

LIBERTÀ DI CURA E SCELTE DI FINE VITA: LA NUOVA LEGGE SUL BIOTESTAMENTO*.

di Renata Maddaluna**

Sommario. 1. Introduzione – 2. La legge n. 219/2017: presupposti e limiti della disciplina sul *fine vita* – 3. Il consenso informato – 3.1) Modalità di acquisizione e documentazione del consenso informato – 4. Le disposizioni anticipate di trattamento (cd. DAT): alcune riflessioni critiche – 5. La mancata previsione dell'obiezione di coscienza del personale medico-sanitario – 6. Conclusioni.

83

1. Introduzione.

Il 14 dicembre il Senato ha approvato, dopo mesi di ostruzionismo e decine di migliaia di emendamenti, la legge n. 219/2017 sul cosiddetto testamento biologico o biotestamento¹⁰⁴.

Il provvedimento, che si compone di otto articoli, affronta i temi del consenso informato, disciplinandone modalità di espressione e di revoca, nonché le condizioni con le quali il dichiarante illustra i propri orientamenti sul *fine vita* nell'ipotesi in cui sopravvenga una perdita irreversibile della propria capacità di intendere e di volere.

Il provvedimento s'inserisce al crocevia dei rapporti tra diritto alla salute, consenso informato e libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, offrendo agli interpreti significativi spunti di riflessione, anche nella dimensione penalistica.

La legge affronta, dunque, un tema particolarmente delicato e sensibile, al confine tra

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoressa in Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II”.

¹⁰⁴La legge 219/2017, anche nota come “Legge sul biotestamento”, di cui si analizzeranno alcuni articoli nel presente contributo, è stata approvata con 180 voti a favore, 71 voti contrari e 6 astensioni ed è entrata in vigore il 31 gennaio 2018.

Il ddl, nella legislatura in cui risulta infine approvato, ha iniziato il suo cammino alla Camera con la proposta n. 1142 presentata il 4 giugno 2013 cui furono abbinate numerose altre proposte. L'esame in Commissione alla Camera è iniziato il 4 febbraio 2016 per concludersi il 2 marzo 2017. La discussione in Assemblea si è svolta dal 13 marzo al 20 aprile 2017, data in cui fu approvato, infine, il testo unificato, poi trasmesso al Senato il giorno successivo. Per approfondimenti sulla vicenda dell'approvazione si legga B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, Napoli, 2018, p. 65 ss.

Rispetto al testo sul *fine vita* approvato nella XVI Legislatura dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011, del quale è poi mancata l'approvazione definitiva da parte del Senato, sono scomparsi il riconoscimento del diritto inviolabile della vita umana, il divieto di qualunque forma di eutanasia, di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio.

l'aspetto religioso e quello laico civile, ponendo l'accento sul principio di autodeterminazione del malato sancito dalla Costituzione, dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta di Nizza¹⁰⁵.

Si tratta di un risultato fortemente voluto dalle varie associazioni impegnate nella tutela del *fine vita*, ma anche da tutti quei cittadini che ritengono necessario poter esprimere le proprie volontà per il caso in cui, nel futuro, non siano più in grado di decidere del proprio corpo, in particolare in ordine a quali trattamenti medici accettare o meno. Molti sono stati, infatti, i casi che hanno scosso e diviso l'opinione pubblica italiana. Basti pensare alle note vicende di Eluana Englaro e Piergiorgio Welby e, in tempi più recenti, a quelle di Fabiano Antoniniani *alias* dj Fabo¹⁰⁶: si tratta di casi che hanno generato una riflessione sulla precarietà della salute di ognuno di noi e sulla necessità di disporre oggi per domani, onde evitare di essere oggetto di altrui decisioni¹⁰⁷.

¹⁰⁵Sino ad oggi il diritto di morire (*right to die*), inteso come diritto di determinare temporalmente il momento della propria morte, era riconosciuto solo in via indiretta, potendo esprimersi attraverso la rinuncia definitiva a trattamenti sanitari più o meno intollerabili ovvero, di fatto, mediante l'utilizzo di trattamenti sanitari (palliativi) che, come conseguenza indiretta, producono necessariamente la morte (eutanasia indiretta). La doverosa presenza, in questi casi, di un apparato sanitario, che operi in modo attivo o omissivo, trasforma l'esercizio di questi diritti in scriminanti procedurali, benché siano disciplinate solo in modo sommario o carente dalla legge e siano state concretizzate soprattutto dalla giurisprudenza: certo, non è la procedura in sé che rende legittimo l'aiuto a morire. Tuttavia questo diritto può essere esercitato esclusivamente attraverso una procedura. Questi veri diritti sono dunque stati riconosciuti in modo frammentario, attraverso *leading cases* della giurisprudenza: si pensi, in particolare, ai noti casi Welby ed Englaro.

¹⁰⁶«Le mie giornate sono intrise di sofferenza e disperazione. Trovo più dignitoso e coerente, per la persona che sono, terminare la mia agonia». Sono, queste, le ultime parole del quarantenne Fabiano Antoniniani, *alias* Dj Fabo, che il 27 febbraio ha scelto la strada del suicidio assistito in Svizzera. Cieco e tetraplegico a causa di un incidente, ha scosso l'Italia con i suoi appelli per una morte dignitosa, proprio nel momento in cui è arrivata in Parlamento il progetto di legge sul testamento biologico. DJ Fabo subisce nel 2014 un gravissimo incidente stradale, in seguito al quale rimane tetraplegico e cieco, pur conservando piena lucidità mentale e il senso del dolore. Dopo diversi tentativi di terapie e quasi un anno di ricovero presso l'ospedale Niguarda, le sue condizioni cliniche vengono dichiarate irreversibili. Egli però non si arrende e si sottopone, così, a cure sperimentali in India, basate sull'uso delle cellule staminali. Fallito anche quest'ultimo tentativo, Fabiano comincia a maturare l'idea di porre fine a quella che non considera neanche più "vita". Con l'aiuto della fidanzata della madre, entra in contatto con l'associazione "Luca Coscioni" ed in particolare con il suo tesoriere, Marco Cappato. Quest'ultimo prospetta a Fabiano e alla sua famiglia diverse possibili strade per dare corso alla sua volontà di togliersi la vita, tra cui quella di recarsi in Svizzera per accedere al c.d. *suicidio assistito*. La scelta dell'Antoniniani, già in precedenza irrevocabile e determinata a percorrere la strada del suicidio, si indirizza quindi nel senso di cercare l'aiuto dell'associazione "Dignitas". Questa scelta lo porterà, il 27 febbraio 2017, a porre fine alla propria vita sul letto del centro gestito da quest'ultima, vicino a Zurigo. In questa occasione, la Procura di Milano ha invitato il g.i.p. ad archiviare la posizione di colui che abbia accompagnato in Svizzera un malato irreversibile, ma non terminale, per sottoporsi ad una procedura di suicidio assistito. L'aspetto più interessante è il motivo per cui è richiesta l'archiviazione: la condotta di aiuto non sarebbe punibile perché, in buona sostanza, costituirebbe concorso nell'esercizio di un diritto dell'individuo. Sul punto si rinvia a P. Bernardoni, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁰⁷Nell'ambito della discussione parlamentare hanno rivestito, dunque, un ruolo decisivo, da una parte, la volontà di consacrare, per via legislativa, principi ormai consolidati nell'elaborazione giurisprudenziale (a

Sul tema è, tra l'altro, recentemente intervenuto anche Papa Francesco che, nel messaggio ai partecipanti al meeting europeo della *World Medical Association* sulle questioni del fine vita (Vaticano, 16-17 Novembre 2017), ha definito «moralmente lecito rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito proporzionalità delle cure», ricordando, peraltro, che «in seno alle società democratiche argomenti delicati come questi vanno affrontati con pacatezza: in modo serio e riflessivo, e ben disposti a trovare soluzioni – anche normative – il più possibile condivise».

All'esito di un lungo e complicato percorso che ha interessato la società tutta, oltre che i nostri rappresentanti nelle sedi istituzionali, il legislatore ha, dunque, riconosciuto la possibilità per i cittadini di formulare le proprie disposizioni anticipate di trattamento sanitario, (d'ora in poi DAT)¹⁰⁸.

Il pieno riconoscimento delle DAT è certamente da salutare con favore, non solo perché le

partire dal riconoscimento del ruolo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico), dall'altra, il clamore mediatico che ha accompagnato i recenti casi di drammatica attualità e soprattutto la mutata sensibilità di gran parte del mondo cattolico, testimoniata da ultimo dalle parole pronunciate da Papa Francesco nel messaggio ai partecipanti al meeting regionale europeo della *World Medical Association* sulle questioni del *fine vita* del 16 novembre 2017.

¹⁰⁸Secondo il Comitato Nazionale di Bioetica: «[...]Con Dichiarazioni Anticipate di Trattamento si indicano documenti con i quali una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato[...]». La suddetta definizione è ricavata dal documento "Dichiarazioni anticipate di trattamento del 18.2.2003" del Comitato Nazionale di Bioetica, in www.consigliodeiministri.it. In virtù dell'art. 38 del Codice di deontologia medica poi: «Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive ad un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza delle scelte 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 delle 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 miglior 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».

Presupposti per la valida redazione delle DAT sono la maggiore età e il possesso della capacità di intendere e di volere e, dunque, della capacità di agire (art. 2 c.c.); l'art. 4 della legge n. 219/2017 che ne permette la redazione riecheggia, evidentemente, il contenuto dell'art. 591 c.c. sul testamento, per cui potranno, in linea di massima, trovare applicazione, in tema di annullamento delle DAT, i principi giurisprudenziali affermatasi con riferimento all'annullabilità del testamento (cfr. sul punto, in particolare, Cass., 23 dicembre 2014, n. 27351, in www.studiocataldi.it). Le DAT, inoltre, possono essere redatte da qualsiasi cittadino, come detto capace di agire e maggiorenne, senza alcuna assistenza legale, proprio come il testamento, ma può essere comunque opportuna la collaborazione di un avvocato o di un notaio, così come per la redazione delle stesse può giovare l'aiuto di un medico, così da assicurare che siano chiare e comprensibili e non diano luogo a possibili problemi d'interpretazione.

stesse risultano concreta espressione di un diritto già riconosciuto da fonti nazionali e soprattutto sovranazionali¹⁰⁹ e poi anche perché in numerosi Comuni già erano stati istituiti appositi registri e raccolte di disposizioni di ultima volontà per dar seguito alle molteplici richieste cittadine di poter esprimere le proprie dichiarazioni sulle tematiche del fine vita. Tuttavia, com'è evidente, l'istituzione e il completo funzionamento di questi registri dipendevano dalla volontà dei singoli Comuni e quindi delle singole autonomie locali, con ciò favorendosi enormi disparità di trattamento fondate, a loro volta sulle diverse realtà territoriali¹¹⁰.

In questo senso, come si cercherà di dimostrare nel presente contributo, le dichiarazioni anticipate di trattamento sono senza dubbio un valido ed efficace strumento che rafforza l'autonomia individuale e il consenso informato della persona nelle scelte mediche o terapeutiche, tanto più che, grazie alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 1 e 3) ed alla Convenzione sui diritti dell'Uomo e la biomedicina (artt. 5, 6 e 9), questi principi hanno acquisito nuovo e maggior rilievo, non soltanto coinvolgendo i doveri professionali del medico e la legittimazione del suo agire, ma dando sostanza al diritto del cittadino all'integrità della persona e al rispetto delle sue decisioni¹¹¹. Tuttavia, come meglio si dirà nel prosieguo, è anche vero che la legge in questione non è immune da censure e critiche se posta in raffronto con alcuni principi e valori fondamentali della nostra

¹⁰⁹La 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 del 1997) contiene, infatti, una disposizione apposta per le dichiarazioni anticipate di trattamento. L'articolo 9 detta: «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» («*shall be taken into account*»).

A sua volta, poi, un secondo elemento a sostegno delle direttive anticipate di trattamento era rinvenibile prima che fosse emanata questa legge già nel Codice di deontologia medica che ha espressamente previsto l'eventualità che il soggetto, prima di cadere in uno stato di incapacità di comunicare, abbia espresso la propria volontà sui trattamenti cui sottoporsi o meno. L'articolo 38, nell'odierna versione risalente al 2006, dispone, infatti, 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». Ed anche considerando quanto previsto nella versione precedente del Codice, si desume come la rilevanza delle direttive anticipate di trattamento sia stata nel vigente Codice espressamente confermata».

¹¹⁰La nuova legge in ogni caso non cancella questi documenti, ma estende anche ad essi le sue previsioni, sempre che rispettino i requisiti richiesti dalla nuova normativa.

¹¹¹Le dichiarazioni possono essere intese sia come un'estensione della cultura che ha introdotto, nel rapporto medico-paziente, il modello del consenso informato, sia come spinta per agevolare il rapporto personale tra il medico e il paziente proprio in quelle situazioni estreme in cui non sembra poter sussistere alcun legame tra la solitudine di chi non può esprimersi e la solitudine di chi deve decidere.

Carta Costituzionale.

2. La legge n. 219/2017: presupposti e limiti della disciplina sul *fine vita*.

La legge 219/2017 distingue due momenti: il primo relativo alla fase in cui il soggetto possiede piena facoltà di decidere per sé stesso; il secondo in cui, invece, non può più farlo. Le norme prevedono, per la prima ipotesi, il diritto al consenso informato sul proprio stato di salute e sui trattamenti che la medicina propone (art.1, l. n. 219/2017) e lascia al paziente il diritto di decidere in maniera consapevole ed informata. Viene, altresì, riconosciuta la possibilità di realizzare, nell'ambito della relazione tra paziente e medico, una pianificazione condivisa delle cure (art. 5, l. n. 219/2017), alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso ovvero in una condizione di incapacità.

Per la seconda ipotesi, invece, la legge riconosce espressamente la possibilità per ogni cittadino di redigere il proprio testamento biologico¹¹².

Nell'ambito del *fine vita*, dunque, l'autonomia negoziale di ciascuno di noi (art. 1322 c.c. e artt. 2, 3 e 41 Cost.) si manifesta mediante la possibilità di stendere il testamento biologico, definito come quel «documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposto nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non

¹¹²Il termine *testamento biologico* deriva dall'inglese *living will* ed è meglio definito come “Direttiva anticipata di trattamento”, una formula che esprime più chiaramente l'inderogabilità della volontà del paziente in tale contesto giuridico.

Da un punto di vista legale, va sin d'ora chiarito che il testamento biologico si differenzia dall'eutanasia: con il *testamento biologico* la persona compie una scelta proiettata nel futuro e fondata sul diritto di ricevere o rifiutare determinati trattamenti sanitari, qualora questi trattamenti si rivelassero indispensabili per la sopravvivenza. Con l'*eutanasia*, invece, senza qui entrare nel merito delle ulteriori distinzioni tra eutanasia attiva e passiva, si richiede ad un soggetto, normalmente un medico, la prescrizione di una sostanza letale che, se somministrata al richiedente, ne provoca la morte e che, quindi, non può essere in alcun modo paragonata ad un trattamento sanitario il quale, invece, è strutturalmente preordinato a garantire la vita.

Dunque, le dichiarazioni che il biotestamento consente, al contrario dell'eutanasia, si pongono in linea con il corso naturale della vita umana, perché danno la possibilità al paziente di rifiutare, in presenza di determinate condizioni, un trattamento potenzialmente in grado di allungargli artificialmente la vita con sacrificio, però, della sua dignità. Eutanasia e biotestamento, allora, differiscono allo stesso modo in cui differiscono azione ed omissione, nonché negli obiettivi, perché mentre la prima ha lo scopo di porre fine alla vita, così contrastandone il corso naturale, il secondo, invece, l'asseconda. Sull'argomento e sulle affinità e differenze rispetto anche all'istituto del suicidio assistito si legga B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, cit., p. 50.

fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»¹¹³.

L'attuazione del testamento biologico rimanda all'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente, la quale deve improntare tutte le fasi del trattamento sanitario: se, infatti, il malato pienamente capace è in grado di instaurare un dialogo consapevole con il medico riguardo ai trattamenti cui intende o meno sottoporsi, nel momento in cui avvenga, invece, la perdita di coscienza, il consenso del paziente è recuperato attraverso la rilevanza giuridica di quanto anticipatamente consacrato nelle DAT.

Nel presente contributo si prenderanno in esame solamente alcune disposizioni della nuova legge n. 219/2017 al fine di verificarne la rispondenza e non contrarietà ai valori e principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, consacrati nella Carta Costituzionale, e di mettere in luce eventuali aspetti di criticità in relazione al catalogo assiologico accolto nel Testo fondamentale. Sin d'ora preme, infatti, rilevare che la legge non è immune da profili di criticità, né contiene una regolamentazione esaustiva della materia e i profili che restano aperti all'interpretazione di medici, rappresentanti e parenti dei malati rischiano di scatenare un importante contenzioso, tanto più che è la stessa legge a contemplare espressamente specifiche ipotesi in cui al giudice tutelare è affidata l'ultima parola sui trattamenti sanitari¹¹⁴.

3. Il consenso informato.

All'art. 1 la legge n. 219/2017 proclama i valori che intende tutelare: essa, nel rispetto degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge».

Per la fase in cui la persona ha la piena capacità di decidere per se stessa, la legge valorizza la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato

¹¹³La definizione è ricavata dal documento "Dichiarazioni anticipate di trattamento del 18.2.2003" del Comitato Nazionale di Bioetica, cit.

¹¹⁴Si tratta, in particolare, dei casi in cui medici, rappresentanti o fiduciari del malato siano in disaccordo (art. 3, c. 5, l.n. 219/2017).

«nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, c. 2, l. n. 219/2017).

In particolare, la legge è da apprezzare nella misura in cui, per la prima volta, all'art. 3 introduce nel nostro ordinamento una espressa definizione di consenso informato inteso come «il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi».

Del resto, però, già prima che la medesima inserisse nel nostro ordinamento una specifica definizione di consenso informato, la Corte costituzionale, in numerose sentenze, specie in rapporto all'attività medico chirurgica¹¹⁵, aveva chiarito che il consenso informato, inteso quale espressione della libera e consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione ed in numerose norme internazionali¹¹⁶.

La circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento nei predetti articoli mette in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione (artt. 13 e 32 Cost.) e quello alla salute (art. 32 Cost.)¹¹⁷, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, proprio per tale ragione,

¹¹⁵Così Corte cost., s.n. 438/2008, in *www.federalismi.it*, n. 1/2009.

¹¹⁶Il riferimento è, in particolare, all'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York, all'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1997 e all'art. 3 della Carta di Nizza. Il principio del consenso informato è altresì consacrato dall'art. 35 del codice di deontologia medica.

¹¹⁷Così Corte cost., s.n. 438/2008, cit. Inoltre, la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21748 del 2007, in *www.studiocataldi.it*, resa sul noto caso Englaro, aveva già affermato che: «Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. Senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente, la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi». In altre parole, sul paziente in grado di esprimere il consenso o il dissenso informato, perché capace di intendere e volere, non è possibile praticare alcun trattamento sanitario contro la sua volontà. La Corte, inoltre, aggiungeva che: «Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutti profili della libertà personale, proclamata inviolabile dall'art. 3 della Costituzione. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale "diritto di curare" a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire con il solo limite della propria coscienza [...] il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia, di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi [...]. «Deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene vita».

il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché alle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere quanto più esaurienti possibili, proprio in risposta alla necessità di garantire la consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale tutelata dall'art. 13 della Costituzione¹¹⁸.

In tal senso, il consenso informato, espresso, cioè, a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei rischi del trattamento sanitario e dei suoi possibili effetti negativi, è il presupposto di liceità dell'attività medica: superata, infatti, la tesi della cosiddetta *autolegittimazione* dell'attività medica, il medico non può intervenire in assenza del consenso o addirittura malgrado il dissenso del paziente¹¹⁹. Negli ultimi anni, d'altronde, il rapporto tra medico e paziente è sensibilmente cambiato sotto molteplici punti di vista e, tra le altre cose, è stata superata anche la concezione paternalistica che poneva il primo in una posizione completamente dominante nei confronti del secondo; si accoglie, quindi, l'idea di alleanza terapeutica tra medico e paziente, valorizzata proprio dalla legge in commento (art. 1, c. 5, l. n. 219/2017). Il paziente, dunque, non è più destinatario inerte della cura medica, ma ne è attivo protagonista, poiché il trattamento è sempre frutto di un percorso concordato con il medico, sul quale incombe il dovere di colmare l'ontologica asimmetria informativa.

Pertanto, alla luce di quanto detto, un intervento medico non può considerarsi lecito se prima il paziente non abbia ricevuto dai medici le informazioni riguardanti la sua patologia ed i trattamenti a cui sarà sottoposto e non abbia dato il suo consenso libero e consapevole alle cure.

¹¹⁸In tale prospettiva, l'art. 1, c. 4, l.n. 219/2017 consente di acquisire il consenso informato nei modi più consoni alle condizioni del paziente, mediante documentazione in forma scritta o, per la persona con particolari disabilità, mediante videoregistrazioni.

Venendo alla forma del consenso informato, va precisato che, prima dell'intervento della legge n. 219/2017, non esisteva alcun obbligo di acquisirlo per iscritto, con la conseguenza che si riteneva astrattamente ammissibile anche un consenso informato semplicemente verbale. In concreto, tuttavia, sorgevano molteplici inevitabili difficoltà sul piano probatorio nel caso in cui il consenso non fosse stato ottenuto in forma scritta e la vicenda fosse poi sfociata in un contenzioso. È proprio per tale ragione che si rendeva assolutamente preferibile che il consenso fosse manifestato dal paziente sempre per iscritto.

A tale proposito è bene evidenziare che, secondo molti, non è sufficiente, in ogni caso, la mera sottoscrizione di un modulo precompilato di consenso alle cure. È, infatti, importante che il modello di acquisizione del consenso informato non sia troppo stringato né troppo prolisso e scritto con l'utilizzo di termini tecnici che potrebbero non essere compresi. In definitiva, il modello di consenso informato deve essere redatto in modo da essere facilmente leggibile e comprensibile da qualsiasi paziente.

¹¹⁹Sulla base di queste considerazioni la giurisprudenza di legittimità ritiene che, ove il consenso informato manchi o risulti viziato, il trattamento sanitario è perciò stesso invasivo (Cass., Sez. Un., sentenza del 21 gennaio 2009 n. 2437 in www.studiocataldi.it).

Nell'ambito della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente basata sul consenso informato¹²⁰, al paziente è, altresì, riconosciuto il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia oppure singoli atti del trattamento stesso; al paziente spetta, altresì, il potere di revocare, in qualsiasi momento, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Peraltro, chiarendo quello che in passato era un enorme dubbio, la legge ha precisato che per *trattamento* si intendono anche la nutrizione e l'idratazione artificiale, quest'ultima definita espressamente come somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici (art. 1, c. 5, l.n. 219/2017)¹²¹.

Del resto, ormai il principio del consenso informato è divenuto principio di carattere generale, non limitato alla sola materia bioetica e al biotestamento. Sul punto, infatti, la Corte di Cassazione afferma chiaramente che la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo preventivo, mentre, nel caso in cui tale prova non venga fornita, è necessario distinguere, ai fini della valutazione della fondatezza della domanda risarcitoria proposta dal paziente, l'ipotesi in cui il danno alla salute costituisca esito non

¹²⁰Anche su tale punto la legge è in sintonia con i contenuti del Codice di deontologia medica e, in particolare, con l'art. 20, in cui si rinvia la medesima considerazione del tempo di comunicazione tra medico e paziente come tempo di cura.

¹²¹Prima della legge non si contestava il richiamato principio costituzionale secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, ma si sosteneva che alimentazione e idratazione non fossero tali, costituendo un mero sostegno vitale. Tuttavia, già la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 in www.studiocataldi.it, a proposito di Eluana Englaro, aveva affermato il contrario, riconoscendo che idratazione e alimentazione artificiale costituissero trattamenti sanitari. Sulla stessa linea si pone la nuova legge, la quale (art. 1, c. 5) espressamente e senza possibilità di differenti interpretazioni o distinzioni, statuisce: «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Secondo M. Magliocchetti, *Biotestamento, la via italiana all'eutanasia. Quattro ragioni per ritenere questa legge ingiusta*, in *Si alla vita*, n. 1/2017, pp. 27-28, in tal modo la legge smaschera il suo intento eutanasi. L'autore infatti afferma che «questo passaggio del ddl sul biotestamento è la chiave di volta che smaschera gli intenti eutanasi dei suoi promotori. Innanzitutto è necessario specificare che terapia e cura non sono sinonimi: mentre per terapia si intende ogni trattamento sanitario finalizzato alla guarigione del malato, la cura è ogni presidio assistenziale destinato alla cura della persona (Harrison – Braunwald, *Manual of medicine*, 2016). Essendo quindi la terapia relazionata alla malattia e la cura ai bisogni della persona, intendere la nutrizione e l'idratazione come terapie sembra alquanto difficile [...]. Analogamente, il paziente che non viene alimentato e idratato correttamente si vede privato di sostegni indispensabili alla vita, come la persona sana [...]».

attendibile della prestazione tecnica, se correttamente eseguita, da quella in cui, invece, il peggioramento della salute corrisponda ad un esito infausto prevedibile *ex ante*¹²².

In tale quadro, la legge n. 219/2017 contiene alcune importanti enunciazioni di principio utili ad orientare l'interprete nel risolvere fondamentali problemi di rilevanza penale che potrebbero venire in rilievo nel singolo caso concreto: infatti, ponendo a carico del medico l'obbligo di rispettare la volontà del paziente di rifiutare il trattamento sanitario, detta legge lo esime, al tempo stesso, da qualsiasi responsabilità civile o penale. Dunque, all'obbligo del paziente di non esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, la legge fa corrispondere la mancanza, in capo al medico, di qualsiasi obbligo professionale (art. 1, c. 6, l.n. 219/2017)¹²³, anche se l'esclusione di responsabilità non copre, è bene ricordarlo, le ipotesi di colpa medica nella somministrazione del trattamento sanitario, vale a dire cioè i casi in

¹²²Così Cass., 13 ottobre 2017, n. 24074 in www.studiocataldi.it. Negli stessi termini si veda anche Cass., 5 luglio 2017, n. 16503 in www.studiocataldi.it.

¹²³In ogni caso, il medico è tenuto ad alleviare i dolori dell'assistito, anche laddove questi abbia rifiutato i trattamenti sanitari. E', infatti, sempre garantita la cosiddetta terapia del dolore, cui è dedicato l'art. 2 della legge n. 219/2017, ivi compresa la sedazione palliativa profonda e continuata, specie qualora vi siano sofferenze refrattarie a trattamenti sanitari. In particolare, in caso di prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole di somministrazione di cure o trattamenti inutili e sproporzionati.

La legge, quindi, preclude ogni forma di accanimento terapeutico, facendo, in ogni caso, salve situazioni di emergenza e di urgenza in cui il medico e l'équipe sanitaria sono obbligati ad assicurare le cure necessarie, sempre nel rispetto della volontà del paziente (art. 1, c. 7 l.n. 219/2017).

In caso di intervento medico urgente, la prima valutazione da fare è quella relativa alle effettive condizioni del paziente, in quanto, se questi è cosciente e lucido, il suo consenso deve essere sempre e comunque acquisito, eventualmente in forma sintetica o solo verbale. Diverso e più complesso è il caso in cui, invece, il paziente non sia cosciente. Infatti, se, in linea teorica, senza il consenso informato il medico non può compiere alcun intervento terapeutico, è anche vero che nelle situazioni di urgenza in cui il paziente si trovi in stato di incoscienza, non è concretamente possibile conoscerne la volontà in ordine alle cure. La questione è stata, allora, risolta dalla dottrina fondando l'esonero eccezionale dall'obbligo di acquisizione del consenso su quanto «previsto dall'articolo 54 del codice penale, secondo il quale «non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

Siamo, dunque, di fronte ad una scriminante che legittima anche azioni normalmente illegali, tra le quali pure un intervento medico condotto senza consenso, ma con l'unica finalità di salvaguardare il paziente dal pericolo di un danno grave alla salute.

Si comprende allora la ragione per cui il comma 7 del medesimo art. 1, statuendo l'obbligo del medico di rispettare la volontà del paziente di rifiutare o di rinunciare, tra l'altro, alla nutrizione e all'idratazione artificiale, prevede espressamente che il medico sia esente da responsabilità civile o penale. Stabilendone l'esenzione da responsabilità, sia civile che penale, sembra che la legge abolisca in modo surrettizio il divieto dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), oltre che, *a fortiori*, dell'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.).

cui il rifiuto del trattamento sia giustificato dall'erroneità di diagnosi o di terapia stessa. Sulla scorta dell'interpretazione dei principi evocati dalla suddetta nuova legge, non appare ormai più concretamente sostenibile la teoria tradizionale che poneva in primo piano la necessità di tutelare, da parte del medico, sempre e a tutti i costi la vita del paziente, anche contro la sua volontà, ma, anzi, sancendosi un vero e proprio diritto al rifiuto delle cure e il bisogno di acconsentire sempre e comunque alle medesime, si legittima, di fatto, un diritto di lasciarsi morire qualora la vita non appaia più degna di essere vissuta¹²⁴. E, del resto, l'art. 32 Cost. non parla di diritto alla vita, ma si riferisce esclusivamente al diritto alla salute e lo imputa prioritariamente al singolo individuo, poi alla collettività; se ne trae agevolmente, quindi, che ciascuno ha il diritto e non il dovere di vivere la propria vita.

3.1. Modalità di acquisizione e documentazione del consenso informato.

Siccome per la giurisprudenza il consenso informato è espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto, il che presuppone che siano state fornite al paziente tutte le informazioni possibili¹²⁵, e poiché nel codice di deontologia medica l'acquisizione del consenso è definita come «atto di specifica ed esclusiva competenza del medico, non delegabile» (art. 35), si pone innanzitutto il problema di comprendere se il resto del personale sanitario sia addetto a ricevere la dichiarazione di consenso del paziente, stante l'assenza di analoga previsione nella recente legge. Si potrebbe sostenere, in realtà, che, in virtù del più generale principio per cui *lex posterior derogat priori* e siccome la legge n. 219/2017 è legge ordinaria, il personale sanitario possa e, anzi, debba, in casi di temporanea assenza del medico, acquisire il consenso informato del paziente, anche in vista della necessità, come detto avallata prioritariamente dalla legge in commento, di favorirne la rapida formazione. Tuttavia, nemmeno bisogna dimenticare che l'acquisizione del consenso direttamente da parte del medico è logica conseguenza delle responsabilità che al

¹²⁴ Tale diritto, oltre a desumersi per implicito dall'impianto complessivo della legge in commento, potrebbe trovare esplicito aggancio normativo nell'art. 1, c. 5 l.n. 219/2017 che esprime con chiarezza il principio secondo cui ogni persona capace di agire ha diritto di rifiutare qualsiasi accertamento sanitario o trattamento diagnostico proposto dal medico, in tutto o in parte.

¹²⁵ Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751 in *www.studiocataldi.it*: «Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, impone che quest'ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire».

medico stesso, rispetto al resto del personale sanitario, sono addossate nonché all'onere della prova che, in relazione alle stesse, il medico assume prima di ogni altro addetto¹²⁶.

4. Le disposizioni anticipate di trattamento (cd. DAT): alcune riflessioni critiche.

L'art. 4 della legge n. 219/2017 introduce l'istituto detto "*Disposizioni anticipate di trattamento*" (DAT). Attraverso la predisposizione di tali disposizioni anticipate, un individuo può liberamente indicare i trattamenti sanitari che vuole ricevere e quelli cui intende rinunciare quando non sarà più in grado di prendere decisioni autonomamente.

Le dichiarazioni anticipate sono certamente un efficace strumento che rafforza l'autonomia individuale e il consenso informato nelle scelte mediche o terapeutiche¹²⁷.

Tuttavia, non si possono non condividere quelle opinioni tese a metterne in risalto alcune criticità.

In particolare, una prima criticità già ravvisata da molti riguarda la loro possibile superfluità: il medico, infatti, poteva già orientarsi in materia facendo ricorso alla legge n. 38/2010 che detta regole al fine di lenire la sofferenza attraverso la terapia del dolore e la sedazione palliativa profonda. Del resto, senza una legge come quella in commento sarebbe stato comunque possibile esprimere disposizioni anticipate di trattamento avvalendosi dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto nel nostro ordinamento dalla l.n. 6/2004 e disciplinato dettagliatamente nel codice civile. L'amministratore di sostegno può essere, infatti, nominato dal giudice tutelare per la persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi (art. 404 co 1 c.c.)¹²⁸. Si tratta di un istituto

¹²⁶ Secondo infatti Cass., 13 ottobre 2017, n. 24074 in *www.studiocataldi.it*: «In tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire indicazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo».

¹²⁷ Vale la pena di ricordare l'intervento del Comitato nazionale per la Bioetica (18 dicembre 2003), cit., con il quale si è affermato che le dichiarazioni anticipate di trattamento si iscrivono in un positivo processo di adeguamento della nostra concezione dell'atto medico ai principi di autonomia decisionale del paziente.

¹²⁸ Rispetto ai contigui istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, pure destinati alla cura e protezione di soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno presenta il vantaggio di limitare nel modo minore possibile la capacità d'agire del beneficiario. Ai sensi dell'art. 409, c. 1 c.c., quest'ultimo, infatti, conserva la capacità

di protezione dei soggetti deboli, snello e agevole, che garantisce molti diritti e facoltà.

Prima dell'entrata in vigore della legge in commento, l'autodeterminazione del paziente era dunque già valorizzata dal legislatore, potendo ciascuno esprimere le proprie volontà redigendo davanti ad un avvocato o ad un notaio un biotestamento nel quale indicare quali cure accettare o rifiutare per il fine vita. Nel documento si sarebbe dovuto designare, per l'appunto, un amministratore di sostegno, ovvero un parente o un amico¹²⁹. In casi d'urgenza, un Giudice avrebbe dovuto ratificare il documento: il potere giudiziale assicurava così un controllo preventivo sul contenuto delle dichiarazioni espresse le quali, quindi, non possedevano quel carattere aprioristico di vincolatività che, invece, conferisce loro l'attuale legge.

Sotto questo profilo, allora, la legge n. 219/2017, nella misura in cui abolisce ogni controllo giudiziale, preventivo o successivo in ordine al contenuto della volontà del paziente espressa nelle DAT, non è immune da gravi riserve e censure, tanto più che, come meglio si dirà, non è prevista nemmeno la possibilità per il medico di esprimere obiezione di coscienza rispetto alle scelte del paziente.

Un'altra grave pecca delle DAT concerne, come si è avuto modo di evidenziare, proprio il loro carattere vincolante, risultante non soltanto dalla terminologia adottata, ma soprattutto dal comma 5 dell'art. 4, l.n. 219/2017, ove è detto che il medico «è tenuto al loro rispetto», tranne «qualora sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di assicurare possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Va preliminarmente evidenziato che la legge parla di *disposizioni* e non di *dichiarazioni*, come, in un primo momento, si era proposto nel corso dei lavori preparatori. A tal riguardo, va da sé che, mentre la dichiarazione indica un orientamento, la disposizione equivale ad un ordine. Questa dicotomia è cruciale per individuare il fine di una qualsiasi normativa che conferisca valore ad un atto anticipato di ciascun soggetto. Se l'atto deve essere interpretato – e così vuole la legge in commento – come una disposizione, esso è vincolante per il medico, anche se palesemente assurdo o dannoso. Inteso in questo modo, l'atto è, però, sì pura espressione dell'autodeterminazione soggettiva, ma completamente avulsa da

d'agire per tutti quegli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.

¹²⁹ Di tal che discende altresì l'inutilità della previsione che consente la nomina di un fiduciario (art. 4, c. 1, l.n. 219/2017), nella misura in cui i compiti di rappresentanza nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie che la disposizione in commento attribuisce al fiduciario potevano già essere svolti dall'amministratore di sostegno.

una qualsiasi forma di controllo giuridicamente rilevante sul bene della persona.

La legge, dunque, contro la legislazione internazionale che non attribuisce alle dichiarazioni anticipate un carattere vincolante¹³⁰, si schiera per la posizione radicale. Peraltro, in molte circostanze, e in numerose altre che soltanto l'esperienza sarà in grado compiutamente di rivelare, il medico si troverà legato a disposizioni date, magari anche anni ed anni prima, avventatamente o senza adeguata riflessione, in un momento nel quale non si presentava concretamente la situazione in cui il consenso o il dissenso devono, viceversa, avere effetto.

La legge si rivela così inaspettatamente contraria al principio, enunciato nell'art. 1, del consenso informato, se si considera che il consenso può essere veramente libero e informato soltanto quando, trovandosi il soggetto in una determinata occorrenza di malattia, gli vengano spiegate le proprie condizioni di salute e le diagnosi, le prognosi, i benefici e i rischi dei trattamenti sanitari, le possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento e della rinuncia al medesimo. Pertanto, può dirsi che una disposizione effettuata anticipatamente, magari anni prima rispetto al momento in cui si pone la necessità del trattamento, non corrisponde veramente ad un consenso informato, bensì esclusivamente ad un desiderio. Da questo punto di vista, la legge va contestata per la sua sostanziale contraddittorietà, giacché, tramite la vincolatività delle DAT, travolge il principio del consenso informato che soltanto fittiziamente pare posto a fondamento dell'intera legge stessa. In particolare, questa norma, oltre a svilire intrinsecamente la professionalità del medico – che potrebbe diventare mero esecutore delle volontà o dei desideri del paziente¹³¹ –, si pone in contrasto con la Convenzione di Oviedo che sancisce

¹³⁰ Statuisce, infatti, l'art. 9 della Convenzione di Oviedo: «*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*».

¹³¹ Sul punto, tuttavia, non si possono trascurare le argomentazioni del tutto contrarie di B. De Filippis, cit., p. 88 che afferma invece: «L'indicazione dell'importanza della relazione di cura e fiducia pone in luce altresì il ruolo del medico che non è un mero esecutore delle indicazioni del paziente, ma un co-protagonista della scena. I riferimenti alla libertà e all'autodeterminazione del paziente, contenuti nel comma precedente, non risultano sminuiti o negati, ma assumono una connotazione di maggiore equilibrio, nel momento in cui il ruolo del medico, al pari di quello del paziente, viene, sottolineandone l'importanza, delineato».

L'opinione qui espressa non si ritiene convincente nella misura in cui lo stesso Autore riconosce che resta il paziente il centro dell'impegno terapeutico e, da ultimo, l'arbitro finale delle decisioni, per cui il personale medico non può sostituirsi al paziente nella scelta del se somministrare o meno l'informazione sulle condizioni di salute per il bene del paziente stesso, né nella scelta del se iniziare o proseguire o meno una specifica terapia. Non c'è dubbio, allora, che la legge abbia, da questo punto di vista, notevolmente attenuato i doveri del medico e in generale del personale sanitario, sollevandoli dal peso di difficili scelte e, per di più, da ogni tipo di eventuale responsabilità.

il principio secondo il quale i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che al momento dell'intervento non sia in grado di esprimere la propria volontà, saranno semplicemente «tenuti in considerazione» dal medico¹³². D'altra parte, lo stesso art. 4, c. 5, l.n. 210/2017, nel disporre la vincolatività delle DAT, si pone, in contrasto pure con l'art. 38 del Codice di deontologia medica laddove è previsto, per l'appunto, che il medico «tiene conto» delle dichiarazioni anticipate del paziente¹³³.

Come se non bastasse, anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, già in un parere del 2003, aveva auspicato che un'eventuale legge in materia obbligasse il medico a prendere in considerazione le DAT, escludendone espressamente il carattere vincolante¹³⁴.

In ogni caso, gli aspetti di criticità della legge in questione non si limitano a quelli testé illustrati. Un altro non meno importante difetto consiste nella mancata previsione del diritto all'obiezione di coscienza da parte dei medici e del personale sanitario¹³⁵.

5. La mancata previsione dell'obiezione di coscienza del personale medico-sanitario.

Come accennato, la legge n. 219/2017 non disciplina l'obiezione di coscienza del medico e del personale sanitario¹³⁶.

¹³² Il Comitato Nazionale di Bioetica, nell'autorevole parere reso in tema sopra citato, sottolineò che ogni persona ha diritto di esprimere i propri desideri in relazione alle terapie, anche in modo anticipato, ma questo esclude che tali dichiarazioni possano essere vincolanti per il medico, soprattutto quando siano in contrasto con il diritto positivo, con le norme di buona pratica clinica, con la deontologia medica o quando pretendano di imporre attivamente al medico pratiche per lui inaccettabili in scienza e coscienza: inoltre, il paziente in tali dichiarazioni non può essere legittimato a chiedere e ad ottenere trattamenti eutanasi.

¹³³ *All'art. 38 del Codice di deontologia medica è testualmente previsto che: «Il 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».*

¹³⁴ Il riferimento è all'intervento del Comitato nazionale per la Bioetica (18 dicembre 2003).

¹³⁵ A differenza di quanto previsto dalla legge sull'aborto (art. 9, l.n. 194/1978).

¹³⁶ La lacuna desta preoccupazioni in sé, e per quanto affermato nei lavori preparatori, fra gli altri, dalla relatrice del provvedimento al Senato, la presidentessa della Commissione Igiene e Sanità Emilia De Biasi, che nella seduta del 12 giugno 2017 aveva detto testualmente: «Il tema dell'obiezione di coscienza della struttura noi lo abbiamo già affrontato nella prima audizione che abbiamo fatto. In particolare, parliamo naturalmente della sanità convenzionata [...]. E quelle di carattere religioso è evidente che hanno un problema, che è un problema che riguarda però il Concordato. E quindi non è evidentemente la sede legislativa la sede adeguata per poter discutere di questo argomento. Nel senso che ci sono accordi precisi fra Stati e quindi evidentemente ci si richiamerà in eventuali ricorsi alla Corte costituzionale per sciogliere questo nodo». Aggiungendo che nell'ipotesi di conflitti la soluzione sarebbe stata togliere le convenzioni agli enti

L'obiezione di coscienza è un diritto fondamentale della persona umana, tutelato dalla Costituzione (artt. 2, 19 e 21), dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo¹³⁷ e dalle Convenzioni internazionali sui diritti umani¹³⁸. A sua volta, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 9, riconosce «ad ogni persona» il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione¹³⁹.

Se è vero che l'obiezione di coscienza è garantita come vero e proprio diritto fondamentale

ospedalieri d'ispirazione cattolica (cfr. sito Internet del Senato http://webtv.senato.it/4621?video_evento=3768, a partire dal minuto 35).

In sede di approvazione parlamentare, l'onorevole Beatrice Lorenzin ha riconosciuto l'esistenza del problema, al punto che ha annunciato un incontro con i rappresentanti degli istituti sanitari religiosi al fine di individuare un equilibrio fra le nuove norme e la tutela delle intime posizioni di coscienza dei medici e del personale sanitario. Tuttavia, nella versione definitiva, il testo della legge n. 219/2017 non si preoccupa di contemplare il diritto di obiezione di coscienza dei medici e del personale sanitario.

¹³⁷ La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo nel preambolo proclama: «*tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza*». All'art. 18 la Dichiarazione precisa, inoltre, che «*ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione*».

¹³⁸ La prima norma nell'ordinamento italiano a disciplinare l'obiezione di coscienza è stata la legge 15 dicembre 1972 n. 772 (la cosiddetta Legge Marcora dal nome del suo relatore) seguita dal relativo regolamento di attuazione di cui al D.P.R. 28 novembre 1977 n. 1139, recante «Norme di attuazione della legge 15 dicembre 1972, n. 772, sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza». L'obiezione di coscienza per i professionisti sanitari è prevista per l'interruzione volontaria di gravidanza introdotta in Italia dalla legge 22 maggio 1978 n. 194 dall'art. 9.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 467 del 1991, in www.giurcost.org, è intervenuta sull'obiezione di coscienza in relazione al servizio militare (in quel momento obbligatorio) nei termini seguenti: «*A livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico. In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima. Di qui deriva che – quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione) – la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana*».

¹³⁹ La Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel caso *Ercep c. Turchia* (decisione del 22/11/2011) in www.eurllex.europa.it, ha affermato a tal proposito che «*ciò che è protetto dall'Articolo 9 della Convenzione, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, è uno dei fondamenti di una società democratica ai sensi della Convenzione. Si tratta, nella sua dimensione religiosa, di uno degli elementi più essenziali per l'identità dei credenti e per la loro concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti. Si tratta del pluralismo, conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli e da cui dipende il tipo di società*».

dalle fonti nazionali e sovranazionali, la sua mancata previsione nella legge in commento ne renderà, senza dubbio, assai complicato e rischioso l'esercizio, alimentando la possibilità di contenziosi: l'ultima parola sarà così affidata alle mutevoli decisioni dei singoli giudici, i quali, a loro volta, potrebbero saggiamente decidere di rivolgersi alla Corte Costituzionale, segnalando la parziale incostituzionalità della legge, limitatamente alla parte in cui non prevede l'esercizio del suddetto diritto¹⁴⁰.

Ebbene, se è vero che l'obiezione di coscienza trova il suo fondamento costituzionale negli articoli 2, 19 e 21 Cost., ben si può sostenere che l'operatività di tali articoli non si fermi in assenza di una esplicita previsione del legislatore. Al tempo stesso, però, poiché manca la regolamentazione nel dettaglio del concreto esercizio di questo diritto, gravissimi problemi potrebbero verificarsi nel momento in cui l'obiezione sarà sollevata tra le corsie di un ospedale.

Alla luce del quadro costituzionale e convenzionale sopra tracciato, si può però provare a valorizzare quanto previsto dalla legge sulle DAT in un periodo, aggiunto dalla Camera dei Deputati all'art. 1, comma 6: «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Dall'esame dei lavori preparatori emerge che tale inserimento fosse finalizzato proprio al riconoscimento dell'esercizio del diritto di obiezione di coscienza. La previsione ora ricordata è tuttavia ambigua, essendo oltretutto preceduta dall'affermazione che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario». Ciononostante essa, ove interpretata alla luce del dato costituzionale e convenzionale sopra citato, può costituire un ulteriore argomento per invocare l'obiezione di coscienza dei medici.

Al tempo stesso, poiché l'art. 1, c. 6 della legge in esame fa espresso riferimento ai medici e non anche agli infermieri e in generale al resto del personale sanitario, questi ultimi rischiano di essere coinvolti obbligatoriamente nelle pratiche che determineranno la morte dei pazienti, senza, a ben vedere, poter invocare l'obiezione di coscienza.

Secondo contrario avviso, la previsione dell'obiezione di coscienza, non espressamente contenuta, come detto, nel testo di legge in commento, non potrebbe desumersi, in questi

¹⁴⁰E' evidente che la legge, nella parte in cui non prevede l'obiezione di coscienza, viola segnatamente l'art. 7 della Costituzione che dà copertura, nel nostro ordinamento, al diritto di obiezione di coscienza.

casi, in via interpretativa, in base ai principi generali, in quanto con la legge n. 219/2017 non si prospetterebbe la possibilità che il medico sia chiamato a compiere atti che contrastino con la sua coscienza, tali da dover postulare la necessità di un'astensione dagli stessi¹⁴¹. In altri termini, poiché la legge in esame non permetterebbe comunque al medico di compiere atti intrinsecamente eutanasi, non si prospetta la necessità di assicurargli la possibilità di esercitare il diritto di obiezione di coscienza.

L'adesione all'una o all'altra delle tesi in gioco dipende, evidentemente, dal valore riconosciuto agli atti che permettono l'interruzione del trattamento sanitario su consenso del paziente: se detti atti vengono considerati come interruttivi del diritto alla vita e quindi come espressione riflessa dell'esercizio di un nuovo diritto di lasciarsi morire, allora, dovrebbe essere correttamente assicurata al medico la possibilità di esercitare l'obiezione di coscienza, come già si prevede, d'altronde, in materia d'interruzione volontaria della gravidanza (art. 9, l.n. 194/1978). In caso contrario, ove, invece, si escluda in radice che gli atti richiesti dal paziente al medico possano avere un contenuto eutanasi, il riconoscimento dell'obiezione di coscienza risulterebbe una mera superfetazione, tale, però, da non escludere, quantomeno in astratto, la vigenza di tale diritto, sulla base dei principi generali che lo regolano.

6. Conclusioni.

La legge in commento è da apprezzare nella misura in cui ha finalmente colmato il perdurante silenzio legislativo sui temi connessi al *fine vita*.

In passato, nel vuoto normativo gli operatori giuridici e, specialmente la Magistratura, erano costretti a farsi carico di individuare soluzioni per singoli casi concreti che tracciassero la strada per la decisione di situazioni analoghe, con la conseguenza, tuttavia, di decisioni limitate al singolo caso e, in ogni caso, spesso profondamente ingiuste o discriminatorie se rapportate a casi simili.

Va, altresì, messa in risalto la buona qualità della medesima legge sul piano lessicale: si è adottato un linguaggio comprensibile a medici e pazienti e appaiono appropriate talune prese di posizione terminologiche e ideologiche, come quella che ha indotto a fare riferimento, all'articolo 4, a *disposizioni* e non a semplici *dichiarazioni* anticipate di

¹⁴¹Così B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, cit., p. 100.

trattamento, muovendo dunque dal presupposto che le DAT non abbiano carattere meramente orientativo, ma debbano essere pienamente rispettate.

Traspare in termini generali la condivisione del ruolo cruciale del consenso informato, fondato su un'interpretazione dell'art. 32, co. 2 Cost., che, in rapporto anche all'art. 13 Cost., riconosce la massima ampiezza possibile all'autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà del paziente di lasciarsi morire attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare.

Si tratta di una conferma che ha anche il merito di sgombrare il campo da possibili fraintendimenti: nessuna apertura ad un inesistente diritto di morire, quanto la formalizzazione di un diritto di rifiutare tutte le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti ad una determinata terapia (operando una scelta sull'*an* ma anche sul *quomodo* della stessa) solo in presenza di un consenso informato¹⁴².

Tuttavia, come detto, la medesima legge, se da una parte sancisce finalmente i principi del consenso informato e dell'autodeterminazione del paziente, dall'altra non riconosce come inviolabile il diritto alla vita umana¹⁴³, sancendone, anzi, l'espressa disponibilità. Valorizzando questo dato, si potrebbe sostenere che la medicina sia stata, ormai, orientata non al bene del paziente ma al rispetto assoluto della volontà del paziente, con il grave inconveniente che tale volontà sia stata espressa, magari anni prima, e in contesti diversi e, cosa più importante, senza assicurare alcun controllo giudiziale, preventivo o successivo, sul contenuto di questa volontà¹⁴⁴.

¹⁴² Così C. Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁴³ Diversamente da quanto previsto nel testo sul *fine vita* approvato nella XVI Legislatura dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011, del quale è poi mancata l'approvazione definitiva da parte del Senato.

¹⁴⁴ E' appena il caso di ricordare che, fino a questo espresso intervento normativo, la nostra tradizione giuridica portava ad affermare il principio di indisponibilità del bene vita la quale veniva protetto anche contro la volontà del suo titolare, in quanto riflesso della sua indisponibilità. Tale principio trovava esplicita conferma, da un lato, nella inapplicabilità ai fatti lesivi del bene vita dell'art. 50 c.p., se non entro i limiti del consenso validamente prestato, quando sia possibile, e, dall'altro, nelle norme che puniscono l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio (artt. 579 e 580 c.p.). Dunque, di regola, non si consentiva mai al soggetto di disporre della propria vita, neanche nei casi in cui la sua prosecuzione, a causa di patologie particolarmente gravi e di malattie e stati invalidanti, risultasse non più dignitosa. Oramai da tempo, infatti, la giurisprudenza, sia nazionale (per es. caso Welby, caso Englaro) sia sovranazionale, già riconosceva il diritto di autodeterminarsi quantomeno rispetto al trattamento medico-sanitario mediante il principio del cd. consenso informato. Pertanto, il riconoscimento del diritto di autodeterminazione rispetto al trattamento medico che si ritiene si possa ricavare dal principio personalistico ex art. 2 Cost., nonché nell'art. 32 Cost. (non obbligatorietà dei trattamenti sanitari che possono essere imposti solo in casi tipici) ha senza dubbio attenuato il principio d'indisponibilità del bene vita e quindi indirettamente posto le basi per il pieno riconoscimento, ad opera della nuova legge sul biotestamento, di un vero e proprio diritto di lasciarsi morire. Del resto, tale

Come già accennato, la legge sul biotestamento potrebbe rivelarsi, in definitiva, inaspettatamente superflua, nella misura in cui, già prima di essa, l'istituto civilistico dell'amministrazione di sostegno ben poteva prestarsi ad essere impiegato per ottenere i risultati invocati con l'espressa legge in commento¹⁴⁵. Pertanto, più che confezionare

diritto ormai ha trovato riconoscimento anche dalle fonti sovranazionali come la Convenzione di Oviedo e la CEDU.

¹⁴⁵ In merito, del resto, anche C. Casonato, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in F. Lucrezi e F. Mancuso (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Catanzaro, 2010, p. 10, affermava che «lo stato dell'arte in materia presenti un spazio ordinamentale scomposto e non compiuto, ma certamente non del tutto vuoto». A conferma di ciò, è intervenuta la Corte costituzionale (ord. n. 334 dell'8 ottobre 2008 in www.giurcost.org) che ha dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato da Camera e Senato nei confronti della sentenza n. 21748/2007 della Cassazione che avrebbe – a loro avviso – «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria» colmando così un vuoto normativo attraverso una «vera e propria attività di produzione normativa». L'ordinanza della Consulta, al riguardo, replica come la Cassazione abbia adottato provvedimenti «aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali» giungendo ad una soluzione sulla base dell'interpretazione di «materiale normativo rilevante». In secondo luogo, sono chiariti i presupposti per rendere operative le direttive anticipate di trattamento: il principio di parziale e condizionata disponibilità del bene vita, la possibilità di ricostruire in base ad elementi probatori chiari e univoci la volontà della persona incapace, il ruolo del curatore speciale, del tutore e dell'amministratore di sostegno, la configurabilità di nutrizione e idratazione artificiali quali trattamenti propriamente sanitari e rifiutabili. In stretto riferimento alla disciplina delle volontà anticipate, in terzo luogo, appare evidente la presenza di un obbligo deontologico in capo al medico di tener conto di quanto precedentemente manifestato dalla persona incapace in modo certo e documentato; obbligo cui è possibile collegare il dovere di motivare in cartella clinica l'eventuale scostamento dalle direttive fornite in via anticipata. In quarto luogo, va confermata l'efficacia della figura dell'amministratore di sostegno appositamente nominato nel rappresentare le volontà del soggetto divenuto incapace anche in termini di rifiuto di trattamenti di sostegno vitale. In quinto luogo, si è gradualmente definito un principio giurisprudenziale per cui, anche in assenza della redazione di un documento specifico, ma solo in caso di accertato stato vegetativo irreversibile, la volontà in materia di trattamenti di sostegno vitale può essere rappresentata e va concretamente rispettata sulla base di elementi di prova chiari, concordanti e convincenti tratti dalla personalità, dallo stile di vita e dai convincimenti della persona incapace, tali da permettere la ricostruzione dell'idea di dignità in cui la stessa credeva.

Nello stesso ordine d'idee anche S. Rossi, *I chiaroscuri della legge sul biotestamento*, su www.lacostituzione.info, 22 aprile, 2017. Sul punto, ancora, C. Casonato, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, cit., p. 11 già alcuni anni fa affermava che «alcuni elementi, al contrario, conducono a non considerare necessario l'intervento legislativo, e a non poterlo in ogni caso considerare davvero dirimente e risolutivo. Si pensi, al riguardo, a come molti degli Stati degli Stati Uniti abbiano da anni legiferato in materia di *advance directives*, ma come concretamente solo una esigua minoranza della popolazione (15-20%) abbia redatto un *living will*. E in Francia, a fronte di due leggi intervenute (anche) in materia, la soluzione concreta dei casi critici di fine-vita non pare risentire delle novità normative, continuando a fondarsi su un'ampia discrezionalità del medico. Oltre a ciò, può considerarsi in via più generale come difficilmente una legge in materia possa intervenire a disciplinare in maniera definitiva e nei dettagli materie così difficili come quelle qui trattate, all'interno delle quali un singolo aspetto specifico può fare la differenza. In questi termini, il biodiritto pare dimensione normativa la cui efficacia dipende da una serie di variabili non sempre prevedibili e – soprattutto – generalizzabili: una fitta trama di “se e ma” che condizionano l'applicabilità e la percezione della bontà della soluzione normativa. Così, ad esempio, anche nelle materie in cui esiste una disciplina chiara e specifica – si pensi al divieto di assistenza al suicidio o di omicidio del consenziente – il panorama di diritto comparato offre ormai con una certa frequenza casi in cui la norma codicistica è stata ritenuta eccessivamente rigida, sproporzionata, e quindi disapplicata in favore di una soluzione di natura equitativa ritenuta, talvolta perfino dalla pubblica accusa, più corrispondente al senso di giustizia sostanziale».

un'apposita legge *ad hoc*, che difficilmente risulta in grado di prevedere tutti i singoli specifici casi che possono verificarsi nella realtà di tutti i giorni, sarebbe stato opportuno che il legislatore si fosse limitato a tracciare le linee orientative ed i principi in base ai quali ulteriori fonti normative o altri organi potranno adottare, modulandola in riferimento alle specificità del caso concreto, la soluzione più adatta per la singola fattispecie. Rispetto a prima, essa sembra, per di più, risultare meno efficace, nella misura in cui nemmeno indebolisce, ma abolisce del tutto il controllo preventivo giudiziale sul contenuto delle dichiarazioni espresse le quali, così, non possedevano quel carattere aprioristico di vincolatività che, invece, conferisce loro la legge in commento.

Sotto questo profilo, allora, la legge, come ampiamente illustrato, non è immune da gravi riserve e censure rispetto al catalogo di valori assiologici accolti dalla nostra Carta Costituzionale.

Del resto, nemmeno si può tralasciare di considerare che nel presente contributo sono stati presi in esame solo alcuni articoli della legge 219/2019. Interessante sarebbe, altresì, commentare le scelte legislative in ordine soprattutto all'area di responsabilità, civile, penale e deontologica, che residua in capo al personale sanitario in seguito all'approvazione di questa nuova legge. Nemmeno si è potuta evidenziare la pregevolezza o, al contrario, la superfluità delle scelte in ordine alle DAT di minori, interdetti e incapaci.

In conclusione, la nuova legge è destinata a porsi quale imprescindibile punto di (ri)partenza nel percorso intrapreso e ormai non più reversibile diretto a rendere effettiva, nelle sue declinazioni pratiche, la libertà di autodeterminazione terapeutica di ciascuno nelle scelte di fine vita.

Abstract: Il presente contributo analizza alcuni articoli della nuova legge sul biotestamento (l. n. 219/2017), al crocevia dei rapporti tra diritto alla salute, consenso informato e libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, offrendo agli interpreti significativi spunti di riflessione, anche nella dimensione penalistica, e coinvolgendo molteplici valori contenuti sia nella Costituzione, sia in fonti sovranazionali, quali, in particolare, la Convenzione di Oviedo e la Carta di Nizza.

Vengono qui presi in considerazione soltanto alcuni articoli della nuova legge che, quale risultato fortemente voluto dalle associazioni di categoria, all'art. 4, permette ad ogni cittadino capace di agire di redigere delle dichiarazioni anticipate di trattamento (c.d. DAT)

per il caso in cui, in futuro, non dovesse trovarsi in grado di esprimere le proprie volontà in ordine ai trattamenti sanitari cui sottoporsi o meno.

Come si cercherà di dimostrare, le dichiarazioni anticipate di trattamento sono senza dubbio un valido ed efficace strumento che rafforza l'autonomia individuale e il consenso informato della persona nelle scelte mediche. Tuttavia, è anche vero che la legge in questione non è immune da censure e critiche se posta in raffronto con alcuni principi e valori fondamentali della nostra Carta costituzionale.

In particolare, non va sottaciuto che, se la legge è da apprezzare certamente nella misura in cui introduce, per la prima volta, una espressa definizione di consenso informato (art. 3), al tempo stesso, diversamente da quanto era previsto in passato, abolisce qualsiasi forma di controllo giudiziale, preventivo o successivo, sul contenuto delle DAT. Nemmeno va tralasciato che, in disparte la questione del se la legge asseconi o meno scelte eutanasiche, non viene prevista la possibilità per il medico e, in generale, il personale sanitario di esercitare il diritto di obiezione di coscienza, riconosciuto finanche da fonti sovranazionali. La legge in questione, dunque, è destinata a porsi quale imprescindibile punto di (ri)partenza nel percorso intrapreso e ormai non più reversibile diretto a rendere effettiva, nelle sue declinazioni pratiche, la libertà di autodeterminazione terapeutica di ciascuno nelle scelte di fine vita.

Abstract: This paper analyzes some articles of the new law on biotestation (l. n 219/2017), at the crossroads of the relationship between the right to health, informed consent and freedom of self-determination in therapeutic choices, offering interpreters significant food for thought, even in the penal dimension, and involving multiple values contained both in the Constitution and in supranational sources, such as, in particular, the Oviedo Convention and the Charter of Nice.

Here only some articles of the new law are taken into consideration which, as a result strongly desired by the trade associations, in art. 4, allows any citizen capable of acting to draw up early declarations of treatment (so-called DAT) for the case in which, in the future, should not be able to express their wishes in relation to health treatments to be submitted or not.

As we will try to demonstrate, advance declarations of treatment are undoubtedly a valid and effective tool that strengthens individual autonomy and informed consent of the person

in medical choices. However, it is also true that the law in question is not free from criticism and criticism if compared with some fundamental principles and values of our Constitution. In particular, it should not be ignored that, if the law is to be appreciated, to the extent that it introduces, for the first time, an explicit definition of informed consent (Article 3), at the same time, unlike what was previously envisaged, abolishes any form of judicial, preventive or subsequent control over the content of the DAT. Nor should it be left out that, on the sidelines, the question of whether the law is second or not euthanical choices, the possibility for the doctor and, in general, the medical staff to exercise the right to conscientious objection, recognized even by supranational sources, is not provided.

The law in question, therefore, is destined to act as an unavoidable point of (re) departure in the path undertaken and now no longer reversible, aimed at making effective, in its practical declinations, the freedom of therapeutic self-determination of everyone in the choices of end of life.

Parole chiave: fine vita – testamento biologico – biotestamento.

Key words: end of live – biological testament – living will.