

dott. DAVIDE TASSINARI

Dottore di ricerca in diritto e processo penale nell'Università di Bologna

GLI ATTUALI PROGETTI DI LEGGE SUL COSÌ DETTO “TESTAMENTO BIOLOGICO”: UN BREVE SGUARDO D'INSIEME ^(*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le alterne vicende del “diritto di rifiutare le cure”. – 3. Alcuni centrali aspetti della disciplina del diritto al rifiuto delle cure: a) i suoi diversi “livelli” di manifestazione. – 4. b) I limiti contenutistici e “sistematici” dell'autodeterminazione alle cure. – 5. c) i vincoli di forma e la pubblicità del “testamento”. – 6. Alcuni appunti sulla tecnica normativa in materia di testamento biologico.

1. *Considerazioni introduttive*

Il così detto testamento biologico rappresenta un oggetto di indagine dalla fisionomia multidisciplinare¹. Le problematiche e gli interrogativi che esso solleva si pongono come un tema di centrale interesse, anche per la novella

* Testo riveduto e con l'aggiunta di note della relazione presentata il 10 ottobre 2006 presso l'Università di Bologna nell'ambito del progetto di ricerca di interesse nazionale “Le nuove frontiere del diritto penale della medicina nell'esperienza italiana e straniera”, coordinato dal Prof. Fausto Giunta.

¹ Fra i numerosi Autori che si sono occupati delle problematiche del rifiuto delle cure e del testamento biologico nell'ambito penalistico e medico-legale, si vedano, oltre a quelli citati *infra*, VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1426 s.; SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, in *Dir. pen e proc.*, 1996, p. 202 s.; ID., *A proposito di “living will” e di “advance directives”: note per il dibattito*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 477 s.; SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 533; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 751 s.; GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 553 s.; DE FARIA COSTA JOSÉ, *La fine della vita ed il diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 448; INTRONA, *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 9 s.; ID., *Le “dichiarazioni anticipate” e le cure palliative fra bioetica, deontologia e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 39 s.; BARNI, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, p. 835 s. Per un'analisi degli aspetti civilistici del problema si vedano, fra gli altri, BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate e diritto di rifiutare le cure*, in *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 473; SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 196; SPOTO, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 179 s.; RESCIGNO, *Il testamento biologico*, in AA.VV., *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, a cura di FAGIUOLI, Milano, 1997, p. 67. Per un'analisi generale del problema si veda IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano, 2000, *passim*.

branca della “biogiuridica”².

Si tratta, peraltro, di un oggetto di analisi non nuovo. Da oltre un trentennio, soprattutto grazie alle suggestioni ed agli stimoli provenienti dalle indagini di diritto comparato e, primariamente, da quelle riguardanti il panorama giuridico anglosassone, il testamento biologico – altresì denominato “living will”, ovvero “testamento di vita” – è divenuto uno fra i più controversi *topoi* della riflessione giuridica.

I progetti di legge presentati in relazione al “living will” nel corso delle presente legislatura³ si segnalano per molteplici aspetti di interesse, indipendentemente da ogni pronostico – peraltro assai arduo – circa la loro effettiva traduzione in legge. Sotto il profilo quantitativo, attualmente ben tredici sono i disegni di legge relativi al “living will” che sono stati presentati alla Camera o al Senato e che già hanno formato (o presto formeranno) oggetto di discussione⁴;

² In proposito v., fra gli altri, ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di MAZZONI, Bologna, 1998, p. 63 s.; MOCCIA, *Bioetica o “biodiritto”? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 863 s.; SANTOSUOSSO, *Bioetica e diritto*, in AA.VV., *Medicina e diritto*, a cura di BARNI, SANTOSUOSSO, Milano, 1995, p. 3 s.

³ Fra i disegni di legge della passata legislatura, è da ricordare il n. 2943 del senato, presentato dall'onorevole Antonio Tommassini. Fra i documenti d'interesse si vedano, inoltre, la *Proposta di legge sul consenso informato e sulle direttive anticipate della Consulta di bioetica* (in *Bioetica*, 1998, p. 113 s.) ed il parere del comitato di bioetica del 18 dicembre 2003 (cfr., in proposito, ZANCHINI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: ecco il tanto atteso parere del comitato di bioetica*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2003, p. 51 s.). Per un quadro d'insieme circa il dibattito dottrinale, la giurisprudenza ed il diritto comparato, oltre agli Autori citati nelle note successive, si vedano INTRONA, *Le “dichiarazioni anticipate” e le cure palliative fra bioetica, deontologia e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 39 s.; FONTANELLA, *Il diritto di autodeterminazione del paziente: il consenso informato ed il testamento biologico*, in *Iustitia*, 2003, 478 s.

⁴ Al memento in cui il presente lavoro è stato ultimato risultano all'esame della XV^a legislatura i seguenti progetti di legge: il D.d.l. n. 3 del senato, presentato il 28 aprile 2006 su iniziativa dell'onorevole Antonio Tommassini; il D.d.l. n. 357 del senato, presentato il 17 maggio 2006 dall'onorevole Giorgio Benvenuto; il D.d.l. n. 433 del senato, presentato il 19 maggio 2006 dall'onorevole Piergiorgio Massidda; il D.d.l. n. 542 del senato, presentato il 31 maggio 2006 dall'onorevole Anna Maria Carloni e altri; il D.d.l. n. 665 del senato, presentato il 20 giugno 2006 dall'onorevole Natale Ripamonti; il D.d.l. n. 687 del senato, presentato il 27 giugno 2006 dall'onorevole Ignazio Roberto Marino e altri; il D.d.l. n. 773 del senato, presentato il 7 luglio 2006 dall'onorevole Paola Binetti e dall'onorevole Emanuela Baio; il D.d.l. n. 818 del senato, presentato il 18 luglio 2006 dagli onorevoli Antonio Del Pennino ed Alfredo Biondi; il D.d.l. n. 762 della camera, presentato il 17 maggio 2006 dall'onorevole Franca Chiaromonte e altri; il D.d.l. n. 779 della camera, presentato il 18 maggio 2006 dall'onorevole Domenico Di Virgilio; il D.d.l. n. 1463 della camera, presentato il 25 luglio 2006 dall'onorevole Donatella Poretti; il D.d.l. n. 1702 della camera, presentato il 26 settembre 2006 dall'onorevole Franco Gril-

dal punto di vista “qualitativo”, occorre sottolineare come siffatti progetti provengano sia dalla maggioranza di governo che dall’opposizione⁵. A dispetto delle antitesi di fondo che dovrebbero contrassegnare, in ragione delle diverse posizioni da cui esse originano, le proposte legislative in discorso, appare sorprendente come, sia pure con differenti toni ed accenti, esse lascino nel loro insieme trasparire alcune significative note *bipartisan*.

Ciascuno dei disegni di legge (siano essi “di destra” o “di sinistra”), come si evince dalle relazioni dei loro proponenti, prende infatti le mosse dall’evidenziazione di un comune dato di fondo: la legislazione (si pensi alla Convenzione di Oviedo⁶), la giurisprudenza (si pensi al noto caso “Massimo”) e lo stesso sentore sociale segnalano un profondo mutamento del rapporto medico-paziente, di cui il diritto positivo deve necessariamente prendere atto⁷. Siffatto rapporto, dopo essersi progressivamente distanziato dal vecchio archetipo del “paternalismo” medico, oggi più che mai risulta incentrato sulla preminenza del principio di autodeterminazione alle cure, la cui principale espressione pare doversi individuare proprio nel diritto al loro rifiuto dal parte del paziente⁸.

lini; il D.d.l. n. 1884 della camera, presentato il 7 novembre 2006 dall’onorevole Tommaso Pellegrino. I testi dei progetti di legge sono reperibili sul sito internet www.senato.it.

⁵ Ad avviso di qualche Autore, tuttavia, le proposte legislative riguardanti il testamento biologico non rifletterebbero un’esigenza realmente avvertita nel tessuto sociale (in questo senso, in particolare, v. IADECOLA, *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 473 s.).

⁶ In merito alla Convenzione di Oviedo ed alle problematiche legate alla sua introduzione nel nostro sistema giuridico, v., per tutti, SANTOSUOSSO, TURRI, *Una Convenzione tutta da scoprire*, in *Quest. Giust.*, 2001, p. 597; VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure “non confermabile” dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 16. Per una “rilettura” dei rapporti diritto penale ed attività medico-chirurgica alla luce della medesima Convenzione, si veda DASSANO, *Il consenso informato*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, p. 341 s.

⁷ Si vedano, ad esempio: il comunicato alla presidenza del senatore Giorgio Benvenuto del 17 maggio 2006, relativo al progetto di legge n. 357 del senato, cit.; il comunicato alla presidenza della Senatrice Anna Maria Carloni ed altri del 31 maggio 2006, relativo al progetto di legge n. 542 del senato, cit.; il comunicato alla presidenza del 27 giugno 2006 del senatore Ignazio Roberto Marino ed altri, relativo al progetto di legge n. 687 del senato, cit. Tutti i documenti citati sono reperibili sul sito internet www.senato.it. In dottrina, in merito al ruolo dei *living will* nella cornice dei cambiamenti che hanno interessato la medicina degli ultimi decenni, v. IMMACOLATO, BOCCARDO, RATTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la “rivoluzione silenziosa” della medicina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 354 s.

⁸ Sui recenti mutamenti della fisionomia della medicina, si veda, fra gli altri, FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI, Torino, 2006, p. 603 s. Per gli ulteriori approfondimenti bibliografici, si consenta di rin-

Appare assai arduo dar conto nel dettaglio del *proprium* di ciascuno degli anzidetti progetti di legge – una tale analisi non potrebbe certo formare oggetto di queste brevi note –; nelle pagine che seguono ci si propone però di evidenziare alcuni centrali aspetti del tema qui trattato. Ciò sia in rapporto alle principali analogie e differenze di disciplina riscontrabili nella progettazione normativa in tema di “living will”, sia in relazione ad alcuni dei limiti e delle insufficienze che paiono caratterizzarla globalmente.

2. *Le alterne vicende del “diritto di rifiutare le cure”*

Non pare, anzitutto, superfluo evidenziare come l’enunciazione espressa di un diritto del paziente a rifiutare le cure e, più in particolare, di un suo diritto al “dissenso” operante anche in relazione a trattamenti “salvavita” appaia estremamente significativa. L’affermazione di un tale diritto, presente nella più gran parte dei progetti di legge (sia pure, come più oltre si dirà, con talune sensibili diversità di formulazione), oltre a rappresentare un antecedente logico rispetto alla regolamentazione del testamento biologico, riveste una considerevole importanza sistematica. Nel recente passato della prassi clinica, della dottrina e della giurisprudenza, la stessa esistenza di siffatto diritto è stata, infatti, non di rado messa in discussione, se non addirittura esplicitamente negata⁹. Alcuni emblematici casi “pro” e “contro” paiono rintracciabili nella casistica in tema di rifiuto delle cure manifestato dai testimoni di Geova¹⁰. Il complesso ambito delle

viare a TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in AA.VV., *La gestione del rischio in medicina*, a cura di CANESTRARI, FANTINI, Trento, 2006, p. 1 s. Per una panoramica sul diritto di rifiutare le cure, v. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dir. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 22 s.

⁹ Il diritto del paziente di rifiutare le cure “salvavita” è stato negato da talune controverse decisioni della giurisprudenza meno recente. Cfr. Pret. Pescara, decr. 8 novembre 1974, in *Nuovo dir.*, 1975, p. 253, con nota di PIANIGIANI; Pret. Modica, ord. 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, p. 271 s. In dottrina, nel senso dell’esclusione di tale diritto v., in particolare, IADECOLA, *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Giust. pen.*, 1986, p. 79 s.; ID., *Il trattamento medico-chirurgico di emergenza e il dissenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 125 s.; RIECI, VENDITTO, *Eutanasia, diritto a morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettive di riforma legislativa*, in *Giust. pen.*, 1993, p. 287 s. In senso analogo, si veda anche EUSEBI, *Omissione dell’intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 528.

¹⁰ Su queste problematiche si vedano, fra gli altri, PALERMO FABBRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, p. 186 s.; MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e costituzione (a proposito del rifiuto della trasfusione di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 312; VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, p. 2477; D’ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della*

pronunce in materia di responsabilità medica sembra, a sua volta, evidenziare come il diritto in discorso, pur essendo oggi riconosciuto dalla giurisprudenza, presenti ancora contorni sensibilmente incerti¹¹. In questi settori, il quadro interpretativo inerente alle norme di legge ordinaria e costituzionale incidenti sul tema del consenso risulta estremamente “oscillante”.

Come noto, le più rilevanti (e basilari) discordanze in tema autodeterminazione del paziente alle cure hanno avuto ad oggetto il dettato costituzionale¹². Benché il disposto di cui all'art. 32 co. 2 Cost. appaia univoco nel riconoscere l'esistenza di un diritto individuale all'“autodeterminazione terapeutica”, operante salve le sole eccezioni dei “trattamenti sanitari obbligatori”, parte della dottrina ha interpretato la norma in senso restrittivo. Essa non implicherebbe affatto un diritto di rifiutare i trattamenti *quad vitam*: l'esame storico della disposizione, secondo tale indirizzo, attesterebbe invece la sua natura, per così dire, di affermazione di principio, correlata alla condanna degli episodi di “barbarie medica” che la storia recente ci rammenta¹³. Da qui l'origine di una

vita, in *Pol. dir.*, 1998, p. 602. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue “salvavita” rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 950. Si consenta, inoltre di rinviare a TASSINARI, *Emotrasfusioni e libera autodeterminazione dell'individuo*, in *Critica dir.*, 1999, p. 101 s.

¹¹ Basti pensare alle molteplici tesi che si contendono il campo in tema di trattamento medico “arbitrario”. In proposito, per tutti, si vedano: GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 377 s.; MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, p. 1287; ID., *Le “nuove frontiere” del trattamento medico-chirurgico nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 147 s.; AZZALI, *Trattamento sanitario e consenso informato*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 925; EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 728 s.; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 s. Per un quadro generale del problema e per più puntuali indicazioni bibliografiche, si consenta di rinviare a TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit., *passim*.

¹² Per una panoramica su questo tema e, più in generale, sul diritto alla salute nella costituzione, per tutti v. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 610 s.; CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, p. 22; MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e costituzione*, cit., 303 s.; ID., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, *passim*; VINCENZI AMATO, *loc. ult. cit.*; CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 595; PANUNZIO, (voce) *Vaccinazioni*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, p. 2 s.; di recente si veda LORENZINI, *Problematiche sulla disponibilità del diritto alla vita*, in *Nuovo diritto*, 2006, p. 3 ss. Per ulteriori richiami bibliografici, si consenta di rinviare a TASSINARI, *loc. ult. cit.*

¹³ Sul punto, tra gli altri, con difformi opinioni, si vedano EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di FIORAVANTI, Milano, 2001, p. 132 s. e GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 563. Appare condivisibile, in proposito, il

tormentata – e ad oggi irrisolta – disputa assiologica ed interpretativa: il concetto di autodeterminazione alle cure, sia pure affermato nella Carta fondamentale in modo che parrebbe esente da possibili fraintendimenti, è stato conciliato, a seconda dei diversi punti di vista, con soluzioni ermeneutiche a sfondo sia “individuale” che “collettivo”¹⁴. La tutela della vita nell’ordinamento giuridico vigente, proprio in virtù di siffatte discrasie interpretative, pare anzi destinata ad indossare una veste duplice ed ambigua: ad un tempo quella di diritto e quella di dovere, quest’ultima caratterizzata da un’immanenza dello stato, in senso “tutorio” e “ensorio”, sulle scelte individuali¹⁵.

Per un comprensibile effetto “a cascata”, direttamente derivante dal controvertibile quadro di valori di cui si è detto, incertezze applicative non meno sensibili hanno interessato le disposizioni di legge ordinaria, segnatamente

rilievo di quest’ultimo Autore, ad avviso del quale l’argomento “storico”, di per sé stesso considerato, manifesta, nell’interpretazione dell’art. 32 co. 2 Cost., una capacità euristica limitata. Nel panorama della letteratura orientata verso un’interpretazione restrittiva dell’art. 32 Cost. e verso la negazione del diritto di rifiutare le cure “salvavita”, oltre agli Autori citati nelle note precedenti, si vedano SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., pp. 186 s. e 203 s.; IADECOLA, FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, così detto “diritto di morire”, criteri per l’accertamento del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 302 s.; ID., *Il trattamento medico-chirurgico di emergenza e il dissenso del paziente*, in AA.VV., *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Milano, 2000, p. 83; MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1979, p. 438 s.; MONTANARO, *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 1173 s.

¹⁴ In particolare, si vedano le osservazioni di D’ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 611. Fra gli altri, paiono privilegiare una lettura “individualistica”, piuttosto che “sociale” del diritto a rifiutare le cure, RECCHIA, *Libertà individuale, salute collettiva e test anti-AIDS*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 562; BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 386.

¹⁵ Fra gli Autori che ravvisano nell’art. 32 co. 2 Cost. un univoco indice dell’esistenza del diritto di rifiutare le cure si vedano, per tutti: GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., 563; ID. *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 90 s.; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 763; MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 92 s.; ID., *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull’eutanasia*, a cura di STORTONI, Trento, 1992, p. 33 s.; MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 312; VINCENZI AMATO, *Il secondo comma dell’art. 32*, in *Comm. Della Cost. G. Branca*, artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976, p. 167 s.; PARODI-GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, 2657; MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Ind. pen.*, 1998, 477 s.; BAILO, CECCHI, *L’eutanasia tra etica e diritto: principi e pratiche a confronto*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 1209; D’ALOIA, *op. cit.*, p. 611. In particolare, sul raccordo fra l’art. 32 co. 2 e l’art. 13 Cost. nel quadro del diritto a rifiutare le cure v. SANTOSUOSSO, *Situazioni critiche nel rapporto medico-paziente*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 181 s.

quelle penali, inerenti la tutela della vita. Il rifiuto dei trattamenti terapeutici, anziché venire in considerazione (come forse avrebbe dovuto) quale limite implicito (ed invalicabile) al dovere di intervento del medico, è stato sovente destituito del centrale valore che l'art. 32 Cost. ha verosimilmente inteso assegnargli¹⁶.

La “progettata” enunciazione positiva del diritto di rifiutare le cure, in quest’ottica, sembra di per sé poter sortire molteplici, desiderabili effetti: *in primis*, la cessazione dell’inesauribile diatriba di cui si è appena detto e, in secondo luogo, la conquista di un *minimum* di certezza del diritto nel delicato settore della responsabilità medica. La positivizzazione dei confini di autodeterminazione del paziente pare, anzi, possedere una duplice valenza: da un lato, essa potrebbe significativamente ridurre i timori oggi ingiustamente gravanti sulla classe medica, esposta ad un duplice e concorrente “rischio” di responsabilità penale (quello derivante dall’omissione delle terapie e quello correlato al trattamento “arbitrario”); dall’altro, essa varrebbe ad aumentare il coefficiente di precettività-tassatività delle fattispecie incriminatrici poste a tutela della vita ed, in particolare, delle ipotesi di colpa *per omissionem*, delle quali la responsabilità medica costituisce un terreno elettivo d’applicazione. Tali fattispecie, invero, a fronte di una espressa tipizzazione legislativa del binomio consenso-rifiuto alla terapia e dei suoi limiti, non potrebbero più essere interpretate in modo “incondizionato”, ma risulterebbero etero-limitate (e perciò stesso rese maggiormente determinate) dal principio-cardine dell’autodeterminazione terapeutica¹⁷.

Sulla base di queste osservazioni, appaiono maggiormente condivisibili, nell’ampio quadro dei progetti di legge sul testamento biologico, quelle scelte redazionali che, laddove il paziente rifiuti la terapia, escludono espressamente ogni forma (non solo penale, ma anche civile o disciplinare) di responsabilità del medico¹⁸.

¹⁶ Questo stato di cose pare efficacemente testimoniato, ad esempio, dalle incertezze della giurisprudenza meno recente in materia di rifiuto delle cure da parte dei testimoni di Geova (cfr. , per i riferimenti bibliografici, *supra*, in nota).

¹⁷ L’esplicitazione dei limiti dell’intervento medico concorrerebbe a meglio precisare i termini dell’obbligo “giuridico” di impedire l’evento incombente su quest’ultimo, ovvero dei contenuti normativi a cui l’interprete deve necessariamente rinviare per “dare corpo” alla responsabilità omissiva. Nella manualistica, in relazione al rapporto fra elementi normativo-giuridici e principio di precisione, cfr., in particolare, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3° ed., Milano, 2001, p. 137 s.

¹⁸ Cfr., per tutti, l’art.2 co.2 del D.d.l. n. 357 del senato, cit., “l’eventuale rifiuto..., valido anche per il tempo successivo ad una sopravvenuta perdita della capacità naturale, deve essere

In termini generali, va, infine, rimarcato come la scelta legislativa di esplicitare il *right to self-determination* in ambito medico-chirurgico rivesta un importante significato assiologico: per ciò stesso, si tratta, a ben vedere, di una scelta coraggiosa. È, dunque, comprensibile come alcuni disegni di legge, nel mentre delineano siffatti “nuovi” diritti del paziente, si preoccupino anche di ribadire l’illiceità di ogni forma di eutanasia¹⁹. Una tale precisazione pare necessaria al fine di chiarire non solo la portata pratica del “principio consensualistico”, ma anche le caratteristiche ed i limiti che gli sono propri sul piano dei principi. Se, infatti, da un punto di vista classificatorio, è vero che il diritto di rifiutare le cure potrebbe essere ricondotto alla categoria della eutanasia passiva consensuale²⁰, nondimeno la sua affermazione non implica affatto l’accoglimento di un generalizzato “diritto di morire”²¹. Il rifiuto delle cure si pone in un orizzonte di valori e prerogative individuali assai più vasto – e per nulla coincidente – con quello strettamente eutanasiaco: esso non accoglie un concetto di disponibilità del corpo come incondizionato *dominion*, ma piuttosto enuncia il diritto ad opporsi all’altrui ingerenza sulla propria dimensione

rispettato dai sanitari anche se dalla mancata effettuazione dei trattamenti proposti derivi un pericolo per la salute o per la vita del paziente, e rende gli stessi sanitari esenti da ogni responsabilità configurabile ai sensi delle disposizioni vigenti in materia”.

¹⁹ Cfr., per tutti, l’art. 2 co. 2 del D.d.l. n. 779 della camera, cit., “in nessun caso le disposizioni di cui alla presente legge possono essere interpretate nel senso di rimettere alla volontà del paziente o del medico, o in generale di ammettere, promuovere o consentire: a) l’eutanasia attiva o passiva...”. Analoghe formule, peraltro, sono state utilizzate dalla legislazione estera in tema di *living will*: è il caso del noto *Natural death act* della California che, nel 1976, ha, per la prima volta, espressamente disciplinato la materia (cfr. D’ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 605).

²⁰ In generale, sulle problematiche penalistiche dell’eutanasia, si vedano, per tutti: SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 693; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 90; ID., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 403; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 751 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, *passim*; CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l’eutanasia*, in AA.VV., *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di ZANETTI, Bari, 2003, 194 s; STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 479 s.

²¹ In particolare, sulle diverse sfumature “terminologiche” che tali problematiche sollevano, v. RIECI, VENDITTO, *Eutanasia, diritto di morire e diritto di rifiutare le cure*, cit., p. 278 s.; PORZIO, (voce) *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, vol.XVI, Milano, 1967, 114; MANTOVANI, (voce) *Eutanasia*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 425; si consenta, inoltre, di rinviare a TASSINARI, *Profili penalistici dell’eutanasia nei paesi di Common law*, in AA.VV., *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI, FORNASARI, Bologna, 2001, p. 147 s.

fisica²². Il quadro di riflessioni e valori personali che può fare da sfondo a tali scelte è, invero, molteplice: il credo religioso (emblematico è l'esempio dei testimoni di Geova), il timore del dolore, il desiderio di prevenire l'accanimento terapeutico e, più in generale, la personalissima valutazione della dignità-qualità della vita in rapporto all'invasività (ed all'efficienza) dei trattamenti medici. Si tratta, in definitiva, di una *mensura* dei costi e dei benefici della terapia non determinabile una volta per tutte, ma correlata all'intimità del paziente ed alle sue private scelte di "fine vita": una dimensione che appare, quasi ontologicamente, inconciliabile con l'idea della doverosità dell'intervento medico.

3. *Alcuni centrali aspetti della disciplina del diritto al rifiuto delle cure:* a) *i suoi diversi "livelli" di manifestazione*

In termini generali, il diritto di rifiutare le cure, prendendo in esame l'ipotesi-base in cui esso sia esercitato da un paziente capace, pare distinguibile in tre categorie. Ciascuna di esse descrive, secondo diversi gradi d'intensità, un particolare livello di attualità-attendibilità della manifestazione di volontà del titolare del diritto.

Il primo livello di questa ideale tripartizione è rappresentato dall'ipotesi in cui il paziente si trovi, già nel momento in cui manifesta il dissenso alle cure, in una situazione patologica. In tali circostanze, egli non solo è normalmente edotto in merito alle finalità ed agli effetti della terapia, di cui gli vengono rappresentati i "pro" ed i "contro", ma è altresì in grado di apprezzare in modo compiuto la portata delle proprie scelte. Il paziente, infatti, avvertendo fisicamente su di sé il dolore e le limitazioni collegabili alla patologia in atto, può effettuare, secondo la propria sensibilità personale ed i propri valori, una comparazione *in concreto* fra i diversi elementi incidenti sulla decisione di curarsi o meno²³. La completezza di tale processo decisionale, peraltro, risulta tanto maggiore quanto più sia veridica ed effettiva l'informazione data in ordine alle caratteristiche della patologia e della cura. Opportunamente, dunque, pressoché tutti i progetti di legge al momento in discussione rendono

²² Di queste stesse idee pare essersi fatta interprete per la prima volta, nella giurisprudenza italiana, l'assai discussa decisione della Corte d'Assise di Firenze nel caso *Massimo*. Cfr. C. Ass. Firenze, *Massimo*, in *Foro it.*, 1991, II, 236.

²³ Si tratta, in definitiva, di una sua personale valutazione circa la "qualità della vita" ed il "valore della vita". Su tali concetti e sulle loro implicazioni etiche e giuridiche, si vedano, fra gli altri, PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 45 s.; DWORKIN, *Il dominio della vita*, Milano, 1994, p. 98 s.

esplicita la nozione di consenso informato²⁴. Si tratta di un aspetto che assume una centrale rilevanza per il problema qui trattato: stante l'elevata incidenza delle scelte terapeutiche sui beni della vita e dell'integrità fisica del paziente, pare essenziale la previsione, nella ventura legge, di cautele atte a prevenire casi di "rifiuto disinformato" delle cure.

L'affermazione legislativa del diritto all'"autodeterminazione terapeutica" pare anzi, sotto questo aspetto, dischiudere le porte ad una nuova tipologia di errore diagnostico: la prospettazione al paziente di un quadro patologico e terapeutico errato, ponendosi in diretta relazione con la sua valutazione circa l'*an* delle cure, nasconde possibili rischi per la vita e per la salute. Si pensi al caso in cui l'ammalato, essendogli erroneamente rappresentata una prognosi totalmente infausta, decida di rifiutare cure che percepisce come inutili, quando invece la loro somministrazione avrebbe potuto condurre ad esiti positivi. In siffatte ipotesi, non pare azzardato ritenere che il medico possa rispondere a titolo di colpa dell'evento lesivo che eventualmente ne consegue: ciò sia pure tenendo conto della particolare problematicità del caso, caratterizzato dalla presenza, quale fattore eziologico "intermedio", della volontà del paziente.

Uno degli aspetti più delicati della disciplina del rifiuto delle cure, anche in rapporto all'ipotesi-base che si sta esaminando, è rappresentato dalla valutazione circa la capacità decisionale del titolare del diritto. In questo senso, viene in rilievo non tanto la problematica dell'errore sull'efficacia delle cure, ma più basilaramente la necessità che al momento della scelta il paziente sia *compos sui*. Parrebbe anzi opportuno, nel quadro di disciplina del testamento biologico, adottare una qualche cautela volta ad appurare che il titolare del diritto si autodetermini in una condizione di piena capacità di intendere e volere²⁵. Così ad esempio, potrebbe prevedersi (ma negli attuali progetti di leg-

²⁴ Per una esemplificazione delle formule utilizzate, si rinvia alla lettura dell'art. 2 del D.d.l. n. 3 del senato, cit., le cui parti essenziali sono riportate *supra*, in nota. In rapporto alla nozione di consenso informato, con particolare riferimento alla sua progressiva emersione nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense, si vedano FADEN, BEUCHAMP, *A history and theory of informed consent*, New York, 1986, spec. 125 ss.; per un'analisi di diritto comparato in rapporto alla recente legislazione spagnola sul tema, v. CACACE, *Legge spagnola 41/2002 e consenso informato: cose vecchie, cose nuove*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1161 s. Per gli ulteriori richiami bibliografici, v. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit., p. 1 s.

²⁵ In linea di massima, i progetti di legge si limitano a stabilire che il consenso-rifiuto al trattamento debba essere prestato in modo "libero, consapevole ed esplicito" (così, fra gli altri, recita l'art.2 del D.d.l. n. 433 del senato, cit.). Una procedura di accertamento dello stato di incapacità è però prevista da alcuni progetti di legge allorché si tratti di dare attuazione al testamento biologico. Cfr., per tutti, l'art.16 del D.d.l. n. 433 del senato, cit. "1. Il testamento di vita

ge sono silenti sul punto), specie laddove ciò sia suggerito dal quadro patologico in atto, la necessità che siffatta capacità venga appurata mediante indagini specialistiche. Laddove, infatti, il rifiuto delle cure appaia il frutto di una scelta viziata dalla precarietà delle condizioni mentali del paziente, parrebbe corretto, in ossequio al generale principio *in dubio pro vita*, somministrare ugualmente la terapia²⁶.

Veniamo ora all'analisi degli altri due "livelli" in cui il principio di autodeterminazione alle cure, anche alla luce della progettazione legislativa in corso, pare potersi articolare. La seconda fra le tipologie di manifestazione di volontà a cui si è fatto cenno è rappresentata proprio dal documento denominato "testamento biologico". A prescindere dalle dispute, sorte soprattutto in seno alla dottrina civilistica, in merito alla natura di tale atto, nonché alla correttezza della sua designazione quale "testamento"²⁷, il suo *proprium* consiste in ciò: ogni persona, anche se non affetta da patologie, mediante il testamento biologico può decidere in via anticipata se intende o meno, nell'ipotesi in cui sopravvenga un suo stato di incapacità, ricevere cure mediche²⁸. L'aspetto saliente di tale documento, talvolta denominato anche *living will*, ovvero, con ri-

e il mandato in previsione d'incapacità sono efficaci quando interviene lo stato d'incapacità decisionale del disponente. 2. L'incapacità prevista dal comma 1 deve essere accertata e certificata da un collegio formato da tre medici, tra i quali un neurologo e uno psichiatra, designati dal presidente dell'ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri competente o da un suo delegato, su istanza di chiunque ritieni di averne interesse o titolo."

²⁶ Nella prassi clinica, l'ipotesi in cui le cure vengano rifiutate da un soggetto la cui capacità appare dubbia risulta tutt'altro che rara. Per questa ragione, parte della letteratura medico-legale, ravvisa la necessità che i casi in esame siano oggetto di una specifica disciplina legislativa. Cfr. MAGLIONA, DEL SANTE, *Negato consenso da parte del paziente in dubbie condizioni di capacità al trattamento sanitario indifferibile* quad vitam: *aspetti giuridici, deontologici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1082. Sottolinea il pericolo che gli accertamenti sulla capacità del paziente si risolvano in una arbitraria negazione della sua volontà, SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, cit., p. 533 s.

²⁷ In senso critico, si vedano SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 196; MARTINEAU, *L'insoutenable légereté d'une appellation*, in *La revue du notariat*, 1988, p. 556.

²⁸ Va evidenziato come, nella più gran parte dei progetti di legge, il testamento biologico venga inteso più latamente come un documento "di fine vita", comprendente indicazioni ulteriori a quelle menzionate nel testo. Si prenda ad esempio la definizione delle "dichiarazioni anticipate di trattamento" di cui all'art.1, co.1 lett. a) del D.d.l. n. 3 del senato, cit., secondo cui esse consistono nell'"atto scritto con il quale taluno dispone in merito ai trattamenti sanitari, nonché all'uso del proprio corpo o di parte di esso, nei casi consentiti dalla legge, alle modalità di sepoltura e alla assistenza religiosa". Per una definizione dei concetti di "direttive anticipate" e di "testamento biologico", v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 181.

ferimento al suo contenuto, *advance directives*²⁹, è rappresentato dall'esistenza di un sensibile "stacco" di tipo circostanziale e cronologico fra i suoi momenti dispositivo ed attuativo. Pare opportuno, sia pur brevemente, soffermarsi su entrambi questi punti.

Per quanto riguarda il momento in cui il "testamento" viene compilato, non diversamente da quanto si è sommariamente detto in relazione all'ipotesi di rifiuto delle cure, assume un particolare rilievo il fatto che il "testatore" si trovi in una condizione di capacità. Eccezion fatta per questa basilare analogia, le differenze fra le due tipologie di manifestazione di volontà sono però assai sensibili. Nella fattispecie-base del rifiuto il titolare del diritto esprime le proprie scelte relazionandole ad una situazione patologica in atto. Egli, come già si è accennato, non solo manifesta, per così dire, un "rifiuto informato", ma altresì direttamente percepisce gli effetti del male che lo affligge, sovente avvertendo anche il prossimo avvento del proprio stato di incapacità. Affatto diversa è la situazione del "testamento": le disposizioni qui contenute sono per definizione inerenti ad un tempo a venire; esse, inoltre, sono normalmente concepite in rapporto alla possibilità – non già alla certezza – che il loro estensore divenga incapace di decidere in merito ai trattamenti medici³⁰. Si tratta, per queste ragioni, di un'ipotesi di consenso-rifiuto "ontologicamente" non compatibile con il *logos* della piena informazione circa la patologia e la cura³¹. L'esperienza applicativa maturata nei paesi laddove il testamento biologico da tempo costituisce *ius positum* mostra come tale sua caratteristica sia non di rado foriera di difficoltà di ordine "interpretativo". L'oggetto del testamento, invero, normalmente consiste in un'indicazione astratta di "casi" terapeutici, descritti mediante l'utilizzo di termini elastici: lo "stato terminale", il "dolore non tollerabile", le "prospettive di vita",

²⁹ Per una panoramica di diritto comparato, soprattutto in relazione alla situazione normativa d'oltreoceano, v. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, cit., p. 203; BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 481; INTRONA, *Le "dichiarazioni anticipate" e le cure palliative fra bioetica, deontologia e diritto*, loc. cit., e bibliografia ivi richiamata.

³⁰ Si è, anzi, già sottolineato come alcuni progetti prevedano, prima che venga data esecuzione alle "direttive anticipate" delle specifiche procedure di accertamento dell'incapacità (cfr. *supra*, in nota) In dottrina, su queste problematiche, v., per tutti, IAPICHINO, *Testamento biologico*, cit., p. 67.

³¹ Cfr., in proposito, le osservazioni di, SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace*, loc. cit.; D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 619; SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, 197; IAPICHINO, *Testamento biologico*, cit., p. 68. Sulla base di questi rilievi, parte della dottrina esprime scetticismo circa la possibilità di riconoscere valore legale ai testamenti biologici nel nostro ordinamento. Fra gli altri, v. BARNI, *I testamenti biologici*, cit., 837 s.

l'“incapacità irreversibile” ecc.³²

La determinazione a non curarsi, in tal modo, è, almeno in parte, presa dal “testatore” “al buio”; essa, più che un'accurata ponderazione dei pro e dei contro della terapia, rappresenta una sorta di scelta “di principio”³³.

Orbene, se l'elevato (ed esplicito) spessore costituzionale del diritto di rifiutare le cure, nella sua versione-base pare indubitabile, alla medesima conclusione non può giungersi in rapporto al “testamento biologico”. Il concetto stesso di “non obbligatorietà” delle cure, qual'è letteralmente affermato dalla costituzione, non sembra, infatti, implicare un diritto all'autodeterminazione terapeutica *pro futuro* ed a carattere “generico”, com'è invece quello sottinteso al *living will*. Invero, l'art. 32 co. 2 Cost. espressamente si occupa dei trattamenti sanitari (obbligatorie e non) in quanto essi siano *determinati*. La “determinatezza” a cui si è riferito il costituente pare configurarsi, nell'economia della disposizione in esame, non come un pleonasma, ma come un ben preciso contenuto normativo³⁴. Il corretto esercizio del diritto di libertà individuale rispetto alle scelte terapeutiche presuppone che il paziente abbia contezza del trattamento che deve essergli somministrato: pare qui venire in considerazione un'affermazione costituzionale – sia pure implicita – del principio dell'*informed consent*, che oggi universalmente si riconosce immanente al trattamento terapeutico. Non solo: lo stesso concetto di determinatezza del trattamento sembra richiedere un *minimum* di attualità del “sinallagma” trattamento-rifiuto. Quest'ultimo, invero, pare potersi qualificare “determinato” (*rectius*: informato) non solo in quanto sia inerente ad una precisa “proposta” terapeutica, ma anche in quanto i costi ed i benefici che ne derivano siano *concretamente* apprezzabili dal paziente secondo la sua personale scala di valori. Ebbene, la possibilità che una tale valutazione sia effettivamente compiuta nel momento “dispositivo” del testamento biologico, allorché esso viene compila-

³² Il problema della “vaghezza” delle direttive anticipate è stato preso in esame anche dal Comitato nazionale di bioetica, nel parere reso su questo tema il 18 dicembre 2003. In proposito v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 201.

³³ Va rilevato come il problema in discorso presenti numerose sfaccettature, di carattere non solo giuridico ed etico, ma altresì filosofico. Il tema del testamento biologico è strettamente inerente a quello del mutamento della volontà umana nel corso del tempo: esso lambisce perciò alcuni ambiti di riflessione della filosofia moderna, come quelli relativo al così detto “io multiplo”. Cfr., in proposito, ELSTER, *L'io multiplo*, Milano, 1991, *passim*. Per più ampi richiami bibliografici, si vedano anche SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., 183 s. e GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 566.

³⁴ Sul punto si vedano anche le osservazioni di VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso*, cit., p. 1429.

to, appare dubbia: ciò quantomeno nei casi in cui il lungo tempo trascorso fra la data di formazione del documento e quella della sua concreta attuazione lascino sospettare che i *desiderata* precedentemente manifestati dal paziente non siano più rispondenti alla sua (presumibile) volontà attuale³⁵.

Se, dunque, il “primo livello” in cui la “libertà di scelta” del paziente può astrattamente articolarsi, ovvero quello del rifiuto delle cure, rappresenta un’attuazione necessaria (ed ineludibile) del dettato costituzionale, così non pare sia per il “testamento biologico”. Proprio in quanto assai più blandamente avvinto alla logica del consenso informato, tale documento pare collocarsi in un’area costituzionalmente “neutra”. Esso rinvia ad un’idea di auto-determinazione terapeutica ove il “rifiuto” individuale per lo più si configura come una scelta *preventiva ed indeterminata*³⁶.

Non può però con ciò dirsi che il testamento biologico sia censurabile sul piano della legittimità costituzionale. La possibilità di attribuire al singolo il diritto di rifiutare in via anticipata le cure, a ben vedere, si configura come una scelta discrezionale del legislatore³⁷. Essa è collocata “a cavallo” fra i due poli estremi della “relazione” terapeutica nella sua fisionomia costituzionale: da un lato, il diritto a rifiutare le cure, che la costituzione parrebbe concepire come immediatamente precettivo laddove esso sia “attuale” e determinato; dall’altro la riserva di legge che delimita il campo dei “trattamenti obbligatori”.

In rapporto al versante penalistico del problema qui trattato, questa parti-

³⁵ Parte della dottrina ritiene che il testamento biologico non sia affidabile in quanto, al momento della sua compilazione, il “testatore” non può avvertire la spinta del proprio istinto di autoconservazione. Per tutti cfr. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., p. 230; analogamente, fra gli altri, PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, cit., p. 32. In senso diverso argomenta la dottrina che ritiene il “testamento” inattendibile solo allorché esso sia stato revocato dal disponente, *expressis verbis* o anche *per facta concludentia*, in un tempo successivo alla sua compilazione. Così, in particolare, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 109; VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso*, cit., p. 1434.

³⁶ Anche gli Autori che riconoscono validità al testamento biologico precisano, infatti, come tale validità vada comunque subordinata alla loro *determinatezza* (essi, in particolare, dovrebbero fare riferimento “più che a singole patologie, alle terapie ovvero agli effetti della malattia”: cfr. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, loc. ult. cit.).

³⁷ A sostegno di tale scelta, parte della dottrina rileva come, nel diritto positivo, numerosi siano gli indici che consentono di attribuire valore giuridico a manifestazioni di volontà inattuali. Così, ad esempio, la capacità del soggetto deve essere valutata, ai sensi dell’art.428 c.c., al momento del compimento dell’atto, non della sua esecuzione; un ulteriore e non meno rilevante esempio sarebbe da individuarsi nell’ipotesi del consenso dato in vita alla donazione di organi, previsto dalla legge n. 91/99. Cfr., sul punto, SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, cit., 198.

colare articolazione dell'impianto costituzionale ha significative conseguenze.

Già allo stato attuale della legislazione, la posizione di garanzia normalmente incombente sul medico e, dunque, il suo dovere di attivarsi per la salute (se non per la "salvezza") del paziente, dovrebbe arrestarsi innanzi al rifiuto attuale e determinato (informato) di questi; disattendere i *desiderata* in tal modo espressi, magari riprendendo il trattamento allorché l'ammalato venga a trovarsi in stato d'incapacità, significherebbe violare un precetto costituzionale il cui valore appare univoco e cogente.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi del "testamento biologico", a meno di non aderire alla tesi fatta propria da parte della dottrina, per cui esso sarebbe stato recepito nel nostro ordinamento in uno con la Convenzione di Oviedo³⁸, pare necessario che la legge ventura ne sancisca espressamente il carattere vincolante. Diversamente, innanzi al *living will*, continuerebbero a sussistere stringenti dubbi circa l'estensione del dovere d'intervento medico: un'area di incertezza ove il "rischio penale" oggi assume, in senso contrario ai principi costituzionali di legalità-tassatività, contorni sbiaditi e disorientanti. L'esigenza di disegnare il contenuto ed i limiti del "testamento biologico" in un testo normativo *ad hoc* sembra, peraltro, rafforzata dal suo necessario carattere di *atto formale*, che, invero, allo stato attuale non emerge dall'incompleto referente normativo della Convenzione di Oviedo³⁹. Le decisioni di fine vita appartengono, infatti, ad uno spazio dispositivo che pare non avere eguali nell'odierno panorama legislativo: esse incidono direttamente, sia pure nella forma "passiva" del rifiuto delle cure, sui beni della vita e dell'integrità fisica. Da qui, come fra poco si dirà, scaturisce l'esigenza di rendere affidabili i meccani-

³⁸ In proposito vanno registrate, in dottrina, posizioni divergenti. Mentre alcuni Autori ritengono che la Convenzione in discorso sia connotata da un'ineliminabile genericità di contenuti (cfr., fra gli altri, D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 602), alcuni recenti indirizzi ravvisano nel suo art.9 un immediato riconoscimento di validità ai testamenti biologici (così, in particolare, GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., 568 e VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, cit., p. 16). Fra gli altri, già prima del recepimento della Convenzione in discorso nel nostro ordinamento, si era pronunciato a favore dell'utilizzabilità in Italia dei *living will* in assenza di un'esplicita regolamentazione legislativa SANTOSUOSSO, *A proposito*, loc. cit. La giurisprudenza, sino a questo momento, pare però essersi espressa in senso negativo. Cfr., ad esempio App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2022 s., con note di PONZANELLI, SANTOSUOSSO.

³⁹ Cfr. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 569, ad avviso del quale la Convenzione di Oviedo richiede un "contributo di attuazione" da parte del nostro ordinamento, soprattutto in rapporto alle procedure di formalizzazione della volontà del paziente.

smi di formazione e pubblicità del testamento, attraverso la previsione espressa e “normativizzata” di precise garanzie formali.

Il terzo fra i livelli del *right to self-determination* a cui si è fatto cenno, è rappresentato dalla nomina di un “sostituto” (può forse anche dirsi “fiduciario” o “mandatario”) al quale il “testatore” attribuisce un ruolo di *decision maker* nella delicata cornice delle scelte di fine vita⁴⁰.

Questa figura, se pure variamente denominata e disciplinata, costituisce un tratto comune dell’esperienza legislativa estera in materia di *living will*⁴¹. L’attuale progettazione normativa italiana pare, con alcune significative differenze fra i diversi progetti di legge, dedicare ad essa un ampio spazio⁴². Due sono, in linea di massima, gli elementi che caratterizzano il ruolo del “sostituto”. Anzitutto, egli viene nominato contestualmente alla compilazione del testamento⁴³: per questa ragione il compito demandatogli consiste non tanto nell’adozione di autonome scelte “in vece” del disponente, quanto nell’interpretazione della

⁴⁰ Va rilevato, peraltro, come alcuni progetti attribuiscono al fiduciario compiti di natura composita, ivi includendo, oltre alle disposizioni di carattere “biologico”, anche incarichi a contenuto prettamente patrimoniale. Cfr. l’art.1 co. 2 del D.d.l. n. 433 del senato, cit.: “il mandato in previsione dell’incapacità è il contratto con il quale si attribuisce al mandatario il potere di compiere atti giuridici in nome e nell’interesse del rappresentato in caso di incapacità sopravvenuta di quest’ultimo”; ed ancora, gli artt. 11 e 12 del medesimo disegno di legge: “il mandato in previsione dell’incapacità può essere generale o comprendere anche gli atti che eccedono l’ordinaria amministrazione”; “il mandante può prevedere che sia predisposto un inventario dei beni mobili ed immobili indicandone le modalità. Ogni soggetto interessato può presentare al giudice tutelare esposti e denunce concernenti l’espletamento del mandato”. In particolare, sul problematico raccordo fra il *living will*, il regime civilistico del mandato e la recente legge 9 gennaio 2004 n. 6 sul così detto “amministratore di sostegno”, v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 193; SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, p. 198.

⁴¹ Nell’esperienza legislativa statunitense, al *living will* è normalmente affiancato il così detto *durable power of attorney for health care*: esso consiste nella nomina di un “fiduciario” il quale agirà in vece del disponente allorché questi non sarà più in grado di farlo. Cfr., sul punto, IAPICHINO, *Il testamento biologico*, cit., p. 28 s. Per una panoramica di diritto comparato, con particolare riguardo alle analogie ed alle differenze fra l’*attorney* ed il *trustee*, v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 196 s. e bibliografia ivi richiamata.

⁴² In merito alla compatibilità dello “schema” rappresentativo in discorso con l’ordinamento italiano v. BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 488.

⁴³ Questo, in particolare, è lo schema seguito, fra gli altri, dal D.d.l. n. 357 del senato, cit., il cui art.3 co.2 stabilisce: “la dichiarazione anticipata di cui al comma 1 può contenere l’indicazione di una persona di fiducia alla quale sono attribuite la titolarità, in caso di incapacità dell’interessato, dei diritti e delle facoltà che gli competono ai sensi della presente legge nonché la tutela del rispetto da parte dei sanitari delle direttive espresse dallo stesso interessato”. Sul punto v. IAPICHINO, *Testamento biologico*, cit., p. 5 s.; BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 490.

volontà di quest'ultimo ed, *in primis*, del contenuto letterale del *living will*. Il "sostituto" assume perciò una mansione tendenzialmente esecutiva. Egli si fa carico di esternare ed "attualizzare" le manifestazioni di volontà del disponente, relazionandosi con i suoi medici curanti e con alcuni altri soggetti "qualificati", come i familiari, il direttore sanitario, l'autorità giudiziaria. La seconda nota distintiva di questa figura è direttamente correlata alla sua vocazione di "interprete" e consiste nella disciplina dei criteri, delle fonti e degli obiettivi a cui la sua attività interpretativa deve ispirarsi. Alcuni progetti di legge enunciano in proposito dei principi di ordine sia ermeneutico che gerarchico. I primi attengono all'esame del contenuto letterale del testamento, alla ricostruzione dei "valori" personali del testatore, alla fissazione di canoni (come quello teleologico del "miglior interesse del paziente"⁴⁴) a cui il "mandatario" deve ispirarsi nell'assolvimento del proprio compito. I secondi introducono una graduazione del potere di *decision making*. Il ruolo di sostituto, infatti, può essere ricoperto, nel caso in cui la persona originariamente nominata non sia disponibile (o nel caso in cui non vi sia stata alcuna nomina), da una pluralità di soggetti. I disegni di legge attualmente allo studio sono anzi connotati dall'elencazione di un preciso ordine dei "sostituti", variamente configurato a seconda della diversa sensibilità delle aree politiche proponenti: particolarmente oscillante è, ad esempio, il ruolo del convivente *more uxorio*. Ad esso i progetti dell'area di centro-destra assegnano un ruolo subordinato rispetto a quello dei parenti del paziente; i testi elaborati da esponenti del centro-sinistra inclinano, invece, a parificare questa figura a quella del coniuge⁴⁵.

Va rilevato come, in linea di massima, l'esercizio del potere decisionale da parte del "mandatario" venga attorniato da numerose cautele. L'attività di quest'ultimo è subordinata, secondo meccanismi e modalità differenziate nei diversi progetti, a numerose censure e controlli. Ad alcuni soggetti è attribuito una sorta di potere di sorveglianza o "veto" in relazione all'operato del "man-

⁴⁴ In proposito v. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 104.

⁴⁵ Fra i progetti orientati nel primo senso si veda il D.d.l. 433 del senato, cit., il cui art.3 co.2 stabilisce "se non sono stati nominati un amministratore di sostegno, un tutore, un mandatario o un fiduciario del soggetto, il consenso o il dissenso al trattamento sanitario è espresso, nell'ordine: dal coniuge non separato legalmente o di fatto, dai figli, dal convivente stabile..., dai parenti entro il quarto grado"; in una diversa prospettiva si veda, invece, l'art. 3 co.2 del D.d.l. n. 687 del senato, cit., "...il consenso o il dissenso al trattamento sanitario è espresso, ove siano stati nominati, dall'amministratore di sostegno o dal tutore ed in mancanza, nell'ordine: dal coniuge non separato legalmente o di fatto, dal convivente, dai figli, dai genitori, dai parenti entro il quarto grado".

datario”: anzitutto, tale possibilità è riservata a coloro che siano potenziali “sostituti” alla stregua dell’ordine gerarchico a cui si è fatto cenno; in qualche disegno di legge è anche prevista la possibilità di un intervento “censorio” dei medici curanti, ovvero del pubblico ministero⁴⁶. Nel caso in cui si verifichi un disaccordo fra tali soggetti ed il mandatario, la decisione ultima sull’effettuazione o meno della terapia è rimessa, nello schema seguito dalla più gran parte delle proposte di legge, all’autorità giudiziaria e, segnatamente, al giudice tutelare.

Ciò che preme qui sottolineare è come il terzo “livello” del diritto a rifiutare le cure sia, quasi per definizione, fra tutti il più distante rispetto alla volontà originaria del testatore. Non solo, infatti, tale volontà, essendo cristallizzata in un “testamento biologico” non è *attuale ed informata*; essa è altresì tramandata ed eseguita secondo meccanismi non completamente affidabili, quali sono quelli dei criteri interpretativo, gerarchico e “censorio”. Basti pensare al canone teleologico, d’ispirazione anglosassone, del *best interest*, laddove non risulta chiaro se esso vada conformato alla sensibilità soggettività del mandante, a quella del mandatario, ovvero all’elastico parametro del “senso comune”.

4. b) I limiti contenutistici e “sistematici” dell’autodeterminazione alle cure

Le differenze più significative fra i disegni di legge al momento in discussione in materia di testamento biologico attengono al suo contenuto, ovvero all’individuazione dei limiti entro cui il “testatore” può esercitare i propri diritti dispositivi.

Prima di analizzare nel dettaglio questo aspetto, occorre, nondimeno, regi-

⁴⁶ In merito ai meccanismi di controllo, cfr. l’art. 9 del D.d.l. n. 687 del senato, cit.: “la correttezza e la diligenza dell’operato del fiduciario... sono sottoposte al controllo del medico curante”. In merito alla disciplina dei “conflitti” fra soggetti legittimati a prestare il consenso si vedano, ad esempio: l’art.9 del D.d.l. n. 3 del senato, cit., “in caso di contrasto tra soggetti parimenti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento sanitario, la decisione è assunta, su istanza del pubblico ministero, dal giudice tutelare o, in caso di urgenza, da quest’ultimo sentito il medico curante”; l’art.5 co.1 del D.d.l. n. 357 del senato, cit., “nel caso vi sia divergenza tra le decisioni della persona nominata ai sensi dell’art.3... e le proposte dei medici curanti, è possibile il ricorso senza formalità, da parte dei soggetti in conflitto o di chiunque vi abbia interesse, al giudice del luogo ove ha dimora l’incapace...”; l’art.8 co.1 del D.d.l. n. 433 del senato, cit., “in caso di contrasto tra soggetti parimenti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento sanitario, la decisione è assunta dal medico nelle situazioni di urgenza..., e dal giudice tutelare, anche su istanza del pubblico ministero, negli altri casi”.

strare nei progetti una certa conformità di vedute relativamente al tema del “distacco” delle apparecchiature meccaniche di supporto. Si tratta, da un punto di vista penalistico, di un dato assai significativo. È noto, infatti, come una questione assai dibattuta – nella letteratura e nella prassi, in Italia come all'estero –, sia la connotazione in senso attivo ovvero in senso omissivo di tali condotte. Più in generale, va anzi rilevato come il sottile crinale che separa l'“azione” e l'“omissione” sia oggetto di tenaci dispute: su di esso si concentrano essenziali differenze, di carattere ad un tempo etico e giuridico⁴⁷. La separazione concettuale fa agire ed omettere, nel contesto del dibattito eutanasi-co e, più latamente, in quello delle “scelte di fine vita”, evoca i distinti universi del *killling* e del *letting die*⁴⁸; nel contesto penalistico, a seconda del diverso modo (attivo o omissivo) d'intendere la condotta possono configurarsi gravi ipotesi delittuose (in primo luogo l'omicidio doloso) in alternativa alla totale assenza di responsabilità (specie ove si riconosca come cogente il diritto di rifiutare le cure). Nel panorama giurisprudenziale, alcuni casi “celebri” (si pensi a quelli britannici di Diane Pretty e Ms. “B”)⁴⁹, hanno, anzi, posto in evidenza come una così accentuata diversificazione del “regime” giuridico-penale dell'azione e dell'omissione comporti, nel contesto in esame, alcune rilevanti disuguaglianze: fra due malati terminali totalmente immobilizzati, solo colui che viva grazie all'ausilio di apparecchiature automatiche potrebbe, chiedendone il distacco, compiere scelte di “fine vita”.

Orbene, pur senza spingersi sino a sviscerare *in toto* un così intricato tema, relativo ai confini fra l'eutanasia attiva consensuale ed il rifiuto delle cure, basti qui dire come alcuni fra i progetti di legge in esame introducono un importante elemento di chiarezza: i macchinari “di supporto” vengono espressamente menzionati fra le terapie “rifiutabili”; più in particolare, non solo il paziente può dissentire alla loro attivazione, ma altresì può chiederne il “distac-

⁴⁷ Cfr., in proposito, GIUNTA, *Il morire tra bioetica ed il diritto penale*, cit., p. 564; CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, fra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI, FORNASARI, Bologna, 2001, p. 113.

⁴⁸ Su queste problematiche si vedano BARCARO, BECCHI, *Eutanasia ed etica medica*, in *Pol. dir.*, 2002, 298 s.; si consenta, inoltre, di rinviare a TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law*, cit., p. 154.

⁴⁹ In relazione al panorama legislativo e giurisprudenziale statunitense, con ulteriori richiami bibliografici, v. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 605; BARCARO, *A proposito del diritto di morire*, in *Bioetica*, 1996, 505. Per un'analisi dei casi citati nel testo, si consenta il rinvio a TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 303 s.

co”⁵⁰. Una tale precisazione sembra quanto mai opportuna: tali condotte, emblematicamente “a cavaliere” fra agire ed omettere, sono state oggetto, nella letteratura penalistica, di divergenti inquadramenti dogmatici (si pensi alla controversa figura delle condotte omissive mediante azione)⁵¹. Appare dunque logico, oltre che rispondente ai canoni di una corretta tecnica legislativa, che una novella in materia di testamento biologico consenta di superare ogni residuo dubbio sul punto: ciò sia evitando agli interpreti il ricorso a soluzioni artificiose, sia affermando la sostanziale assimilabilità fenomenica ed assiologica fra l’“attivazione” ed il “distacco” delle terapie meccaniche.

Si è detto però come permane un punto ove si registrano sensibili divergenze, che paiono fortemente dipendenti dal diverso orientamento politico dei proponenti ciascun disegno di legge: si tratta della possibilità o meno di rifiutare l’idratazione e l’alimentazione per via parenterale⁵².

Mentre, infatti, il rifiuto delle terapie *stricto sensu* intese può essere ritenuto, dal punto di vista delle forze politiche che si proclamano rigorosamente contrarie ad ogni forma di eutanasia, una forma di prevenzione dell’accanimento terapeutico⁵³, lo stesso non potrebbe dirsi in rapporto alle “tecniche”

⁵⁰ In questo senso pare doversi interpretare, ad esempio, l’art.3 co.1 del D.d.l. 357 del senato, cit., secondo cui “[ogni persona] può... nel caso di malattie allo stadio terminale o implacanti l’utilizzo permanente di apparecchiature o di altri sistemi artificiali ovvero nel caso di lesioni cerebrali invalidanti e irreversibili, esprimere la propria volontà: a) di non essere sottoposta ad alcun trattamento terapeutico e, in particolare, di rifiutare qualsiasi forma di rianimazione o di continuazione dell’esistenza dipendente da apparecchiature; b) di non essere sottoposta all’alimentazione artificiale e all’idratazione artificiale...”.

⁵¹ Per una precisa analisi del problema, nonché per i necessari richiami bibliografici, v. GIUNTA, *Il morire tra bioetica ed il diritto penale*, cit., p. 564. Ad avviso dell’Autore, la liceità del “distacco” delle macchine, nei casi in esame, già allo stato attuale della legislazione potrebbe comunque essere affermato in rapporto all’esercizio del diritto di rifiutare le cure, che esplicherebbe effetti scriminanti in virtù dell’art.51 c.p. (*op. ult. cit.*, p. 565).

⁵² In senso diametralmente opposto l’uno all’altro, si vedano, ad esempio, l’art. 3 co.1 del D.d.l. 357 del senato, cit., (riportato *supra*, in nota) e l’art.5 del D.d.l. n. 3 del senato, cit. (riportato *infra*, in nota). In dottrina, sul dibattito circa la qualificazione dell’alimentazione alla stregua di un atto medico, cfr. SEMINARA, *loc. ult. cit.*; per un’analisi del problema nella giurisprudenza anglosassone, con particolare riferimento al caso *Bland*, cfr. TASSINARI, *loc. ult. cit.*

⁵³ Tale orientamento, ad esempio, pare fatto proprio dal senatore Antonio Tommassini, proponente del D.d.l. n. 3 del senato, cit., nel proprio comunicato alla presidenza del 28 aprile 2006 (il testo del documento è reperibile sul sito internet www.senato.it). Coerentemente, il D.d.l. appena citato stabilisce, all’art.5, che “l’idratazione e l’alimentazione parenterale non solo assimilate all’accanimento terapeutico”.

cliniche di nutrizione. Queste ultime, invero, benché la giurisprudenza estera si sia talvolta orientata in senso diverso⁵⁴, non paiono agevolmente assimilabili ad un atto “terapeutico”; il loro rifiuto parrebbe, dunque, collocarsi in un ambito estraneo al concetto di “accanimento terapeutico” e virtualmente indistinguibile dall’eutanasia passiva. A ben vedere, il problema in esame è reso complesso dal suo innestarsi sui temi assai più ampi e controversi di quello del rifiuto delle cure: il differente grado di disvalore sotteso alle diverse forme di eutanasia, la “disponibilità” del proprio corpo, il “diritto al suicidio” ecc. Un caso simile a quello qui considerato – oltre che emblematico – è rappresentato dall’alimentazione forzata nelle carceri, laddove la soluzione di volta in volta suggerita pare invariabilmente dipendere dal diverso quadro assiologico prescelto dall’interprete⁵⁵.

In proposito, può forse sottolinearsi come l’affermazione del diritto a rifiutare le cure, ma non anche l’alimentazione e l’idratazione, sembri ingenerare una contraddizione. Non pare logico affermare, nella prospettiva dell’autodeterminazione individuale, un tale diritto se al contempo si configura, in una direzione affatto opposta, un “dovere” di stampo pubblicistico e tutorio, qual’è quello di “essere nutriti”. L’affermazione dei diritti del paziente in campo terapeutico, per essere costruita razionalmente, dovrebbe, invece, implicare un’aspettativa individuale, di più ampio profilo, a poter respingere l’“intrusione” e l’“interferenza” aliena su di sé. La legislazione sul punto parrebbe, peraltro, doversi ispirare ad un principio non solo di coerenza interna, ma anche di coerenza sistematica. Basti pensare alle difficoltà applicative che potrebbero discendere dal raccordo fra la legislazione in tema di testamento biologico e la scriminante comune dello stato di necessità⁵⁶: in mancanza di una specifica disposizione di coordinamento, basterebbe al medico invocare la causa di giustificazione di cui all’art. 54 c.p. (astrattamente applicabile al caso del rifiuto di cure “salvavita”) per porre nel nulla i *desiderata* del paziente; ciò al contempo evitando ogni sorta di responsabilità penale ravvisabile sia *de ju-*

⁵⁴ Cfr., per tutti, il caso *Bland*, per il cui esame si rinvia a TASSINARI, *Profili penalistici dell’eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, cit., p. 304.

⁵⁵ Per tutti, sul punto, v. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, II, 1983, 235 s.; BUZZI, *L’alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, in *Riv. it. Med. leg.*, 1982, p. 282.

⁵⁶ In questo senso, cfr. D’ALOIA, *op. cit.*, p. 613, sul punto si vedano, fra gli altri, i rilievi di VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso*, cit., p. 1435; PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.*, 1985, II, p. 445 e TASSINARI, *Emotrasfusioni*, loc. ult. cit.

re condito che, eventualmente, *de jure condendo* rispetto alla fattispecie di “trattamento medico arbitrario”⁵⁷.

5. c) *i vincoli di forma e la pubblicità del “testamento”*

La disciplina della forma e della pubblicità, sia del “testamento” che della nomina del *substitute decision maker*, meritano alcuni brevi cenni. Non si tratta, invero, di aspetti direttamente incidenti sulle problematiche penalistiche che il tema evoca; tuttavia, in considerazione dell’elevato valore dei beni in gioco, il regime di disciplina di siffatti profili della materia riveste una considerevole importanza.

Per quanto riguarda la forma degli atti in esame, anche nel frastagliato panorama della progettazione legislativa sul *living will*, paiono prevalenti alcune scelte di fondo: il testamento e la nomina del “fiduciario” devono essere redatti con la forma della scrittura privata autenticata (ovvero, secondo alcuni disegni di legge, con atto pubblico)⁵⁸, ma la loro revoca è valida anche se viene compiuta con modalità più snelle (ad esempio una dichiarazione orale resa innanzi a due testimoni)⁵⁹. Alcuni progetti prevedono altresì la possibilità che il “testamento” e gli altri documenti possano essere autenticati dal direttore della struttura sanitaria ove il paziente si trova⁶⁰. Per quanto riguarda il rifiuto delle cure, esso può essere formalizzato, secondo l’impostazione accolta da alcune proposte di legge, mediante una sottoscrizione apposta dal paziente in calce alla cartella clinica⁶¹.

⁵⁷ Il suggerimento di introdurre una fattispecie incriminatrice relativa al trattamento medico arbitrario è stato avanzato da numerosi Autori: Cfr., per tutti, GIUNTA, *Il consenso informato all’atto medico*, cit., p. 398; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in Riv. it. med. leg., 1984, p. 422; MANNA, *Trattamento sanitario “arbitrario”*, cit., p. 477; TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit., p. 70, a cui si rinvia per l’ulteriore bibliografia. Per quanto riguarda la rilevanza penale del “trattamento arbitrario” in altri ordinamenti, ed in particolare nel sistema giuridico statunitense, si vedano, BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 476 e la letteratura ivi richiamata.

⁵⁸ Ad esempio: richiede la forma della scrittura privata autenticata l’art. 3 co. 2 del D.d.l. 542 del senato, cit.; richiedono la forma dell’atto pubblico l’art. 10 del D.d.l. n. 3 del senato, cit. e l’art. 16 del D.d.l. n. 433 del senato, cit. Per una diversa disciplina, si veda però l’art. 2 co. 4 del D.d.l. n. 773 del senato, laddove, per la validità delle “dichiarazioni anticipate di trattamento”, viene richiesta la mera sottoscrizione autografa del disponente.

⁵⁹ Cfr., ad esempio, l’art. 17 del D.d.l. n. 433 del senato, cit.

⁶⁰ Cfr. l’art. 3 co. 3 del D.d.l. n. 542 del senato, cit.

⁶¹ Cfr. l’art. 2 co. 2 del D.d.l. n. 542 del senato, cit.

Queste scelte, in linea di massima, paiono rispondenti alle esigenze sottese agli atti in esame: da un lato, appare logico pretendere forme rigorose (è forse preferibile l'atto pubblico) al momento in cui le scelte del "testatore" vengono formalizzate, così che la sua manifestazione di volontà possa dirsi certa quanto alla provenienza ed al contenuto; dall'altro, è condivisibile un alleggerimento burocratico, sia pure comportante una deroga al generale principio civilistico del *contrarius actus* (che pretenderebbe per la revoca un'identità di forme), al fine agevolare il paziente che eventualmente intenda modificare le proprie volontà mentre si trova ricoverato⁶². Per le stesse motivazioni appare perspicua la scelta di attribuire un particolare potere di autenticazione al direttore sanitario della struttura ove la degenza si svolge.

Una particolare importanza pratica rivestono, inoltre, le problematiche della pubblicità dell'atto. L'esperienza di diritto comparato evidenzia come risulti concretamente assai difficile dare attuazione ai "testamenti" laddove la loro conservazione sia affidata ai familiari del paziente, ovvero ad associazioni che si assumano spontaneamente il compito (non sempre semplice) di comunicarne il contenuto ai sanitari⁶³; viceversa, paiono aver dato buona prova gli archivi centralizzati (oggi accessibili in via telematica), i quali consentono una consultazione affidabile e celere dei *living will*⁶⁴. Quest'ultima scelta, in definitiva, appare quella maggiormente condivisibile: alcuni disegni di legge ne propugnano l'adozione mediante l'istituzione di archivi informatici presso il ministero della salute, il consiglio nazionale notarile ovvero altre pubbliche istituzioni⁶⁵.

6. *Alcuni appunti sulla tecnica normativa in materia di testamento biologico*

A conclusione di questi sintetici rilievi, pare opportuno puntualizzare, sia pure senza pretese di esaustività, alcuni aspetti particolarmente problematici

⁶² Sottolinea la necessità che venga riconosciuto valore, sulla base del principio *in dubio pro vita*, anche all'atto "informale" di revoca, GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 569.

⁶³ Pare rimettere all'iniziativa degli interessati la conservazione e la pubblicità delle "dichiarazioni anticipate di trattamento", ad esempio, il D.d.l. n. 773 del senato, cit.

⁶⁴ Cfr., con numerosi richiami di diritto comparato, BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., 506.

⁶⁵ ad esempio, l'art. 14 del D.d.l. n. 687 del senato, cit., istituisce l'archivio presso il ministero della salute; l'art.16 co.2 del D.d.l. n. 3 del senato istituisce l'anzidetto archivio presso il consiglio nazionale del notariato.

del tema in esame. Si è detto come l'autodeterminazione terapeutica appaia articolabile, alla stregua dell'attuale progettazione legislativa, secondo diverse modalità e "livelli": il rifiuto delle cure, il testamento biologico, la nomina di un "fiduciario". Essi esprimono un grado decrescente di attendibilità circa l'effettiva ed attuale adesione del paziente alle scelte terapeutiche originariamente prese. Mentre l'ipotesi del semplice rifiuto delle cure pare conforme al *topos* del consenso informato e pienamente rispondente al dettato costituzionale, le altre due modalità si prestano ad alcuni rilevanti obiezioni: il trascorrere del tempo non di rado comporta un mutamento delle opinioni individuali, così che si presenta il rischio di dare attuazione, in modo direttamente incidente sulla vita o l'integrità fisica del paziente, a manifestazioni di volontà non più condivise dal loro estensore. Uno fra i problemi giuridici del testamento biologico è, dunque, quello dell'accertamento in capo al paziente di una volontà effettiva ed il più possibile attuale: esso si è presentato, non solo in materia di *living will*, ma anche – ed in modo più stringente – anche in quelle legislazioni che hanno liceizzato il suicidio medicalmente assistito, ovvero l'eutanasia attiva consensuale.

L'esperienza di diritto comparato evincibile da questi ambiti mostra come l'affievolirsi, proprio dello schema del testamento biologico, dei requisiti dell'"attualità" e della "specificità" del rifiuto delle cure debba essere compensato dall'introduzione di alcune cautele e di alcune garanzie: così è nel caso della previsione di un tempo di validità limitato del "testamento"⁶⁶ (esso, secondo alcune legislazioni deve essere rinnovato ogni cinque anni⁶⁷); ovvero nel caso in cui si stabilisca la sua compilazione secondo precisi formulari, atti a renderne meno vago e meglio intelligibile il contenuto⁶⁸. Nel panorama dei

⁶⁶ In questo senso si esprimono anche BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 504.

⁶⁷ Tale previsione, ad esempio, è contenuta nel noto *Natural death act* californiano. Cfr. INTRONA, *Le "dichiarazioni anticipate"*, cit., p. 50.

⁶⁸ Cfr. BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 498. Per una panoramica di diritto comparato si vedano, inoltre, SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, cit., p. 200 s.; in relazione alla recente legislazione olandese, si vedano, per tutti, BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 705; INTRONA, RUBINI, *La legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 1103. In rapporto all'esperienza legislativa australiana del 1995, v. KUHSE, *Eutanasia volontaria, politica e diritto. Un resoconto dall'Australia*, in *Bioetica*, 1997, p. 292 s. In merito al dibattito sul suicidio medicalmente assistito e sull'eutanasia in nord America v. NOTE, *Physician assisted suicide and the right to die with assistance*, in *Harvard L. Rev.*, 1992, p. 2021; TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law*, cit., *passim*. Circa la disciplina del testamento biologico nell'ordinamento canadese v. CECIONI, SINGER, *Un approccio canadese al testamento di vita: il consent*

progetti di legge italiani non tutte gli accorgimenti in discorso sembrano, invero, essere stati presi in esame. In particolare, mentre pare condivisibile l'introduzione, operata da alcune delle proposte di legge, di particolari clausole di "salvezza" (ad esempio: la non vincolatività del testamento ove esso non sia più rispondente ai progressi della medicina⁶⁹), non può condividersi la mancata previsione di un termine di validità del *living will*.

Per quest'insieme di ragioni, e soprattutto per il suo porsi al crocevia di alcuni temi di centrale rilievo, come la tutela della vita nei suoi profili individuali e sociali ed il dibattito sulla responsabilità medica, la legislazione in materia dovrebbe perseguire obiettivi di prudenza e completezza⁷⁰. Non pare, in definitiva, che tali risultati possano essere raggiunti con schemi normativi d'impronta sintetica, che pure sono presenti nell'ambito della "progettazione" di cui si discute⁷¹; il "testamento" in esame pare meritevole di una trattazione legislativa analitica, che possa dare una risposta puntuale ed articolata alle numerose problematiche che il tema solleva.

In quest'ottica, nel corpo normativo dedicato al "testamento", non solo andrebbe enunciato espressamente il diritto a rifiutare le cure, ma altresì potrebbe essere declinata una fattispecie incriminatrice relativa alle ipotesi di trattamento medico arbitrario, la cui introduzione nel sistema penale è stata suggerita da numerosi Autori⁷².

to treatment act dell'Ontario, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 1275. In merito alle considerevoli difficoltà procedurali e di "tipizzazione" dell'eutanasia, anche alla luce della più accorta tecnica legislativa, si vedano le osservazioni di DE FARIA COSTA JOSÉ, *La fine della vita ed il diritto penale*, cit., p. 451.

⁶⁹ Cfr. l'art. 16 co. 6 del D.d.l. n. 433 del senato: "le direttive contenute nel testamento di vita sono impegnative per le scelte sanitarie del medico, il quale può disattenderle, in tutto o in parte, quando siano divenute inattuali con riferimento all'evoluzione dei trattamenti tecnico-sanitari e deve, in ogni caso, indicare compiutamente nella cartella clinica i motivi della propria decisione".

⁷⁰ Pare, fra gli altri, favorevole ad un'attenta "proceduralizzazione" della materia delle scelte di fine vita, sia pure con particolare riferimento al problema dei soggetti in stato vegetativo permanente, SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, cit., p. 533 s.

⁷¹ Constano, ad esempio, di appena quattro articoli il d.d.l. n. 357 del senato, cit. ed il d.d.l. 542 del senato, cit.

⁷² Cfr. gli Autori richiamati *supra*, alla nota 57.