



Tommaso Scandroglio

(professore a contratto di Etica e bioetica nell'Università Europea di Roma)

**Aperture eutanasiche e aporie nel documento del Cortile dei Gentili
"Linee propositive per un diritto della relazione di cura
e delle decisioni di fine vita" ***

SOMMARIO: 1. L'oggetto del presente contributo - 2. Bene vita e ordinamento giuridico - 3. Il Cortile dei Gentili apre all'eutanasia - 4. Pianificazione condivisa di cure e Dichiarazioni anticipate - 5. Profili di criticità delle D.a.t.

1 - L'oggetto del presente contributo

Nel momento in cui viene redatto il presente saggio è all'esame presso il Senato il disegno di legge dal titolo "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" che rappresenta un Testo unico di più proposte legislative sulle tematiche cosiddette di fine vita. In esso confluiscono, data la natura propria del Testo unico, molteplici sensibilità e prospettive di giudizio. Non mancano infatti i contributi anche di politici cattolici¹. L'ambiente culturale di area cattolica e persino ecclesiale - in previsione di probabili e futuri lavori parlamentari su temi quali l'eutanasia, l'accanimento terapeutico, il consenso informato, etc. - si era interrogato in più occasioni in merito a un possibile intervento legislativo di nuovo conio per disciplinare la materia.

In tal contesto occorre attribuire particolare rilievo alle "Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita", documento elaborato dal Comitato scientifico della fondazione Cortile dei Gentili. La particolare importanza risiede nell'autorevolezza di carattere ecclesiale del soggetto che ha elaborato il documento. Infatti "Il 'Cortile dei Gentili' è una struttura del Pontificio Consiglio della Cultura costituita per favorire l'incontro e il dialogo tra credenti e non credenti"². Il suddetto Consiglio nomina i consiglieri della relativa fondazione. Le Linee propositive potrebbero quindi candidarsi come il documento di maggior

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. le proposte di legge confluite nel Testo unico degli onorevoli Eugenia Roccella (c. 2229), Paola Binetti (c. 2996), Raffaele Calabrò (c. 3596).

² Cfr. www.cortiledeigentili.com/chi-siamo/origini/ (consultato il 21 giugno 2017).



caratura ecclesiale - documento che ovviamente non impegna il Magistero - redatto in prossimità dei lavori parlamentari che hanno prodotto il Testo unico *supra* menzionato ed elaborato con il fine di offrire ai parlamentari alcuni criteri giuridici ispiratori.

In data 17 settembre 2015 la fondazione Cortile dei Gentili ha organizzato, presso il Palazzo Giustiniani, sede del Senato, il convegno “*I doveri della medicina. I diritti dei pazienti*”, di cui sono stati pubblicati anche gli omonimi atti. In quell’occasione sono state presentate le Linee propositive innanzi citate. Nel documento si legge che, relativamente alla stesura dello stesso, “hanno partecipato attivamente ai lavori membri della Siaarti [Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva: n.d.a] e della Sicp [Società italiana di cure palliative: n.d.a]”³.

Oggetto del presente contributo è duplice. Su un primo versante dare la prova che tali Linee propositive aprono all’eutanasia, sia a quella di carattere omissivo che a quella di natura attiva, e dunque si pongono in antitesi con l’orientamento del Magistero cattolico sui temi di fine vita⁴ e in parte con la disciplina normativa attualmente vigente, ma in accordo con la *ratio* del Testo unico prima indicato⁵. Su un secondo versante saranno oggetto di censura gli strumenti, indicati nelle Linee propositive, della Pianificazione condivisa di cure, delle Dichiarazioni anticipate di trattamento e del fiduciario - strumenti altresì presenti anche nel Testo unico attualmente all’esame al Senato - sotto il profilo dell’efficacia e della coerenza con i principi ispiratori soggiacenti agli stessi.

Le Linee propositive ambiscono a essere uno strumento orientativo di modifica normativa *in primis* nell’ambito dell’ordinamento giuridico italiano. Si giunge a questa conclusione per tramite di tre riferimenti testuali. In primo luogo ci rifacciamo all’intervento del senatore Luigi Manconi in occasione del convegno *supra* citato in cui chiariva che le Linee

³ **COMITATO SCIENTIFICO DEL CORTILE DEI GENTILI et al.**, *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita*, in <http://www.siaarti.it/SiteAssets/Ricerca/linee-propositive-per-un-diritto-alla-relazione-di-cura/LINEE%20PROPOSITIVE%20PER%20UN%20DIRITTO%20DELLA%20RELAZIONE%20DI%20CURA%20E%20DELLE%20DECISIONI%20DI%20FINE%20VITA.pdf>, p. 1 (consultato il 21 giugno 2017).

⁴ *Ex pluribus* cfr. **CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA**, nn. 2276-2283; **SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE**, *Dichiarazione sull’eutanasia - Iura et bona; Istruzione Dignitas personae su alcune questioni di bioetica*, n. 22; **GIOVANNI PAOLO II**, *Lettera enciclica Evangelium vitae*, nn. 3, 8, 15, 17, 20, 27, 63-73, 81, 85, 89, 94; Congregazione per la Dottrina della Fede (a cura di), *Sull’eutanasia. Testi e commenti*, Libreria Editrice Vaticana, 2016.

⁵ Per motivi di spazio e soprattutto di pertinenza con l’oggetto scelto del presente contributo non potremo qui analizzare l’articolato del Testo unico evidenziandone gli addentellati con il contenuto delle Linee propositive.



propositive sono rivolte *erga omnes*, ma in particolare a medici e giuristi⁶, in secondo luogo e in modo più probante ad alcuni passi delle Linee propositive: la Premessa della Linee propositive in cui si esplicita che “Le questioni relative al trattamento giuridico delle decisioni di fine vita possono essere risolte validamente [...] in una cornice di certezza del diritto”⁷; il n. 3 del paragrafo 3 in cui si spiega che

“Gli strumenti giuridici non possono limitarsi al modello della dichiarazione di consenso, ma devono essere adeguati a garantire e concretare il processo di costruzione del consenso, avvalorando giuridicamente le buone prassi già in atto”⁸;

il n. 3 del paragrafo 5 in cui si fa menzione all’istituto giuridico dell’obiezione di coscienza; l’intero paragrafo 6 dedicato all’“Astensione dalle cure e interruzione delle cure dal punto di vista penale”. Infine è lo stesso titolo delle Linee propositive ad appalesare un orientamento di carattere schiettamente giuridico che innerva le medesime: “Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita”, laddove il lemma “diritto” esplicita la finalità giuridica insita nel documento. Per soprammercato aggiungiamo che il convegno in occasione del quale sono state presentate le Linee si intitolava, come già ricordato, “I doveri della medicina. I diritti dei pazienti”.

Dato che allora le Linee propositive intendono novellare il quadro giuridico esistente in tema di fine vita, occorre in modo preliminare, seppur succintamente, tratteggiare quale sia l’attuale orientamento giuridico italiano relativo alla materia qui in esame.⁹

2 - Bene vita e ordinamento giuridico

In sintesi estrema si potrebbe affermare che per il nostro ordinamento giuridico si possa predicare “un diritto *alla* vita e non *sulla* vita”¹⁰. Le fonti

⁶ CORTILE DEI GENTILI, *I doveri della medicina. I diritti del paziente*, Atti del convegno “I doveri della medicina. I diritti del paziente”, 17 settembre 2015, in <http://www.cortiledeigentili.com/i-doveri-della-medicina-i-diritti-del-paziente-2/>, p. 6 (consultato il 21 giugno 2017).

⁷ COMITATO SCIENTIFICO DEL CORTILE DEI GENTILI et al., *Linee*, cit., p. 1.

⁸ COMITATO SCIENTIFICO DEL CORTILE DEI GENTILI et al., *Linee*, cit., p. 2.

⁹ Cfr. T. SCANDROGLIO, *Diritto a morire: tesi giuridiche a confronto*, in *La legislazione penale*, 8 marzo 2017, pp. 1-19.

¹⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, p. 9 (corsivo nel testo). Come annotato nel documento, questa è la posizione solo di alcuni componenti del Comitato. Sulla relazione tra beni indisponibili e diritto cfr. M. RONCO, *L’indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*,



normative che suffragano la tesi secondo la quale la vita è bene indisponibile sono le seguenti. L'art. 2 della Costituzione attinente l'inviolabilità dei diritti umani, al fondamento dei quali di necessità non potremmo che individuare il diritto alla vita, la cui inviolabilità indicata in Costituzione è *erga omnes*, titolare del diritto alla vita compreso, perché nel medesimo art. 2 non si rinviene eccezione alcuna. Si rammenta poi l'art. 32, 1° co. che tutela il diritto alla salute: "in quanto tale esso non può logicamente contenere il suo contrario, come avverrebbe se il suo oggetto consistesse indifferentemente tanto nel bene della salute quanto nel suo annientamento"¹¹. E se quindi non è predicabile un diritto alla mancanza di salute, *a fortiori* non è predicabile un diritto alla morte.

Sul piano codicistico si devono menzionare l'art. 579 c.p. concernente l'omicidio del consenziente¹², l'art. 580 c.p. riguardante l'istigazione e l'aiuto al suicidio¹³ e l'art. 5 c.c. Dato che tale ultimo articolo vieta gli atti di disposizione del proprio corpo cagionanti una diminuzione dell'integrità fisica permanente (escluse finalità terapeutiche), è legittimo inferire da esso un divieto di disposizione che non riguardi meramente una *pars* del proprio corpo, ma la totalità della vita corporea, l'interezza dell'organismo vivente¹⁴.

Sul fronte legislativo si rammentano l'apparato normativo contro gli stupefacenti¹⁵, la disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping¹⁶, il cosiddetto Testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro¹⁷, le vaccinazioni obbligatorie¹⁸, i trattamenti sanitari

in *Cristianità*, n. 341-342 (maggio-agosto 2007), pp. 19-20; A. PERTOSA, *Scelgo di morire?*, ESD, Bologna, 2006, pp. 140-141.

¹¹ M. RONCO, *Eutanasia*, in *Digesto discipline penali*, Utet, Torino, 2010, n. 5. Contra S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, a. XXXVIII, n. 2 (1995), pp. 670-674, in cui l'Autore sostiene che non si possono trovare puntelli nella Costituzione per sostenere l'illiceità giuridica del suicidio.

¹² Cfr. S. CANESTRARI, *Le diverse topologie di eutanasia*, in S. Canestrari (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità personale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa (a cura di), *I reati contro la persona*, Utet, Torino, 2006, p. 121.

¹³ Corollari a questo articolo sono le disposizioni di legge che vietano la pubblicazione di ritratti di suicidi. Cfr. L. n. 47 del 1948, art. 14.

¹⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* (1995), p. 734.

¹⁵ Cfr. D.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309; D.M. 8 gennaio 2015; D.M. 10 febbraio 2015; decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36 convertito in legge il 14 maggio 2014.

¹⁶ Cfr. l. 14 dicembre 2000, n. 376.

¹⁷ Cfr. D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, testo coordinato con il D. Lgs. 3 agosto 2009, n. 106.

¹⁸ Cfr. le seguenti leggi: n. 891 del 1939; n.292 del 1963 con modifiche apportate da l. n.419 del 1968 e da l. n. 166 del 1981; n. 51 del 1966; n. 165 del 1991. Inoltre rammentiamo il D.lgs. n. 81 del 2008 e il Decreto del Ministro della Difesa del 19 febbraio 1997.



obbligatori¹⁹, i periodi coattivi contumaciali per esigenze profilattiche²⁰, l'obbligo delle cinture di sicurezza *ex lege* n. 111 del 1988: tutte normative che tutelano la salute e la vita dei singoli anche contro la volontà degli stessi. E se l'indisponibilità è predicabile per il bene della salute, *a fortiori* si deve predicare per il bene della vita.

Vi è poi un caso di carattere giurisprudenziale che indica anch'esso come la vita sia intesa dal nostro ordinamento come bene indisponibile: l'ipotesi del tentato suicidio. Sul punto Mauro Ronco afferma che

“anche se affiori la consapevolezza e volontarietà dell'autore, chi agisca per impedire l'evento suicidario si avvale certamente della disposizione giustificante della legittima difesa, dell'articolo 52 del codice penale. Tutto l'ordinamento giuridico [...] vede in questi obblighi d'intervento il portato di una obiettiva prevalenza del diritto alla vita e alla salute su qualsiasi altro interesse, ivi compreso quello dell'autodeterminazione individuale”²¹.

Di contro se l'ordinamento contemplasse un diritto a morire, impedire l'esercizio di questo diritto configurerebbe il reato di violenza privata²². Il gesto del tentato suicida, a motivo della mancanza di sanzione per tale condotta, deve essere rubricato sotto la fattispecie della mera facoltà di fatto²³.

L'interpretazione fin qui tratteggiata che inquadra la vita come bene giuridicamente indisponibile è avversata da diversa dottrina, le cui tesi, per motivi di spazio, non possiamo qui illustrare limitandoci solo a rinviare il lettore per un ulteriore approfondimento ad alcuni testi citati in nota²⁴.

Le tesi che potremmo definire indisponibilista e disponibilista trovano però, nella maggior parte dei casi, un punto di incontro nel riconoscere che la disciplina del consenso informato²⁵ può portare a

¹⁹ Cfr. l. n. 180 del 1978, art. 33 della l. n. 833 del 1978.

²⁰ Cfr. **MINISTERO DELLA SALUTE**, Circolare n. 4 del 13 marzo 1998.

²¹ **M. RONCO**, *L'indisponibilità della vita*, cit., p. 21. Cfr. **V. VITALE**, *L'antigiuridicità strutturale del suicidio*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, a. LX, n. 3, (luglio-settembre 1983), pp. 461-462.

²² Cfr. **M. PALMARO**, *Eutanasia: diritto o delitto?*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 25.

²³ Cfr. **F. MANTOVANI**, *Diritto penale - Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2013, pp. 124-126. Conclusioni simili, ma con accenti più libertari, in **S. CANESTRARI**, *Le diverse topologie di eutanasia*, cit., pp. 138-139.

²⁴ Cfr. **S. SEMINARA**, *Riflessioni*, cit., p. 725; **ID.**, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Diritto penale e processo. Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, a. X, n. 5 (maggio 2004); **S. CANESTRARI**, *Le diverse topologie di eutanasia*, cit., pp. 124-125, 129; **M. MORI**, *Manuale di bioetica*, Le Lettere, Firenze, 2013, pp. 339-345.

²⁵ Cfr. l'art. 3, secondo comma, della legge n. 219 del 2005, l'art. 6 della legge n. 40 del 2004, l'art. 5, terzo comma, della legge n. 135 del 1990, l'art. 1, primo comma, della legge n. 180 del 1978, l'art. 33, primo e quinto comma, della legge n. 833 del 1978, l'art. 4 della legge



qualificare il bene della vita non come indisponibile in senso assoluto perché legittimante il rifiuto di trattamenti sanitari anche salvavita²⁶, che obbligano il medico all'astensione e quindi scriminano in riferimento al dovere di intervento *ex art.* 40 c.p.²⁷. In tale prospettiva simile disciplina appare antinomica rispetto al rimanente plesso normativo.

Dalla sintesi qui articolata la risposta al quesito se l'eutanasia è pratica ammessa o vietata dal nostro ordinamento giuridico esige, in modo preliminare, di definire il medesimo lemma "eutanasia". Dal momento che la fondazione Cortile dei Gentili è ente dipendente da un organismo di diritto pontificio, appare congruo rifarsi alla definizione di eutanasia indicata dalla Congregazione per la Dottrina della fede nel documento *Iura et bona*: "un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore"²⁸. Definizione non

n. 458 del 1967, il decreto legislativo n. 211 del 2003, il decreto del Presidente della Repubblica del 23 luglio 1998 e l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina ratificata dall'Italia con legge n. 145 del 2001 (seppure quest'ultima non sia giuridicamente efficace nel nostro ordinamento).

²⁶ Cfr. **C. LEOTTA**, *Consenso informato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, 2010; **F. MANTOVANI**, *Diritto penale - Parte Speciale, I: Delitti contro la persona*, cit., pp. 49-50; **M. PORTIGLIATTI BARBOS**, *Diritto a morire*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, 2006, vol. IV; **ID.**, *Diritto di rifiutare le cure*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, 1990, vol. IV; **G. ROCCHI**, *Muori! Intorno al testamento biologico*, (pro manuscripto), p. 32; **S. SEMINARA**, *Riflessioni*, cit., pp. 663-699; **ID.**, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Diritto penale e processo. Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, a. X, n. 5 (maggio 2004), p. 534; **COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA**, *Rifiuto e rinuncia consapevole*, cit., p. 6. Appuntiamo che tale posizione non è condivisa da tutti i membri del Comitato, ma solo sul profilo etico. In ambito giurisprudenziale cfr. Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007; sentenza n. 5444 del 2006; sentenza n. 4211 del 2007; sentenza n. 21748 del 2007; Cass. pen., sentenza n. 16375 del 2008; sentenza n. 38852 del 2005; sentenza n. 2437 del 2009; sentenza n. 28132 del 2001; Corte cost., sentenza n. 438 del 2008; sentenza n. 238 del 1996; sentenza n. 258 del 1994.

²⁷ Cfr. **S. ANZILOTTI**, *La posizione di garanzia del medico*, Giuffrè, Milano, 2013; **L. EUSEBI**, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale* (1985), pp. 527-528.

²⁸ **CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE**, *Dichiarazione sull'eutanasia - Iura et bona*, n. 2. Sull'esegesi di tale definizione cfr. **A.M. JERUMANIS**, *I significati del termine eutanasia*, in Congregazione per la Dottrina della Fede (a cura di), *Sull'eutanasia. Testi e commenti*, cit., pp. 69-82. Altri Autori indicano diverse finalità perché si concreti l'atto eutanasi: rispetto della dignità della persona, selezione eugenetica, lotta alla sovrappopolazione, riduzione delle spese mediche e sociali, purificazione della razza, trapianti d'organo, etc. Cfr. **F. MANTOVANI**, *Problemi giuridici della eutanasia*, in *Archivio giuridico*, 1 (1970), pp. 37-43; **T. CHECCOLI**, *Brevi note sulla distinzione tra eutanasia attiva e passiva*, in C. Casonato, P. Veronesi, C. Piciocchi (a cura di), *Forum BioDiritto 2008: percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, pp. 302-313; **E. SGRECCIA**, *Manuale di bioetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, vol. I, p. 877; **M. ARAMINI**,



dissimile da quella indicata dalla dottrina invece laica: “l’uccisione per pietà”²⁹.

Secondo tali definizioni il nostro ordinamento giuridico vieta le pratiche eutanasiche, ma solo quelle commissive, cioè quelle volte con azione positiva a procurare la morte di un terzo, azione che in ipotesi può concretarsi anche come interruzione di terapie salvavita o di mezzi di sostentamento vitale quali l’alimentazione, l’idratazione e la ventilazione. Non rientrano nel primo caso la somministrazione ripetuta nel tempo di terapie che comportano un’attivazione altrettanto reiterata (ad esempio sedute di emodialisi). Invece l’eutanasia omissiva, che si concreta nel non attivarsi nel fornire terapie salvavita o mezzi di sostentamento vitale, può essere giuridicamente legittima, ma solo nel primo caso e stante alcune circostanze. Infatti alimentazione, idratazione e ventilazione per loro natura non sono terapie³⁰, dato che fame, sete e fame di ossigeno non sono patologie, ma esigenze fisiologiche, e dunque non ricadono di per sé nel *genus* dei “trattamenti sanitari” che, secondo una consolidata giurisprudenza *supra* indicata, possono essere legittimamente oggetto di rifiuto. Ciò detto però può accadere che per alimentare, idratare e ventilare un paziente occorra un intervento di carattere clinico-medico (ad esempio la Peg o la tracheotomia) che, soggiacendo alla disciplina del consenso informato, è in punta di diritto legittimamente rifiutabile.

In merito invece ai trattamenti sanitari l’astensione del medico, a fronte del rifiuto del paziente a sottoporsi a terapie salvavita, può qualificarsi come atto eutanastico di tipo omissivo ma solo se, in accordo alla definizione prima indicata, il professionista persegue il fine di provocare la morte del paziente e in tal guisa non far più soffrire lo stesso che desidera morire. La fattispecie è sicuramente eutanastica e in astratto - se non esistesse la disciplina del consenso informato che esclude la punibilità del medico

Eutanasia, Ancora, Milano, 2006, p. 5; **S. CANESTRARI**, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 120. Ovviamente l’ordinamento giuridico sanziona, nei limiti indicati nel presente articolo, anche queste condotte perché il rilievo penale interessa il bene giuridico violato della vita, al di là delle motivazioni che hanno spinto il reo ad agire.

²⁹ **S. SEMINARA**, *Riflessioni*, cit., p. 716. Identica definizione in **S. CANESTRARI**, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 120.

³⁰ Cfr. **E. SGRECCIA**, *Manuale di bioetica*, cit., vol. I, pp. 897-898. Dato che il Cortile dei Gentili, come indicato, è struttura legata a un dicastero pontificio, appare congruo il seguente doppio riferimento: **PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER GLI OPERATORI SANITARI**, *Carta degli operatori sanitari*, in <http://disf.org/carta-operatori-sanitari>, n. 121 (consultato il 21 giugno 2017); **CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE**, *Risposte ai quesiti della conferenza episcopale statunitense circa l’alimentazione e l’idratazione artificiali*, in Congregazione per la Dottrina della Fede (a cura di), *Sull’eutanasia*, cit., pp. 28-31.



che non interviene e quindi legittima l'eutanasia omissiva - potrebbe, nella sua *ratio*, essere assimilata all'aiuto al suicidio o all'omicidio del consenziente³¹, ma solo per quei soggetti che ricoprono particolari posizioni di garanzia *ex artt.* 40 o 328 c.p.. Per gli altri soggetti si potrebbe applicare *ex art.* 593, terzo comma, c.p. l'omissione di soccorso con l'aggravante della morte.

Caso analogo sarebbe l'omissione motivata dal rispetto, ma non dalla condivisione piena nel foro interno, della volontà di morire del paziente o delle norme giuridiche sul consenso che legittimano il rifiuto di terapie salvavita. La fattispecie è eutanastica, perché il medico, seppur *oborto collo*, adegua la sua volontà a quella del paziente, che cerca la morte per non soffrire più, o del legislatore, che permette la morte del paziente. È la cosiddetta volontà imperfetta³².

L'astensione del medico invece non configura, sul piano morale, eutanasia omissiva se si persegue il fine di tutelare beni equipollenti o più importanti (ad esempio non intervento per timore di essere contagiati da un virus letale laddove le circostanze non consentirebbero protocolli di salvaguardia dell'incolumità del personale medico); "quando il trattamento terapeutico si dimostri impotente non solo a guarire ma anche a procrastinare in modo rilevante l'evento letale"³³. la scelta omissiva non concreterebbe un atto eutanastico bensì sarebbe rifiuto dell'accanimento terapeutico³⁴.

Vi sarebbero poi ulteriori casi che esulano dalla fattispecie dell'eutanasia omissiva tutti connotati da una scelta di astensione non determinata dal perseguire la morte del paziente bensì da altri fini. Ad esempio, *inter alia*, l'omissione per timore delle sanzioni giuridiche che

³¹ Cfr. **D. TASSINARI**, *L'omicidio del consenziente*, in S. Canestrari (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità personale*, cit., p. 98: "Si pensi all'ipotesi paradigmatica dell'intervento terapeutico, laddove l'obbligo di intervento del medico non potrà che arrestarsi innanzi al rifiuto delle cure proveniente dal paziente e, dunque, innanzi a una sua manifestazione di volontà che assume, sul terreno del reato omissivo, un valore in tutto parificabile a quello attribuibile al consenso sul terreno del reato d'azione". Difficile poi in questo tipo di illecito di carattere omissivo distinguere tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio perché l'evento morte potrebbe essere riconducibile contemporaneamente all'inazione sia della persona deceduta la quale non ha voluto curarsi che del medico. Cfr. **ID.**, *Istigazione e aiuto al suicidio*, in S. Canestrari (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità personale*, cit., p. 111.

³² Cfr. **A. RODRIGUEZ LUÑO**, *Etica*, Le Monnier, Firenze, 1992, pp. 103-104.

³³ Cfr. **F. MANTOVANI**, *Problemi giuridici della eutanasia*, cit., p. 41.

³⁴ Cfr. **L. EUSEBI**, *Omissione dell'intervento*, cit., pp. 532-537; **M. PALMARO**, *Eutanasia: diritto o delitto?*, cit., pp. 35, 56.



puniscono il medico il quale sottopone a terapia il paziente nonostante il dissenso formale di quest'ultimo³⁵.

3 - Il Cortile dei Gentili apre all'eutanasia

Il quadro sin qui delineato ci permette di concludere che l'eutanasia attiva è vietata dal nostro ordinamento anche nel caso in cui l'attivazione è volta, dietro richiesta del paziente, a interrompere terapie salvavita o mezzi di sostentamento vitale già in essere. Al contrario l'eutanasia omissiva, realizzata grazie al rifiuto di iniziare terapie salvavita e nei termini prima indicati, è legittima.

Ora occorre comparare le indicazioni offerte dal documento elaborato dal Comitato scientifico del Cortile dei Gentili con questo quadro normativo per comprendere se le prime si inseriscono in esso in modo armonico confermandolo oppure se realizzano un suo superamento aprendo, oltre all'eutanasia omissiva anche a quella commissiva.

Le Linee propositive prendono l'abbrivio con una dichiarazione che intenderebbe escludere la liceità e la legittimità di qualsiasi tipo di intervento eutanasiaco: "rimangono [...] estranee alla presente proposta opzioni etiche e giuridiche di tipo eutanasiaco"³⁶.

In realtà questa dichiarazione di principio è contraddetta da almeno tre passaggi contenuti nel medesimo documento. Innanzitutto al numero 1 del paragrafo 5 possiamo leggere:

*"in questo contesto va collocato il problema del rifiuto di cure, che è da affermare come diritto del paziente in quanto risolto necessario della consensualità e prima ancora della appropriatezza della cura in relazione al beneficio percepito e cercato dal paziente, di cui questi è, se capace, ultimo interprete, anche là dove si tratti di cessare la lotta per il prolungamento della sopravvivenza interrompendo i trattamenti in atto"*³⁷.

L'esegesi della frase così formulata non solo consente di considerare lecito sul piano morale e legittimo su quello giuridico il rifiuto di trattamenti che

³⁵ Per verificare comunque la liceità morale di tale scelta omissiva occorrerebbe nel caso di specie applicare il principio del duplice effetto. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 64, a. 7 c.; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, cit., vol. I, pp. 236-238; L. CICCONE, *La vita umana*, Ares, Milano, 2000, pp. 54, 116-117; A. RODRIGUEZ LUÑO, *Etica*, cit., pp. 108-110.

³⁶ COMITATO SCIENTIFICO DEL CORTILE DEI GENTILI et al., *Linee propositive*, cit., p. 1.

³⁷ Corsivo nostro.



configurano accanimento terapeutico perché oggettivamente sproporzionati³⁸, ma anche di giudicare altrettanto lecita e legittima sia l'eutanasia omissiva che quella commissiva. Questo perché - e non usciremmo dal perimetro del significato indicato dal periodo citato - si può rifiutare l'attivazione di terapie salvavita (eutanasia omissiva) nonché richiedere la cessazione di terapie già in atto³⁹ e oggettivamente proporzionate a vivere per un lungo periodo, ma soggettivamente considerate sproporzionate, cioè contrarie al "beneficio percepito" dal paziente.

Ciò a dire che il principio autonomistico soggiacente al rifiuto delle terapie salvavita praticabile grazie alla disciplina del consenso informato è il medesimo sposato dal documento in oggetto⁴⁰, il quale lo estende non solo ai casi di diniego di attivazione delle terapie salvavita - condizione legittimata dal nostro ordinamento come abbiamo analizzato *supra* - ma anche alle situazioni in cui il paziente ordina di interrompere terapie salvavita già in atto, costringendo così il medico - "il rifiuto [...] deve essere garantito" si legge al § 5.2 - ad attivarsi positivamente, e non più solo rimanendo passivo, per fare cessare le terapie salvavita - situazione a oggi non coperta da tutela giuridica, bensì considerata reato *ex art.* 579 c.p..

Esiste poi un secondo puntello argomentativo a sostegno della tesi che il documento licenziato dal Cortile dei Gentili è *pro* eutanasia. Al § 5.3 possiamo leggere:

"È possibile l'obiezione di coscienza del medico, quando l'interruzione delle cure, in particolare in ragione di una eventuale condizione di dipendenza, esiga l'intervento del medico stesso. In questo caso il medico può sottrarsi agli atti conseguenti al rifiuto se contrari alle sue convinzioni".

Il richiamo alla liceità e alla legittimità dell'obiezione di coscienza si spiega solo se l'atto del medico è di tipo eutanasi e più in particolare - parlando di "interruzione di cure" e di "intervento del medico" - di tipo eutanasi attivo, cioè prevedendo la collaborazione del medico per eliminare trattamenti sanitari salvavita *in actu*. Se la condotta, obbligatoria a detta dello stesso Comitato scientifico, fosse moralmente lecita e non fosse

³⁸ *Ex pluribus* rimandiamo volutamente a un testo che commenta il documento *Iura et bona* perché si presume debba essere un riferimento doverosamente implicito ai pronunciamenti del Cortile dei Gentili: **G. MIRANDA**, *La proporzionalità terapeutica in "Iura et bona"*, in Congregazione per la Dottrina della Fede (a cura di), *Sull'eutanasia*, cit.

³⁹ Cfr. altresì **COMITATO SCIENTIFICO DEL CORTILE DEI GENTILI et al.**, *Linee propositive*, cit., § 5.3.

⁴⁰ Cfr. **COMITATO SCIENTIFICO DEL CORTILE DEI GENTILI et al.**, *Linee propositive*, cit., §§ 1.2-1.3; 3.4.



derubricabile sotto il *genus* dell'eutanasia attiva, perché invocare l'istituto dell'obiezione di coscienza?

Infine arriviamo a una terza prova che ci induce a ritenere il documento in esame a favore dell'eutanasia. Il paragrafo 6 riporta questo titolo: "Astensione dalle cure e interruzione delle cure dal punto di vista penale". Il testo del paragrafo è il seguente:

"Nei casi di legittimo rifiuto o di non proporzionalità delle cure l'astensione e l'interruzione [da parte del medico n.d.a.] sono condotte che adempiono a un dovere deontologico e giuridico. Ne consegue l'esigenza irrinunciabile che il legislatore regoli con chiarezza le situazioni qui considerate, garantendo i cittadini nelle scelte di fine vita e assicurando ai medici la certezza che, agendo in conformità a tale dovere e secondo criteri di buona pratica clinica, non saranno soggetti a sanzione penale e civile".

L'astensione del medico a fronte della mancanza di consenso da parte del paziente a sottoporsi a terapie, comprese quelle salvavita, è già depenalizzata dal nostro ordinamento ed è anzi doverosa. Non così, abbiamo visto, per l'attivazione positiva al fine di interrompere trattamenti già in essere, qualificati come reato sul piano giuridico e come atti eutanasi su quello morale. L'indicazione relativa all'esonero della sanzione penale a favore del comparto medico sta a significare in modo chiaro che il reato di omicidio del consenziente dovrà trovare una eccezione per il medico che collabora attivamente a provocare la morte del paziente con il suo consenso, sollevando il primo ovviamente anche da implicazioni civilistiche. È dunque, a rovescio, una richiesta di legittimazione dell'eutanasia attiva rivolta al legislatore per questo caso specifico.

4 - Pianificazione condivisa di cure e Dichiarazioni anticipate

Il diritto di rifiutare terapie salvavita non ancora attivate e/o di interrompere quelle già in essere e dunque il diritto di optare per l'eutanasia omissiva e attiva, secondo il documento del Cortile dei Gentili, si possono esercitare anche quando il paziente non è più vigile dietro suo mandato. In tal senso la disciplina del consenso informato, che tra le altre sue caratteristiche⁴¹ prevede l'attualità se non la contestualità tra atto

⁴¹ Il rifiuto e la rinuncia espresse per tramite della disciplina del consenso informato affinché siano valide, secondo dottrina e giurisprudenza, devono essere personali-autentiche, libere, consapevoli-valide, contestuali, attuali, esplicite, inequivoche, informate e specifiche. Cfr. Cass. civ., sentenza n. 23676 del 2008; C. LEOTTA, *Consenso informato*, cit., p. 128; M. RONCO, *Eutanasia*, cit., n. 8, c); J. DE LILLO, *Trattamenti sanitari*, in *Archivio*



terapeutico proposto e consenso prestato o negato, appare anch'essa superata dal documento qui in oggetto.

Due sono gli strumenti indicati, di cui un terzo che riguarda la figura del fiduciario appare essere corollario necessario per la supposta efficacia dei primi due. Il primo viene definito "Pianificazione condivisa di cure" (d'ora in poi P.c.c.)⁴². La descrizione di questo strumento presente nelle Linee propositive non è analitica, conformemente alla natura delle Linee medesime che intendono solo indicare percorsi generali di intervento, e infatti il Comitato scientifico si limita così a definirlo al § 4.1.1: "La pianificazione condivisa di cure consente al medico e al paziente che lo desidera di prevedere situazioni probabili o possibili e ipotesi di trattamento preferite o rifiutate", specificando al § 4.1.2 che "essa va assunta a modello-base della consensualità e offerta al paziente nelle relazioni di cura che non si esauriscano in singoli atti medici o in trattamenti usuali di scarso o modesto rilievo". Dovrebbe quindi trattarsi di un piano generale di trattamento al cui interno possono essere ricompresi, come esclusi, la previsione di singoli interventi terapeutici sottoposti al consenso o al rifiuto del paziente. Tale piano concordato con quest'ultimo conserva la sua validità e quindi la sua obbligatorietà nei confronti del medico, *ex* § 5.2 del documento medesimo, anche nel caso in cui il paziente non sia più capace di intendere e volere, così come tiene a precisare il § 4.1.1: la P.c.c. "garantisce quindi una proiezione al futuro del consenso che si estende, se il paziente lo richiede, anche oltre una sua perdita di capacità", perdita di capacità che poi rimane anch'essa indeterminata nella sua natura, non essendo specificato se la stessa debba intendersi sul piano clinico e/o giuridico né le modalità di verifica della medesima.

Il secondo strumento sono le Dichiarazioni anticipate (d'ora in poi D.a.) indicate al § 4.3. Anche in questo caso la descrizione è volutamente lacunosa. L'interprete trova solo un rimando assai generico alle modalità attraverso le quali potrebbero concretizzarsi tali D.a., rimando di carattere meramente esemplificativo. Così il § 4.3.3:

"forme private dotate di adeguate garanzie di certezza (come ad esempio la lettera autografa consegnata al medico o ad altra figura di garanzia) o forme di pratica clinica come la pianificazione condivisa di

penale, 1 (2014), pp. 1-3; F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, 2006, vol. IV, pp. 427- 428.

⁴² Cfr. **COMITATO SCIENTIFICO DEL CORTILE DEI GENTILI et al.**, *Linee propositive*, cit., § 4.1. Tale strumento è presente nella tradizione clinica dei paesi anglofoni: cfr. **S.H. MILES, R. KOEPP, E.P. WEBER**, *Advance end-of-life treatment planning. A research review*, in *Archives of Internal Medicine*, (1996 May), 156 (10).



cure, la registrazione in cartella, la documentazione video, le manifestazioni assistite per i gravi disabili”.

Altresì la figura del fiduciario, che dovrebbe fungere da supporto nel rendere efficaci le volontà espresse dal paziente nel P.c.c. nelle D.a sia quando questi sia vigile sia in stato di incoscienza, appare essere solo tratteggiata nei suoi compiti e funzioni. Così ne tratta il § 4.2.1:

“Completa e garantisce i diritti del paziente la possibilità di affidare la gestione della consensualità delle decisioni terapeutiche che lo riguardano, per la migliore tutela del proprio interesse, a persona di fiducia che lo affianchi sostenendolo nelle decisioni o, in caso di incapacità, lo rappresenti e lo tuteli nella relazione di cura”.

5 - Profili di criticità delle D.a.t.

A causa della indeterminatezza attraverso cui questi tre strumenti indicati dal Comitato scientifico vengono dallo stesso descritti, non siamo in grado né di affermare né di escludere che il P.c.c e le D.a. possano identificarsi con i documenti giuridici noti come “testamento biologico”, “living will” e “dichiarazioni anticipate di trattamento”⁴³, documenti poi il cui contenuto e forma a volte sono giuridicamente codificati, ma assai dissimili tra ordinamento giuridico e ordinamento giuridico, e a volte lasciati alla piena libertà espressiva dei singoli o degli enti che ne predispongono la modulistica. Nonostante ciò la natura e gli scopi dei primi, così come vengono tratteggiati, paiono essere assai sovrapponibili ai secondi perché denotano nella loro struttura portante profonde analogie.

A motivo di ciò, tra i numerosi profili di criticità che presentano tali documenti, ci preme qui sottolinearne, per motivi di spazio, solo il seguente che, per ipotesi, potrebbe rappresentare l’aporia cardine delle D.a.t.⁴⁴ e

⁴³ Cfr. **L. EUSEBI**, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia* (2006); **M. IMMACOLATO, L. MAGNANI**, *Consenso informato e testamento biologico*, in *Bioetica*, a. XXI, nn. 2-3 (2013); **S. SEMINARA**, *Riflessioni*, cit., pp. 697-702; **S. CANESTRARI**, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 131-137; **COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA**, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, in http://presidenza.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf (consultato il 14 dicembre 2016); **SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE**, *Documento sulle direttive anticipate*, in <http://www.sicp.it/web/eventi/SICP/index1cfm> (sezione “Documenti”, consultato il 21 giugno 2017); Convenzione sui Diritti Umani e la Biomedicina, art. 9.

⁴⁴ Nonostante le differenze tra D.a.t., testamento biologico o *living will*, unificheremo sotto la voce D.a.t. le rimanenti tipologie di documenti perché l’elemento di criticità che andremo ad analizzare è comune agli stessi.



quindi degli strumenti indicati dal Comitato scientifico: le D.a.t. non sono uno strumento di tutela dell'autonomia e autodeterminazione⁴⁵ della persona allorché quest'ultima non sia più competente⁴⁶. Esse quindi contraddicono il principio ispiratore cardine - l'autodeterminazione del paziente deve essere tutelata in ogni circostanza - soggiacente alle stesse.

Tale aporia trova una sua giustificazione in altrettanti aspetti problematici. *In primis* la possibile fluttuazione nel tempo delle determinazioni contenute nelle D.a.t. Ciò a dire che le volontà cristallizzate nelle D.a.t. possono apparire successivamente inattuali⁴⁷ perché superate da nuove determinazioni assunte dal paziente stante alcune circostanze però già previste dallo stesso, circostanze che possono o non possono verificarsi. *A fortiori* l'inattualità risulta più marcata al concretarsi di scenari non previsti nelle D.a.t. La letteratura però non è univoca sul punto. Alcuni studi⁴⁸ non indicano sensibili cambiamenti di giudizio sul mantenimento dei trattamenti di sostegno vitale e, più in generale, delle decisioni cliniche assunte. Altri⁴⁹ invece registrano discrete discrepanze a distanza di due anni e la fluttuazione diventa rilevante soprattutto in ordine ad alcune circostanze particolari (es. dipendenza da terzi e dolore acuto). Altri⁵⁰ infine

⁴⁵ Cfr. **M. RONCO**, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Editori Riuniti University press, Roma, 2011.

⁴⁶ Per una revisione di settore elaborata su 690 articoli cfr. **R. PUCETTI, M.C. DEL POGGETTO, V. COSTIGLIOLA, M.L. DI PIETRO**, *Dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT): revisione della letteratura*, in *Medicina e Morale*, a. LXI (maggio-giugno 2009), n. 3.

⁴⁷ Cfr. **H.S. PERKINS**, *Controlling death: the false promise of advance directives*, in *Annals of Internal Medicine* (2007 Jul.), 147 (1).

⁴⁸ Cfr. **M.A. EVERHART, R.A. PEARLMAN**, *Stability of patient preferences regarding life-sustaining treatments*, in *Chest* (1990 Jan), 97(1); **C.E. SCHWARTZ, M.P. MERRIMAN, G.W. REED et al.**, *Measuring patient treatment preferences in end-of-life care research: applications for advance care planning interventions and response shift research*, in *Journal Palliative Medicine*, (2004 Apr.), 7 (2); **C.L. AURIEMMA, C.A. NGUYEN, R. BRONHEIM et al.**, *Stability of End-of-Life Preferences. A Systematic Review of the Evidence*, in *JAMA Internal Medicine* (2014), 174 (7).

⁴⁹ Cfr. **M. DANIS, A. GARRETT, R. HARRIS et al.**, *Stability of choices about life sustaining treatments*, in *Annals Internal Medicine* (1994 Apr.), 120 (7); **E. Mc PARLAND, A. LIKOUZOS, E. CHICHIN et al.**, *Stability of preferences regarding life-sustaining treatment: a two-year prospective study of nursing home residents*, in *Mt Sinai Journal of Medicine*, (2003 Mar.), 70 (2); **T.R. FRIED, A.L. BYERS, W.T. GALLO et al.**, *Prospective study of health status preferences and changes in preferences over time in older adults*, in *Archives of Internal Medicine* (2006 Apr.), 166 (8).

⁵⁰ Cfr. **T.R. FRIED, J. O'LEARY, P. VAN NESS et al.**, *Inconsistency Over Time in the Preferences of Older Persons with Advanced Illness for Life-Sustaining Treatment*, in *Journal of the American Geriatrics Society* (2007 Jul.), 55 (7); **M.D. SILVERSTEIN, C.B. STOCKING, J.P. ANTEL et al.**, *Amyotrophic lateral sclerosis and lifesustaining therapy: patients' desires for*



evidenziano mutamenti percentualmente significanti. Al di là delle differenze di rilevazione, si può derivare una costante tra i risultati dei suddetti studi: il mutamento di volontà non è da escludersi. Ergo non è da rigettare l'ipotesi che il paziente che abbia perso coscienza, al verificarsi di alcune situazioni comunque già previste nelle D.a.t., potrebbe mutare di giudizio se fosse vigile, contraddicendo in tal modo la *ratio* della disciplina del consenso informato. La rivedibilità nel tempo delle D.a.t., attuata per rimediare a questa mutevolezza di giudizio, trova un duplice inciampo. In primo luogo lo stato di incoscienza può essere imprevisto, impedendo così una programmata revisione delle D.a.t. In secondo luogo il paziente non sempre è cosciente di aver mutato parere rispetto alle volontà contenute nelle D.a.t.⁵¹, con la conseguenza che non sentirà l'esigenza di aggiornarle.

Un secondo possibile difetto delle D.a.t. interessa la fedeltà tra contenuto delle medesime e i *desiderata* del paziente. Tale fedeltà può essere inficiata dalla non corretta comprensione da parte del dichiarante della natura dei trattamenti terapeutici, della loro efficacia e delle condizioni cliniche (*in primis* il quadro patologico) in cui questi verranno applicati, eventualità tutt'altro che infrequente⁵². La qualità della comprensione non migliora in modo determinante con l'ausilio del medico⁵³, stante anche l'esiguità di tempo dedicata dai due soggetti alla redazione delle D.a.t.⁵⁴. Senza poi tener conto che le scelte inserite nelle D.a.t. sono sensibilmente

information, participation in decision making, and life-sustaining therapy, in *Mayo Clinic Proceedings* (1991 Sep.), 66 (9); J.S. WEISSMAN, J.S. HAAS, F.J. jr FOWLER et al., *The stability of preferences for life-sustaining care among persons with AIDS in the Boston Health Study*, in *Medical Decision Making* (1999 Jan.-Mar.), 19 (1); S. SAHM, R. WILL, G. HOMMEL, *Would They Follow What has been Laid Down? Cancer Patients' and Healthy Controls' Views on Adherence to Advance Directives Compared to Medical Staff*, in *Medicine. Health Care and Philosophy* (2005 Nov.), 8 (3).

⁵¹ Cfr. R.M. GREADY, P.H. DITTO, J.H. DANKS et al., *Actual and perceived stability of preferences for life-sustaining treatment*, in *Journal of Clinical Ethics* (2000), 11 (4); S.J. SHARMAN, M. GARRY, J.A. JACOBSEN et al., *False memories for end-of-life decisions*, in *Health Psychology* (2008 Mar), 27 (2).

⁵² Cfr. R.T. DONOHOE, K. HAEFELI, F. MOORE, *Public perceptions and experiences of myocardial infarction, cardiac arrest and CPR in London*, in *Resuscitation* (2006 Oct.), 71 (1); G.S. FISCHER, J.A. TULSKY, M.R. ROSE et al., *Patient knowledge and physician predictions of treatment preferences after discussion of advanced directives*, in *Journal of General Internal Medicine* (1998 Jul.), 13 (7); D.K. HEYLAND, C. FRANK, D. GROLL et al., *Understanding cardiopulmonary resuscitation decision making: perspectives of seriously ill hospitalized patients and family members*, in *Chest* (2006 Aug.), 130 (2).

⁵³ Cfr. G.S. FISCHER, J.A. TULSKY, M.R. ROSE et al., *Patient knowledge*, cit.

⁵⁴ Cfr. J.A. TULSKY, G.S. FISCHER, M.R. ROSE et al., *Opening the black box: how do physicians communicate about advanced directives?*, in *Annales Internal Medicine* (1998 Sep.), 129 (6), studio in cui si evidenzia che il tempo dedicato all'informativa medico-paziente è in media di 5,6 minuti.



influenzate sia dalla modalità di redazione delle stesse sia dall'umore, in cui *magna pars* è data dagli stati depressivi⁵⁵.

Ulteriore elemento di fragilità delle D.a.t. è costituito dalla figura del fiduciario, corollario necessario per supplire a un consenso, presente nelle D.a.t., non sufficientemente relato, informato, circostanziato e attuale. Non potendo qui indagare il quesito che concerne la sovrapponibilità e dunque l'ipotetica inutilità di questa figura giuridica con quella del tutore/curatore⁵⁶ e soprattutto dell'amministratore di sostegno⁵⁷, ci limitiamo a evidenziare come la letteratura abbia rilevato una considerevole inattendibilità del fiduciario nel suo ruolo di fedele interprete delle volontà del dichiarante quando questi è ancora cosciente. In particolare il fiduciario è risultato, in un numero considerevole di casi, incapace di predire i desideri del paziente, denotando scarsa conoscenza dello stesso⁵⁸. Ciò avviene per motivazioni plurime (condizioni del paziente, tipologia della prognosi e di relazione con il dichiarante, stato emotivo, etc.), ma spesso tali motivazioni convergono nella predisposizione del fiduciario nel proiettare sui desideri del paziente le proprie e non le altrui volontà⁵⁹.

Le D.a.t. inoltre per loro intima struttura e per le contingenze empiriche in cui dovrebbero trovare attuazione, risultano a volte *de facto* inapplicabili. Puccetti *et alii* affermano:

“L'incapacità delle DAT di modificare la condotta medica può risultare dal disinteresse dei medici nei confronti delle DAT. [...] La causa risiederebbe nella complessa interazione di tre elementi: la difficoltà ad applicare contenuti vaghi alla reale situazione clinica, la tendenza dei sanitari a escludere che non si possa più tentare niente senza avere almeno prima provato un intervento di sostegno vitale, dopo il cui fallimento gli interventi vengono interrotti indipendentemente dalla

⁵⁵ Cfr. **R. PUCETTI, M.C. DEL POGGETTO, V. COSTIGLIOLA, M.L. DI PIETRO**, *Dichiarazioni anticipate*, cit., pp. 475-476.

⁵⁶ Cfr. art. 424 c.c.

⁵⁷ Cfr. art. 404 c.c.

⁵⁸ Cfr. **A.B. SECKLER, D.E. MEIER, M. MULVIHILL et al.**, *Substituted judgment: how accurate are proxy predictions?*, in *Annals Internal Medicine* (1991 Jul.), 115 (2); **D.I. SHALOWITZ, E. GARRETT-MAYER, D. WENDLER**, *The Accuracy of Surrogate Decision Makers*, in *Archives of Internal Medicine* (2006, Mar.), 166 (5); **Y. MIURA, A. ASAI, M. MATSUSHIMA et al.**, *Families' and physicians' predictions of dialysis patients' preferences regarding life-sustaining treatments in Japan*, in *American Journal of Kidney Diseases* (2006 Jan.), 47 (1), in cui la percentuale di predizioni conformi ai desideri dei pazienti è giudicata dagli Autori vicino all'*alea*.

⁵⁹ Cfr. **A. FAGERLIN, P.H. DITTO, J.H. DANKS**, *Projection in surrogate decisions about life-sustaining medical treatments*, in *Health Psychology*, (2001 May), 20 (3); **M.A. MARKS, H.R. ARKES**, *Patient and surrogate disagreement in end-of-life decisions: can surrogates accurately predict patients' preferences?*, in *Medical Decision Making*, (2008 Jul.-Aug.), 28 (4).



presenza delle DAT, la frequente irreperibilità o incapacità a svolgere il compito assunto dei fiduciari quando si devono fare delle scelte⁶⁰,

a cui si devono aggiungere l'eventuale incoerenza tra il trattamento indicato nelle D.a.t. e il quadro clinico poi realmente concretatosi⁶¹ e la sostanziale irrilevanza delle stesse in merito alla qualità di vita per il paziente⁶². Infine le D.a.t. possono incentivare la *malpractice* clinica⁶³.

⁶⁰ R. PUCETTI, M.C. DEL POGGETTO, V. COSTIGLIOLA, M.L. DI PIETRO, *Dichiarazioni anticipate*, cit., pp. 488-489. Cfr. D. CRIPPEN, M. LEVY, R. TRUOG et al., *Debate: what constitutes "terminality" and how does it relate to a living will?*, in *Critical Care* (2000 Dec.), 4 (333); J.M. TENO, S. LICKS, J. LYNN et al., *Do advance directives provide instructions that direct care? SUPPORT Investigators. Study to Understand Prognoses and Preferences for Outcomes and Risks of Treatment*, in *Journal of the American Geriatrics Society* (1997 Apr.), 45 (4).

⁶¹ Cfr. R. PUCETTI, M.C. DEL POGGETTO, V. COSTIGLIOLA, M.L. DI PIETRO, *Dichiarazioni anticipate*, cit., pp. 488-489.

⁶² Cfr. R.G. MILLER, J.A. ROSENBERG, D.F. GELINAS et al., *Practice parameter: the care of the patient with amyotrophic lateral sclerosis (an evidence-based review): report of the Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology: ALS Practice Parameter Task Force*, in *Neurology* (1999 Apr.), 52 (7).

⁶³ Cfr. T.A. RADCLIFF, A. DOBALIAN, C. LEVY, *Do orders limiting aggressive treatment impact care for acute myocardial infarction?*, in *Journal of the American Medical Directors Association*, (2007 Feb.), 8 (2); E. JACKSON, J. YARZEBSKI, R. GOLDBERG et al., *Do not resuscitate orders in patients hospitalized with acute myocardial infarction: The Worcester Heart Attack Study*, in *Archives of Internal Medicine*, (2004 Apr.), 164 (7); F.L. MIRARCHI, L.A. HITE, T.E. COONEY et al., *TRIAD I-The Realistic Interpretation of Advanced Directives*, in *Journal of Patient Safety* (2008 Dec.), 4 (4).