che un approccio coordinato, sistematico, centrato sul paziente e i familiari e su un processo decisionale condiviso, che include discussioni riguardanti le cure di fine vita, migliora la qualità di queste ultime, riduce lo stress nei caregiver, evita cura e ricoveri inappropriati. In questo modo, direttive anticipate di trattamento (DAT), maturate nel contesto dell’ACP, diverrebbero più solide e affidabili”, 231. In ultimo, su tale distinzione, cfr. la *Guida al processo decisionale nell’ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, Consiglio d’Europa, Dicembre, 2014, che parla di “pianificazione” del processo di cura. Cfr. l’art. 5 dell’A.C. [3730](#). In dottrina, almeno, G. RAZZANO, *Dignità del morire*, cit., 162 ss.

attenzione sono quelli rubricati *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*, per i quali “l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento”⁶³. Le altre disposizioni che ‘svuotano’ del tutto la DAT sono contenute sotto l'intitolazione *Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento*, secondo cui “[i]n condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica”⁶⁴.

I disposti appena richiamati riguardano ancor più da vicino il tema della vincolatività. Tali proposte di legge, che si aprono al richiamo del principio della indisponibilità della vita⁶⁵, legittimano il medico a non considerare le dichiarazioni (per l'appunto il richiamo non è alle direttive) come vincolanti, in quanto possono essere disattese con il solo obbligo di motivazione per cui ad esse non si è dato corso. La problematica insita in queste proposte⁶⁶ – oltre a quanto si dirà fra poco nel testo – sta nel fatto che la motivazione adducibile non è limitata ad alcune ipotesi, come potrebbero essere quelle della contrarietà all'ordinamento giuridico e alla *lex artis* e quelle della incompatibilità con il presupposto di fatto indicato dall'interessato nel momento in cui sono state manifestate le DAT. Tale criticità è, infatti, presente in quei disegni di legge per cui il limite è solo quello di conseguire dei benefici per il paziente, sempre se non già presi in considerazione da questi. Altri disegni⁶⁷, ancora, limitano tale facoltà ai casi in cui “non vi sia più corrispondenza tra la situazione attuale e quelle prevista dal paziente”, in ragione, ad esempio, di “acquisizioni scientifiche”⁶⁸. Il medico deve tener presenti questi progressi

⁶³ Art. 3, comma 5, dell'A.C. [3584](#); art. 3, comma 5, dell'A.C. [3596](#). Seppur palesando che anche questo trattamento possa essere considerato futile, ma che comunque non può formare oggetto di DAT, sostanzialmente identici, sono: l'art. 3, comma 4, dell'A.C. [2229](#); l'art. 3, comma 4, dell'A.C. [2996](#); l'art. 3, comma 5, dell'A.C. [3586](#). Il testo così recita: “l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento”.

⁶⁴ Corsivo nostro. Cfr. anche l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [2229](#); l'art. 4, comma 3, dell'A.C. [2996](#); l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [3584](#); l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [3586](#); l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [3596](#).

⁶⁵ Su tale principio la letteratura (non solo giuridica) è sterminata; riassuntivamente, possono riportarsi le parole impiegate nella *Postilla* allegata al Documento redatto dal Comitato Nazionale di Bioetica sul *Rifiuto e rinuncia consapevoli al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico* del 24 ottobre 2008 da F. D'AGOSTINO, per il quale “la vita deve essere ritenuta eticamente e giuridicamente indisponibile, non perché sia sacra (questa è un'opinione più che legittima, ma valida solo per i credenti e a volte solo per alcuni di loro), ma perché questa indisponibilità è il presupposto e il fondamento di tutti i diritti umani (dicendo questo, riconosco che questo argomento non può avere valore per chi neghi l'esistenza e/o l'assolutezza dei diritti umani)”, 25.

⁶⁶ AA.CC. [2229](#), [2996](#), [3584](#), 3586, [3596](#), [3730](#).

⁶⁷ Art. 11, comma 4, [A.C. 1142](#); art. 1, comma 4, A.C. [3561](#); art. 5, c. 6, A.C. [3730](#).

⁶⁸ Secondo l'art. 5, comma 6, dell'A.C. [3730](#), “La DAT non ha valore *in presenza di acquisizioni significative circa le risorse terapeutiche utilizzabili che si siano rese note dopo la sua redazione*. In tale caso gli stessi medici firmatari possono promuovere, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, una nuova pianificazione condivisa delle terapie. In ogni caso, la DAT può essere disattesa dal medico curante, in tutto o in parte, *qualora sussistano motivate e documentabili possibilità, non prevedibili all'atto della DAT*, di poter altrimenti conseguire ulteriori benefici per il paziente, in accordo con il soggetto fiduciario di cui all'articolo 6, se indicato, e con i familiari del medesimo paziente. Gli stessi medici firmatari promuovono una nuova sottoscrizione della DAT depositata o una nuova DAT allo scadere del quinto anno dal deposito della DAT precedente. (corsivi nostri).

tecnico-scientifici, ma sempre (ben inteso) per rimanere il più possibile aderente a quelle che erano le direttive.

Continuando con i requisiti formali⁶⁹, tutte le proposte finora presentate in Commissione richiedono l'atto scritto. La *ratio* di tale previsione è quella di garantire al massimo l'attendibilità e la certezza delle volontà del soggetto e su tale contenuto scritto il medico può far valere la sua condotta lecita per aver seguito le direttive poste o per non averle seguite previa motivazione da annotare in cartella clinica. Molte proposte richiedono la sola annotazione nella cartella clinica⁷⁰; a ben vedere, però, visto che le DAT possono essere redatte in qualsiasi momento, sono assolutamente da preferire quelle proposte che prevedono l'inserimento nel registro telematico⁷¹, ovvero l'istituzione di un archivio unico nazionale informatico⁷², od anche l'istituzione di un registro comunale⁷³ (la qual cosa non pare possa costituire una misura efficace, per la 'limitatezza' di tale ambito territoriale). Con questa modalità si assicura la possibilità certa di reperire sempre e dovunque la documentazione richiesta (in special modo nelle situazioni di emergenza-urgenza) e di farlo nella maniera più sicura ed istantanea. Quindi, seppur si possano prevedere diverse forme di direttive, l'importante è che si normi con una certa attenzione intorno alle procedure di reperibilità secondo i più moderni ed affidabili criteri di archiviazione. Solo così, del resto, si renderà effettivo⁷⁴ il diritto a decidere sulle cure da ricevere in fase di incoscienza.

Passando, ora, al requisito oggettivo, si nota che in molti progetti di legge⁷⁵ le DAT sono spesso accompagnate (*rectius* possono essere affiancate) dalle direttive anticipate sulla donazione degli organi. Si è coscienti del fatto che nel panorama comparato le direttive hanno un contenuto abbastanza ampio (si pensi, ad esempio, all'ordinamento spagnolo nel quale vigono le *instrucciones previas*) nel quale rientra anche quello sulla donazione degli organi *post mortem* (tanto che, in Spagna, si parla comunemente di *testamento vital*); però, vale la pena ribadirlo, se le DAT si riferiscono ai trattamenti *in*

⁶⁹ BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, cit., 305-306.

⁷⁰ Art. 4, comma 2, dell'[A.C. 1142](#).

⁷¹ Art. 7, A.C. [1298](#); art. 7, A.C. [3535](#). Cfr., altresì, gli AA.CC. [1142](#), [2264](#), [2229](#), [2996](#).

⁷² Art. 7, A.C. [1298](#); art. 8, A.C. [2229](#); art. 8, A.C. [2996](#); art. 7, A.C. [3535](#).

⁷³ Art. 5 dell'[A.C. 2264](#).

⁷⁴ L'art. 12 dell'[A.C. 1142](#), a tal proposito rubricato *Programmi di informazione*, prescrive che “[e]ntro due mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della salute, con proprio decreto, disciplina le forme e le modalità attraverso le quali le ASL, tramite i medici di medicina generale, informano i propri assistiti della, rinvia ad un decreto del Ministro della salute la definizione possibilità di rendere la dichiarazione di volontà anticipata di trattamento. Tutte le informazioni di carattere scientifico o metodologico sulla possibilità di rendere la dichiarazione di volontà anticipata di trattamento sono rese disponibili anche attraverso il sito *internet* del Ministero della salute”. L'art. 9 (*Attività di pubblicizzazione e informazione*) dell'A.C. [1298](#): “1. Il Ministero della salute e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ciascuno per le proprie competenze, si attivano affinché le disposizioni della presente legge siano pubblicizzate in tutto il territorio nazionale, nelle forme ritenute più opportune dai medesimi Ministeri. 2. Nell'ambito dell'attività di pubblicizzazione prevista dal comma 1 e, in particolare, curata la diffusione dell'informazione presso gli istituti della scuola secondaria di secondo grado e presso le aziende sanitarie locali e ospedaliere, anche tramite la distribuzione di appositi opuscoli divulgativi. 3. L'informazione sulle disposizioni della presente legge è, altresì, assicurata prevedendo la diffusione di appositi *spot* nell'ambito della programmazione nazionale e regionale della RAI – Radiotelevisione italiana Spa. Gli *spot* devono essere trasmessi con frequenza giornaliera nelle ore di maggiore ascolto e per la durata di un mese continuativo a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge”.

⁷⁵ Art. 2, comma 1, lett. a), [A.C. 1142](#); art. 1, comma 1, lett. g), A.C. [1432](#); art. 5-*quarter*, comma 1, e art. 5-*quinqies*, comma 2, punti 1, 2, 3 e 4, A.C. [3599](#); art. 3, comma 2, lett. d), A.C. [3630](#).

vita – ovverosia a quando il soggetto vuole esercitare il diritto a decidere da sé sul proprio corpo e ‘gestire’ la sua vita –, la donazione degli organi rimanda ad un tempo che giunge (solo) dopo la morte. Alcune proposte, quindi, pur se non parlano di testamento biologico è come se normassero pensando ad esso. Anzi, in alcuni ddl – a dimostrazione di come l’intenzione del Legislatore sia quella di raccogliere in un unico documento tutte le ‘idee’ che il soggetto ha di sé e su di sé – si riconosce lo ‘spazio’ di decidere financo circa la sepoltura e l’assistenza religiosa⁷⁶.

La domanda che ci si deve porre è se questo modo di procedere sia utile alla regolamentazione di cui il Parlamento ha deciso di occuparsi o se esso possa generare una certa confusione.

Si può affermare che non è strettamente necessario allargare così tanto il contenuto delle DAT, sia per non generare incertezza fra decisioni inerenti le fasi della vita e quelle *post* vita, sia per l’esistenza di una legislazione che garantisce la possibile predisposizione di tali dichiarazioni. Sono almeno tre le modalità che possono essere seguite per dichiarare la volontà di donazione degli organi: 1. con il rinnovo o il rilascio della carta di identità⁷⁷; 2. con una dichiarazione di volontà datata e firmata presso l’associazione AIDO (Associazione Italiana per la Donazione di Organi, tessuti e cellule); 3. con una dichiarazione da predisporre presso gli Uffici Relazione con il Pubblico presenti nelle ASL. Tutte le informazioni sono, poi, caricate nel SIT (Sistema Informativo Trapianti), tali da renderle prontamente accessibili e reperibili sull’intero territorio nazionale. Dunque, esistono già modalità (sicuramente da potenziare), che non richiedono (strettamente) l’impiego di uno strumento predisposto per altra finalità, vale a dire per la decisione sul consenso consapevole ai trattamenti sanitari *in vita*.

5. Il ruolo del medico e quello del fiduciario

Trattando, ora, del (di quello che potrebbe essere il) ruolo del medico dinanzi ad una DAT, occorre richiamare una previsione già presente nel ‘testo Calabrò’⁷⁸ e ora ripresentata in non pochi ddl⁷⁹, vale a dire quella per cui “[i]l medico *non può prendere in considerazione* orientamenti volti a *cagionare* la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica. Gli orientamenti sono valutati dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e *coscienza*, in applicazione del principio

⁷⁶ AA.CC. [1142](#) e [1432](#).

⁷⁷ I riferimenti normativi sono l’art. 3, comma 8-*bis*, della l. 25 del 2010 (di modifica del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza: “[a]ll’articolo 3 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, dopo il secondo comma è inserito il seguente: «La carta d’identità può altresì contenere l’indicazione del consenso ovvero del diniego della persona cui si riferisce a donare i propri organi in caso di morte»”) e l’art. 43 d.l. 69 del 2013 così come modificato dalla l. conv. n. 98 del 2013 ([all’articolo 43: “dopo il comma 1 è inserito il seguente: «l-*bis*. Il consenso o il diniego alla donazione degli organi confluisce nel fascicolo sanitario elettronico di cui all’articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni»).

⁷⁸ S. AMATO, *Il testamento biologico: dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica al disegno di legge Calabrò*, L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel d.d.l. sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, entrambi in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, 2010, 239-276.

⁷⁹ Cfr. *retro* nota 29.

dell'*invulnerabilità* della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza⁸⁰.

Si rileva che per tale Legislatore, la coscienza⁸¹ del medico varrebbe più di quella del dichiarante le DAT: ciò da cui il paziente potrebbe dissentire sono solo le cure non salvifiche. La previsione non convince, non solo per la manifesta lesione del principio di autodeterminazione e quindi della possibilità di dissentire anche sulle terapie salvavita, ma anche perché tutte le cure possono essere salvifiche su un corpo che non gode di uno stato di integrità fisica che gli consenta di superare autonomamente patologie, a differenza di quanto avviene in un soggetto che non versi in tale situazione.

In questa previsione normativa si rinviene la penna ideologizzata⁸² del Legislatore che lo ha portato a scrivere che la legge riconosce e tutela la vita umana quale diritto inviolabile ed *indisponibile*. L'uso dell'aggettivo indisponibile non può che lasciare perplessi soprattutto se presente in un testo di legge che vorrebbe disciplinare il consenso informato e le dichiarazioni anticipate. Che significato può avere l'aggettivo preso in considerazione se non quello di spogliare l'individuo della propria autodeterminazione sulla scelta della cura? Se la vita è indisponibile, bisogna che essa sia tutelata sempre e comunque, anche dinanzi ad un esplicito rifiuto da parte del paziente, che non avrebbe alcuna possibilità di dissentire su un trattamento sanitario; senza dire altro sulla conseguente totale privazione di senso delle dichiarazioni anticipate di trattamento. Il bene vita diventa un diritto assoluto⁸³, per la cui tutela il soggetto deve sottostare a qualsiasi tipo di cura sulla quale senza poter esercitare alcuna decisione⁸⁴; la

⁸⁰ Art. 7 (*Ruolo del medico*), comma 3, [A.C. 2229](#). Nel testo si prenderà in esame, in modo esemplare, tale A.C. Cfr., comunque, l'art. 7, comma 3, dell'A.C. [2996](#); l'art. 7, comma 2, dell'A.C. [3584](#); l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 3586](#); l'art. 7, comma 2, dell'A.C. [3596](#).

⁸¹ Su tale termine, criticamente, almeno S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 175.

⁸² Per la specificazione del termine impiegato si v. *infra* nt. 122.

⁸³ Non si può a questo punto non riportare integralmente una delle decisioni della Corte, che si condivide nella sua totalità: “[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” ([sentenza n. 264 del 2012](#)). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo “fondamentale”, contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come “valori primari” ([sentenza n. 365 del 1993](#), citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”, l'ampio stralcio appena riportato è presente in Corte cost., [sent. n. 85/2013](#), punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ Chiara da questo punto di vista l'impostazione ideologica e manifestamente irragionevole in cui si imbatteva la normativa. “L'apprezzamento del concetto di vita libera e dignitosa [...] è di tipo soggettivo e pertanto è al solo soggetto capace di intendere e di volere, libero e informato, che occorre rimettere le relative determinazioni di rifiuto eventuale dei trattamenti sanitari e di fine vita. Ogni altra ipotesi di tipo etico rischierebbe pericolosi scivolamenti verso orientamenti statalistici e totalizzanti che non trovano

contraddizione rispetto al titolo della legge è più che palese, segnando un significativo passo indietro che restituisce l'alleanza terapeutica (di cui comunque si parla nell'art. 2, comma 3) al mito e riportando la realtà ad un passato (non poi così lontano) dove il potere della decisione risiederebbe tutto nella direzione del medico dotto. Detto in modo ancora più chiaro: il Legislatore pare confondere la vita (indisponibilità e irrinunciabilità), che deve essere garantita per evitare che altri possano disporre, con quella intesa come interesse che trascende la persona per un interesse collettivo. L'affermazione dell'indisponibilità della vita potrebbe comportare la diretta conseguenza che il dovere di vivere si impone anche contro la volontà del suo stesso titolare, vale a dire sempre e comunque.

L'art. 3 disciplina i contenuti e i limiti delle dichiarazioni anticipate di trattamento, le quali chiaramente "non sono obbligatorie" (ex art. 4, comma 1, ddl). Il dichiarante, che è in stato di piena capacità di intendere e di volere e destinatario di una adeguata informazione medico-clinica, esprime *orientamenti* e *informazioni utili* per il medico circa l'attivazione di trattamenti terapeutici riferendosi ad un'eventuale futura perdita permanente della propria capacità di intendere e di volere. La totale dequotazione dell'istituto è ormai avvenuta: le dichiarazioni diventano meri orientamenti ed informazioni utili, perdendo qualsiasi forma di prescrittività. Se la DAT è predisposta a salvaguardia del principio di autodeterminazione del soggetto e del consenso informato, la previsione appena riportata è del tutto irragionevole rispetto alla premessa da cui ha preso le mosse.

L'irragionevolezza della disciplina è anche nella previsione per la quale "[i]n condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica"⁸⁵. Come dovrebbe essere oramai manifesto, la *ratio* che muove questo Legislatore è quella di rendere superflue le DAT attraverso uno sbilanciamento a sfavore dell'autodeterminazione del soggetto e a tutto vantaggio dell'(inesistente) dovere di vivere⁸⁶. Diversamente ragionando, non si comprenderebbe la disposizione appena riportata. Infatti, se un soggetto in piena capacità

conforto in una lettura non ideologica della Carta", S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in ID. (a cura di), *Inizio e fine vita fra etica, scienza e diritto*, Cosenza, 2013, 75 s. In dottrina si può richiamare (così come fatto per le altre note) chi si è già interessato al tema allorquando era in discussione il ddl Calabrò, cfr., quindi, A. PIOGGIA, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, in [ASTRID](#), Rassegna 25/02/2009, n. 87 (Anno 5, numero 4), 2; S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse annotazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, cit., 281; S. RODOTÀ, *Chi vuole rubarci la vita*, in *La Repubblica* del 7 luglio 2011; B. BARBISAN, *La morte che ci sfugge, le dichiarazioni anticipate di volontà ed il limite del rispetto della persona umana*, in [ASTRID](#), Rassegna 06/10/2009, n. 100 (numero 17/2009), 2; F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2013, 132 ss. Si veda il chiaro, già dal titolo, appello sottoscritto da un centinaio di costituzionalisti e pubblicato sul sito telematico di [personaedanno.it](#), *No alla cancellazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione*; A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia e diritto*, 6/2010, 627-637. Per una altrettanto chiara presa di posizione opposta a quella da ultimo citata si v., sempre sul sito [Persona e Danno](#) (26 febbraio 2011), l'intervento di A. GAMBINO, *Biotestamento. Obiezioni alla tesi di Ferrando, Pace, Rescigno e Rodotà*.

⁸⁵ Art. 4, comma 6, ddl. È bene precisare che ci si riferisce alla eventualità per cui il contenuto delle DAT è comunque noto all'operatore sanitario.

⁸⁶ Fra i tanti, almeno, F.G. PIZZETTI, *Il disegno di legge governativo sui "DICO" e il testamento biologico: spunti di riflessione*, in F.G. PIZZETTI, M. ROSTI (a cura di), *Inizio e fine vita: soggetti, diritti, conflitti*, Milano, 2007, 77.

intellettiva è nella riconosciuta possibilità di rifiutare un trattamento, a prescindere dal momento in cui il medico dovesse effettuarlo, un soggetto in stato di incoscienza è invece costretto a ricevere un trattamento a cui non ha dato, tramite le DAT (ora per allora), il consenso⁸⁷, con chiara violazione del principio di eguaglianza⁸⁸. Se la legge serve ad attribuire efficacia giuridico-prescrittiva alla DAT (che, diversamente, non sarebbe necessaria) essa non può, poi, privarla d'efficacia. L'irragionevolezza della norma sta(rebbe) anche nella manifesta contraddittorietà tra fine perseguito (tutela dell'autodeterminazione) e mezzo prescelto (sottoscrizione di una dichiarazione non vincolante e quindi inutile). La previsione è intrinsecamente illogica e quindi irragionevole in modo manifesto e palese⁸⁹; inoltre, ritorna, anche nell'ipotesi appena ora richiamata, la violazione del principio di eguaglianza a cui la stessa legge (*rectius* il presentatore del pdl) si richiama nel primo comma del primo articolo che apre il disegno di legge.

La conclusione paradossale del non attribuire valore giuridico-vincolante alle DAT è che, per escludere la possibilità di rischio tra lo sfasamento temporale intercorrente tra il momento in cui sono state redatte e il momento in cui vengono applicate, si mortifica, fino ad annullarla, l'autonomia del malato che 'ripudia' il paternalismo del medico, il quale prevarrebbe su una manifestazione di volontà comunque espressa.

Non si cadrebbe in nessun paradosso se si considerasse che il concetto dell'attualità esprime un "requisito logico e non meramente cronologico-temporale"⁹⁰, che fa comunque conservare in capo al redattore la possibilità di conservare il diritto di revoca o modifica della propria volontà fino all'ultimo momento precedente la perdita della consapevolezza, e questo perché non è dato a nessuno di "congetturare se e quali altri

⁸⁷ Anche al fine di ridurre al massimo la distanza tra consenso informato ad un trattamento sanitario (dato 'ora per ora') e DAT (che non si esprime sempre dietro informazione medica) – espressioni ambedue del medesimo principio di autonomia – sarebbe più che opportuno pensare ad una previsione per la quale la redazione delle DAT dovrebbe farsi *con* il medico, in modo particolare quello di base, stante la presenza capillare sul territorio italiano di tale figura professionale.

⁸⁸ G.M. FLICK, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure ...?*, in Federalismi.it, n. 2 - 26/01/2011, 17; S. AZZINI, A. SANTOSUOSSO, *Definizioni sociali e giurisdizione: a proposito delle scelte di fine vita*, in *Notizie di Politeia*, n. 91/2008, 90; R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitarie: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 1/2010, 117.

⁸⁹ L'autodeterminazione del paziente è altresì compressa da un'altra disposizione, che segna l'inutilità della redazione delle DAT, che più avanti nel testo si richiamerà rispetto alla sua validità e alla possibilità di revoca. "Il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti comunque a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica. Gli orientamenti sono valutati dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza", *ex art. 7, comma 2 ddl*. Si pensi anche alla previsione per cui "[n]ella dichiarazione anticipata di trattamento può essere esplicitata la rinuncia da parte del soggetto ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale" come è stato efficacemente sottolineato "Il concetto di proporzione in medicina non ha una definizione quantitativa e qualitativa teoricamente predeterminata e dunque universale, dipendendo piuttosto dalle presenti e specifiche condizioni cliniche del paziente, dalle sue aspettative di remissione dalla malattia e dal rapporto tra l'efficacia dei trattamenti ed il dolore che essi infliggono al paziente", così B. BARBISAN, *La morte che ci sfugge*, cit., 2. Sulla parola *coscienza*, si v. criticamente – e a ragione – S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 175-176.

⁹⁰ Parere del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 13. In dottrina già F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Annali della Università di Ferrara - Scienze giuridiche. Nuova serie*, XIII, 1999, 5; L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 83.

cambiamenti possano essere intervenuti nel soggetto nel tempo successivo alla perdita della coscienza”⁹¹.

Se si è persa la coscienza, non si può neanche pensare di poter cambiare idea; quindi, le DAT sono *per definitionem* sempre attuali per la coscienza, possono non esserlo per le scoperte scientifiche e/o per le cure non prese in considerazione (ad es. perché è trascorso un considerevole tempo dalla redazione dell’atto). Se la direttiva è vincolante in una situazione non modificata, il mero trascorrere del tempo non può costituire, quindi, motivo per negare validità ad una valida manifestazione di volontà: “il fatto che la persona non abbia più la possibilità di revocare l’atto non è un motivo per disconoscerle *a posteriori* la libertà che, compiendo l’atto, ha esercitato”⁹².

In conclusione, il consenso è attuale per il solo fatto che è possibile revocarlo o modificarlo in qualsiasi momento⁹³ e non perché deve essere espresso nel preciso momento in cui deve trovare attuazione. Da questa prospettiva, la possibilità di decidere ‘ora per allora’ rappresenta il logico corollario del principio dell’autodeterminazione e del consenso informato, che non recede dinanzi all’incapacità del soggetto titolare⁹⁴.

Nella maggior parte dei ddl presentati presso la Camera dei Deputati si prevede la figura del fiduciario al quale (se nominato) è possibile affidare l’esecuzione delle “disposizioni”⁹⁵.

La figura del fiduciario (la cui nomina, naturalmente, ricade nella possibilità e non di certo nell’obbligo) ha il precipuo scopo di rendere flessibile⁹⁶ il contenuto, per attualizzarlo, e di evitare l’insorgere di un conflitto sull’applicazione delle DAT.

In molti ddl si cerca di dare una risposta all’eventuale contrasto che dovesse comunque insorgere tra soggetti legittimati ad esprimere il consenso e il medico curante. Tale

⁹¹ Parere del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 13.

⁹² RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 22. “[u]n paziente non smarrisce la propria «identità» quando raggiunge le soglie estreme dell’incapacità caratterizzate dalla perdita irreversibile della coscienza, pur nel mantenimento intatto delle altre parti del cervello che governano le funzioni vegetative, con la conseguenza che, in nome della tutela e della valorizzazione della sua stessa «identità», appare compatibile con il quadro costituzionale che l’ordinamento giuridico gli riconosca un diritto a pianificare le cure e gli metta a disposizione degli strumenti per realizzare la sua «identità personale» anche in quelle angosciose situazioni”, così F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 138.

⁹³ Previsione presente in tutti i ddl.

⁹⁴ *Contra*, chi afferma che “ciò che oggi si vuole, domani si potrebbe non volere più”, così N. ZANON, *Basta con i soliti refrain. Primum vivere*, in www.ilsussidiario.net, 27 marzo 2009. A favore, invece, E. MALFATTI, *Nella ‘babele di lingue’, una logica di inclusione porta con fatica alla composizione giudiziaria del caso Englaro*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., 1096, nt. 61, che sottolinea – e a ragione – che nello SVP non può attuarsi alcun processo volitivo e, per tanto, non può determinarsi in contraddizione la maturazione di una volontà contraria a quella espressa quando si aveva la capacità di farlo. A tal proposito pare rilevante quanto affermato dal Comitato Nazionale di Bioetica: dal momento che “tutte le decisioni anticipate di trattamento possiedono inevitabilmente un carattere precario, contingente ed incerto, [colui che] confermasse comunque la sua ferma volontà di redigerle, con la sua firma [...] manifesterebbe senza equivoci l’intenzione di assumersi personalmente e pienamente, almeno sul piano etico, tale rischio. Trattandosi di un soggetto maggiorenne, autonomo, informato e capace di intendere e di volere, oltre che personalmente convinto dell’opportunità per lui di redigere dichiarazioni anticipate, non si vede perché il rischio che egli coscientemente deciderebbe di correre dovrebbe operare nel senso di togliere validità alle sue indicazioni”, così il Parere del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 12.

⁹⁵ L’art. 5 dell’A.C. [1142](#) così le definisce.

⁹⁶ S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 164.

controversia dovrà essere risolta da un collegio di medici⁹⁷, dal giudice⁹⁸ ovvero dal comitato etico della struttura⁹⁹. Fra le scelte previste, sicuramente preferibile sarebbe quella per cui la decisione ultima fosse assunta dal giudice; in tal modo si fuggirebbe il rischio di un ritorno ‘sotto mentite spoglie’ di una forma più o meno blanda di paternalismo medico. Lo stesso dicasi per le proposte che affidano la risoluzione del conflitto ai Comitati etici, organi il cui compito istituzionale riguarda la ricerca scientifica, la sperimentazione, ma non certo la risoluzione di un conflitto riguardante un soggetto e le sue volontà.

Le direttive anticipate avranno un diverso peso – e determineranno un ampliamento o meno del ruolo del fiduciario scongiurando ipotesi di contrasto – se riferite ad una patologia già sorta e sulla quale inizia il percorso di ospedalizzazione (con relativa prognosi), ovvero se esse saranno sottoscritte quando si è in piena salute. Proprio per tale seconda ipotesi (in cui si assiste ad un ampliamento del ruolo del fiduciario), si prevede la possibilità di scrivere nelle DAT anche i valori di riferimento esistenziale a cui si ispira il sottoscrittore e che possono aiutare il medico ed il fiduciario alla concretizzazione ed attualizzazione delle sue volontà.

Il fiduciario in questa delicatissima opera non deve mai esprimere la sua volontà, ma deve ‘semplicemente’ essere un tramite della volontà altrui (quella del fiduciante, “vestendone i panni”¹⁰⁰). Il fiduciario dovrebbe svolgere e la funzione di vigilanza sulle applicazioni delle direttive e quella di cooperazione con il medico; il fiduciario è il soggetto a cui è riconosciuto il compito di mediare, interpretare, attualizzare e concretizzare le DAT scritte ‘ora per allora’ di colui i cui interessi tutela in relazione con il medico. Il fiduciario non può in nessun caso rappresentare in modo pieno la titolarità di atti personalissimi, che, in quanto tali, non possono essere ‘trasferiti’; se così non fosse questi sarebbero disponibili e lo strumento delle DAT, che hanno il precipuo scopo di tutelare anche nel caso di incapacità i diritti fondamentali dell’individuo – mettendolo così a riparo dal ‘paternalismo’ medico – ne risulterebbe svilito nella sua *ratio* essenziale a seguito di una sua inaccettabile torsione.

6. *La nutrizione ed alimentazione artificiali come trattamento sanitario*

Ultima notazione in vista della (futura) discussione parlamentare non può che riguardare una delle questioni politicamente più dibattute, in particolar modo, durante il ‘caso’ Englaro, ovvero sia l’‘essenza’ della Nutrizione ed Idratazione Artificiali (d’ora in avanti NIA). Infatti, in alcune proposte di legge è previsto che “[n]el rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, resa esecutiva dalla legge 3 marzo 2009, n. 18, l’alimentazione e l’idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, *devono essere mantenute fino al termine della vita*, ad eccezione del caso in cui esse non

⁹⁷ Art. 7, comma 3, [A.C. 3586](#).

⁹⁸ Art. 6, comma 1, A.C. [1298](#); art. 4, comma 1, [A.C. 2264](#); art. 4 A.C. 3391; art. 8 A.C. [3584](#); art. 8 A.C. [3596](#); art. 6 A.C. [3535](#).

⁹⁹ Cfr. l’art. 9 dell’A.C. [1142](#) (con la seguente specificazione: “[i]n caso di impossibilità del comitato etico a pervenire a una decisione, questa è assunta, su istanza del pubblico ministero, dal giudice competente.”); l’art. 4 dell’A.C. 3391; l’art. 6 dell’A.C. [3535](#).

¹⁰⁰ Si v. Documento *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita*, in [Corte dei Gentili](#), punto 4.3.2.

siano grado di fornire al paziente i fattori nutrizionali necessari per garantire le sue funzioni fisiologiche essenziali. *Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento*¹⁰¹. Quindi, di nuovo, anche, la riproposizione di una ‘frattura’ sulla alimentazione e idratazione artificiali. Il problema si porrà – se ne è certi – e costituirà perno centrale nel futuro dibattito (non solo) politico-parlamentare su tale (annosa) questione.

In questa sede non si può che ricordare che i più importanti organismi di regolamentazione di settore¹⁰² considerano la NIA come trattamento terapeutici. In linea piena con le argomentazioni sul tema prodotte dalla Cassazione¹⁰³, ma anche dalla

¹⁰¹ Cfr. l’A.C. [2996](#) (Binetti ed altri *Disposizioni relative all’alleanza terapeutica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), si v. l’art. 3 (*Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*), comma 4. (corsi nostri).

¹⁰² Si rinvia per tutti, ancora, a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 147 ss., che ne parla come di una questione intorno alla quale si è sviluppato uno “stanco e logoro dibattito”, 51; ID., *Se l’accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico*, cit., 282-287, per una più che esaustiva ricognizione delle determinazioni medico-scientifiche che acquisiscono la NIA come trattamento sanitario. Cfr., altresì, G. GALAZZO, *Qualificazione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale e discrezionalità del legislatore*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., 199-212. Qui si vuole solo richiamare il documento “Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della nutrizione artificiale”, elaborato nel gennaio 2007 dal *Consiglio Direttivo e dalla Commissione di Bioetica della Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale* (SINPE), vale a dire l’associazione che rappresenta i medici che si occupano in prima persona del trattamento della nutrizione artificiale: “la SINPE intende essere garante perché la *nutrizione artificiale* (NA) venga considerata a tutti gli effetti un trattamento medico, spesso salvavita, che deve trovare la giusta diffusione sul territorio nazionale italiano rispettando le indicazioni contenute nelle linee guida emanate dalla SINPE e dalle altre Società internazionali del settore. Alla stregua di altri trattamenti medici, anche per la NA si chiede la piena applicazione della Convenzione di Oviedo”. Cfr., anche, C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in S. RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 594; L. COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza di merito*, 11/2009, 396. È lo stesso Welby, che ci ricorda che “Oxepa e Pulmocare non entreranno mai nella dieta di una persona”, così WELBY, *Lasciatemi morire*, Milano, 2006, 46. A questo punto si potrebbe ricordare anche l’art. 53 del codice di deontologia medica, che pare concordare con la tesi della rinunciabilità dei trattamenti inerenti la nutrizione e l’idratazione artificiali; in effetti nel novellato articolo 53 Rifiuto consapevole di alimentarsi (nel 2014), seppur con qualche modifica rispetto a quello previgente (del 2006), si specifica che “Il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l’assistenza, non assumendo iniziative costrittive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale”. Si v. anche la *Guida al processo decisionale nell’ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, cit., 12 s., e la Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera), 5 giugno 2015, caso *Lambert e altri c. Francia*. Su quest’ultima decisione ci si permette di rinviare a U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un’analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 21-25.

¹⁰³ [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), punto 7 della *Motivazione in diritto*. Nello stesso senso anche i noti casi *Cruzan* della Corte Suprema degli Stati Uniti (1990) e *Bland* della *House of Lords* in Inghilterra, che ha sospeso una terapia di sostegno vitale senza basarsi sul principio di autodeterminazione, ma sulla futilità del trattamento (1993) – su tali casi non si può che non rinviare a R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, Milano, 1994, 258-263; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell’eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto: confronto tra discipline*, Torino, 2003, 110-127; B. BARBISAN, *Il ‘diritto a morire’ negli Stati Uniti secondo l’interpretazione costituzionale del XIV emendamento*, in *Diritto pubblico*, 1, 2001, 175 ss.–. Diversamente, non riconduce le NIA in trattamenti sanitari la Corte di Appello di Milano, decreto del 26 novembre 1999, per la quale l’affermazione che le NIA costituiscano un trattamento terapeutico ancora non costituisce una questione definita sia in ambito medico sia giuridico.

giurisprudenza di merito¹⁰⁴, va riconosciuto agli interventi in parola il fondamento di trattamenti sanitari in senso proprio e questo per una pluralità di constatazioni. La caratterizzazione di trattamento sanitario in senso proprio deriva, in effetti, dalle seguenti constatazioni: si tratta di idratazione e nutrizione di tipo artificiale, prodotto di studi e sapere scientifici a disposizione della medicina solo in epoca moderna e che richiedono l'intervento di professionisti del settore, vale a dire di medici specializzati, che soli sono abilitati ad applicarli¹⁰⁵; la pratica medica in esame consiste in una vera e propria somministrazione forzata del preparato in forma liquida (composizione chimica) attraverso macchine all'uso predisposte (sondino nasogastrico) ed hanno ad oggetto la somministrazione di composti allo stato confezionati in laboratorio.

Fra le posizioni più autorevoli contrarie a considerare la NIA come atto medico – contrariamente a quanto qui si sta sostenendo – vi è sicuramente quella del Comitato Nazionale di Bioetica. Il riferimento va in particolare al documento *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo permanente*, del 30 settembre del 2005: non è possibile che le NIA “possano essere considerat[e] «atti medici» o «trattamenti medici» in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica. *Acqua e cibo* non diventano infatti una terapia medica soltanto perché vengono somministrati per via artificiale”. Ecco la trasformazione delle cose attraverso le parole: la nutrizione e l'idratazione artificiali diventano acqua e cibo e la procedura per la loro somministrazione, pur se richiede un'attenta scelta ed una valutazione preliminare del medico, dal momento che si limita ad un “piccolo intervento iniziale”¹⁰⁶, facilmente gestibile, od anche “per l'insussistenza di una condizione patologica autonomamente e progressivamente letale”¹⁰⁷, non rientra fra i trattamenti sanitari. Trasformato il significato delle cose, nel Documento si giunge ad un parere non condivisibile – in quanto netta è la differenza tra rifiuto di cure e pratica eutanassica – nel quale testualmente si afferma che: “la richiesta nelle Dichiarazioni anticipate di

¹⁰⁴ L'idratazione è stata riconosciuta come trattamento dal giudice tutelare di Modena 5 novembre 2008, allorché ha permesso l'amministratore di sostegno. Si v. anche Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460 (ultima decisione sul caso Englaro) nella quale si legge che “[l]a decisione di somministrare al paziente l'alimentazione e l'idratazione artificiale è, in tutto e per tutto, il frutto di una strategia terapeutica che il medico, con il consenso informato del paziente, adotta, valutando costi e benefici di tale cura per il paziente, ed è particolarmente invasiva, per il corpo del paziente stesso, poiché prevede, nel caso della nutrizione enterale, addirittura l'inserimento di un sondino che dal naso discende sino allo stomaco o l'apertura di un orificio, attraverso un intervento chirurgico, nell'addome”, così il punto 38.3, ma si v. tutti i punti dal 36.1 al 38.7 del *Diritto*.

¹⁰⁵ Che li mettono in atto e periodicamente li monitorano. Si ricorda inoltre, a tale proposito, il punto 29 della Spiegazione della Convenzione di Oviedo che dà una interpretazione sicuramente non stretta del termine “intervento”, dovendo questo intendersi in una portata ampia; esso comprende “tutti gli atti medici, in particolare gli interventi praticati con fini preventivi, diagnostici, terapeutici o riabilitativi, e questi sono utilizzati nell'ambito della ricerca”.

¹⁰⁶ La forzatura nella somministrazione viola in modo palese le fondamenta dell'autodeterminazione, se il soggetto che riceve la prestazione ha espresso una posizione contraria a tale pratica, a prescindere dall'invasività o meno dell'intervento (a questo penso si riferisca lo stralcio del Parere virgolettato nel testo); è ciò è vero a maggior ragione se si ha a mente quella non più recente giurisprudenza costituzionale secondo la quale il prelievo ematico, pratica molto meno invasiva di quella di cui si sta discernendo, è considerato una “pratica medica [seppur] di ordinaria amministrazione” e rientrante senza alcun dubbio tra le misure di “restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo”, così Corte cost., [sentenza n. 238/1996](#), punto 3.2 del *Considerato in diritto*. Dubbi in proposito sono espressi da A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2010, 262.

¹⁰⁷ *Ibidem*, 263.

trattamento di una sospensione si configura infatti come la richiesta di una vera e propria eutanasia omissiva, omologabile sia eticamente che giuridicamente ad un intervento eutanasi attivo, illecito sotto ogni profilo”.

Che il pare contenuto nel Documento sia poco condivisibile¹⁰⁸, lo si comprende bene anche alla luce delle numerose (oltre che autorevoli)¹⁰⁹ voci contrarie espresse da parte degli stessi componenti del CNB, che hanno espresso un parere contrario a quello fatto proprio dalla maggioranza; basti ricordare le chiare parole espresse dal prof. Barni¹¹⁰ che richiama anche il parere reso da una Commissione scientifica all'uopo costituita (1999) dal Ministro della Salute, prof. Veronesi: “[i]l documento approvato a maggioranza dal CNB risulta [...] costruito su premesse scientificamente erranee ed è quindi incompatibile con una prassi medica non dominata dalla ideologia”.

Anche a voler accettare la tesi che nega la NIA come trattamento sanitario, non si comprende su che basi si possa giustificare il dovere di alimentazione o idratazione di una persona che non voglia alimentarsi o idratarsi e il dovere del medico di non seguire una chiara espressione di autodeterminazione¹¹¹. Quindi, ci si può chiedere se, tralasciando la questione se l'idratazione e la nutrizione siano o meno un trattamento sanitario (da poter rifiutare) o un trattamento assistenziale (per sua natura non rinunciabile), costituiscono una restrizione della libertà personale nel caso siano imposti contro una volontà espressa. La risposta è sicuramente nel secondo senso delineato, in quanto qualsiasi intervento (dalla natura sanitaria o assistenziale) non richiesto o comunque non desiderato dalla persona costituisce una violazione della propria libertà personale. Quindi, anche da questo punto di vista, la questione, almeno giuridicamente, pare esser semplice nella risoluzione che il Legislatore dovrebbe adottare: la sola, ma allo stesso tempo efficacissima, constatazione che si può fare è che la NIA rientra nella “sfera delle libere scelte personali”¹¹².

Non pare, comunque, che possano esserci dubbi di sorta a considerare l'idratazione e l'alimentazione artificiali come dei trattamenti medici¹¹³ – cosa che del resto fa lo stesso proponente – per cui esse devono essere somministrate “nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente”¹¹⁴.

Si prenda in ipotesi anche un'altra possibile interpretazione che può essere avanzata, vale a dire quella che considera sì l'idratazione e l'alimentazione artificiali come trattamenti sanitari, per i quali, però, si possa prevedere una deroga alla possibilità di costituire oggetto di DAT.

¹⁰⁸ Paragonando i malati di SVP a quelli a cui non si somministrassero in modo artificiale le NIA, si afferma che sarebbe come non “fornire acqua e cibo alle persone che non sono in grado di procurarselo autonomamente (bambini, malati, anziani)”. Una serrata critica a tale argomentazione è in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 154-155.

¹⁰⁹ M. BARNI in *Postilla*, L. BATTAGLIA, C. CAPORALE, I. COGHI, L. D'AVACK, C. FLAMIGNI, L. GUIDONI, D. NERI in *Nota Integrativa*.

¹¹⁰ Che richiama anche la circostanza per la quale è stato già redatto un parere (che giunge a delle conclusioni opposte a quelle che ora si criticano) espresso da una commissione scientifica all'uopo costituita (1999) dal Ministro della Salute, prof. Veronesi.

¹¹¹ In questo caso si dovrebbe procedere con un trattamento sanitario obbligatorio (TSO), ma, allora, si paleserebbe la circostanza che si è dinanzi ad un trattamento sanitario.

¹¹² E. MALFATTI, *Nella 'babele di lingue*, cit., 1096.

¹¹³ Ma si v. già CATTORINI, *La proporzionalità delle cure mediche per i pazienti in stato vegetativo permanente*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 2/2002, 267-289.

¹¹⁴ Fra i tanti, ancora, l'art. 3, comma 4, [A.C. 2229](#).

Se, infatti, nelle DAT possono rientrare tutti i trattamenti sanitari ordinari, la non inclusione in esse delle pratiche in commento non ha nessun fondamento, se non di natura ideologica, declinabile in diritto nel sindacato di irragionevolezza. A questo punto deve essere dimostrato sia che le pratiche di alimentazione e di idratazione artificiali non rientrano nei trattamenti sanitari obbligatori (per apprezzarne la *ratio* sulla differenza di trattamento) sia che esse non rappresentano un *genus* particolare di atto medico.

Che non si è, nel caso disciplinato, dinanzi ad un trattamento sanitario obbligatorio, lo si comprende da diversi fattori: a) in quanto si tratta di decisione squisitamente individuale e che ricade solo sul soggetto che l'ha autonomamente predisposta, *id est* perché manca l'esigenza della tutela della salute pubblica; b) perché l'imposizione di un trattamento ad un individuo per il fine di tenerlo in vita contro la sua volontà viola il rispetto della persona umana e quindi della sua dignità, che l'art. 32 Cost. richiama come limite per la legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori; il provvedimento che s'impone perché obbligatorio deve essere volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e ad assicurare che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto¹¹⁵; c) in quanto non si possono imporre *ex lege* trattamenti sanitari che non siano tassativamente individuati (e non è questo il caso¹¹⁶, che rimanda piuttosto alla scienza e coscienza del medico).

Quindi, e per concludere, la NIA è a tutti gli effetti trattamento medico¹¹⁷. Una terapia medica nel caso della nutrizione enterale, ovvero sia la nutrizione attraverso il sistema digerente (con tubo di nutrizione ovvero sondino nasogastrico), ed addirittura, nel caso della nutrizione parenterale (per via sottocutanea o endovenosa) la nutrizione in vena, appunto, è quanto di più artificiale ci possa essere. Anche la NIA può costituire un maleficio e quindi può essere interrotta come qualsiasi trattamento medico futile.

Valutati l'alimentazione e l'idratazione artificiali come trattamenti ordinari, la previsione che essi non possano formare oggetto di DAT pare essere sorretta dalla valutazione per la quale non si possono negare i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo al paziente che è in fase terminale. Se questo è il fondamento per cui l'alimentazione e l'idratazione non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento, difficilmente si potrà salvare il Legislatore dalla manifesta irragionevolezza in cui decidesse di incorrere, soprattutto alla luce della giurisprudenza costituzionale sulla 'ragionevolezza scientifica' delle leggi¹¹⁸, per la

¹¹⁵ *Ex multis*, si v. le sentenze nn. [258/1994](#) e [118/1996](#).

¹¹⁶ A. PIOGGIA, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, cit., 2.

¹¹⁷ Cfr. anche il c.d. *Documento di Terni* predisposto dall'ADI (Associazione Italiana di Dietetica e Nutrizione Clinica) e dall'Ordine provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, appunto, di Terni. Cfr. anche l'audizione di Giancarlo Sandri, consigliere della Società italiana di nutrizione clinica e metabolismo, 26 dell'*Indagine conoscitiva* n. 1.

¹¹⁸ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC, n. 2/2016](#); G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino, 2001, 444 ss.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2004; R. BIN, *La Corte e la scienza*, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Seminario del Gruppo di Pisa tenutosi a Parma il 19 marzo 2004, Torino, 2005, e rispettivamente a 6-10 e 31-94; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2009, 591-618; S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, 817-842.

quale, dalla nota [sentenza n. 282/2002](#), il Legislatore quando decide di basarsi su cognizione scientifiche, non lo deve fare in modo errato, ovvero disconoscendole in modo arbitrario.

7. Conclusioni

La morte è diventata un processo, un percorso lungo¹¹⁹, ospedalizzato, medicalizzato¹²⁰ e per questo può divenire oggetto di scelte, in un'era in cui l'istituzionalizzazione dei sistemi di cura ha spostato il morente 'dalla casa all'ospedale', pur nella consapevolezza che la medicina non elimina la morte, ma ne prolunga il tempo dell'attesa.

Le direttive anticipate di trattamento costituirebbero non solo uno strumento valido per la tutela dei diritti dei pazienti che hanno perso la capacità di agire, ma rappresenterebbero un solido e valido aiuto anche per i medici¹²¹, che non sarebbero più lasciati soli, ma, confortati da una scelta del paziente, accetterebbero l'idea di non continuare a praticare esami diagnostici o terapie per il solo scopo di tentare tutto il possibile; pratiche, queste ultime, che, il più delle volte contribuiscono a delineare ciò che è definita come 'medicina difensivistica'.

Per chi segue le direttive deve essere chiaro che si sta adempiendo ad un dovere legale prima ancora che deontologico, quindi la non punibilità della condotta medica dovrebbe essere prevista, seppur essa è implicita.

Stante una società multi-valoriale, si può affermare, dunque, che il modo in cui sarebbe doveroso normare in tema di biodiritto dovrebbe essere quello di consentire e non quello di impedire, tramite una regolamentazione il più possibile leggera, *id est*, aperta al riconoscimento ampio del principio di autodeterminazione, fuggendo da una matrice chiaramente ideologica e quindi divisiva¹²². Una regolamentazione "leggera"¹²³, dunque, per diminuire la forza di una normazione che potrebbe delineare un contorno repressivo ed autoritario intorno alla disciplina giuridica delle volontà anticipate; ma in questo caso serie sarebbero le doglianze di incostituzionalità che potrebbero essere sindacate da parte di una Corte attenta e capace.

Solo una legge, d'altronde, risponderebbe al vivo dibattito (finora) extraparlamentare che è da tempo attivo e alla sempre più pressante richiesta sociale (valutabile sulla base

¹¹⁹ BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, cit., 94.

¹²⁰ I. ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute. La paradossale nocività di un sistema medico che non conosce limiti*, Milano, 2005, 19.

¹²¹ In tema C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 10.

¹²² Una precisazione circa l'impiego del termine 'ideologia': non si vuole certo negare che il Legislatore possa muoversi teleologicamente verso una ideologia (che poi deve essere sempre rispettosa di quella costituzionale); ciò che si vuol dire è che anche le ideologie devono 'parlamentarizzarsi', nel senso che si devono attuare in bilanciamento tutti i principi e i diritti costituzionali. Se ciò è indubitabile, pare vieppiù opportuno che tale bilanciamento sia raggiunto quando si norma su materie che hanno ad oggetto le libertà e l'autodeterminazione fondate a loro volta su autonomi valori (ideologici).

¹²³ Espressione di un diritto "debole" in contrapposizione ad uno "forte" e quindi la legge dovrebbe essere "il più possibile povera di contenuti morali, che non privilegi un unico punto di vista morale o un'unica ideologia, di una legge senz'altro capace di interventi assai severi ed incisivi sul fronte della garanzia dei diritti individuali dei soggetti coinvolti, ma volta prevalentemente a regolare gli aspetti tecnici e procedurali dei diversi tipi di prassi", così BORSELLINO, *Vere e false alternative in tema di rapporti tra bioetica e diritto*, in *Notizie di Politeia*, n. 65/2002, 124.

sia dalle innumerevoli associazioni che si muovono in tal senso sia dell'utilizzo che si è fatto dell'amministrazione di sostegno) affinché si addivenga ad un serio e costruttivo dibattito parlamentarizzato. Aspettando che la Corte si esprima sul ricorso n. 55 del 26 maggio 2015¹²⁴, la Camera dei Deputati, seppur non con estrema celerità, ha iniziato ad occuparsi della tematica. Forse è poco, ma il dibattito è ora aperto.

In generale, ci si sente di poter considerare le direttive anticipate come uno strumento opportuno e rilevante di cui disporre al fine di tutelare la propria autonomia *in primis* dinanzi al medico. Detto in altri termini, la possibilità riconosciuta al soggetto di poter decidere egli stesso sulle decisioni che lo riguardano e che gli permettono di essere 'padrone di sé' anche quando in stato di perdita di coscienza rimane il "miglior modo"¹²⁵ di rispettare la propria autonomia. Questo perché tali atti sono redatti dalla medesima persona cui saranno rivolti o meno eventuali trattamenti sanitari ed essi, anche se presi 'ora per allora', sono sicuramente sempre più 'validi' di quelli presi da un soggetto estraneo quale può essere un medico o un proprio familiare.

In punto di conclusione, pare opportuno rilevare che in molti dei ddl finora analizzati è posto un limite (irragionevole) per l'attivazione delle DAT, in quanto questa è circoscritta alla (sola) fase del fine vita. Limitare – per come si propone in questi ddl – l'attivazione dell'istituto in caso di "perdita *irreversibile* della propria capacità di intendere e di volere"¹²⁶ ovvero "al fine di escludere, in caso di patologie *gravi e incurabili* e di *estreme sofferenze fisiche e psichiche*, l'attivazione di pratiche terapeutiche anche necessarie al sostegno vitale"¹²⁷ significherebbe negare il fondamento delle DAT nel principio di autonomia del paziente per relegarlo ad un non meglio precisato diritto ad una morte dignitosa. La qual cosa priverebbe il paziente della sua autonomia di decisione e nella maggior parte dei casi le DAT non avrebbero alcun seguito, in quanto si rientrerebbe nelle ipotesi di accanimento terapeutico già escluse dalla normativa, anche convenzionale, e dal codice deontologico. Se il fondamento dell'istituto è nell'autonomia del paziente, la condizione di applicazione deve essere solo quella della perdita della capacità decisionale, momento dal quale la DAT produce effetto¹²⁸.

La decisione espressa nelle direttive, che è libera da qualsiasi costrizione, avrà delle ripercussioni (solo) sul soggetto che l'ha assunta. Ma c'è di più. C'è da dire, infatti, che le scelte contenute nelle dichiarazioni hanno delle ricadute non solo 'interne', ma anche esterne-relazionali, nell'accezione psicologico-affettiva e giuridico-probatoria, ovverosia "contribuiscono a diminuire il timore dei pazienti a che si producano situazioni indesiderate, migliorano la relazione medico-paziente e forniscono al medico

¹²⁴ L'udienza pubblica per i ricorsi nn. 55 e 87 (si v. *retro* nt. 14) si è svolta lo scorso 18 ottobre 2016 e il relatore è stato il giudice Cartabia.

¹²⁵ Questa la bella e "sincera", perché molto semplice, espressione impiegata da A.M^a. MARCOS DEL CANO, *Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España*, in D. LARIOS RISCO, L. GONZÁLEZ GARCÍA, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (a cura di), A. PALOMAR OLMEDA, J. CANTERO MARTÍNEZ (diretto da), *Tratado de derecho sanitario*, Navarra, 2013, 843.

¹²⁶ Art. 1, comma 1, lett. f. dell'A.C. [1432](#); art. 1, comma 4, dell'A.C. [3561](#). Di "perdita *permanente*" dispongono gli art. 3, comma 1, dell'A.C. [2229](#), l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [2996](#). Ad uno stato di "incapacità *permanente* o di perdita *definitiva* della facoltà di comunicare del paziente" rinvia l'art. 2, comma 2, lett. c), dell'A.C. [3723](#).

¹²⁷ Art. 3, comma 1, dell'A.C. [3630](#), ma si v. anche l'art. 4, comma 1, del medesimo atto camerale.

¹²⁸ Conformemente, in molte di queste disposizioni seppur limitatamente ad una *petitio principii*, l'art. 11 dell'A.C. [1142](#); l'art. 3, comma 4, dell'A.C. [1298](#); l'art. 2, comma 1, dell'A.C. [2264](#); l'art. 2, comma 1, dell'A.C. [3391](#); l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [3584](#); l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [3586](#); l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [3596](#); l'art. 5-*sexies*, dell'A.C. [3599](#); art. 3, comma 1, dell'A.C. [3535](#).

informazioni su possibili problemi etici [... costituendo] una sicurezza rispetto a denunce future”¹²⁹.

In conclusione, la corretta predisposizione delle direttive può ridurre le problematiche inerenti la loro efficacia, e quindi la loro effettività, e l’uso delle stesse può costituire un utilissimo strumento per ampliare l’*habeas corpus* di chi vive nell’età tecnologica. Ciò pare indubitabile, fermo restando che strumenti di flessibilità sono e devono essere previsti. Fra questi, una funzione primaria è quella che dovrebbe essere assunta dal fiduciario, in quanto capace di ricoprire un ruolo dirimente per la risoluzione *ex ante* dei conflitti. Altro strumento di ‘flessibilità’ (non sempre presente nei ddl analizzati)¹³⁰ si avrebbe se si riconoscesse al redattore la possibilità di esprimere i valori personali che il fiduciario e il medico devono rispettare, per meglio interpretare le direttive e fornire gli orientamenti utili ad adottare decisioni cliniche il più possibile aderenti al contenuto delle DAT scritto nella piena capacità di agire del sottoscrittore.

¹²⁹ “Inoltre, è di grande sollievo e aiuto per la famiglia del paziente, poiché ciò la sgrava dell’insicurezza o del senso di colpa per non aver fatto tutto il possibile, avere la certezza che ciò che si sta facendo è ciò che lui o lei chiedeva”, così, ancora, A.M^a. MARCOS DEL CANO, *Las instrucciones previas*, cit., 843.

¹³⁰ Cfr., almeno, l’art. 6 A.C. [1142](#). In giurisprudenza già [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), punto 7.3.