

Prime osservazioni sul d.d.l. in materia di “alleanza terapeutica, consenso informato, dichiarazioni anticipate di trattamento”: quando l’indisponibilità del diritto alla vita si traduce nell’impossibilità di autodeterminazione

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *I contenuti del d.d.l. approvato dalla Camera il 12 luglio 2011.* – 3. *La tutela del diritto alla vita e del diritto alla salute.* – 4. *L’autodeterminazione negata ed il ruolo del medico.* – 5. *Le possibili limitazioni alla volontarietà dei trattamenti sanitari ad opera della legge.* – 6. *Il limite della dignità umana.* – 7. *Il problema dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale: trattamenti sanitari o presidi di cura?* – 8. *Il progetto di legge spagnolo in corso di approvazione e la regolazione della materia in Europa.* – 9. *Considerazioni conclusive.*

1. *Premessa.* – Nel momento in cui si scrive il disegno di legge recante “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*” – approvato dal Senato in data 26 marzo 2009 in un testo risultante dall’unificazione di una serie di disegni di legge – è stato successivamente approvato anche dalla Camera dei Deputati, con numerosi emendamenti, in data 12 luglio 2011 e poi trasmesso nuovamente alla Presidenza del Senato in data 13 luglio 2011 per una nuova approvazione.

Il legislatore, di fronte alla necessità di colmare la persistente lacuna legislativa in materia, si trova a dover operare un bilanciamento tra i principi costituzionali rilevanti, i quali, complessivamente, nella loro indeterminatezza, se da una parte già assicurano, in vero, una base giuridica sufficiente in tema di ‘testamento biologico’ e delle questioni ad esso connesse<sup>1</sup>, dall’altra mostrano la loro stessa potenzialità ad esprimere norme di contenuto opposto (permissiva o di divieto), tal che l’intervento del legislatore si rende fuori di dubbio

---

\**Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli Studi di Perugia -[mannellaf@inwind.it](mailto:mannellaf@inwind.it).*

<sup>1</sup> Secondo taluni una legge sul testamento biologico risulterebbe addirittura superflua, stante la presenza di principi costituzionali rilevanti in materia che già hanno trovato applicazione diretta in numerosi casi ad opera della giurisprudenza comune: cfr. in tal senso M. VILLONE, *Costituzione liberale vs. legislatore illiberale. Il caso del “testamento biologico”*, leggibile in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) e in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 3 maggio 2011, § 1; e più ampiamente ID., *Il diritto di morire*, Napoli 2011, 46 ss., ove altresì l’Autore evidenzia i profili di incostituzionalità che presenta il ddl in materia, nel testo approvato nel 2009; nel senso che la mediazione del legislatore non sarebbe necessaria, potendo il giudice applicare direttamente i principi costituzionali rilevanti in materia cfr. anche S. RODOTÀ, *Sul testamento biologico si segua la Costituzione*, in *La Repubblica* del 5 ottobre 2008.

necessario, quanto meno e se non altro per ciò che concerne le modalità di formalizzazione e di accertamento delle eventuali determinazioni terapeutiche e di fine vita.

I principi costituzionali rilevanti in materia, come è noto, sono il diritto alla vita da un lato, la dignità umana, il diritto alla salute, la libertà personale, il principio di autodeterminazione terapeutica ed il conseguente consenso informato dall'altro.

In assenza di disposizioni legislative al riguardo che tengano conto e diano attuazione a tali principi, la giurisprudenza comune – ma anche la giurisprudenza costituzionale, seppur in diversi settori e con finalità diverse – si è trovata a doverli applicare in via diretta, a seguito di una loro ponderazione e del relativo bilanciamento, dando talvolta preminenza al diritto alla vita in ogni sua forma e tal'altra, assai più di frequente, al principio di autodeterminazione terapeutica, facendo dunque prevalere in quest'ultimo caso la libertà personale nella sua più ampia accezione, perfino nelle determinazioni di fine vita, soprattutto alla luce di quanto precisamente già dispone l'art. 32, 2° co., Cost., laddove, tramite il meccanismo della doppia negazione, stabilisce che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge la quale, in nessun caso, può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

*2. I contenuti del d.d.l. approvato dalla Camera il 12 luglio 2011.* – L'analisi dei contenuti dell'articolato in commento – che si presenta attualmente strutturato in soli otto articoli – tuttavia, mostra, nella ponderazione tra principi compiuta dal legislatore, almeno una qualche incongruenza, se non contraddittorietà, rivelando, a ben vedere, l'assenza o la carenza di un vero e proprio bilanciamento e lasciando pertanto intravedere plausibili profili di incostituzionalità.

Al fine di evidenziare tali profili, è utile ripercorrere per punti salienti il disegno di legge, come da ultimo approvato:

a) Il d.d.l. in commento richiama, da subito, in apertura (art. 1, "*Tutela della vita e della salute*"), i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 (il riferimento al quale è stato aggiunto, da ultimo, in sede di discussione alla Camera), 13 e 32 della Costituzione, alla luce dei quali riconosce la preminenza:

- del *diritto alla vita*, quale diritto inviolabile, e la sua conseguente *indisponibilità* sino alla morte (accertata nei modi di legge), da garantirsi *anche nella fase terminale* e nei casi in cui la persona non sia più capace di intendere e di volere;

- della *dignità umana* del malato, rispetto “all’interesse della società” ed alle applicazioni scientifiche e tecnologiche;

- del *diritto alla salute*, come diritto ‘fondamentale’ dell’individuo e interesse della collettività. Nel ribadire poi che nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari coattivi, salvo i peculiari casi previsti dalla legge, si specifica altresì che nessun trattamento sanitario può essere attivato in assenza di *consenso informato*.

Sin dal primo articolo, peraltro, si pone in evidenza il *divieto assoluto di eutanasia* (e di qualsiasi forma di assistenza o di aiuto al suicidio), ai sensi delle già presenti disposizioni del codice penale, poiché obbligo dell’attività medica resta quello di tutelare la salute e la vita e di alleviare, comunque sia, le sofferenze (attraverso un’adeguata terapia contro il dolore), per il tramite di un’*alleanza terapeutica* con il paziente e del relativo consenso informato, potendosi il medico astenere da trattamenti *straordinari* che possano presentarsi come *sproporzionati* solamente nei casi in cui il paziente versi in condizioni di morte imminente.

b) In merito al *consenso informato* (art. 2 d.d.l.), esso è indicato come momento prodromico imprescindibile prima dell’attivazione di qualsiasi trattamento sanitario (a meno che non ci si trovi in una situazione di rischio attuale e immediato per la vita del paziente), in modo da consentire l’instaurarsi della c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente.

Tale alleanza consensuale *può* poi essere formalizzata (se il medico lo ritenga necessario o il paziente stesso lo richieda) in un documento sottoscritto da entrambi (sempre revocabile) il quale, per volontà del medico o del paziente, potrà essere inserito nella cartella clinica.

Il consenso informato in caso di soggetti interdetti, inabilitati o minori sarà prestato dai tutori, curatori o amministratori di sostegno<sup>2</sup>, con lo scopo esclusivo, in ogni caso, della salvaguardia della salute e della vita del soggetto incapace.

c) L’art. 3 del d.d.l. (*Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*) indica i contenuti che deve presentare la c.d. dichiarazione anticipata di trattamento che ogni soggetto può decidere di formalizzare con riguardo ai casi eventuali di futura perdita “permanente” delle capacità di intendere o di volere: egli può, ora, esclusivamente esprimere “*orientamenti e informazioni utili per il medico*” circa *l’attivazione di trattamenti terapeutici*

---

<sup>2</sup> L’amministratore di sostegno è figura giuridica introdotta nel codice civile dalla l. n. 6 del 2004. Secondo l’art. 408 c.c. “l’amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata”.

in conformità alla legge in corso di approvazione<sup>3</sup>, potendo effettivamente rinunciare solamente a quelli che presentino carattere “*sproporzionato o sperimentale*”.

L'articolo si sofferma poi, in particolare, sulla controversa problematica relativa *all'alimentazione e all'idratazione forzata*, specificando che alimentazione e idratazione sono trattamenti *indisponibili*, che pertanto non possono essere oggetto di dichiarazione anticipata e che devono, comunque sia, essere mantenuti sino a fine vita, salvo che non risultino ormai più efficaci nei confronti del paziente terminale e non più necessari alle funzioni fisiologiche dello stesso.

L'efficacia della dichiarazione anticipata di trattamento si esplica nel preciso momento in cui il soggetto si trova nell'incapacità permanente di comprendere le informazioni relative al trattamento al quale deve essere sottoposto (incapacità accertata da un collegio medico di esperti, appositamente istituito), non potendo dunque assumere in prima persona le decisioni che lo riguardano.

d) Il successivo art. 4 (*Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento*) determina le modalità della dichiarazione anticipata di trattamento (non obbligatoria) che deve essere redatta in forma scritta, datata e sottoscritta sia dal soggetto interessato, sia dal medico curante che contestualmente la riceve; ha la durata di cinque anni e può essere rinnovata, ma anche revocata o modificata prima della scadenza. Da ultimo si specifica che tale dichiarazione deve poi essere inserita nella cartella clinica del paziente “nel momento in cui assume rilievo dal punto di vista clinico”; ma in condizioni di urgenza (ossia di imminente pericolo di vita) la dichiarazione non si applicherà.

e) L'art. 5 del d.d.l. (*Assistenza ai soggetti in stato vegetativo*) stabilisce poi che l'assistenza sanitaria ai soggetti in stato vegetativo rappresenta “livello essenziale” di prestazione e deve essere garantita al fine di assicurare l'equità nell'accesso alle cure, giustificando, in tal senso, il richiamo in apertura anche all'art. 3 Cost., inserito tra i principi di cui il legislatore deve tener conto nell'elaborazione del disegno di legge.

f) Il d.d.l. prevede altresì la possibilità di nominare un *fiduciario* all'interno della dichiarazione anticipata di trattamento (art. 6: *Fiduciario*), unico soggetto autorizzato ad interagire con il medico nell'interesse del paziente impossibilitato, secondo le intenzioni da

---

<sup>3</sup> Tale previsione (art. 3, 1° co., secondo cui il dichiarante “esprime orientamenti e informazioni utili per il medico, *circa l'attivazione di trattamenti terapeutici*”) è stata inserita nel corso dell'ultima discussione alla Camera del ddl, laddove il disegno di legge approvato dal Senato nel 2009 prevedeva, invece, la possibilità di dichiarare più specificamente nel documento il proprio orientamento “circa l'attivazione o non attivazione di trattamenti sanitari”, in conformità alla legge e al codice di deontologia medica.

quest'ultimo esplicitate nella stessa dichiarazione. In assenza di tale nomina, intervengono i familiari, secondo le disposizioni del cod. civ. in materia di successioni.

g) Il punto più criticabile dell'articolato, e che suscita le maggiori perplessità, riguarda la definizione del ruolo riconosciuto al medico rispetto alla dichiarazione anticipata resa dal paziente.

Secondo quanto prevede l'art. 7 (*Ruolo del medico*), infatti, gli *orientamenti* espressi nella dichiarazione anticipata di trattamento<sup>4</sup> devono essere soltanto *presi in considerazione dal medico*, il quale, sentito il fiduciario o il familiare, può anche *discostarsi* da essi, dovendo limitarsi ad annotare nella cartella clinica le motivazioni che lo hanno indotto a tale scelta.

Ancor più forte è la successiva previsione secondo cui il medico non potrà *mai* prendere in considerazione l'espressione di orientamenti volti a cagionare la morte e che risultino in contrasto con norme giuridiche o deontologiche. Dunque, la valutazione della dichiarazione anticipata da parte del medico deve svolgersi "*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" (art. 7, comma 3).

h) All'interno delle disposizioni finali (art. 8), si prevede da ultimo l'istituzione di un Registro delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell'ambito di un archivio unico nazionale informatico. A tal fine, entro 120 giorni dall'entrata in vigore della legge, a mezzo di regolamento *ex art. 17, 3° co., l. 400 del 1988*, il Ministro della salute, di concerto con il Garante per la protezione dei dati personali, dovrà stabilire le modalità di accesso, tenuta e consultazione del registro stesso.

3. *La tutela del diritto alla vita e del diritto alla salute.* – Il quadro costituzionale dei principi rilevanti in materia è ricostruito dallo stesso disegno di legge, che in apertura richiama esplicitamente i principi di cui agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dei quali il legislatore deve tener conto per l'elaborazione di un adeguato disegno di legge e che dovrebbero dunque ispirare l'elaborazione delle relative norme.

Dall'analisi dei contenuti del d.d.l., invero, emerge a chiare lettere la volontà del legislatore di apprestare una *tutela decisamente prevalente al diritto alla vita*, quale diritto inviolabile ed indisponibile da parte del singolo (sulla scia, del resto, di quanto già prevede l'art. 5 cod. civ., in relazione agli atti di disposizione del proprio corpo, anche se con finalità diverse), diritto

---

<sup>4</sup> È certamente significativo che l'attuale testo usi l'espressione "*orientamenti*", mentre il testo approvato dal Senato nel 2009 si riferiva alle "*volontà*" espresse dal soggetto nella dichiarazione anticipata di trattamento.

che esige tutela persino nella fase terminale dell'esistenza, sino all'ultimo momento della morte accertata.

Tale scelta è evidente conseguenza della tipologia di ponderazione e bilanciamento operata dal legislatore in relazione ai diversi diritti costituzionali sottesi, lasciando forse trasparire la sua decisione di tutelare il diritto alla vita prevalentemente come interesse della collettività più che come diritto del singolo legato alla sua personalità e dunque alla sua autodeterminazione.

È noto come il diritto alla vita – che resta un diritto implicito o trasversale all'interno della Costituzione – sia certamente riconducibile alla categoria dei diritti inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost.<sup>5</sup>.

Le sue implicazioni più rilevanti in relazione ad altri diritti costituzionalmente tutelati possono rintracciarsi già nell'ambito delle note vicende in materia di aborto: in tal caso sia la Corte costituzionale sia il legislatore, di fronte alla necessità di ponderare e bilanciare i diversi diritti costituzionalmente rilevanti, hanno dato prevalenza al diritto alla salute psicofisica della donna (e dunque al *diritto di vita* della stessa, inteso non solo come integrità fisica, ma anche come integrità psichica) rispetto al *diritto alla vita* del nascituro<sup>6</sup>. In questo contesto dunque la tutela della salute (della donna) si oppone alla tutela della vita (del nascituro), talché l'una può escludere l'altra, comportando la dovuta soluzione di preferire la tutela del diritto all'integrità psicofisica della donna che è *già persona*, rispetto al riconoscimento del diritto del nascituro al conseguimento della vita, poiché *persona deve ancora diventare*.

In tal senso si può dunque affermare che il diritto alla vita possa intendersi anche e soprattutto come diritto all'integrità psicofisica, quale diritto personale che trova la propria matrice nella tutela della libertà personale *ex art. 13 Cost.*, da intendersi appunto come libertà psicofisica: accanto al diritto all'integrità fisica (tradizionalmente inteso come integrità del corpo da intrusioni restrittive della libertà personale, ma anche come integrità da compromissioni naturali o causate dall'opera dell'uomo: c.d. *habeas corpus*), si deve considerare altresì il diritto all'integrità psichica o morale, inteso come diritto alla tutela di

---

<sup>5</sup> Definito dalla stessa giurisprudenza costituzionale come il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione: Corte cost. [sentt. n. 54 del 1979](#), [n. 132 del 1985](#), [n. 223 del 1996](#) e [n. 35 del 1997](#).

<sup>6</sup> Appare forse corretto operare una distinzione tra "diritto alla vita", individuato dalla Corte costituzionale con la nota giurisprudenza in materia di aborto ed inteso come *diritto del concepito al conseguimento della vita* e ripreso successivamente, nello stesso senso, anche in relazione all'embrione nei giudizi di ammissibilità dei *referendum* abrogativi della l. n. 40/04 in materia di fecondazione assistita, e "diritto di vita", o meglio "diritto alla vita in atto", terminologia più opportuna in tale contesto sia in relazione al diritto all'integrità psicofisica della madre sia forse in relazione alle scelte di fine vita.

tutti i beni giuridici attinenti alla persona, compresi quelli attinenti all'intimità, all'interiorità e alla coscienza (c.d. *habeas mentem*), da tradursi sostanzialmente nella libertà di scelta<sup>7</sup>.

Nell'ambito del d.d.l. in commento, invece, lo stesso rapporto tra diritto alla vita e *diritto alla salute*<sup>8</sup> è inteso come inestricabilmente connesso, nel senso che la tutela della salute deve essere assicurata dal medico in modo preminente, tanto da porsi in senso *strumentale e servente* al diritto alla vita del malato, potendosi, se del caso, addirittura discostare dalle determinazioni del paziente in merito. Con l'unica eccezione, riconosciuta dal d.d.l., di trattamenti che possano risultare straordinari o sproporzionati rispetto alle condizioni del malato, ma che, comunque sia, spetterà pur sempre al medico valutare.

Le ambiguità e le difficoltà interpretative legate al diritto alla salute come definito dall'art. 32 Cost. – inteso sia come diritto inviolabile *ex art. 2 Cost.* sia come diritto sociale – si traspongono dunque anche in tale contesto, e vengono risolte dal legislatore ponendo il rapporto tra vita e salute come strettamente connesso e indissolubilmente legato, nel senso che il riconoscere preminente tutela al diritto alla vita comporta la conseguente tutela assoluta del diritto alla salute – inteso come vero e proprio *obbligo di cura* da parte del medico – rendendo in certo senso indisponibile anche quest'ultimo, nonostante quanto stabilito dallo stesso art. 32 Cost. al secondo comma<sup>9</sup>.

Insomma, il legislatore ha deciso di dare tutela preminente e incondizionata al diritto alla vita e al diritto alla salute, inteso in senso strumentale al primo, omettendo di considerare e garantire sia gli espliciti contenuti dell'art. 32, 2° co., Cost., sia l'interpretazione degli artt. 2 e 32 Cost. che tali diritti fondano, alla luce dell'art. 13 Cost., in relazione ai quali trovano altresì

---

<sup>7</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 19 s.

<sup>8</sup> Unico diritto espressamente qualificato come fondamentale dalla Costituzione, dimostrando, pertanto "come esso venga concepito come il presupposto per il pieno godimento di tutti gli altri diritti costituzionali": cfr. M. LUCIANI, *La tutela della salute*, in *Stato della Costituzione*, a cura di G. Neppi Modona, Milano 1998, 155.

<sup>9</sup> In questi termini è lecito domandarsi se possa valere il *diritto all'obiezione di coscienza del medico* (che, in coscienza, decida cioè di opporsi all'imposizione di alcuni trattamenti sanitari, come ad esempio l'alimentazione e l'idratazione artificiale, di fronte alle sofferenze e alla volontà contraria del paziente), diritto già riconosciuto al personale sanitario in materia di aborto, anche se sulla base, evidentemente, di presupposti giustificativi diversi, o meglio opposti. Come si vedrà (v. *infra* §4), il d.d.l. se da una parte prevede che il medico debba valutare gli orientamenti espressi dal malato nella dichiarazione anticipata di trattamento non solo "secondo scienza" ma anche in *coscienza*, dall'altra, tuttavia, vieta al medico di considerare eventuali orientamenti volti a cagionare la morte e che si presentino dunque in contrasto con le norme giuridiche e deontologiche. L'esercizio dunque dell'obiezione di coscienza del medico in tale contesto incontrerebbe, pertanto, allo stato, evidenti ostacoli, sia nell'ambito legislativo sia in quello deontologico.

pari tutela nella Carta costituzionale il *principio di autodeterminazione terapeutica* ed il conseguente *consenso informato*<sup>10</sup>.

È opportuno pertanto evidenziare quali passaggi del d.d.l. in commento offrono le maggiori incongruenze rispetto a questi ultimi principi costituzionali.

4. *L'autodeterminazione negata ed il ruolo del medico.* – È vero che il disegno di legge, all'art. 1, lett. e), apparentemente ribadisce che “nessun trattamento sanitario *possa essere attivato* a prescindere dall'espressione del *consenso informato*” del paziente, implicitamente richiamando quanto già chiaramente previsto dal 2° co. dell'art. 32 Cost., secondo cui “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario *se non per disposizione di legge*”, ma risultano altrettanto chiare sia le contraddizioni interne allo stesso articolo, sia le contraddizioni che si evincono rispetto ai contenuti delle successive disposizioni dell'articolato.

Certo si potrebbe obiettare, a prima lettura, che in questo caso è appunto una legge (il d.d.l.) ad imporre al malato determinati trattamenti sanitari. Solo che anche questa legge deve rispettare i principi costituzionali rilevanti ed essere dunque ragionevole<sup>11</sup>.

In particolare, una prima sottile incongruenza rispetto al dettato costituzionale può già leggersi all'interno dello stesso art. 1, lett. e), laddove il legislatore stabilisce che il paziente, dietro consenso informato, può disporre solamente in merito all'*attivazione* di un determinato trattamento, mentre la Costituzione, in senso più ampio, prevede che non sussiste l'*obbligo di subire un determinato trattamento*, riferendosi dunque anche alle possibilità di *rifiuto* a priori ovvero di successiva *disattivazione* di un certo presidio medico.

Benché lo stesso disegno di legge preveda, in ogni caso, la possibilità di revoca del consenso informato, lascia perplessi, in relazione alla precedente notazione, quanto più chiaramente ed esplicitamente previsto dal successivo art. 3, 1° co., del d.d.l.: al paziente, all'interno della c.d. dichiarazione anticipata di trattamento, è riconosciuta la sola facoltà di esprimere “orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'*attivazione* di trattamenti terapeutici”, da considerare nei casi di eventuale perdita permanente della capacità di intendere e di volere, eliminando dunque ogni riferimento alla “non attivazione” degli stessi

---

<sup>10</sup> Già in relazione al ddl approvato dal Senato nel 2009, la dottrina aveva avanzato dubbi di costituzionalità per violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica e del consenso informato: cfr. M. VILLONE, *Costituzione liberale vs. legislatore illiberale cit.*, § 2. Nello stesso senso cfr. da ultimo S. RODOTÀ, *Chi vuole rubarci la vita*, in *La Repubblica*, 7 luglio 2001, leggibile in [www.atrid-online.it](http://www.atrid-online.it).

<sup>11</sup> Cfr. *infra* § 5.



(pur prevista nel testo approvato al Senato); egli potrà esplicitamente rinunciare solamente “ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici” che presentino carattere sproporzionato o sperimentale (art. 3, 2° co.).

Dunque, in buona sostanza, dalla lettura combinata dei commi 1 e 2 dell’art. 3 si evince che il paziente non potrà disporre di rinunciare all’attivazione di qualunque trattamento sanitario, a meno che non si presenti sproporzionato (ma secondo quale parametro?) o di tipo sperimentale.

Tale indisponibilità di scelta, desumibile dall’interpretazione complessiva dell’art. 3, risulta poi aggravata dal mancato riconoscimento di *vincolatività* alla dichiarazione anticipata di trattamento che resterebbe, nei fatti, una semplice espressione dei propri orientamenti di cui il medico potrà, se lo ritiene opportuno, anche non tener conto, a prescindere dalla volontà del paziente, consapevolmente espressa.

Il *ruolo del medico*, che dovrebbe definirsi e giustificarsi nell’ambito di quella c.d. alleanza terapeutica con il paziente basata sul consenso informato, assume pertanto posizione preminente in relazione alla scelte di fine vita di chiunque, riconoscendo allo stesso il potere di valutare, non solo scientificamente, ma anche *secondo coscienza*, le determinazioni del malato in applicazione del principio di inviolabilità della vita umana. Ed anche qualora il medico volesse mostrarsi attento e rispettoso degli orientamenti espressi dal malato, l’art. 7, comma 3, del d.d.l. gli nega la possibilità di prendere in considerazione determinazioni dello stesso che possano cagionarne la morte.

A prescindere dunque dall’indisponibilità di alcuni contenuti della dichiarazione anticipata, essa potrà risultare, comunque sia, nel concreto, *inutiliter data*, laddove qualsiasi determinazione ivi riportata dovrà essere vagliata e valutata in ultima battuta dal medico.

Nessuna effettiva autodeterminazione per il malato, in assenza di una qualsiasi vincolatività della medesima.

Alla luce dei contenuti delle suddette disposizioni, non si può ignorare come, in effetti, i valori ed i diritti fondamentali espressi in Costituzione – che una (necessaria) legge in materia di testamento biologico dovrebbe essere chiamata a salvaguardare – non siano tutelati nel loro complesso all’interno del d.d.l. in commento.

Se è vero che il diritto alla salute deve essere garantito quale diritto fondamentale dell’individuo ed interesse della collettività secondo quanto previsto dall’art. 32, 1° co., Cost. – ed è per questo che nel d.d.l. esso è addirittura inteso in senso servente alla garanzia del diritto alla vita – non si possono ignorare i contenuti del secondo comma dello stesso articolo

che, a ben vedere, unitamente all'art. 13 Cost. (inteso soprattutto come *habeas mentem*) fondano non solo il principio del consenso informato e attuale, ma anche, in senso più generale e comprensivo, il principio di autodeterminazione terapeutica, quale espressione di quella relazione tra medico e paziente (denominata appunto "alleanza terapeutica") in cui il primo, pur nell'adempimento del proprio ruolo di garanzia, deve sforzarsi di valorizzare il più possibile la volontà consapevole del secondo che non potrà pertanto ridursi a "semplice oggetto del potere delle strutture mediche"<sup>12</sup>, soprattutto in considerazione di quel "rispetto della persona umana" invocato in chiusura dello stesso art. 32 Cost.

Non è un caso che la stessa Corte costituzionale, più di recente, abbia precisato i contenuti ed i fondamenti del consenso informato, da intendersi "quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico", configurandosi "quale vero e proprio diritto della persona" e trovando "fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"<sup>13</sup>. Prosegue la Corte precisando in particolare che "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello *all'autodeterminazione* e quello alla *salute*, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio *al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente* e, quindi, la sua stessa *libertà personale*, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione"<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La tutela della salute cit.*, 156.

<sup>13</sup> Così Corte cost. [sent. n. 438 del 2008](#), pronuncia che rileva in questo contesto solamente per la dettagliata definizione di consenso informato che riporta, ancorandolo ai principi espressi dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. Oggetto della sentenza è invece la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, legge Regione Piemonte, n. 21 del 2007 (*Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti*), il quale, individuando i soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati), nonché le modalità con le quali esso deve essere prestato (scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto), finiva con il disciplinare aspetti di primario rilievo dell'istituto del consenso informato che per la sua portata deve considerarsi principio fondamentale in materia di tutela della salute e che dunque deve trovare disciplina ad opera del legislatore statale.

<sup>14</sup> Cfr. ancora [sent. n. 438 del 2008](#). La Corte, al fine di evidenziare la rilevanza del consenso informato, richiama altresì le norme internazionali che lo riconoscono e lo garantiscono. In particolare, l'art. 5 della *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata

In tal senso, dunque, l'art. 32 Cost., affermando chiaramente la volontarietà e la disponibilità da parte del singolo dei trattamenti sanitari, è fondamento sia di un *diritto sociale* ad essere curati (1° comma), sia di un *diritto di libertà* che può esplicarsi nella scelta di curarsi, come di non curarsi<sup>15</sup> e rifiutare le cure, o anche di interrompere le stesse cure, di fronte ad un mutamento di convinzione (2° comma)<sup>16</sup>.

È stato anche ipotizzato, come corollario di questi ultimi principi, tutti riconducibili al “valore della salute” costituzionalmente inteso, “il c.d. diritto di (lasciarsi) morire, che ne è più indiretta conseguenza (cui è collegato, per converso, il divieto del c.d. accanimento terapeutico ma cui sono altresì collegate le problematiche delicate e complesse dell'eutanasia e del c.d. diritto al suicidio)”<sup>17</sup>, soprattutto quando vi sia la ragionevole certezza che il *livello qualitativo di vita* possa scendere al di sotto di un minimo inteso come dignitoso e irrinunciabile a tal punto che, sul valore della vita, *quantitativamente* intesa, dovrebbe trovarsi a prevalere quello di *qualità* della medesima<sup>18</sup>, alla luce di quel diritto all'integrità psichica o morale, inteso come diritto alla tutela di tutti i beni giuridici attinenti alla persona, compresi quelli riguardanti l'interiorità e la coscienza (*habeas mentem*), e quindi anche quelli relativi alle scelte in ordine alla qualità della vita e alle conseguenti scelte di fine vita.

5. *Le possibili limitazioni alla volontarietà dei trattamenti sanitari ad opera della legge.* – È difficile dubitare, allora, che il legislatore, nel d.d.l. in commento, abbia inteso predisporre una serie di disposizioni che presentano come scopo assolutamente prevalente quello di tutelare in modo incondizionato il diritto alla vita e, in senso strumentale a quest'ultimo, il diritto alla salute (da intendersi peraltro esclusivamente come integrità fisica), rendendoli

---

dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), ove si prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato», consenso che potrà sempre essere revocato; nonché l'art. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* secondo cui «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e a tal fine, nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere rispettato, in particolare, il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità previste dalla legge.

<sup>15</sup> Nel senso di non essere costretti coattivamente a far ricorso ai medici e alle strutture sanitarie: cfr. V. ONIDA, *Dignità della persona e “diritto di essere malati”*, in *Questione giustizia*, 1982, 361 ss.

<sup>16</sup> Cfr. tra gli altri R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Vivere: diritto o dovere?* A cura di L. Stortoni, Trento 1992, 15 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1994, 55 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (voce)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 9 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.; V. FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Napoli 1993, soprattutto 79 ss.; cfr. più di recente anche F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano 2008, 93 ss.

<sup>17</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” cit.*, 46 s., ma anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 388.

<sup>18</sup> Cfr. F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir. e soc.*, 1, 1994, 133 s.

entrambi indisponibili. Al contempo, però, tali disposizioni si pongono in palese contrasto con i principi costituzionali della volontarietà e disponibilità delle cure, del consenso informato, dell'autodeterminazione terapeutica, come desunti dall'art. 32 Cost., 2° comma, unitamente agli artt. 2 e 13 Cost., dalla più recente giurisprudenza costituzionale, ma anche, in plurime occasioni, dalla Corte di Cassazione e dalla giurisprudenza di merito<sup>19</sup>.

È anche vero che la stessa Costituzione stabilisce che il legislatore possa limitare il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari prevedendo, in taluni casi, che alcuni di essi possano essere imposti come obbligatori, ma soltanto al fine di tutelare l'interesse collettivo (da ritenersi prevalente rispetto a quello soggettivo), visto che l'art. 32 Cost. – che tutela la salute sia come diritto individuale sia come diritto sociale – si propone di tutelare tanto l'individuo quanto la collettività: pertanto il diritto del primo (a non essere obbligato ad un

---

<sup>19</sup> Tra i numerosi casi cfr. Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748 del 16 ottobre 2007, ove è indicato il principio di diritto secondo cui nei casi che implicano la tutela del diritto alla salute o del diritto alla vita, quando il profilo riguarda prevalentemente il rapporto medico-paziente, il fondamento giuridico (e quindi la norma applicabile) va desunto direttamente dall'interpretazione congiunta di norme di rango costituzionale, ovvero dagli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., da cui emerge la *libertà di autodeterminazione terapeutica* (e quindi la libertà di scelta per il paziente, a seguito di consenso informato, *anche di rifiutare o interrompere la terapia in tutte le fasi della vita*). Cfr. anche Tribunale di Roma, ord. 15-16 dicembre 2006, in *Foro it.* 2007, I, 571, in cui il giudice, chiamato a decidere il ricorso in via di urgenza (ex art. 700 c.p.c.) presentato da P. Welby, ha respinto la richiesta dell'uomo, malato di distrofia muscolare, di ottenere il distacco del respiratore artificiale che lo teneva in vita, anche se ha comunque accertato la sussistenza del principio di autodeterminazione terapeutica e del consenso informato, ritenendoli direttamente derivanti dai *principi costituzionali di tutela della persona* (ex artt. 2, 13 e 32 Cost.); cfr. pure, in relazione allo stesso caso Welby, GUP c/o Tribunale di Roma, sent. n. 2049/07 del 23 luglio 2007, dep. il 17 ottobre 2007, il quale ha precisato poi che "la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce esercizio di un *diritto soggettivo* riconosciutogli in ottemperanza al divieto di trattamenti sanitari coatti, sancito dalla Costituzione", specificando, in particolare, che "il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona di cui all'articolo 2 della Costituzione e si collega strettamente al principio di libertà e di autodeterminazione riconosciuto all'individuo dall'articolo 13 del dettato costituzionale".

In relazione al rifiuto di terapie o trattamenti sanitari per motivi di natura religiosa (caso dei Testimoni di Geova) si vedano: Cass. sent. n. 3122/2002 ove si afferma che "il consenso dell'avente diritto, è disciplinato dall'art. 50 c.p., che pone un limite invalicabile alla sua efficacia, precisando che deve trattarsi di diritti dei quali la persona può validamente disporre. In questa categoria la tradizione etica giuridica della cultura occidentale colloca sicuramente i diritti personalissimi: alla vita, all'integrità personale, all'onore, ecc. (...) La volontà del soggetto interessato in ambito giuridico e penalistico in particolare, svolge un ruolo decisivo soltanto quando sia eventualmente espressa in forma negativa. (...) In presenza di una determinazione autentica e genuina [il medico] non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte (...) il medico che abbia adempiuto il suo obbligo morale e professionale di mettere in grado il paziente di compiere la sua scelta ed abbia anche verificato la libertà della scelta medesima, non può essere chiamato a rispondere di nulla, giacché di fronte ad un comportamento nel quale si manifesta l'esercizio di un vero e proprio diritto, la sua astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa, potendo diversamente configurare a suo carico persino gli estremi di un reato (art. 610)"; Cass. IV Sez. Pen., sent. n. 11335/2008 ha affermato che "il consenso informato ha come contenuto concreto, la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Tale conclusione, (per la quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico malato è quella della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelta che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario".

determinato trattamento) può recedere in quei casi particolari in cui sussista un pari interesse della seconda (traducibile dunque in rischio o nocimento per essa). Insomma, un trattamento sanitario può rendersi obbligatorio soltanto quando sia direttamente in gioco l'interesse collettivo<sup>20</sup>. Ed in tal senso, già in passato, ha agito sia il legislatore, soprattutto in materia di determinate vaccinazioni obbligatorie (soprattutto nei confronti della popolazione neonatale), sia la Corte costituzionale<sup>21</sup>.

Ma, alla luce di queste ultime considerazioni, non sembrerebbe corretto assumere che il disegno di legge in corso di approvazione presenti finalità tali da doversi ricomprendere tra quei peculiari casi legislativi che possono stabilire deroghe alla volontarietà dei trattamenti sanitari in genere, in presenza di un preminente interesse della collettività<sup>22</sup>.

Non può certo riconoscersi un preminente interesse della collettività a che tutti siano curati e tenuti in vita contro la volontà e le scelte interiori del singolo.

6. *Il limite della dignità umana.* – Non a caso, infatti, la Costituzione prevede che nelle ipotesi sopra indicate, in cui il legislatore può decidere di limitare la volontarietà dei trattamenti sanitari, la legge incontri il limite del *rispetto della persona umana*.

Il valore della *dignità umana* è dunque altro fondamentale presupposto della materia oggetto del d.d.l.

È vero che la nostra Costituzione richiama in modo espresso la dignità esclusivamente all'art. 3, 1° co., Cost. (in relazione alla pari dignità sociale dei cittadini) e all'art. 41 Cost. (come limite alla libertà di iniziativa economica privata), ma essa deve certamente rintracciarsi, nel suo senso di valore, nella necessaria connessione interpretativa degli artt. 2 e 3, 2° comma, Cost., ove il richiamo alla “persona” contenuto nell'art. 2 si propone di “incidere sugli stessi meccanismi di integrazione della società, conferendo rilievo

---

<sup>20</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Contributo*, in *Dichiarazioni anticipate di volontà sui trattamenti sanitari. Raccolta di contributi forniti alla commissione igiene e sanità*, Senato della Repubblica, Documentazione di commissione, XII commissione permanente, n. 5 del 2007, 114 s.

<sup>21</sup> Cfr., tra le tante, ad esempio, Corte cost. [sent. n. 218 del 1994](#) (in tema di accertamenti sanitari obbligatori dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportino rischi per la salute di terzi); sent. 258 del 1994 (in tema di vaccinazioni obbligatorie); [sent. n. 180 del 1994](#), in cui la Corte ha dichiarato infondata la censura di incostituzionalità rivolta alla previsione legislativa dell'obbligo di indossare il casco, alla luce della tutela della salute intesa come interesse della collettività, consistente, in tal caso, nell'interesse a ridurre conseguenze pregiudizievoli (dal punto di vista della possibile mortalità negli incidenti stradali) che si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività.

<sup>22</sup> Cfr. M. VILLONE, *Costituzione liberale vs. legislatore illiberale cit.*, § 2, il quale, in relazione ai contenuti dell'art. 32 Cost. afferma che “ L'interesse della collettività può porsi come limite, attraverso l'intervento del legislatore ai sensi del comma 2, ma solo nel senso che dal diritto individuale di rifiutare il trattamento non deve venire ad altri un danno: un contagio, un pericolo. Tale non è certamente il caso in cui il titolare del diritto semplicemente scelga di lasciarsi morire, ad esempio negando il proprio consenso a un sostegno vitale”.

costituzionale, soprattutto attraverso una lettura integrata con l'art. 3, secondo comma, alle *reali condizioni di vita del soggetto*<sup>23</sup>.

In tal senso, secondo una lettura dinamica del testo costituzionale che si incentra, prevalentemente, sul valore del libero sviluppo della personalità, è possibile ricostruire lo stesso concetto costituzionale di *libertà positiva*, come *autodeterminazione del singolo in tutte le direzioni possibili*, ricavando, dunque, dagli artt. 2 e 3 Cost., quel concetto di *libertà-dignità* che pervade la Costituzione repubblicana, in contrapposizione al principio di *libertà-proprietà* caratterizzante, invece, l'ordinamento pre-repubblicano<sup>24</sup>.

Ne consegue che la dignità umana debba essere intesa innanzitutto come valore costituzionale supremo che allo Stato spetta garantire e che permea di sé il diritto positivo, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup>. In quest'ottica la dignità finisce per concretizzarsi nel patrimonio irretrattabile della persona umana, connettendosi al nucleo essenziale ed intangibile di molti diritti, in modo tale da potersi definire il suo ambito di operatività non solo in senso negativo, come limite alla discrezionalità del legislatore, ma anche in senso positivo, contribuendo altresì a far emergere diritti impliciti in quelli espressamente enumerati dalla Costituzione<sup>26</sup>.

Per quanto qui di interesse, dunque, la "libertà-dignità", per un verso, concorre certamente alla definizione del diritto alla vita (inteso come diritto alla integrità psico-fisica), ma per altro verso deve considerarsi ed interpretarsi anche in relazione al diritto alla salute, fondando sia il diritto ai trattamenti sanitari, sia il diritto al rifiuto di quei trattamenti non imposti dalla legge, con la conseguente affermazione del principio di autodeterminazione terapeutica a mezzo del consenso informato.

A ben vedere la "libertà-dignità" in relazione all'art. 32, 2° comma, Cost. rappresenta al contempo sia un limite alla discrezionalità del legislatore (nell'imporre alcuni trattamenti sanitari come obbligatori), sia il fondamento di quei diritti impliciti, strettamente connessi al diritto alla salute (autodeterminazione, consenso informato).

Il legislatore, richiamando la dignità umana sin dal primo articolo del d.d.l., dispone che essa debba essere riconosciuta e garantita "rispetto all'interesse della collettività e alle applicazioni della tecnologia e della scienza". Dunque?

---

<sup>23</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, 17 s.

<sup>24</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" cit.*, 9; cfr. da ultimo M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, IV, 3134.

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost. sentt. [nn. 414 del 1991](#) e [293 del 2000](#); v. sul punto M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana cit.*, 3158

<sup>26</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" cit.*, 94 e M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana cit.*, 3159.

L'intento dovrebbe essere quello di garantire la personalità dell'individuo sia rispetto alla volontà altrui, sia alle possibilità offerte dalla scienza di prolungare o meno la vita.

Ma, a ben vedere, da quanto successivamente disposto, emerge invece che non solo il diritto alla salute, ma anche la dignità umana viene intesa in senso strumentale e servente ad assicurare, ad ogni costo, il diritto alla vita, come bene indisponibile da parte del singolo.

*7. Il problema dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale: trattamenti sanitari o presidi di cura?* – In rapporto alla previsione del d.d.l. secondo cui la dignità umana dovrebbe riconoscersi e garantirsi “rispetto alle applicazioni della tecnologia e della tecnica” (art. 1, lett. b), lascia, poi, seriamente perplessi la disposizione secondo cui “*alimentazione e idratazione*, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute sino 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” (art. 4, comma 4).

A ben vedere resterebbe, nei fatti, meramente assertivo il richiamo iniziale sia al riconoscimento ed alla garanzia della dignità umana rispetto alle applicazioni della tecnologia e della scienza – visto che poi, in particolare, nel caso dell'alimentazione ed idratazione forzata, la tecnica che consente tali trattamenti finisce per prevalere sulla dignità del paziente che non può decidere di porre fine al persistente stato vegetativo in cui versa – sia al divieto della coattività dei trattamenti sanitari, secondo le previsioni ed i limiti del secondo comma dell'art. 32 Cost.

In realtà, sotto quest'ultimo aspetto, il legislatore ha voluto tener conto della divergenza di opinioni e dell'incertezza scientifica esistente in ordine alla qualificazione di ‘nutrizione ed idratazione artificiali mediante sondino naso-gastrico’, quali ‘*trattamenti medici*’ ovvero quali semplici presidi di cura o ‘*sostentamenti ordinari di base*’ e delle implicazioni che ne conseguono. Solamente se considerati come trattamenti medici - rientrando nella sfera applicativa dell'art. 32 Cost. - essi sarebbero rifiutabili, al pari di ogni trattamento sanitario non imposto; non lo sarebbero, invece, secondo l'intenzione del d.d.l., nel secondo caso (come presidi di cura), rientrando invece tra i basilari doveri di solidarietà del medico nei confronti del malato.

Ma quest'ultima affermazione potrebbe essere confutata poiché, anche se considerati quali semplici presidi di cura, tali trattamenti presentano un'innegabile attitudine invasiva della

sfera corporale e della libertà morale della persona, per il tramite di operazioni tecniche qualificate, anche di tipo chirurgico. Non si potrebbe dunque ritenerli indisponibili, necessitando anch'essi di una *loro previa legittimazione attraverso la volontà del paziente* – nel rispetto, innanzitutto, del principio dell'*habeas corpus* (ex art. 13 Cost.)<sup>27</sup>.

Del resto, lo stesso art. 32 Cost. riferendosi, *sic et simpliciter*, ai “trattamenti sanitari” cui “nessuno può essere obbligato”, implica un *ambito applicativo esteso*, riferibile oggi a qualsiasi tipo di cura, terapia, trattamento che si presenti in qualche modo invasivo della sfera corporale e personale del malato e che non dovrebbe pertanto essere prestato dal personale sanitario contro la sua volontà<sup>28</sup>.

A sostegno dei contenuti di tale disposizione in materia di alimentazione e idratazione forzata, il legislatore richiama il rispetto di quanto già previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006<sup>29</sup> la quale, all'articolo 25 lettera f), dispone che “gli Stati riconoscono che le persone con disabilità hanno il diritto di godere del migliore stato di salute possibile, senza discriminazioni fondate sulla disabilità” evitando di “prevenire il rifiuto discriminatorio di assistenza medica o di prestazione di cure e servizi sanitari o di cibo e liquidi in ragione della disabilità”.

È evidente che la *ratio* della norma è ben diversa dalle finalità rispetto alle quali è richiamata nel d.d.l., presentando, in vero, lo scopo di evitare, nel godimento del diritto alla salute, discriminazioni nei confronti di soggetti disabili (tra cui si inseriscono anche i soggetti in stato vegetativo) ai quali non potrà essere rifiutata, *in ragione della loro disabilità*,

---

<sup>27</sup> Si pensi al divieto di procedere ad alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame su cui cfr. V. ONIDA, *Dignità della persona e “diritto di essere malati”* cit., 362 e M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, 158; si veda anche la giurisprudenza costituzionale relativa al divieto di sottoporre indagati o terzi a prelievo ematico coattivo: cfr. Corte cost. [n. 238 del 1996](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224 comma 2 c.p.p. nella parte in cui consentiva al giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, di disporre misure comunque incidenti sul valore della inviolabilità personale, per il tramite di un prelievo coattivo di un campione ematico; cfr. anche il Codice di deontologia medica del 2006 che all'art. 51 prevede che “quando una persona, sana di mente, rifiuta volontariamente e consapevolmente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla delle conseguenze che tale decisione può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterla”.

<sup>28</sup> Cfr. C. CUPELLI, *I diritti del paziente ed i doveri del medico nelle ‘scelte di fine vita’*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), giugno 2009.

<sup>29</sup> Con la legge n. 18 del 3 marzo 2009 l'Italia ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ed il relativo Protocollo opzionale, a conclusione di un lungo iter legislativo avviato il 30 marzo 2007 a seguito della firma dei due strumenti giuridici internazionali, sul testo adottato dall'Assemblea generale dell'ONU il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008. La Convenzione si fonda sul presupposto di fondo secondo cui “*Nothing about us, without us*”, ovvero “nulla che ci riguarda sia deciso senza di noi”, al fine di promuovere e proteggere i diritti e la dignità dei soggetti con disabilità. Sul punto cfr. C. COLAPIETRO, *Il fondamento costituzionale della tutela delle persone con disabilità*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, II, 963 s.



l'assistenza medica, e la prestazione di cure o trattamenti sanitari, quali l'idratazione e l'alimentazione.

La norma, dunque, non nega la possibilità di autodeterminazione del soggetto che versi in stato vegetativo, espressa e accertata nei modi di legge nel momento in cui era capace di intendere e di volere.

Il d.d.l. presenta dunque una lettura restrittiva e riduttiva della disposizione della Convenzione ONU, interpretazione orientata esclusivamente al rispetto assoluto del diritto alla vita anche del soggetto disabile, così che i relativi trattamenti sanitari si risolvono in un obbligo imposto al paziente, ignorando qualsiasi ipotesi di libertà di scelta dello stesso, compiuta nel momento in cui era cosciente e consapevole.

Anche sotto questo profilo dunque il disegno di legge presenta allo stato plausibili profili di incostituzionalità, ponendosi ancora una volta in contrasto con gli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost.

8. *Il progetto di legge spagnolo in corso di approvazione e la regolazione della materia in Europa.* – Da ultimo, sembra utile richiamare i contenuti del progetto di legge spagnolo sui diritti della persona in merito alle determinazioni di fine vita (*Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida*)<sup>30</sup>, anch'esso attualmente in corso di approvazione<sup>31</sup>.

Il progetto si presenta in modo articolato, strutturandosi, allo stato, in ben quattro titoli, tre disposizioni aggiuntive e due disposizioni finali.

Preliminarmente stabilisce il principio fondamentale del pieno rispetto della volontà della persona nelle determinazioni relative al processo di fine vita, definendo l'ambito di applicazione della legge in relazione ai casi di un pronostico di vita riduttivo nel tempo e irreversibile, tale da comportare un'infermità incurabile. Riconosce pienamente, poi, il diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente, previo il dovuto consenso informato, predisponendo i mezzi per assicurare e garantire la primazia della volontà della persona nelle determinazioni di fine vita.

---

<sup>30</sup> Cfr. *Proyecto de Ley* 121/000132 in *Boletín Oficial de las Cortes general, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie A (*Proyectos de Ley*) del 17 giugno 2001, n. 132-1.

<sup>31</sup> In Spagna è già in vigore la legge n. 41 del 2002, strutturata su due principi cardine: l'autonomia del paziente e i diritti e gli obblighi in materia d'informazione clinica, ma che comunque dovrà essere adeguata ai contenuti della legge in corso di approvazione (come prevede lo stesso progetto di legge).

Rileva, in particolare, la determinazione del ruolo e degli obblighi del personale medico-sanitario e dell'Amministrazione che devono operare al fine di soddisfare e garantire i diritti enucleati in apertura. Elemento centrale resta, comunque sia, *l'obbligo di rispettare la volontà espressa dal paziente*, a seguito di una puntuale, precisa e completa informazione, che si configura, dunque, come mandato fondamentale del settore medico-sanitario e alla luce del quale deve valutarsi la posizione giuridica nonché le eventuali responsabilità ad esso contestabili.

Emerge chiaramente dai contenuti brevemente riportati, la scelta del legislatore spagnolo di regolare la materia, dando attuazione ai principi costituzionali rilevanti, in modo radicalmente opposto rispetto alle ponderazioni compiute dal parlamento italiano.

Se il d.d.l. italiano decide di tutelare il diritto alla vita in modo assoluto ed inderogabile, accantonando sostanzialmente la possibilità di qualsiasi autodeterminazione terapeutica del malato, ma riconoscendo al medico un ruolo fondamentale, esclusivo e decisorio in ordine alle scelte terapeutiche più opportune per il paziente, il progetto di legge spagnolo pone invece come fondamentale fulcro della regolazione della materia il principio del pieno rispetto della volontà della persona nelle decisioni relative a questioni di fine vita, alla quale il personale medico ha l'obbligo di adeguarsi e di rispettare, senza paventati rischi in ordine ad eventuali responsabilità giuridiche.

A ben vedere i principi della Costituzione spagnola, richiamati nella esposizione delle motivazioni del progetto di legge, non si discostano molto da quelli rintracciabili nella nostra Costituzione, anche se forse risultano maggiormente evidenziati nel testo, esplicitando chiaramente il collegamento diretto tra la tutela della dignità e lo sviluppo della personalità e dunque l'autodeterminazione.

Nel progetto di legge spagnolo, infatti, si fa riferimento sia al diritto alla vita e alla integrità fisica e morale ("senza poter essere in alcun caso sottoposti a torture né a pene o a trattamenti inumani o degradanti", art. 15 cost.) sia al diritto all'intimità personale e familiare (art. 18, 1° co. cost.) sia al diritto alla salvaguardia della salute, spettando ai pubblici poteri organizzare e tutelare la salute pubblica con le modalità preventive e le prestazioni e i servizi necessari ("Al riguardo, la legge stabilirà i diritti e i doveri di tutti" art. 43 Cost.).

Ma, in particolare, esplica un ruolo preminente e fondamentale nell'elaborazione della normativa in materia il principio desumibile dall'art. 10, Cost. spagnola, 1° comma, secondo cui "La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connaturati, il libero sviluppo

della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale.”.

Il legislatore spagnolo ha dunque scelto di operare un effettivo bilanciamento tra i principi costituzionali coinvolti, riconoscendo sì tutela al diritto alla vita e alla integrità fisica ma anche morale, senza sacrificare il libero sviluppo della personalità, l'autodeterminazione della persona, insomma, la dignità umana.

Nel panorama degli ordinamenti europei, poi, il d.d.l. italiano rappresenta davvero un *unicum* nella evoluzione della coscienza culturale contemporanea.

Ad esempio, in Francia è stata approvata la legge n. 370 del 22 aprile 2005 sui diritti del malato e sul fine vita, che ha comportato la modifica del *Code de la Santé Publique* e, in particolare, dell'articolo L. 1111-10, prescrivendo ora che se una persona, in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, decide di limitare o interrompere ogni trattamento, il medico è tenuto a rispettarne la volontà. Il medico deve informare il paziente sulle conseguenze della scelta al fine di salvaguardare la dignità dell'assistito e assicurargli la qualità della vita con il ricorso a terapie palliative. Questo articolo è strettamente correlato all'articolo L. 1111-4 che riguarda il diritto al consenso informato. Nel caso in cui, però, l'assistito sia impossibilitato a esprimere la propria volontà, anche per mezzo della propria famiglia o di un suo fiduciario, la decisione è presa dal medico curante, previa concertazione con l'équipe assistenziale e dietro parere motivato di almeno un altro medico (in qualità di consulente).

In Germania il testamento biologico trova applicazione nella pratica, ma non è ancora stato oggetto di una normativa specifica, pur essendo riconosciuto dalla giurisprudenza. In particolare la Corte Suprema Federale (con la sentenza del 17 marzo 2003 BGH XII ZB 2/03) ha dichiarato il carattere vincolante del *Patientenverfügung* (*atto di disposizione del paziente*), collegando il diritto di autodeterminazione dell'individuo al principio di tutela della dignità umana, fissato dall'articolo 1, comma 1, della Legge Fondamentale.

Nei Paesi Bassi è stata approvata la *Legge per il controllo d'interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio* (legge n. 194 del 2001) che definisce i c.d. *criteri di accuratezza* secondo i quali può essere prestata l'assistenza al suicidio. Se questi sono rispettati si esclude la punibilità del medico che ha provocato la morte del paziente consenziente.

Nel Regno Unito, infine, è stato adottato il *Mental Capacity Act*, in vigore dal 1° ottobre 2007, che istituisce un quadro giuridico dettagliato in particolare per quei soggetti incapaci di

prendere decisioni in modo autonomo, nonché riguardo alle dichiarazioni anticipate di volontà (anche nei casi di sopravvenienza d'incapacità), perseguendo il criterio del *best interest* del paziente, tramite il riconoscimento ed il rispetto delle convinzioni e delle volontà espresse dal medesimo quand'era nel pieno delle sue facoltà mentali, come parametri cui attenersi nella materia del fine-vita.

9. *Considerazioni conclusive.* – In conclusione, anche alla luce dell'analisi del progetto di legge spagnolo e delle esperienze di altri paesi europei, non è un caso che il d.d.l. in commento sia stato denominato, con significativa prudenza, “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*”, piuttosto che “*Disposizioni in materia di testamento biologico, scelte di fine vita, autodeterminazione terapeutica*” o simili: l'intenzione del legislatore non è quella dunque di disporre in merito alle modalità di formalizzazione della volontà dei singoli o delle scelte terapeutiche in relazione a peculiari situazioni di fine vita (intervento legislativo indubbiamente necessario, per consentire l'accertamento della effettiva volontà del malato che non è più in grado di esprimersi efficacemente). Il legislatore ha inteso invece regolare solamente la possibilità di formalizzare semplici orientamenti, di carattere non vincolante, in ordine alla possibilità di essere sottoposti a taluni trattamenti, rispetto ai quali l'ultima valutazione spetterà sempre e comunque al medico curante; ma ha anche recisamente affermato l'indisponibilità assoluta dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, come di tutti quei trattamenti la cui sospensione comporterebbe la morte del paziente (si pensi, ad es., alla respirazione artificiale).

A ben vedere dunque l'assenza di ogni vincolatività della c.d. “dichiarazione anticipata di trattamento”, nonché l'indisponibilità assoluta di taluni peculiari trattamenti, non introducono nessuna tutela ulteriore in merito alle scelte di fine vita, ma anzi peggiorano e sviscerano una serie di principi costituzionali, che invece avevano già trovato positiva applicazione giurisprudenziale, pur in assenza di una puntuale previsione legislativa.

Il vero e unico punto centrale del d.d.l. in commento è rappresentato appunto dalla definizione del ruolo svolto dal medico, alla cui “scienza e coscienza” spetterà l'ultima decisione in merito a qualunque trattamento sanitario o presidio di cura da applicare al malato, a prescindere dal diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica di quest'ultimo, a seguito di puntuale consenso informato. In tal senso, dunque, le determinazioni del medico,

non solo di tipo scientifico-tecnologico ma anche etico-morali, finiranno sempre per prevalere sulla libertà-dignità del malato.

La c.d. alleanza terapeutica tra malato e medico si svuota insomma di significato all'interno del d.d.l., riportando la memoria, invece, a quelle forme di “*paternalismo medico*”, in cui il medico godeva di una indiscussa discrezionalità nello stabilire ciò che è bene e ciò che è male per il paziente, sostituendo la propria volontà a quella del suo assistito e che la stessa Costituzione (prima ancora della legge ordinaria e delle norme deontologiche) aveva, invece, inteso superare tramite l'affermazione, in generale, del carattere personalistico dell'intero impianto costituzionale.

Come si è visto, l'art. 32, 2° comma, Cost., nelle molteplici implicazioni interpretative che può presentare, non esprime solamente la regola del “consenso informato e attuale”, ma contribuisce ad introdurre nel nostro ordinamento il principio della “*voluntas aegroti suprema lex*”, secondo cui la relazione medico-paziente deve essere sempre e comunque improntata alla valorizzazione della sfera di autodeterminazione del secondo, inteso come “soggetto autonomo raziocinante, non come semplice oggetto del potere delle strutture mediche”<sup>32</sup>.

L'effetto che potrebbe produrre tale normativa, qualora sia definitivamente approvata nel testo commentato, a prescindere dall'inevitabile vaglio di costituzionalità da parte della Corte costituzionale (come anche è accaduto in relazione alla l. n. 40 del 2004, in materia di fecondazione assistita, che tutelando il diritto alla vita in ogni sua forma, anche embrionale, disponeva in contrasto con la tutela della salute della donna<sup>33</sup>), sarebbe, principalmente, quello di produrre, ancora una volta, una *effettiva disparità di condizioni tra soggetti abbienti e meno abbienti*, alla luce delle soluzioni alternative che stanno predisponendo alcune strutture private estere (dove è talora consentita ogni forma di eutanasia) per consentire a coloro che abbiano espresso in modo cosciente ed informato le proprie volontà di fine-vita, ed abbiano i mezzi economici per provvedere, di ottenere l'interruzione o disattivazione di determinati presidi sanitari e vedere in tal modo rispettate le proprie determinazioni al di fuori dell'ordinamento italiano.

---

<sup>32</sup> Così M. LUCIANI, *La tutela della salute cit.*, 156.

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost. [sent. n. 151 del 2009](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dei commi 2 e 3 dell'articolo 14: il comma 2 è stato dichiarato illegittimo laddove prevede un limite di produzione di embrioni “*comunque non superiore a tre*” e laddove prevede l'obbligo di “*un unico e contemporaneo impianto*”; il comma 3, che prevede di poter crioconservare gli embrioni “*qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione*”, è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevede che il trasferimento di tali embrioni, “*da realizzare non appena possibile*”, debba essere effettuato anche senza pregiudizio per la salute della donna. Sulla decisione, cfr., peraltro, L. TRUCCO, *Procreazione medicalmente assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.* 2010, 281 ss.