

Note minime in tema di consenso informato e DAT nella legge 22 dicembre 2017, n. 219

di Donatella Morana

23 settembre 2018

1. La legge n. 219 del 2017, come è noto, si occupa sia di dettare una puntuale regolazione del consenso informato ai trattamenti sanitari, sia di introdurre nell'ordinamento una disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT)¹. Del resto, la decisione del legislatore di disciplinare congiuntamente, nello stesso atto, tali due aspetti inerenti alla salute dell'individuo non appare né bizzarra, né arbitraria: in entrambi i casi, infatti, entra in gioco il profilo della libertà (in senso lato) della persona di esprimere le proprie scelte e le proprie valutazioni in ordine alle cure di cui potrebbe essere destinatario. In altre parole, consenso informato e DAT rappresentano il frutto di una medesima impostazione assiologica: escludere che il paziente (o il futuro paziente) sia da ritenersi un mero oggetto di pratiche terapeutiche ma sia soggetto attivo, insieme al personale sanitario, nella loro individuazione, conservando il diritto di rifiutarle.

Tuttavia, la connessione esistente tra le due discipline non può essere spinta fino al punto di ritenerle una sorta di endiadi giuridica. Il consenso come condizione per effettuare i trattamenti e la possibilità di esprimere disposizioni anticipate, infatti, presentano tratti di significativa diversità sia dal punto di vista del loro fondamento costituzionale, sia per quel che concerne la loro natura giuridica.

Con riguardo al consenso informato, quale «legittimazione e fondamento»² di ogni

¹ Tra i primi commenti al contenuto della legge, cfr. gli interessanti interventi raccolti in *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, 1/2018, 1 ss.; nonché U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in www.lacostituzione.info, 15 dicembre 2017; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2017, 262 ss.; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, 2/2018, 97 ss.; L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino 2018, 140 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 176 ss.; B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018; M. RODOLFI-C. CASONATO-S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018.

² Così, ad es., Cass., Sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748.

trattamento sanitario e cardine del rapporto tra medico e paziente, esso ha trovato riconoscimento esplicito, come si sa, già da molti anni nel nostro ordinamento in taluni atti normativi³ e in un'ampia e consolidata giurisprudenza (anche costituzionale), che gli attribuisce, peraltro, un «sicuro fondamento nelle norme della Costituzione»⁴. La legge n. 219/2017, ad ogni modo, introduce sul punto una regolazione organica e puntuale, che porta a compimento e rende organico il contenuto dei precedenti arresti giurisdizionali.

L'art. 1 della legge, in particolare, si occupa del principio del consenso informato da una molteplicità di punti di vista e lo colloca al crocevia di ogni trattamento terapeutico.

Sintetizzando il contenuto della disposizione, può infatti osservarsi che il consenso informato: *a*) è una condizione in assenza della quale «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito», tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge (comma 1); *b*) si pone come fondamento della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» e punto di incontro tra «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (comma 2); *c*) implica il diritto di ogni persona di «conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei 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»; tale diritto include, peraltro, anche quello del paziente di «rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece» (comma 3); *d*) richiede la dimostrabilità della sua previa acquisizione, prevedendosi a tale scopo che essa sia documentata di regola «in forma scritta o attraverso videoregistrazioni», indipendentemente dalla forma con cui il consenso sia stato manifestato dal paziente (comma 4); *e*) si connota per la sua revocabilità «in qualsiasi momento» ed anche quando «la revoca comporti

³ Si segnalano, soprattutto: la legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale (la quale all'art. 1 premette che «la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», e poi, all'art. 33, sancisce il carattere «di norma volontario» degli accertamenti e dei trattamenti sanitari) e, in termini più espressi, il codice di deontologia medica del 2014 (che prevede, all'art. 35, comma 2, che «il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato»); nonché alcune fonti di origine internazionale o sovranazionale (tra le quali merita senz'altro menzione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Con riguardo alla controversa natura giuridica dei codici deontologici e, dunque, alla questione del loro valore normativo, v., tra gli altri, con particolare riguardo all'ambito medico, A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 248 ss., G.D. COMPORTELLI, *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 859 ss., V. DURANTE, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Pol. dir.*, 2004, 563 ss., P. LAONIGRO, *Le norme deontologiche tra teoria e prassi giurisprudenziale: notazioni sul codice deontologico medico*, in *Amministrazione in Cammino*, 2010.

⁴ In questi termini, ancora, Cass., Sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748. Per la giurisprudenza costituzionale, ci si limita qui a richiamare la sent. n. 438/2008 nella quale, pure, il consenso informato viene riconosciuto quale contenuto di un autonomo diritto soggettivo.

l'interruzione del trattamento» (comma 5).

È facilmente desumibile da tali previsioni come una disciplina legislativa così articolata disegni in capo al paziente un diritto alla conoscenza sul proprio stato di salute, e sui rimedi terapeutici disponibili, dai tratti particolarmente marcati⁵.

2. Come sopra detto, nella logica della l. n. 219/2017 una simile dettagliata configurazione del consenso informato risulta strettamente connessa alla regolazione della efficacia delle *disposizioni anticipate di trattamento* (DAT), il cui regime è definito all'art. 4.

È quest'ultimo, senza dubbio, il profilo più controverso – e più innovativo – dell'intervento normativo; ed è anche il profilo su cui si erano arenate precedenti analoghe iniziative nel corso delle legislature anteriori⁶.

Tralasciando in questa sede le sfaccettature problematiche, di natura teorica o applicativa, riscontrabili nella regolazione delle DAT (o, se si preferisce, del "biotestamento"), quel che si vuole qui succintamente evidenziare è la diversità di posizione che consenso informato e disposizioni anticipate presentano dal punto di vista del fondamento costituzionale e della natura giuridica.

In proposito, non appare dubbio – come meglio si è argomentato altrove⁷ – che il principio del consenso informato trovi nella Carta il suo più sicuro fondamento; con la conseguenza che il rispetto di esso si impone in via immediata non soltanto agli operatori sanitari, ma anche allo stesso legislatore, che non potrebbe legittimamente negarne l'osservanza.

Più incerta invece appare la possibilità di desumere dalla Costituzione, in modo altrettanto diretto, un "diritto al testamento biologico".

Quest'ultimo può essere inteso come il diritto di un soggetto a che vengano eseguite le sue volontà, manifestate secondo forme prestabilite, in ordine ad eventuali trattamenti sanitari futuri, da praticarsi (o da non praticarsi) nella circostanza in cui lo stesso soggetto non sia più in grado di autodeterminarsi; nel "biotestamento" può essere altresì individuata una terza persona (il fiduciario) in veste di rappresentante abilitato ad assumere al posto del "biotestatore" le scelte inerenti alla sua salute.

Il diritto al testamento biologico configurato in questi termini può essere ritenuto, a ben vedere, non tanto come il riconoscimento di un diritto la cui protezione sia costituzionalmente obbligatoria, quanto piuttosto il prodotto della legittima discrezionalità del legislatore, manifestatasi appunto con la l. n. 219/2017.

⁵ Come è stato osservato, la legge giunge a configurare a questo riguardo, «senza equivoci e ambiguità, la sussistenza in capo al soggetto di un diritto a sapere (e a non sapere) riguardo ad informazioni rilevanti sulla propria salute e su diagnosi, prognosi, benefici, rischi e possibili alternative dei trattamenti sanitari cui eventualmente sottoporsi»: così, G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, cit., 110.

⁶ Tanto che l'ordinamento italiano è arrivato buon ultimo, tra quelli dei principali Stati dell'Unione europea, nel dotarsi di una disciplina di questo tipo: cfr. sul punto, ad es., F. LOSURDO, *L'ultima scelta. Dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita*, in *Koreuropa. Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2018, 5.

⁷ Si consenta di rinviare a D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Torino, 2015, 127 ss.

3. In particolare, sarebbe improprio considerare il diritto al biotestamento come inevitabile conseguenza della tutela costituzionale della salute quale diritto di libertà *ex art. 32 Cost.* Le disposizioni anticipate di trattamento, infatti, hanno natura di atto negoziale e sono da ritenersi, pertanto, frutto dell'esercizio di un potere giuridico⁸. Mentre per l'insegnamento che qui si condivide la libertà di salute, al pari di tutte le libertà giuridiche, non consiste in un potere, bensì nella pretesa del soggetto titolare, protetta dall'ordinamento, a che tutti gli altri si astengano dall'intervenire nell'ambito materiale rappresentato dalla sua condizione psicofisica, in ordine alla quale egli è abilitato ad adottare, momento per momento, le scelte preferite⁹.

Ciò implica che i comportamenti materiali che integrano, in senso proprio, una forma di godimento della libertà di salute si accompagnano, di per sé, esclusivamente al generale dovere di astensione di tutti gli altri soggetti, i quali sono tenuti ad un mero *non facere*, a non interferire cioè con i comportamenti di volta in volta volontariamente posti in essere dal soggetto titolare in relazione alla propria salute. La persona che dispone le DAT, invece, mira a creare uno specifico vincolo giuridico in capo ad alcuni determinati altri soggetti (essenzialmente, medici e sanitari); il contenuto del vincolo è finalizzato a richiedere o interdire che vengano praticate certe attività terapeutiche e la sua efficacia è destinata a prodursi soltanto in caso di incapacità di intendere e di volere del disponente, ossia in caso di sua materiale impossibilità di adottare scelte volontarie e consapevoli.

Ma anche (anzi, soprattutto) il potere di nomina di un fiduciario, cui spetti di operare scelte relative alla salute dell'estensore delle disposizioni anticipate, esula dalla *silhouette* tipica dei diritti di libertà: questi, infatti, presentano la caratteristica della personalità e mal si conciliano con forme di godimento delegate o realizzate per interposta persona¹⁰.

Riepilogando, può allora concludersi che il diritto a dettare disposizioni anticipate di trattamento previsto dalla l. n. 219/2017 rappresenta un potere di autonomia negoziale, specificamente configurato dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità ed esercitabile da ciascun soggetto maggiorenne in grado di intendere e di volere; attraverso l'esercizio di tale potere, il soggetto è abilitato ad esprimere la propria volontà destinata a produrre effetti per il tempo in cui egli, privo della

⁸ La natura negoziale del testamento biologico – espressione di un potere giuridico che, in quanto tale, richiede la capacità di agire in capo al soggetto che lo compie – è resa ulteriormente palese dal fatto che la l. n. 219/2017 (all'art. 4, comma 1) riserva la possibilità di esprimere le disposizioni anticipate di trattamento esclusivamente ai maggiorenni capaci di intendere e di volere.

⁹ Per qualche considerazione ulteriore sulla differenza tra libertà di salute e poteri giuridici inerenti alla salute, sia consentito rinviare a D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 132 ss.

¹⁰ V. P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, Torino, 1991, 285, ove si chiarisce che la personalità dei diritti di libertà è da intendersi, anzitutto, «nel senso che il loro godimento non può aver luogo se non in maniera diretta, ad opera cioè della stessa persona che ne è titolare, senza possibilità di applicazione per istituti come la rappresentanza legale o volontaria o qualsiasi altro tipo di sostituzione». Vale la pena ricordare come anche la Corte di Cassazione, nella già menzionata decisione n. 21748/2007 della prima sezione, relativa al delicato caso Englaro (contenute, tra l'altro, un'ampia ricostruzione del principio del consenso informato), pervenga alla conclusione che la libertà di scelta in materia di salute non possa essere "esercitata" da un rappresentante, stante la sua natura personalissima.

capacità di autodeterminazione, non sia più in condizioni di assumere decisioni riguardanti il modo in cui intenda godere della propria libertà di salute; il potere di adottare le DAT è da tenersi distinto dal diritto costituzionale alla salute quale diritto di libertà in quanto non necessariamente desumibile da quest'ultimo, benché pur sempre aggiuntivamente configurabile (come avvenuto) in via legislativa¹¹.

¹¹ V. ancora P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 246 s., il quale (valorizzando uno spunto di G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953, I, 312 ss.) sottolinea che «un soggetto non è “legittimato a porre in essere negozi giuridici perché titolare di una o più libertà costituzionali”, ma [...] il godimento di queste “può materialmente consentire” l’esercizio del potere di autonomia negoziale».

La Corte costituzionale non ha ancora avuto modo di pronunciarsi approfonditamente sulla natura giuridica delle DAT; tuttavia, in un passaggio della sent. n. 262/2016, essa qualifica le disposizioni anticipate di trattamento come «espressive della libertà di cura». Per il resto, la pronuncia dichiara l’illegittimità costituzionale di una legge regionale del Friuli-Venezia Giulia in tema di DAT, intervenuta prima dell’approvazione della l. n. 219/2017. Ad avviso della Corte, infatti, la disciplina delle disposizioni anticipate ricade nella materia «ordinamento civile», di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. l.