

Spunti di riflessione in merito alla legge 22 dicembre 2017 n. 219, contenente norma sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento.

La legge 22 dicembre 2017 n. 219, contenente “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 16 gennaio 2018, n.12 è entrata in vigore il 31 gennaio 2018, dopo il prescritto periodo di “vacatio legis”.

La novità maggiore, accolta come tale dai commentatori e dall'opinione pubblica, è stata l'introduzione nel nostro ordinamento delle “disposizioni anticipate di trattamento”. Meglio conosciute come “testamento biologico”, hanno avuto un itinerario lungo e travagliato.

Casi che avevano occupato le cronache, come quello di Terry Schiavo o di Eluana Englaro, entrambe in stato vegetativo da circa diciassette anni, alimentate ed idratate artificialmente, o quello di Piergiorgio Welby affetto da Sla, completamente paralizzato e tenuto in vita con la ventilazione artificiale avevano suscitato un acceso dibattito: da una parte i fautori dell'eutanasia, capeggiati dai radicali e dall'associazione Luca Coscioni, dall'altra i fautori della difesa della vita, anche in condizioni estreme.

Come riflesso di questo dibattito, nel corso di un paio di legislature in Parlamento furono presentate numerose proposte di legge, senza che però nessuna giungesse a compimento.

L'articolo 4 della legge, intitolato “Disposizioni anticipate di trattamento”, al primo comma così dispone: “Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata “fiduciario”, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.”

Le DAT in precedenza erano indicate con diverse espressioni: *living will*, tradotto in italiano come *testamento di vita*, oppure *dichiarazione anticipata di volontà*, o *dichiarazione anticipata di trattamento*. Tuttavia quella che si affermò sopra tutte fu l'espressione di *testamento biologico*.

In un primo tempo sembrava che chiamare le disposizioni anticipate di trattamento 'testamento biologico', accostandole al testamento tradizionale, fosse inappropriato perché, si diceva, avendo il codice civile – nel quale tale istituto è collocato – una visione patrimoniale dei diritti ivi regolamentati, il testamento tradizionale serviva a disporre dei diritti patrimoniali del testatore, mentre col 'testamento biologico' il disponente dava indicazioni sui trattamenti medici ai quali volesse o non volesse essere assoggettato ove non fosse stato più capace di esprimere un consenso od un dissenso, ossia disposizioni di carattere non patrimoniale, incompatibili con la natura e la funzione del testamento tradizionale. Senonché una più attenta riflessione ha consentito il superamento di tale obiezione perché, andando oltre la visione meramente patrimoniale delle norme civilistiche, si è pervenuti ad ammettere l'esistenza di diritti a contenuto non patrimoniale, onde l'accezione *testamento biologico* appare confacente all'istituto in discorso.

Nondimeno il Legislatore ha adottato la definizione di “Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)”, probabilmente per sottolineare col termine “disposizioni” il carattere maggiormente cogente di tali manifestazioni di volontà rispetto, ad esempio, al termine “direttive” o “desideri”. Ad ogni modo, a prescindere dalle questioni terminologiche, esse designano quell'atto scritto e sottoscritto con il quale un soggetto, maggiore di età, capace di intendere e di volere dispone in merito alle terapie o ai trattamenti sanitari ai quali intende

prestare o negare il consenso, nell'eventualità che successivamente perda detta capacità di prestare o negare il consenso a causa di malattie o di lesioni cerebrali irreversibili o invalidanti.

L'articolo 1 della legge in commento indica il contesto normativo entro il quale la legge stessa si iscrive, precisamente, gli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, gli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (“Carta di Nizza”), nonché – anche se non menzionata direttamente – gli articoli 5 e 9 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina. Si tratta di diritti fondamentali, ovvero inviolabili, come la libertà personale (art. 13 Cost.), la dignità umana (art. 1 della Carta di Nizza), il diritto alla vita e all'integrità della persona (art. 2 e art. 3 della stessa Carta).

Inoltre l'articolo 32 della Costituzione, al secondo comma, dispone che *“Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*.

Dal reticolo di tali diritti emerge, secondo l'interpretazione dominante, il diritto all'autodeterminazione della persona, ossia il diritto spettante a ciascuno di decidere se, quando e come un trattamento sanitario possa essere iniziato, proseguito, sospeso o terminato, anche se da tale decisione possano derivare conseguenze letali.

Benché espressamente menzionato nell'articolo 1 della legge, non sembra, tuttavia, che il diritto all'autodeterminazione abbia copertura costituzionale. Infatti, né la nostra Costituzione né la Carta di Nizza lo prevedono. Ciò non vuol dire che esso non sia un diritto: certamente è un diritto “nuovo”, come anche sostengono i fautori della Costituzione materiale, ma è un diritto – non un arbitrio – che deve dispiegarsi all'interno dell'Ordinamento e compatibilmente con esso. Tanto è vero che la legge in commento, al comma 6 dell'articolo 1 dispone che *“Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali”*.

Ciò significa che la legge in esame, ove rettamente intesa, non può contenere derive eutanasiche, perché il sistema Costituzionale, partendo dall'articolo 27, come modificato dall'articolo 1 della legge costituzionale 2 ottobre 2007 n. 1, che non ammette in nessun caso la pena di morte, ha dato tutela costituzionale alla vita ed alla sua indisponibilità.

In conclusione, le DAT si possono inquadrare come un mandato in previsione dell'(eventuale) incapacità a contenuto non patrimoniale.

Il destinatario di tale mandato è il medico, nel contesto del rinnovato rapporto medico curante – paziente. Superato il vecchio modello paternalistico, ove il paziente, in un rapporto squilibrato, necessariamente asimmetrico, si affidava completamente al medico, sul presupposto che questi, in scienza e coscienza, fosse libero di scegliere la cura più adatta, si è affermata una nuova e diversa sensibilità per la quale, fermo restando che comunque il rapporto non potrà mai essere equilibrato perché il medico ha conoscenza ed esperienza che il paziente raramente potrà avere, il rapporto si svolge secondo il modello condiviso del consenso informato.

La legge in esame, al comma 2 dell'articolo 1 dispone infatti: *“E' promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia e la responsabilità del medico”*. A proposito del consenso informato la legge recepisce ed introduce nell'ordinamento il risultato della lunga ed accurata riflessione giurisprudenziale, che già negli anni '80 del secolo scorso ebbe ad occuparsi di casi in cui il medico aveva agito, travalicando i limiti dell'intervento originariamente prospettati al paziente, senza il previo consenso dello stesso. Il punto d'arrivo di tale riflessione è che l'attività medica è attività di rango costituzionale, perché posta a tutela della Salute ma non può essere

esercitata senza il previo consenso informato, perché il consenso è la sola, indefettibile condizione che la legittima.

Del resto, il ricordato articolo 32, comma 2 della Costituzione, l'articolo 5 della Convenzione di Oviedo e l'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione Europea sanciscono proprio questo principio, ossia che *“un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato”*. Al fine di esprimere un consenso, o un dissenso, libero, è evidente che presupposto necessario è l'informazione completa sulla malattia, sulle terapie e sul loro probabile esito. Si tratta di un'obbligazione che incombe sul medico, il quale deve fornire al paziente in modo chiaro e comprensibile, proporzionato al grado di comprensione dello stesso, tutti gli elementi idonei a far maturare una decisione libera e consapevole sul percorso terapeutico.

In conclusione, il consenso informato è il cardine sul quale si impenna il complesso rapporto medico – paziente e costituisce il punto d'incontro delle rispettive autonomie: autonomia del paziente di decidere il proprio percorso terapeutico dopo essere stato opportunamente informato, autonomia del medico nella scelta delle terapie ritenute più idonee, secondo scienza e coscienza.

Le DAT si inseriscono in questo contesto e sono l'ideale prolungamento del colloquio fra medico e paziente allorché questi non sia in grado di prestare o negare il consenso a taluni trattamenti sanitari.

Allo stesso modo del consenso informato, con le DAT è possibile *“rifiutare preventivamente, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario (eventualmente) indicato dal medico per la ( ) patologia. 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”*. La nutrizione e l'idratazione artificiale, anche se somministrate con dispositivi medici non erano considerati trattamenti sanitari ma sostegno vitale e pertanto si riteneva che essi non potessero essere interrotti o rinunziati. La legge accoglie il principio affermato dalla Corte di Cassazione a proposito del caso Englaro, dove, per la prima volta, si negò che nutrizione ed idratazione artificiale fossero trattamenti di sostegno vitale: essi erano trattamenti sanitari che potevano essere sospesi o interrotti, alla stregua di qualunque terapia, allorché risultasse che la stessa era, ormai, futile o sproporzionata.

E' tuttavia evidente che, per quanto una redazione delle disposizioni anticipate sia meditata e consapevole, non si possa evitarne il carattere astratto, o comunque escludere che questa astrattezza possa essere del tutto elusa. Infatti, anche se redatte con estremo scrupolo, potrebbero rivelarsi non calibrate sulla situazione esistenziale reale nella quale l'interessato potrebbe venire a trovarsi: si tratta di un'astrattezza e genericità dovuta alla distanza, psicologica e temporale, tra la condizione in cui la dichiarazione viene redatta e la situazione reale di malattia in cui essa dovrebbe essere applicata.

Ma in tal caso va da sé che le DAT, alla stessa stregua del consenso informato, possono essere revocate o modificate dall'interessato in ogni tempo.

Maurizio Cardaci.

Avvocato.