

**Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT:  
quali rischi derivanti dalla concreta  
prassi applicativa?\***

*Benedetta Liberali*

INDICE: Premessa. - 1. Il mancato riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza: quali problematiche derivanti dalla futura concreta prassi applicativa? - 2. Il ruolo del medico: mero esecutore delle volontà del paziente o essenziale protagonista della formazione del consenso libero e informato? - 3. Il coinvolgimento, laddove il paziente lo desidera, di soggetti terzi nella relazione di cura. - 4. Osservazioni conclusive.

*Premessa.*

La legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (d'ora in avanti DAT), nel testo approvato dal Senato della Repubblica il 14 dicembre 2017 (AS 2801), si inserisce in un ampio e divisivo dibattito (culminato con la nota sentenza n. 21748 del 2007 della Corte di cassazione resa nel caso Englaro<sup>1</sup>) su temi spesso qualificati come eticamente sensibili e scientificamente controversi, che riguardano i diritti alla vita, alla salute, ad essere curati e a rifiutare di esserlo, e dunque all'autodeterminazione, oltre che il dovere di solidarietà.

Tale disciplina, innanzitutto, inquadra il consenso libero e informato, che deve sussistere al fine di iniziare o proseguire ogni tipo di trattamento sanitario «tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge», richiamando i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 13

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> Corte cass., sez. I. civ., sent. 16.10.2007, n. 21748, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, p. 77 ss.

e 32 Cost.<sup>2</sup>; definendo quali trattamenti sanitari la nutrizione e l'idratazione artificiali<sup>3</sup>, che sarebbero rifiutabili al pari di ogni altro trattamento sanitario o accertamento diagnostico; e valorizzando i ruoli non solo della persona interessata e del medico, ma anche, in modo significativo, dei famigliari (senza ulteriori specificazioni), della parte dell'unione civile, del convivente o della persona di fiducia (se il «paziente lo desidera»), oltre che dei «componenti dell'equipe sanitaria» (art. 1).

In secondo luogo, si prevede, nei confronti del paziente, l'obbligo per il medico di «adoperarsi per alleviarne le sofferenze», garantendo di conseguenza «un'appropriata terapia del dolore» comprensiva dell'erogazione delle cure palliative di cui alla legge n. 38 del 2010, e il dovere di «astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» (art. 2).

Ancora, la disciplina consente di esprimere le DAT (ossia la «volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a

---

<sup>2</sup> Rispetto a questo specifico profilo, C. Casonato, *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del re*, in *Il Mulino OnLine*, 21 aprile 2017, commentando il testo del disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati, ha sottolineato che si è confermata «una posizione assodata e, per così dire, indisponibile, che nulla ha a che fare con le ipotesi di assistenza al suicidio o omicidio del consenziente (eutanasia) e la cui negazione comporterebbe, anzi, la violazione della Costituzione, del diritto dell'Unione europea e internazionale, e della deontologia professionale».

<sup>3</sup> Sull'importanza di un «glossario comune» e su alcuni concetti condivisi dalla comunità scientifica si vedano D. Mazzon – L. Busatta, *Nutrizione artificiale e dichiarazioni anticipate di trattamento. Per l'elaborazione di un glossario comune e condiviso*, in *BioLawJournal*, 2016, II, p. 409 ss., oltre che C. Piciocchi, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare "forma al vuoto" in attesa di una legge*, in *Rivista AIC*, 2016, II.

In modo particolarmente efficace C. Casonato, *A proposito del ddl sul testamento biologico*, cit., sottolinea che «La composizione e le procedure di assunzione di nutrizione e idratazione artificiali [...] sono talmente complesse che la persona che la prescrivesse o eseguisse senza essere medico commetterebbe il reato di esercizio abusivo della professione (art. 348 del codice penale). E parrebbe davvero paradossale negare la qualifica di 'trattamento sanitario', in quanto tale rifiutabile, ad una attività che solo un medico può gestire».

singoli trattamenti sanitari», in «previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi»), oltre che di realizzare «una pianificazione delle cure condivisa» fra paziente e medico («rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta») (artt. 4 e 5).

Tenendo conto dello specifico rilievo che, in questa materia, assumono non solo i già richiamati diritti alla vita, alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, ma anche i principi di autonomia e responsabilità del medico, ci si intende soffermare in particolare sul ruolo riconosciuto a quest'ultimo nella relazione di cura (definito da quelle disposizioni che prevedono da un lato l'obbligo di attenersi alle volontà del paziente e dall'altro, pur in mancanza di un vero e proprio diritto di obiezione di coscienza, la possibilità di disattenderle), nonché sul coinvolgimento di soggetti terzi, quali innanzitutto il fiduciario e il giudice tutelare (il cui intervento risulta decisivo in caso di disaccordo con il medico), per porre in luce alcuni profili che, a una prima lettura, sembrano potenzialmente problematici ai fini della stessa (effettiva) attuazione della disciplina e, quindi, suscettibili di dispiegare effetti (anche) negativi sulla stessa posizione del paziente.

*1. Il mancato riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza: quali problematiche derivanti dalla futura concreta prassi applicativa?*

La legge in commento, al contrario di altre discipline altrettanto peculiari quali quelle relative all'interruzione volontaria di gravidanza (legge n. 194 del 1978) e alla fecondazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004)<sup>4</sup>, non riconosce il diritto di obiezione di coscienza per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie.

---

<sup>4</sup> Rispetto al diritto di obiezione di coscienza riconosciuto dall'art. 9 della legge n. 194 del 1978 e dall'art. 16 della legge n. 40 del 2004 sia consentito il rinvio alle considerazioni svolte in B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, p. 601 ss. e p. 367 ss.

Ciononostante, è possibile porre in luce alcune disposizioni che sembrano farvi riferimento se pure indiretto, in qualche modo adombrando i rischi di una ineffettiva applicazione della disciplina.

Si pensi, per esempio, all'art. 1, comma 9, secondo cui «Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale». Tale previsione sembra evocare il tenore dell'art. 9, comma 4, della legge n. 194 del 1978, laddove si prevede che «Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare» i trattamenti interruttivi, con modalità organizzative che comprendono il controllo da parte delle Regioni che possono ricorrere anche alla mobilità del personale. Le ragioni di questa disposizione risiedono nella necessità di garantire, «in ogni caso», l'accesso al servizio richiesto, nonostante l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza.

A fronte del mancato riconoscimento di un analogo diritto in materia di consenso informato e di DAT, l'inserimento dell'obbligo (ai fini della «piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge») per le strutture sanitarie (non solo pubbliche, ma anche private, senza peraltro alcuna specificazione rispetto al loro carattere convenzionato) di ricorrere a «proprie modalità organizzative» introduce un indubbio elemento di eccentricità, che sembra adombrare i (realistici) rischi della mancata effettiva applicazione della legge.

Sempre in questa prospettiva, si pensi anche alla possibilità per il medico di disattendere le DAT. L'art. 4, comma 5, infatti, stabilisce che queste possano essere «disattese, in tutto o in parte, [...] in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». In caso di conflitto fra medico e fiduciario, si ricorre all'intervento del giudice tutelare.

Un primo profilo di criticità di questa previsione risiede nella stessa individuazione dei criteri cui ancorare la valutazione del carattere palesemente incongruo o non corrispondente alla condizione

del paziente delle DAT: da tale operazione, infatti, dipende la possibilità per il medico di disattenderle (peraltro, «in tutto o in parte»). Se pure si possa fare riferimento a un giudizio oggettivo di congruità o corrispondenza della condizione clinica attuale del paziente<sup>5</sup>, non si può non considerare come la medesima valutazione sia suscettibile di interpretazione discrezionale da parte del medico, soprattutto laddove debba valutare l'idoneità di «terapie non prevedibili» a offrire «concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»<sup>6</sup>.

Un secondo profilo critico consiste nella necessità, per il medico, sempre laddove vi sia la valutazione positiva di cui sopra, di procedere «in accordo con il fiduciario». Non essendo la nomina di quest'ultimo obbligatoria (l'art. 4, comma 4, infatti, rende le DAT ugualmente valide, sebbene al comma 1 si preveda che il paziente «Indica» il fiduciario), ci si può chiedere cosa accada quando (in assenza del fiduciario o quando sia d'accordo) il disaccordo sia espresso dai famigliari, dalla parte dell'unione civile o dal convivente, cui pure la

---

<sup>5</sup> Ritiene, invece, U. Adamo, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 15 dicembre 2017, che «il concetto di «palesamente incongruo» rinvia alla questione di come si scrivono le Dat, non potendosi dare seguito a Disposizioni che dovessero risultare, anche con l'intervento del fiduciario, 'non chiare' (ad esempio perché il loro contenuto non riesce ad esprimere compiutamente la volontà del sottoscrittore)». Secondo C. Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017, il legislatore avrebbe introdotto «una sorta di clausola generale dai contenuti volutamente elastici (l'*incongruenza*), per potere al contempo garantire la corrispondenza delle disposizioni all'effettiva volontà del paziente, sia in termini di attualità del consenso che di consapevolezza (previa adeguata informazione) delle scelte terapeutiche anticipate».

<sup>6</sup> Su tale specifico profilo si vedano anche le osservazioni di P. Borsellino, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in *BioLawJournal*, 2013, III, p. 99, che sottolinea come riconoscere carattere vincolante alle DAT del paziente significherebbe «richiedere che, in presenza di nuovi trattamenti, le sue volontà non siano messe nel nulla in cambio di un qualunque beneficio terapeutico, ma solo se il nuovo trattamento disponibile è in grado di assicurare un livello di qualità della vita che l'interessato considererebbe presumibilmente accettabile».

legge conferisce un indubbio rilievo nella relazione di cura, come si vedrà oltre.

Anche la previsione secondo cui il «paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari [...] alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 1, comma 6), rispetto ai quali non vi sarebbero obblighi professionali, sembra introdurre un parametro di valutazione (connesso alla deontologia professionale e alle buone pratiche mediche) che potrebbe consentire al medico di non rispettare la volontà del paziente.

Un ulteriore profilo problematico riguarda l'individuazione dei soggetti che devono attenersi, in particolare, alla pianificazione delle cure condivisa realizzata con il paziente, laddove vi sia una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione con prognosi infausta. L'art. 5, comma 1, stabilisce, infatti, che a essa siano obbligati il medico e l'*équipe* sanitaria, nel caso in cui il paziente si trovi in condizioni di non poter esprimere il proprio consenso o sia incapace. Poiché la pianificazione delle cure è frutto di una condivisione realizzata prima del venir meno della possibilità di esprimere il consenso e delle capacità del paziente, ci si può chiedere se a essa siano obbligati anche i medici e il personale esercente la professione sanitaria che non vi hanno partecipato. Anche da questo punto di vista, quindi, si potrebbero porre notevoli difficoltà applicative, in ragione dell'astensione dall'eseguire quel medesimo programma che, pianificato da altri medici, non sia affatto condiviso da chi subentra nella presa in carico del paziente.

Analoghe problematiche potrebbero ritenersi superabili per il caso delle DAT alla luce dell'espresso obbligo di rispettarle (art. 4, comma 5), laddove a darvi esecuzione non sia chiamato lo stesso medico (e l'*équipe* sanitaria) che ha contribuito alla formazione del preliminare consenso informato e libero del paziente attraverso la comunicazione delle «adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» (si pensi, infatti, ai turni che determinano l'avvicinarsi dei medici nella prestazione del servizio). Non si potrebbe in ogni caso escludere che un medico non condivida il percorso informativo e, soprattutto, la qualità delle valutazioni operate dal collega, che sono state determinanti per la stessa formazione delle DAT (medesime criticità connesse ai turni del

personale sanitario si sono concretizzate, come noto, nella diversa materia dell'interruzione volontaria di gravidanza<sup>7</sup>).

*2. Il ruolo del medico: mero esecutore delle volontà del paziente o essenziale protagonista della formazione del consenso libero e informato?*

Accanto al mancato riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza, si prevede in modo espresso l'esclusione di ogni responsabilità civile o penale quando il medico si attenga fedelmente alla volontà del paziente (tranne in caso di richieste di «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»). Da tali previsioni, sembrerebbe emergere un rilevante appiattimento del ruolo del medico, quale mero esecutore delle volontà del paziente<sup>8</sup>.

Al contrario, ai fini della «piena e corretta attuazione dei principi» della legge, la competenza, l'autonomia e la responsabilità professionali del medico (che «si incontrano» con l'autonomia

---

<sup>7</sup> Sulle problematiche applicative derivanti dall'esercizio del diritto di obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria di gravidanza, si vedano G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, p. 815 ss., e F. Grandi, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, I, p. 89 ss. A commento delle due decisioni di merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa rese in materia nei confronti dell'Italia, si rinvia a M. D'Amico, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'Amico – G. Guiglia (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, Napoli, 2014, p. 219 ss., e L. Busatta, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016*, in *DPCE OnLine*, 2016, II.

<sup>8</sup> Ritengono questo l'aspetto forse più critico della legge B. Vimercati – L. P. Vanoni, *Le libertà calpestate da una cattiva legge*, in *www.sussidiario.net*, 15 dicembre 2017.

decisionale del paziente fondando la relazione di cura e di fiducia basata sullo stesso consenso informato, ai sensi dell'art. 1) costituiscono un aspetto essenziale.

Profilo trasversale alla formazione di un consenso libero e informato e alla definizione delle DAT e della pianificazione condivisa delle cure, infatti, è rappresentato dall'effettiva garanzia del diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informati «in modo completo, aggiornato e [...] comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi» (art. 1, comma 3). La formazione del consenso informato e libero e la definizione delle DAT e della programmazione delle cure sono di necessità subordinate alle attività informative poste in essere dal medico (rispettivamente art. 1, commi 3 e 5, art. 4, comma 1, e art. 5, comma 2). La stessa prospettazione dei benefici e dei rischi derivanti da accertamenti diagnostici o trattamenti sanitari, infatti, viene operata sulla base delle proprie competenze, autonomia e responsabilità professionali, rappresentando quindi un profilo cruciale per il successivo dispiegarsi dell'autodeterminazione del paziente<sup>9</sup>.

Di conseguenza, il successivo obbligo di attenersi alle indicazioni del paziente, che si assumono essere maturate a seguito del flusso informativo che fonda la stessa relazione di cura e di fiducia, non sembra in definitiva compromettere, nel complessivo bilanciamento fra le diverse posizioni giuridiche soggettive, la posizione del medico, il cui ruolo fondamentale si esprime specificamente nella formazione stessa del consapevole consenso informato e libero, attraverso la decisiva valutazione preliminare intorno alla selezione delle informazioni, oltre che delle modalità di comunicazione<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Si veda a questo proposito, da ultimo, C. Casonato, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 2017, IV, p. 597 ss.

<sup>10</sup> Risultano significative, a questo proposito, le osservazioni di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 277 s., laddove da un lato definisce l'"alleanza terapeutica" quale "ingannevole formula [...], in sé ambigua o indicazione d'una via per ridimensionare il potere della persona", e dall'altro lato

In questo contesto, si deve rilevare anche che l'art. 1, comma 3, prevede il caso in cui tale momento informativo preliminare con il paziente manchi: in particolare, questi può rifiutare (in tutto o in parte) di ricevere le informazioni o può indicare un terzo soggetto incaricato di riceverle, per poi «esprimere il consenso in sua vece». Questa previsione sembra avvicinarsi alla nomina di un fiduciario per il caso delle DAT, che però vengono definite «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi» e pur sempre «dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» (art. 4, comma 1).

*3. Il coinvolgimento, laddove il paziente lo desidera, di soggetti terzi nella relazione di cura.*

Come si è accennato, la legge prevede il coinvolgimento nella relazione di cura di una serie di soggetti diversi dalla persona direttamente interessata e dal medico (che è tenuto a fornire tutte le informazioni necessarie per la formazione del consenso libero e informato, oltre che per la determinazione delle DAT e della pianificazione delle cure). Si è già fatto cenno ai profili problematici che possono derivare dalla stessa individuazione del medico responsabile del trattamento, a fronte delle esigenze organizzative delle strutture ospedaliere che determinano la modulazione dei turni di servizio.

Analoghe problematiche sembrano porsi in relazione agli ulteriori soggetti coinvolti nella relazione di cura, ossia «gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'*équipe* sanitaria» (art. 1, comma 2). Quest'ultima viene in rilievo, insieme al medico, anche

---

qualifica quella fra medico e paziente come “relazione comunicativa, irriducibile alla banalizzazione del consenso attraverso la firma di un modulo che evoca piuttosto la sottoscrizione di un contratto di assicurazione o di fornitura di servizi, o nel quale si manifesta l'attitudine «difensiva» del medico”. A questo riguardo, infatti, “Contano le parole usate, e il modo, dunque il momento della comunicazione, il tempo a essa dedicato, il dialogo con un linguaggio capace di far sì che il sapere medico giunga alla persona con l'indispensabile grado di comprensibilità, e non come una sottile sopraffazione attraverso la quale il medico recupera il suo potere”.

laddove vi siano situazioni di emergenza o urgenza, imponendo la garanzia delle cure necessarie pur sempre nel rispetto della volontà del paziente quando sia possibile recepirla (art. 1, comma 7). Ancora, l'*équipe* sanitaria (con il medico) deve attenersi alla pianificazione delle cure condivisa con il paziente, laddove quest'ultimo non sia in grado di esprimere il suo consenso o si trovi in stato di incapacità (art. 5, comma 1). Si prevede in modo specifico anche «il coinvolgimento del medico di medicina generale», quando si debba garantire «un'appropriata terapia del dolore», per alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1).

La legge riconosce rilievo nella relazione di cura, «se il paziente lo desidera», anche ai famigliari, alla parte dell'unione civile o al convivente (art. 1, comma 2). In modo specifico, il medico, nel caso in cui il paziente rinunci o rifiuti determinati trattamenti necessari per la propria sopravvivenza, prospetta le conseguenze di tale decisione non solo al paziente, ma anche - «se questi acconsente» - ai (soli) suoi famigliari (art. 1, comma 5). Anche rispetto alla pianificazione condivisa delle cure, l'art. 5, comma 2, stabilisce che «con il suo consenso» siano adeguatamente informati anche i famigliari, la parte dell'unione civile o il convivente. Da tali disposizioni emerge l'intento di valorizzare i ruoli della parte dell'unione civile e del convivente, disciplinati dalla legge n. 76 del 2016, sebbene non si comprenda per quale ragione vengano differenziati rispetto ai «familiari» (cui si fa riferimento senza ulteriori precisazioni), nel senso di non ritenerli già ivi compresi<sup>11</sup>.

Oltre a queste figure, il legislatore riconosce la possibilità per il paziente di coinvolgere una persona di fiducia, destinataria di quelle medesime informazioni cui si è già fatto riferimento (artt. 1, comma 2, e 5, comma 2) e, al pari dei (soli) famigliari, anche dell'eventuale incarico di riceverle e di esprimere il consenso del paziente se questi lo

---

<sup>11</sup> In merito alle previsioni contenute nell'art. 1, commi 40 e 41, della legge n. 76 del 2016, che permettono al convivente di fatto di designare l'altro quale proprio rappresentante «in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute», si vedano M. Piccinni – P. Zatti, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, IX, p. 1293 ss.

vuole (art. 1, comma 3). La persona di fiducia può acquisire il ruolo di vero e proprio fiduciario, ai sensi dell'art. 4.

Quest'ultima disposizione relativa alle DAT se da un lato stabilisce che sia indicata una persona di fiducia (fiduciario), che faccia le veci e rappresenti la persona nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (nei casi di futura incapacità di autodeterminarsi), dall'altro chiarisce che le DAT sono comunque valide anche laddove il fiduciario non sia stato indicato (oppure vi abbia rinunciato, sia deceduto o sia divenuto incapace). Il ruolo assegnato al fiduciario sembra consistere innanzitutto in quello di controllore della fedele esecuzione delle stesse DAT. In modo particolare, tale profilo emerge laddove il medico intenda disattenderle: per procedere in tal senso è necessario l'accordo con il fiduciario, ricorrendosi in caso contrario al giudice tutelare.

Il ruolo di quest'ultimo è particolarmente significativo. Nel caso che si è appena descritto, infatti, egli è chiamato a dirimere un contrasto fra medico e fiduciario rispetto all'esecuzione delle DAT. Se, come si è visto, appare già problematica la previsione che consente al medico di disattenderle, analoghi interrogativi sembrano porsi in modo ancor più accentuato per il giudice tutelare. Egli, infatti, è chiamato a decidere operando quella medesima valutazione rimessa al medico di congruità e corrispondenza che tenga conto dell'evoluzione della scienza, cui si contrappone la diversa volontà espressa innanzitutto dal paziente (non più cosciente) nelle DAT e poi dal fiduciario. In alcuni casi, come si è già rilevato, potrebbe non esserci alcun disaccordo fra medico e fiduciario e, dunque, si pone il problema del rilievo della diversa volontà dei familiari, della parte dell'unione civile e del convivente. Analoghi profili problematici sembrano porsi anche rispetto al ruolo che il giudice tutelare è chiamato a svolgere in relazione a minori di età, incapaci, interdetti o inabilitati (art. 3).

#### *4. Osservazioni conclusive.*

La legge in materia di consenso e di DAT fissa alcuni principi che senz'altro contribuiscono in modo significativo a disegnare il

bilanciamento fra le diverse posizioni dei soggetti coinvolti, in una materia in cui, al pari del campo dell'inizio della vita, viene in rilievo lo stato di avanzamento delle tecniche e conoscenze scientifiche che consentono di raggiungere traguardi fino a poco tempo fa del tutto impensabili ed è particolarmente alto il rischio di una contrapposizione ideologica e, quindi, di una vera e propria «contesa»<sup>12</sup>.

I profili problematici che, a una prima lettura, sembrano emergere dalla disciplina sul cd. biotestamento saranno inevitabilmente posti alla prova dei fatti nella concreta prassi applicativa che permetterà innanzitutto di verificare se a essa sarà data effettiva e piena applicazione.

Il maggior rischio pare rappresentato dallo svuotamento di queste previsioni, nel caso in cui alle DAT non venga data esecuzione da parte di medici o di intere strutture (come peraltro è già avvenuto nel caso Englaro, con la cd. obiezione di struttura censurata dal Consiglio di Stato<sup>13</sup>).

La relazione annuale al Parlamento sullo stato di applicazione della legge da parte del Ministero della salute potrebbe costituire un utile strumento per un costante monitoraggio (art. 8). La negativa esperienza legata alla diversa, ma pur sempre controversa, disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza e, in modo particolarmente

---

<sup>12</sup> Utilizza in modo particolarmente significativo questo termine M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, p. 17, sottolineando che "la dimensione dei diritti fondamentali assume sempre più l'aspetto di una lotta, di una tensione fra visioni diverse e contrastanti, apparentemente inconciliabili".

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. III, sent. 17.7.2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, IX, p. 2229 ss., che in modo particolarmente significativo ha stabilito che "55.5. Non spetta comunque alla Regione sollevare un'obiezione di coscienza della struttura sanitaria nel suo complesso, attenendo l'obiezione di coscienza, per sua stessa natura, al foro interno del singolo e non certo all'istituzione pubblica nel suo complesso, che al contrario deve attrezzarsi, nonostante il rifiuto del singolo sanitario dovuto a ragioni di autonomia professionale e morale, per garantire l'effettuazione di una prestazione doverosa. 55.6. Bene è stato osservato in dottrina, al riguardo, che a chi avanza motivi di coscienza si può e si deve obiettare che solo gli individui hanno una 'coscienza', mentre la 'coscienza' delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano".

significativo, le dichiarazioni del Ministro della salute, che intende garantire l'obiezione di coscienza in materia di consenso informato e DAT nonostante manchi una espressa previsione al riguardo<sup>14</sup>, non sembrano dare alcuna rassicurazione.

Anche la clausola di invarianza finanziaria (art. 7) - pur a fronte degli specifici obblighi di adeguata formazione del personale, quelli di idonee modalità organizzative delle strutture sanitarie per la piena e corretta attuazione della stessa legge e quelli connessi alle modalità di trasmissione e raccolta dei dati relativi alle DAT (in modo specifico, la raccolta dei dati da parte delle Regioni da trasmettere al Ministero della salute) e alla gestione delle banche dati - rende difficile immaginare una concreta e seria attività di implementazione della disciplina.

**Abstract:** L'articolo analizza la disciplina sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento, al fine di porre in luce alcuni profili che a una prima lettura sembrano potenzialmente problematici per la sua stessa attuazione e suscettibili di dispiegare effetti anche negativi sulla posizione del paziente.

L'analisi sarà condotta tenendo conto dello specifico rilievo che assumono da un lato i diritti alla vita, alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche del paziente e dall'altro i principi di autonomia e responsabilità del medico. In questa prospettiva, assumono uno specifico rilievo le disposizioni che definiscono il ruolo del medico nella relazione di cura e il coinvolgimento di soggetti terzi, quali il fiduciario e il giudice tutelare.

---

<sup>14</sup> "Biotestamento, Lorenzin: «Garantirò l'obiezione di coscienza»", Ansa, 20 dicembre 2017, in cui si afferma che "La ministra sottolinea 'di voler contemperare la necessità di applicare fedelmente le nuove disposizioni con le altrettanto fondate esigenze di assicurare agli operatori sanitari il rispetto delle loro posizioni di coscienza'".

Al contrario, sulla necessità di una specifica previsione di legge per il riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza si veda innanzitutto A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1992, X, p. 240 ss.

**Abstract:** The article analyses the discipline on informed consent and on the anticipated dispositions of treatment, in order to highlight some profiles that at first glance seem potentially problematic for its own implementation and which can also have negative effects on the patient's position.

The analysis will be carried out taking into account the specific importance that, on the one hand, have the rights to life, health and self-determination in therapeutic choices and, on the other, the principles of practitioner autonomy and responsibility. In this perspective, the provisions defining the role of practitioners in the care relationship with their patients and the involvement of third parties, such as trustees and judges, will be taken into specific consideration.

**Keywords:** consenso informato; disposizioni anticipate di trattamento; salute; autodeterminazione; obiezione di coscienza

**Benedetta Liberali**, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano, [benedetta.liberali@unimi.it](mailto:benedetta.liberali@unimi.it)