



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI)

Scuola di Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale e Diritto Privato e del Lavoro
Ciclo XXVII

**LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO
TRA ANOMIA LEGISLATIVA, CONTROLLO GIUDIZIALE E AUTONOMIA PRIVATA**

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa Mariassunta Piccinni

Dottorando: Davide Tessera

INDICE

Indice.....	i
-------------	---

* * *

PARTE PRIMA

DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO E QUESTIONI BIOGIURIDICHE CORRELATE

Capitolo 1 - Introduzione alle DAT

1.1. Premessa.....	1
1.2. Le disposizioni anticipate di trattamento: precisazioni terminologiche.....	5
1.3. Le differenze sostanziali tra DAT e testamento <i>mortis causa</i>	14
1.4. Il biodiritto e la dignità della persona. Le questioni sottostanti alle DAT.....	25

Capitolo 2 - DAT e “diritto a morire”

2.1. La morte e il suicidio.....	34
2.2. L'eutanasia.....	42
2.3. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.....	49
2.4. L'esperienza dei Paesi Bassi in materia di eutanasia.....	60
2.5. L'eutanasia in Belgio.....	66

Capitolo 3 - DAT e relazione di cura

3.1. La relazione di cura tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione. Il rischio di accanimento terapeutico.....	74
3.2. Il c.d. consenso informato.....	80
3.3. Il consenso informato in prospettiva comparatistica: l'esperienza francese.....	91
3.4. Il diniego del consenso e il paziente incapace. Uno sguardo alla <i>common law</i>	98

* * *

PARTE SECONDA

PROFILI CIVILISTICI RELATIVI ALL'ATTUAZIONE DELLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

Capitolo 4 - Efficacia delle DAT e pianificazione condivisa delle cure

4.1. L'identità del paziente. Gli strumenti giuridici per veicolare le DAT.....	115
4.2. La pianificazione condivisa delle cure.....	120
4.3. La dibattuta ricostruzione delle DAT in chiave di negozio giuridico.....	126
4.4. L'efficacia diretta delle DAT.....	135

Capitolo 5 - Il problema della sostituzione nella protezione del paziente incapace

5.1. La sostituzione rappresentativa. La distinzione tra rappresentante e <i>nuncius</i>	147
5.2. La sostituzione negli atti personalissimi. Il matrimonio per procura.....	156
5.3. (<i>Segue</i>) La sostituzione negli atti personalissimi. Il testamento.....	161
5.4. La sostituzione rappresentativa dell'incapace.....	168
5.5. La rappresentanza legale del tutore e il rifiuto delle cure. Il caso Englaro.....	174
5.6. La rappresentanza legale dell'amministratore di sostegno. Le problematiche italiane attinenti all'AdS.....	185
5.7. L'amministrazione di sostegno: l'esperienza tedesca.....	191
5.8. La tendenza verso la privatizzazione dei sistemi di protezione dell'incapace: <i>lasting power of attorney</i> , <i>mandat en prévision de l'incapacité</i> e <i>mandat de protection future</i>	200
5.9. L'attuazione delle DAT e l'autonomia privata: il ruolo della rappresentanza volontaria.....	211
5.10. La designazione del fiduciario. Il "mandato" e la procura sanitaria per l'attuazione delle DAT.....	217
5.11. Conclusioni.....	233

* * *

Bibliografia.....	I
Abstract.....	XLII

PARTE PRIMA

DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO E QUESTIONI BIOGIURIDICHE CORRELATE

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE ALLE DAT

SOMMARIO: 1.1. Premessa. - 1.2. Le disposizioni anticipate di trattamento: precisazioni terminologiche. - 1.3. Le differenze sostanziali tra DAT e testamento *mortis causa*. - 1.4. Il biodiritto e la dignità della persona. Le questioni sottostanti alle DAT.

1.1. Premessa.

Il presente lavoro di ricerca è suddiviso in due parti. Attraverso questa struttura bipartita si è cercato di mettere in evidenza la contrapposizione tra i diversi approcci che possono essere adottati nell'indagine del tema in questione: da un lato, un'analisi di tipo ricognitivo delle problematiche che costituiscono il substrato su cui si fondano le disposizioni anticipate di trattamento; dall'altro lato, uno studio maggiormente incentrato sui profili civilistici di tali disposizioni e sugli strumenti giuridici più opportuni per consentire la loro applicazione¹.

Nella prima parte si affrontano, pertanto, i principali temi connessi alle disposizioni anticipate di trattamento: l'indagine conduce all'emersione di una pluralità di questioni etiche, da cui si evince l'estrema complessità insita in qualsiasi approfondimento in campo biogiuridico. L'operazione risulta indispensabile al fine di fornire un minimo inquadramento sistematico dell'argomento delle DAT nel vasto ambito di questa branca del diritto. Nella seconda parte, l'attenzione si sposta sui profili più squisitamente tecnico-giuridici; in altri termini, si tenta di fornire, senza pretesa di esaustività, una risposta ai quesiti con cui ciascun giurista deve confrontarsi quando si occupa di DAT, ovvero, una volta delineati i caratteri dell'istituto, come si possa conferire efficacia alle disposizioni anticipate e quali siano le modalità attuative mediante le quali esse possano trovare piena realizzazione².

Le disposizioni anticipate di trattamento rappresentano un fenomeno che

¹ Nel prosieguo, le "disposizioni anticipate di trattamento" saranno indicate anche con l'acronimo DAT. Il medesimo acronimo viene più frequentemente utilizzato, tra l'altro, per sostituire le espressioni "dichiarazioni anticipate di trattamento" o "direttive anticipate di trattamento"; tali espressioni, come si vedrà a breve, possono essere ritenute in linea di massima equivalenti a quella di "disposizioni anticipate di trattamento", benché ognuna di loro presupponga l'accoglimento di una diversa interpretazione a riguardo dell'efficacia delle DAT.

² Un interrogativo del genere appare, con una formulazione analoga, in un'importante raccolta di contributi sul tema risalente ad una decina di anni fa (cfr. M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 163 ss.).

non trova espresso riconoscimento nell'attuale legislazione italiana; il Legislatore, infatti, pare persistere «a essere sordo di fronte al problema di dare piena attuazione, e forza, alla volontà dell'uomo»³. In proposito, si può riportare un significativo passo di uno dei maggiori studiosi della materia, che così descrive i motivi di tale atteggiamento: «Da noi vige l'*Italian way*: non si legifera perché non si riesce e perché non si vuole; unica eccezione significativa la nuova definizione di morte del 1993. L'inerzia italiana non si spiega solo per cause politiche contingenti: la sua fonte sta nel difetto di consenso e nella lontananza delle posizioni, testimoniata anche dal lavoro, pur pregevole, del Comitato Nazionale per la Bioetica; ma insieme in un modo contraddittorio di guardare al diritto. Da una parte siamo assuefatti a una prassi legislativa sciatta e casuale, che trascura o travolge qualsiasi lavoro preparatorio, dominata dalla negoziazione minuta, con tecniche di compromesso puramente verbali che mirano sempre alla linea di minore significanza possibile del testo legislativo; siamo assuefatti a una soglia bassa di valore delle leggi. Dall'altra, e paradossalmente, pensiamo al diritto come a uno strumento di proclamazione di valori piuttosto che di soluzione pragmatica di conflitti»⁴.

Comunque, dopo aver preso atto dell'anomia legislativa⁵ caratterizzante il quadro italiano, il giurista che intenda dedicarsi al tema delle DAT deve superare anche difficoltà metodologiche relative all'individuazione del metodo più proficuo nell'utilizzo dell'analisi comparatistica.

Come è stato correttamente osservato, in una tematica delicata quale è la regolamentazione del "fine vita", lo studio comparatistico può assumere la funzione di fornire al giurista una visione "neutrale", indispensabile in presenza di questioni così eticamente sensibili⁶. In questo modo, si assiste al superamento di uno dei ruoli tradizionalmente assunti dal diritto comparato, ovvero quello di consentire l'importazione di valide soluzioni adottate da altri ordinamenti⁷. Infatti, se tale processo può aver luogo senza eccessivi traumi per quanto riguarda problematiche giuridiche attinenti alla sfera più prettamente patrimoniale, lo

³ Le parole sono di G. BONILINI, "Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 192. Secondo l'Autore, questo campo, «salvo alcuni limiti ineludibili, non dovrebbe interessare l'ordinamento giuridico, chiamato soltanto a predisporre i mezzi di tutela della volontà congruamente manifestata».

⁴ P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, 8 s.

⁵ Si è scelto di utilizzare l'espressione "anomia legislativa", anche nel titolo della tesi, per sottolineare che l'attuale situazione italiana è apparentemente contraddistinta da un'assenza di regole ("anomia"), ma, in realtà, sono mancanti solamente delle regole in forma "legislativa", giacché esistono norme costituzionali direttamente applicabili nella materia delle disposizioni anticipate e principi immanenti al sistema ordinamentale che rappresentano i criteri intorno ai quali può prendere forma una disciplina giuridica delle DAT.

⁶ In questo senso, cfr. D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 1981 s.

⁷ In merito alle funzioni che la comparazione giuridica è chiamata ad assumere, si richiama, per tutti, la trattazione di A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2012, 39 ss.; sul punto, significativa è poi l'affermazione di H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: an Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge, 1946, 5: «The essential problem is not "What is comparative law?". The question of real importance is "What is its purpose?"».

stesso non può dirsi per quanto concerne i temi di carattere etico, i quali coinvolgono diritti indisponibili e presuppongono un'accurata valutazione del tessuto religioso, morale e ideologico della società di un Paese.

Pertanto, di fronte ad un problema complesso come quello delle disposizioni anticipate di trattamento, l'indagine comparatistica può costituire soltanto uno – sebbene imprescindibile – tra i molti strumenti rivolti alla formulazione di soluzioni legislative che possano trovare il più ampio accoglimento⁸.

Dal momento che una rassegna completa di taglio comparatistico trasformerebbe la prospettiva del presente lavoro in una mera ricognizione *de iure condito* (*rectius: de iure alieno condito*), ci si dovrà limitare all'esame di alcuni ordinamenti, concentrando l'attenzione, in particolare, sull'area europea e nordamericana.

A questo proposito, è opportuna un'osservazione preliminare. Benché non si debba mai dimenticare che l'analisi comparatistica non può e non deve essere condotta in chiave etnocentrica⁹, è innegabile che i Paesi appartenenti alle aree sopra indicate presentino le più strette similitudini culturali e sociali con l'Italia e, pertanto, un esame delle soluzioni ivi adottate può risultare di maggiore utilità al fine di fornire al Legislatore la visione “neutrale” cui sopra si accennava. A titolo esemplificativo, può ricordarsi che, tra la documentazione relativa al “disegno di legge Calabrò”¹⁰, era presente il dossier n. 104 (marzo 2009) a cura del Servizio

⁸ Analogamente a quanto appena enunciato nel testo, D. PROVOLO, *op. cit.*, 1982, ritiene che la comparazione giuridica possa consentire al legislatore di «approntare una disciplina ragionevole» della tematica in esame.

L'espressione merita di essere brevemente commentata: essa ha senza dubbio il pregio della sintesi ed il riferimento alla “ragionevolezza” è di certo più pertinente rispetto ad un eventuale richiamo alla “razionalità”. Se si parlasse di disciplina “razionale” costruita sulla base della comparazione giuridica, ci si esporrebbe al rischio di evocare una corrispondenza tra la diffusione di un determinato approccio ad una questione etica e la “razionalità” della soluzione normativa adottata in più Paesi: non si può invece presupporre che una soluzione ampiamente diffusa, perché rispondente ad interessi etici condivisi da numerosi popoli, possa dirsi, solo per questo motivo, “razionale”. Infatti, l'importanza di alcuni valori etici può ben consentire di sacrificare altri aspetti, quale quello della pura razionalità (ad esempio, la selezione naturale costituisce il fondamento dell'evoluzione della specie, compresa quella umana; in quest'ottica, allora, risulterebbe “razionale” il ricorso all'eugenetica, ma ciò sarebbe sicuramente contrario agli irrinunciabili principi etici della civiltà in cui viviamo). La “ragionevolezza”, invece, implica necessariamente buon senso e, quindi, contemperamento tra pura razionalità ed etica.

⁹ In questo senso, cfr. G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1963, 932; A. GUARNERI, *op. cit.*, 92 ss.

¹⁰ «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento» (disegno di legge S.10 - XVI Legislatura, di iniziativa del Sen. Marino, accorpato ai d.d.l. S.51, S.136, S.281, S.285, S.483, S.800, S.972, S.994, S.1095, S.1188, S.1323, S.1363, S.1368, approvato in testo unificato dal Senato il 26 marzo 2009, trasmesso alla Camera come d.d.l. C.2350, che ha assorbito i d.d.l. C.625, C.784, C.1280, C.1597, C.1606, C.1764-bis, C.1840, C.1876, C.1968-bis, C.2038, C.2124, C.2595, approvato con modificazioni dalla Camera il 12 luglio 2011, ritrasmissione al Senato il giorno successivo e, allo stato attuale, formalmente ancora in corso di esame in Commissione; il “d.d.l. Calabrò” viene così denominato in ragione del nome del relatore assegnato per l'esame in Commissione al Senato), il cui travagliato *iter* parlamentare può essere visualizzato al seguente indirizzo internet: <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/29638.htm> (pagina consultata da ultimo in data 14 luglio 2015).

Studi del Senato, concernente «La disciplina del testamento biologico in alcuni Paesi»: in particolare, venivano presi in considerazione Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Spagna.

Comunque, un pur superficiale esame comparatistico in tema di disposizioni anticipate di trattamento rivela immediatamente una varietà multiforme di soluzioni adottate nei diversi ordinamenti nazionali. Ad esempio, mentre alcuni Paesi attribuiscono alle DAT un'efficacia vincolante per il medico (Regno Unito, Danimarca, Germania, Austria, Spagna, Svizzera), altri tendono a riconoscere un valore meramente indicativo per il sanitario (Francia). Vi sono poi Stati in cui il Legislatore si è spinto a disciplinare persino un tema diverso rispetto alle disposizioni anticipate, ma a queste connesso, ovvero l'eutanasia attiva (Paesi Bassi, Belgio); all'estremo opposto, si ritrovano Paesi che non hanno legiferato in materia (Portogallo, Grecia, Italia)¹¹.

Proprio la peculiare situazione italiana ha costituito lo spunto per la scelta del titolo di questo elaborato, con cui si è cercato di “fotografare” immediatamente lo stato di tre potenziali “linee evolutive” delle disposizioni anticipate di trattamento: formulazione di una compiuta disciplina a seguito di un intervento legislativo¹²; consolidamento nell'utilizzo degli istituti giuridici a protezione dell'incapace (amministrazione di sostegno e tutela), sottoposti al controllo giudiziale; apertura a forme di sostituzione rappresentativa di matrice volontaristica.

V'è da dire che, a fronte dell'assenza di una specifica legislazione sul tema¹³, il formante giurisprudenziale ha finora rivestito un ruolo essenziale nella definizione dei principi fondamentali per la regolazione della materia. Ci si può

Tra i numerosi altri disegni di legge presentati in Parlamento, si possono ricordare almeno quelli relativi all'attuale XVII Legislatura: S.1973 («Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento»); S.443 («Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario»); S.340 («Disposizioni in materia di consenso informato e di indicazioni anticipate di cura, di accesso alle cure palliative e di assistenza e cura dei pazienti affetti da malattie rare»); S.13 («Norme in materia di relazione di cura, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate»); S.5 («Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico»); C.2996 («Disposizioni relative all'alleanza terapeutica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento»); C.2264 («Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di volontà per i trattamenti sanitari»); C.2229 («Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento»); C. 1432 («Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario»); C.1298 («Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari»); C.1142 («Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico»).

¹¹ D. PROVOLO, *op. cit.*, 1982; G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, in *Ann. Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, 991.

¹² L'intervento del Legislatore non appare, invero, prossimo; si sono presi, comunque, in considerazione i testi dei più significativi disegni di legge (“d.d.l. Calabrò” e d.d.l. S.13 - XVII Legislatura), onde trarre elementi utili per l'analisi.

¹³ Come si è già precisato, l'assenza di legislazione in materia di disposizione anticipate di trattamento non significa mancanza di principi giuridici applicabili alle medesime.

domandare se i tempi siano maturi per ipotizzare anche una valorizzazione dell'autonomia privata, mediante il conferimento della maggiore efficacia possibile alle disposizioni anticipate, richiamando analogicamente istituti ben conosciuti dal civilista, come ad esempio la rappresentanza volontaria e il mandato.

In questa prospettiva si è mossa, quindi, la ricerca illustrata nella presente tesi, giungendo a conclusioni non definitive (le quali sarebbero, del resto, comunque soggette alle conseguenze di un eventuale mutamento giurisprudenziale o della promulgazione di una legge in materia). Alcuni spunti formulati nel quinto capitolo potrebbero, tuttavia, costituire la base di partenza per ulteriori studi, considerando che numerosi aspetti della materia risultano essere stati toccati solo sporadicamente dalla dottrina e non ancora trattati in giurisprudenza.

1.2. Le disposizioni anticipate di trattamento: precisazioni terminologiche.

In via preliminare, si pone la necessità di fornire una precisazione in ordine alla terminologia che verrà impiegata nel presente lavoro¹⁴. Le disposizioni anticipate di trattamento sono conosciute anche come “direttive anticipate di trattamento” o “dichiarazioni anticipate di trattamento” oppure, ancora, sotto il nome, improprio ma estremamente comune, di “testamento biologico”¹⁵.

Come è stato posto in rilievo da alcuni studiosi, l'espressione “dichiarazioni anticipate” (utilizzata anche nel “d.d.l. Calabrò”) evoca l'autonomia del paziente-dichiarante, «ma senza sottolinearne alcuna valenza illocutoria e men che meno performativa»¹⁶: infatti, essa è quella che appare più tecnica, quasi asettica rispetto ai profili di efficacia delle dichiarazioni medesime.

Con riguardo all'impiego che ne viene fatto, deve essere innanzitutto evidenziato che l'espressione in esame è stata adottata dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel proprio parere del 2003 sulle tematiche del “fine vita”¹⁷.

¹⁴ Per alcune considerazioni di ordine terminologico, v.: L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, in G. LAURINI (diretto da), *Lecture notarili*, Assago, 2000, 5 ss.; C. VENDITTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e autodeterminazione*, in F. PREITE (diretto da), *Trattato notarile*, IV, 1, Torino, 2011, 183 ss.

¹⁵ È importante sottolineare che si tratta, comunque, di espressioni utilizzate per definire sostanzialmente il medesimo fenomeno e che, per tale motivo e nonostante quanto verrà precisato *infra* nel testo, non raramente vengono adottate nella prassi in modo intercambiabile, presupponendo un'equipollenza pressoché totale fra le precitate espressioni.

¹⁶ Così, testualmente, C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012, 126. Sugli atti illocutori e gli enunciati performativi si rimanda a J.L. AUSTIN, *How To Do Things with Words*, Oxford, 1975 (trad. it.: J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987).

¹⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, consultabile all'indirizzo http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf (pagina consultata da ultimo in data 14 luglio 2015).

Rileva correttamente F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 6, nt. 4 che i pareri redatti dal Comitato Nazionale per la Bioetica non godono, dal punto di vista giuridico-formale, di alcun valore vincolante per indirizzare il formante politico-legislativo o per orientare l'attività dell'interprete,

Inoltre, anche il codice di deontologia medica del 2014 fa ricorso alla medesima espressione nell'art. 38 (rubricato, appunto, «dichiarazioni anticipate di trattamento»): «Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali. Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria. Il medico coopera con il rappresentante legale perseguendo il migliore interesse del paziente e in caso di contrasto si avvale del dirimente giudizio arbitrale previsto dall'ordinamento e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili»¹⁸.

È opportuno notare che, nel precedente codice di deontologia medica, le DAT venivano indicate quali “direttive anticipate di trattamento”. Il previgente art. 38 (rubricato «Autonomia del cittadino e direttive anticipate» così recitava: «Il medico deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa. Il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante deve segnalare il caso all'autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato»¹⁹.

Sicuramente, rispetto a “dichiarazioni anticipate di trattamento”, “direttive anticipate di trattamento” è un'espressione dotata di maggiore forza: «già nel suo

ma tali documenti costituiscono comunque un punto di riferimento non trascurabile, sia per l'autorevolezza dell'organo che li elabora, sia per il livello di approfondimento degli studi condotti sugli argomenti che essi riguardano: in altri termini, le definizioni, le raccomandazioni, le indicazioni e le argomentazioni possono rappresentare «una sorta di preziosa “guida” per l'attività del proponente Legislatore, nonché uno degli elementi, affianco della dottrina e della giurisprudenza, che accompagnano l'interpretazione, anche in sede giurisdizionale, del diritto vigente».

¹⁸ FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI, *Codice di deontologia medica*, 18 maggio 2014, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.fnomceo.it/fnomceo/downloadFile.dwn?id=115163&version=8> (pagina consultata da ultimo in data 14 luglio 2015).

¹⁹ FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI, *Codice di deontologia medica*, 16 dicembre 2006, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.fnomceo.it/fnomceo/downloadFile.dwn?id=60474&version=0> (pagina consultata da ultimo in data 14 luglio 2015).

significato evoca l'efficacia di un'ingiunzione e la perentorietà di un comando»²⁰: da essa sembra, infatti, emergere un implicito superamento della questione dell'efficacia delle DAT, alle quali verrebbe attribuita una forza vincolante nei confronti del personale sanitario, nonché di ogni altro soggetto coinvolto nel processo decisionale.

Infine, l'espressione "testamento biologico" è senza dubbio quella più utilizzata, tanto da essere entrata nel linguaggio popolare e da venire adottata quale strumento linguistico per individuare con immediatezza le disposizioni anticipate di trattamento²¹. Con riferimento al largo impiego dell'espressione predetta, si segnala, ad esempio, che la medesima è stata impiegata anche in specifici incontri accademici sul tema²². Ancora, l'espressione "testamento biologico" è stata, in un certo senso, definitivamente "consacrata" anche da un punto di vista dottrinale, essendo apparsa di recente in alcune voci enciclopediche²³.

Essa risulta, tuttavia, anche quella meno adeguata. Infatti, il vocabolo "testamento" viene mutuato dal linguaggio giuridico e, più precisamente, dall'art. 587 c.c., il cui primo comma dispone, come è noto, che «il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse». Già da una prima lettura di tale definizione emergono in modo evidente le differenze del testamento *mortis causa* rispetto alle DAT, prima fra tutte l'efficacia *post mortem* del testamento propriamente detto, che si contrappone alla finalità precipua delle DAT, rivolte a regolare il fine vita del disponente²⁴.

In realtà, "testamento biologico" non è altro che una traduzione (quasi) letterale dall'inglese "*living will*" (precisamente: "testamento di vita")²⁵, terminologia che viene adottata per la prima volta nel 1969 in un saggio di L. Kutner, il quale fornisce la seguente definizione: «The document would provide that if the individual's bodily state becomes completely vegetative and it is certain that he cannot regain his mental and physical capacities, medical treatment shall cease. A Jehovah's Witness whose religious principles are opposed to blood transfusions could so provide in such a document. A Christian Scientist could, by virtue of such a document, indicate that he does not wish any medical treatment.

²⁰ C. SARTEA, *op. cit.*, 126 s.

²¹ È, in questa sede, il caso di ricordare che il tema vincolato alla borsa di studio (finanziata dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo) della quale lo scrivente è risultato beneficiario a seguito dell'ammissione al Dottorato di Ricerca era denominato proprio «Testamento biologico e bio-diritto nell'esperienza giuridica contemporanea» e, in tale ambito, è stato sviluppato il progetto di ricerca di cui questo elaborato costituisce espressione.

²² Tra i più recenti, si può citare, in proposito, il convegno «Dignità della persona, questioni di fine vita, testamento biologico: ordinamento interno e prospettive di diritto internazionale», tenutosi presso l'Università degli Studi di Bergamo in data 8 maggio 2015.

²³ Il riferimento è, in particolare, a: G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, cit., 987 ss.; S. ROSSI - M. FOGLIA, voce *Testamento biologico*, in *Dig. IV ed., Disc. Priv., Sez. civ., Agg. IX*, Torino, 2014, 638 ss.

²⁴ Per ogni ulteriore considerazione, si rinvia al par. 1.3 del presente lavoro.

²⁵ Cfr. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. Sacco (dir. comp.)*, Torino, 2002, 229 ss.

The document would be notarized and attested to by at least two witnesses»²⁶.

Ciò premesso, è possibile individuare una prospettiva in base alla quale la locuzione “testamento biologico”, sebbene imprecisa da un punto di vista strettamente giuridico, non risulterebbe eccessivamente fuori luogo, laddove si considerasse la sua intrinseca capacità di comunicare con efficacia la funzione del moderno strumento delle DAT²⁷. In merito, un’attenta dottrina ha osservato che, risalendo al tradizionale uso dell’istituto testamentario, si può notare che dal XIII al XVIII secolo il testamento è stato utilizzato da ognuno per esprimere i propri pensieri profondi, la fede religiosa, l’attaccamento a persone e a beni, nonché per veicolare le decisioni finalizzate ad assicurarsi la salvezza dell’anima: in sintesi, il testamento non consisteva esclusivamente in un atto attraverso cui venivano compiute attribuzioni patrimoniali *mortis causa*, ma esso diventava una modalità di manifestazione del pensiero dell’individuo al di fuori della sfera patrimoniale²⁸.

Solo a partire dal XVIII secolo il testamento “si laicizza”, in quanto si riducono le varie disposizioni per la propria anima. Tale evoluzione viene attribuita a differenti fattori: secondo alcuni, essa sarebbe dovuta a una maggior fiducia riposta nei congiunti, che avrebbe condotto ad espungere questi desideri dai testamenti per affidarli a voce ai soggetti più vicini²⁹; secondo altri, la ragione è da individuare principalmente nella progressiva secolarizzazione della società³⁰.

²⁶ L. KUTNER, *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*, in *Indiana Law Journal*, 1969, 44 (1), 539 ss.; in merito alla figura di Luis Kutner (1908-1993) deve essere ricordato che egli, avvocato di Chicago, assistente di Clarence Darrow all’Università di Chicago e successivamente allievo di Roscoe Pound, fu tra i fondatori, nel 1961 con Peter Benenson, di *Amnesty International*, contribuendo all’idea di un *World Habeas Corpus* per la tutela dei cittadini illegalmente arrestati (cfr.: V.C. JACKSON, *World Habeas Corpus*, in *Cornell Law Review*, 2006, 91, 303 ss.); per alcune notizie in merito, v.: G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, 173. Come rilevato da S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. cit.*, 670, nt. 253, il *living will* viene ideato dall’Autore prendendo spunto dall’istituto del *trust*. Quest’ultimo è tradizionalmente impiegato nell’area anglosassone per la gestione di rapporti patrimoniali; procedendo per analogia, nel caso del *living will* il paziente assumerebbe il ruolo di disponente (*settlor* o *grantor*) e beneficiario (*beneficiary*), il medico e la struttura ospedaliera il ruolo di *trustees* e l’oggetto del *trust* (comunque revocabile in ogni momento dal *settlor*) sarebbe lo stesso corpo del disponente.

²⁷ Osserva G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, cit., 989, che «la similitudine con il testamento è suggestiva, evoca l’idea che lo strumento di autonomia per eccellenza, legittimo modo di disposizione del patrimonio in vista della propria morte, possa essere impiegato anche per decidere che cosa fare di se stessi, del proprio essere persona e corpo vivente nelle fasi terminali dell’esistenza». Pertanto, le DAT assumono, in questa prospettiva, la funzione di un «monologo [...] destinato ad essere in concreto ricevuto ed eseguito» (P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 15).

²⁸ Cfr.: S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. cit.*, 669 s., riprendendo le parole di P. ARIÈS, *Storia della morte in Occidente*, Milano, 1998, 56.

²⁹ P. ARIÈS, *op. loc. cit.*, secondo cui «il testatore ha separato le sue volontà riguardanti la devoluzione del patrimonio da quelle che la sua sensibilità, la sua pietà, i suoi affetti gl’ispiravano. Le prime erano sempre affidate al testamento. Le altre vennero ormai comunicate oralmente ai più vicini, alla famiglia, ai figli o congiunti».

³⁰ Cfr.: M. VOVELLE, *La Mort et l’Occident de 1300 à nos jours*, Paris, 1983. A favore di quest’ultima tesi propende E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Assago, 121, citando anche S. LUBERTO - S. PIETRALUNGA, *La medicina legale di fronte all’esperienza del morire*, in *Studi Parmensi*, XXXIV, Milano, 1983, 238, secondo i quali l’esperienza della morte sarebbe stata inglobata nell’orientamento «massificante e deproblematizzante della c.d. società dei consumi».

Tenendo presente quanto appena esposto, l'espressione "testamento biologico" evocerebbe, quindi, la funzione storicamente assunta per secoli dal testamento *mortis causa* quale strumento di trasmissione dei pensieri più profondi della persona. In altri termini, il "testamento biologico" rivelerebbe l'identità del soggetto disponente, travalicando l'ambito prettamente giuridico³¹.

A questo punto, è possibile spiegare le ragioni della scelta della locuzione "disposizioni anticipate di trattamento", che sarà utilizzata in questo elaborato.

Innanzitutto, tale espressione è dotata di una sorta di "dignità (non ancora legislativa)" pari a quella di "dichiarazioni anticipate di trattamento" (quest'ultima utilizzata - si è ricordato - nel "d.d.l. Calabrò"), in quanto anch'essa viene impiegata in un disegno di legge e, precisamente, nel testo del d.d.l. S.13 - XVII Legislatura (mentre la rubrica del medesimo d.d.l. fa riferimento alle "dichiarazioni anticipate")³². È appena il caso di ricordare, in quanto si ritornerà sul punto, che tale ultimo d.d.l. costituisce la proposta normativa risultante dall'ampia attività svolta dal gruppo di lavoro «Per un diritto gentile in medicina», coordinato dal Prof. Paolo Zatti³³.

È parso allo scrivente che "disposizioni anticipate di trattamento" sia una terminologia maggiormente precisa rispetto a "testamento biologico", pur collocandosi nel solco della tradizione codicistica. Infatti, il concetto di "disposizione" si ricollega al diritto di proprietà (art. 832 c.c.: «Il proprietario ha diritto di godere e *disporre* delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico»³⁴) e lo stesso Legislatore ha fatto riferimento, per disciplinare nel codice civile alcuni problemi relativi al "governo del corpo"³⁵, agli «atti di *disposizione* del proprio corpo» (art. 5 c.c.)³⁶.

Il termine "disposizione", inoltre, consente di mantenere quel parallelismo,

³¹ Sull'identità della persona in relazione alle tematiche in esame, si rimanda, per ora, a P. ZATTI, *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in Suppl. a n. 4 di *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1 ss.; per altri riferimenti bibliografici, v. par. 4.1.

³² «Norme in materia di relazione di cura, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate» (disegno di legge S.13 - XVII Legislatura, di iniziativa del Sen. Manconi, assegnato alla Commissione Igiene e Sanità in sede referente il 30 ottobre 2013: l'esame del d.d.l. non è ancora iniziato), il cui testo può essere visualizzato all'indirizzo internet <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00720602.pdf> (pagina consultata da ultimo in data 14 luglio 2015).

³³ In merito, si veda il sito internet <https://undirittogentile.wordpress.com> (sito consultato da ultimo in data 14 luglio 2015). L'orizzonte di interesse del gruppo «si estende a tutte le questioni che riguardano il corpo, la salute, la relazione di cura, nella prospettiva di un diritto gentile, capace di comprendere la realtà e le esigenze di questi primari rapporti tra persone e di orientarli attraverso prescrizioni adeguate nel linguaggio e nelle soluzioni» (cfr. la pagina <https://undirittogentile.wordpress.com/about>).

³⁴ Cfr. la definizione di cui all'Article 544 *Code civil* francese («La propriété est le droit de jouir et *disposer* des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements»), che, come è noto, deriva da quella di Bartolo da Sassoferrato («*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*»).

³⁵ L'espressione è presa in prestito da S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit.

³⁶ Sugli atti di disposizione del corpo, si rinvia a M. FARNETI, commento *sub* art. 5 c.c., in G. CIAN - A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 2014.

sopra enunciato, rispetto al testamento *mortis causa*: infatti, è lo stesso art. 587 c.c., nel fornire la definizione dell'istituto testamentario, a fare riferimento al verbo "disporre". Le "disposizioni" relative alla fase finale della propria vita richiamano, pertanto, le "disposizioni" concernenti il regolamento degli interessi nell'epoca successiva alla morte. Come si è accennato e come si verificherà più approfonditamente, si tratta di un parallelismo improprio dal punto di vista giuridico, tenuto conto delle differenze ontologiche tra tali istituti, ma che comunque sembra estremamente rilevante se osservato da un'angolazione attinente alla sfera dei sentimenti del soggetto, oltre che da una prospettiva sociale fondata sulla comune percezione delle DAT quale atto destinato ad avere rilevanza in una fase terminale dell'esistenza³⁷, immediatamente precedente alla morte. Tali punti di vista non possono essere certamente trascurati in ambito biogiuridico e, anzi, assurgono al ruolo di riferimenti centrali, al di là delle valutazioni squisitamente civilistiche.

Un'ulteriore ragione a favore della scelta terminologica si basa sempre sul già chiarito parallelismo, considerato però sotto il profilo dell'efficacia. Anticipando alcune conclusioni del presente lavoro, si propende per la tesi secondo cui si tratterebbe non di mere dichiarazioni dall'incerta efficacia, bensì di vere e proprie manifestazioni di volontà³⁸ o comunque di orientamenti³⁹, alle quali - già oggi e nonostante l'assenza di una disciplina legislativa - si potrebbe riconoscere il rango di istituto in grado di esplicare effetti giuridici vincolanti nei confronti dei terzi, non diversamente dalle disposizioni contenute in un testamento *mortis causa*.

In ogni caso, occorre ribadire che, come evidenziato nel documento del Comitato Nazionale per la Bioetica del 18 dicembre 2003, le espressioni "dichiarazioni anticipate di trattamento", "testamento biologico", "testamento di vita", "direttive anticipate", "volontà previe di trattamento" si riferiscono tutte «a un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»⁴⁰. Si noterà che una tale definizione, circoscrivendo le DAT

³⁷ Si parla di fase terminale dell'esistenza, in quanto, nella maggioranza dei casi, tale è l'ambito in cui le DAT sono destinate ad esplicare i propri effetti, pur non escludendo che il paziente, il quale abbia espresso disposizioni anticipate di trattamento, possa recuperare una favorevole condizione di salute in seguito alle cure o, persino, in caso di mancata somministrazione o interruzione delle stesse.

³⁸ Pare incontestabile il fatto che l'indicazione specifica di trattamenti terapeutici a cui essere o non essere sottoposti implichi, di per sé, una manifestazione di volontà; altro discorso è quello inerente agli effetti giuridici vincolanti eventualmente creati da tale espressione di volontà nei confronti dei soggetti terzi, tra cui il personale medico.

³⁹ La questione circa la natura delle DAT sarà affrontata nel par. 4.2, al quale si rinvia.

⁴⁰ Sostanzialmente analoga è la definizione di G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, in *Tratt. Bonilini, II, La successione testamentaria*, Milano, 2009, 75 s., che qualifica il "testamento biologico" come «un atto, unilaterale *inter vivos*, al quale una persona - temendo di perdere, per malattia o intervento chirurgico, la capacità di intendere e di volere - affidi, anzitutto, la designazione del soggetto che dovrà prendere le decisioni, nell'ipotesi in cui il designante non fosse in grado di esprimerle, e, inoltre, una serie di direttive di vario genere, quali, ad esempio,

necessariamente a un “documento”, può essere riduttiva, laddove si accolga una nozione maggiormente ampia di DAT, come quella delineata dagli studiosi più attenti alla tutela dell’identità del paziente⁴¹.

Autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare l’aspetto sopra evidenziato in merito alla possibilità di utilizzare differenti locuzioni come sinonimi: «si chiamino “direttive anticipate”, “desideri precedentemente espressi”, “testamenti biologici o di vita”, si tratta sempre di decisioni che regolano situazioni nelle quali la persona potrebbe trovarsi e che, nell’eventualità di non essere capace d’intendere e di volere e quindi di non poter esprimere un valido consenso, vuole comunque definire in maniera conforme alle proprie convinzioni, alle credenze, ai desideri»⁴².

Preliminarmente, deve pure essere chiarito che le DAT, comunque denominate, non presentano caratteri uniformi⁴³. Infatti, nel concetto di disposizioni anticipate possono rientrare sia quelle che - secondo la terminologia anglosassone - sono definite “*instructional directives*” (o “*living wills*” propriamente detti), sia le cosiddette “*proxy directives*”.

Le prime, che possono essere chiamate anche disposizioni “di istruzioni”, consistono in indicazioni di «trattamenti o esplicite terapie che si vuole / si desidera escludere nel corso della malattia e soprattutto nella fase terminale», nonché, specularmente, di «trattamenti che si chiede di applicare»⁴⁴. Il contenuto delle stesse può essere particolarmente vario e non limitato ai trattamenti medici⁴⁵,

quelle concernenti il luogo in cui voglia trascorrere la fase della malattia, l’alimentazione, l’abbigliamento, ecc.»; rispetto al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, viene qui valorizzato anche il ruolo del fiduciario. Qualche perplessità può invece sorgere dalla definizione rinvenibile in G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, ed. riv. e agg. a cura di A. FERRUCCI - C. FERRENTINO, Milano, 2009, I, 871 s., secondo cui le DAT consisterebbero in un «documento con il quale un soggetto, per l’eventualità che venga ad essere affetto da una malattia allo stadio terminale o da una lesione traumatica cerebrale invalidante e irreversibile e in previsione della sua futura incapacità, oltre a prevedere la nomina di un tutore, alla designazione di una persona quale amministratore delle proprie sostanze, detta delle disposizioni inerenti le cure mediche cui intende o non intende sottoporsi». Pare, infatti, che un eccessivo accento venga posto sullo stadio terminale della malattia e sulla lesione cerebrale irreversibile: se così fosse, si dovrebbe giungere all’inaccettabile conclusione di escludere dal novero delle DAT quelle disposizioni volte a manifestare anticipatamente il consenso o il rifiuto a determinati trattamenti medici in previsione di una futura incapacità temporanea dovuta, ad esempio, alla sottoposizione ad un intervento chirurgico in anestesia totale. Per la definizione contenuta nel d.d.l. S.13 - XVII Legislatura, si rimanda al par. 4.4.

⁴¹ Si fa riferimento, in particolare, ai principi elaborati dal gruppo di lavoro «Per un diritto gentile», che sono stati trasposti nell’art. 19 d.d.l. S.13 - XVII Legislatura. Sul punto, v. par. 4.4.

⁴² S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 205 s., il quale soggiunge che le DAT «sono, o dovrebbero essere, documenti semplici, con i quali si possono escludere specifiche terapie o dare disposizioni generali di rifiuto di ogni terapia di sopravvivenza ritenuta inaccettabile e di accettazione delle terapie antidolore anche nel caso [...] che ciò conduca a un abbreviarsi della vita».

⁴³ V., *infra*, cap. 4.

⁴⁴ A BOMPIANI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Bologna, 2008, 15.

⁴⁵ Specularmente alle disposizioni anticipate che esorbitano dal contesto puramente terapeutico, la prassi anglosassone ha conosciuto tipologie di DAT particolarmente mirate e formulate in modo molto semplificato (come una *card* plastificata inserita nel portafogli, una medaglia al collo o un

tanto che parte della dottrina vi comprende, a titolo esemplificativo: il tipo di assistenza religiosa che si desidera ricevere, l'intenzione di donare i propri organi per scopi di didattica o di ricerca; le scelte sull'inumazione e quelle che concernono le modalità di umanizzazione della sofferenza e della morte (ricorso alle cure palliative, preferenza per l'assistenza ospedaliera o domiciliare, ...), indicazioni concernenti aspetti della vita quotidiana o attinenti alla cura delle persona come il regime alimentare, l'abbigliamento, l'alloggio⁴⁶.

Pur riconoscendo l'ammissibilità (e, soprattutto, l'efficacia vincolante⁴⁷, come si vedrà nel prosieguo della presente analisi) di *instructional directives* che superino l'ambito strettamente terapeutico, pare opportuno, onde non alimentare confusione, precisare che l'ambito temporale in cui le DAT sono destinate ad esplicare effetto termina con il momento della morte. Esse sono disposizioni dirette a regolamentare alcuni aspetti (principalmente di carattere terapeutico) attinenti ad una fase della vita: quanto la vita è cessata, si ritorna necessariamente nell'ambito (più tradizionale da un punto di vista civilistico) del testamento *mortis causa*. Disposizioni in merito alla sepoltura o alla destinazione del cadavere sono riconducibili al contenuto atipico del testamento, in quanto aventi carattere non patrimoniale e destinate ad esplicare effetto dopo l'apertura della successione⁴⁸.

Vengono invece denominate "*proxy directives*" quelle disposizioni con cui

braccialetto al polso): tra queste, si ricordano le disposizioni "*do not resuscitate*" o "DNR" (per le quali si vedano: AA.VV., *Do-not-resuscitate Orders for Critically Patients in Hospitals. How Are They Used and What is Their Impact?*, in *Journal of Medicine*, 1986, 256, 233 ss.; N.R. RICE, *Orders Not to Resuscitate*, in *New England Journal of Medicine*, 1976, 295, 364 ss.; J. SUAUDEAU, *La futilità delle terapie: aspetti scientifici, questioni etiche e giuridiche*, in *Medicina e Morale*, 2006, 625 ss.; S.J. YOUNGER, *Do-not-resuscitate Order: No Longer Secret, But Still a Problem*, in *Hastings Center Report*, 1987, 17, 24 ss.), nonché le disposizioni "*no blood*" (v. C. POMARA - E. TURILLAZZI, *La direttiva "no blood" come paradigma del processo di autonomia del paziente v. responsabilità medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, 650 ss.). A proposito di queste ultime DAT, in Italia si è posta la questione circa la determinatezza delle medesime, solitamente espresse per motivi religiosi dai Testimoni di Geova (sul punto, v. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 170, secondo cui «in tema di consenso medico informato, il paziente ha sì il diritto di non curarsi, ma il suo rifiuto di sottoporsi ad un trattamento medico pur salvavita deve risultare, perché sia efficace, da una manifestazione espressa, inequivoca, informata ed attuale, che quindi segua e non preceda l'informazione, fornitagli dai medici, sulla sua effettiva situazione medica, sicché legittimamente possono effettuarsi trasfusioni di sangue ritenute indispensabili ad un paziente in imminente pericolo di vita e non cosciente, pur se questi - testimone di Geova - portava un cartellino, redatto anteriormente al verificarsi della situazione di pericolo, con la scritta "niente sangue"»).

⁴⁶ Sul punto, v.: F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 7; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia*, 2004, 1059, il quale valorizza l'elasticità di contenuto delle DAT, configurandola come «uno dei pregi principali della figura» in esame.

⁴⁷ Richiamando, ancora una volta, il par. 4.4 per più ampie considerazioni sul tema, si può brevemente accennare al fatto che, anche qualora attraverso le DAT siano forniti semplici orientamenti, alle stesse non può essere tolta efficacia a causa dell'incoercibilità delle medesime: infatti, l'eventuale mancanza di una sanzione e di uno strumento esecutivo non corrispondono ad un'assenza di vincolo.

⁴⁸ In merito alle disposizioni sulla sepoltura v.: G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti i funerali, la sepoltura, le ceneri*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, cit., 1065 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 15; M. PETRONE, voce *Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 37 ss.

il soggetto interessato nomina una persona (“*substitute decision maker*”) che, in caso di sopravvenuta incapacità del disponente, prende le decisioni di carattere terapeutico al posto di quest’ultimo. Alle stesse può quindi essere attribuita la denominazione di disposizioni anticipate “di delega”⁴⁹.

Ciò che preme rilevare sin da ora è che il disponente potrebbe dettare proprie istruzioni anche senza contemporaneamente individuare un fiduciario e, viceversa, nominare un fiduciario senza fornirgli indicazioni su come eseguire l’incarico ricevuto⁵⁰. Di fronte a queste astratte possibilità, l’interprete deve verificare innanzitutto l’ammissibilità nell’attuale ordinamento italiano di entrambi i tipi di DAT e, superato tale scoglio, determinare quale efficacia le stesse possano rivestire in mancanza di una specifica legislazione in materia⁵¹. I disegni di legge già citati (“d.d.l. Calabrò” e S.13 - XVII Legislatura) prevedono sia le disposizioni anticipate “di istruzioni” che quelle “di delega”, ma, evidentemente, non essendo per ora divenuti norme vigenti, possono solo costituire un punto di riferimento per l’individuazione delle eventuali possibilità future di configurazione delle DAT in Italia.

Da ultimo, occorre concentrare nuovamente l’attenzione sull’aspetto temporale dell’efficacia delle disposizioni anticipate. Si è visto che il termine finale non può oltrepassare il momento della morte del disponente. Per quanto riguarda il termine iniziale, è necessaria un’avvertenza: le DAT sono essenzialmente manifestazioni di volontà, o comunque indicazioni⁵², *pro futuro*, «e, quindi, per definizione, [...] non attuali e non informate, quanto meno sotto il profilo del vissuto della malattia»⁵³: pertanto, parte della dottrina ritiene che nella categoria delle DAT non siano ricomprese «eventuali dichiarazioni anticipate di persona già malata e quindi espresse in un contesto ormai piuttosto definito sebbene non propriamente attuale sul piano della decisione»⁵⁴.

⁴⁹ Sul punto, v.: A. PIZZOFRERATO - F. MONACO, *Direttive anticipate e delega al fiduciario*, in *Bioetica*, 1998, 2.

⁵⁰ A seconda del caso, le conseguenze sono perciò profondamente diverse: nell’ipotesi di disposizioni “di istruzioni” senza nomina del fiduciario, sarà il rappresentante legale nominato per il soggetto divenuto incapace a dare esecuzione alle indicazioni precedentemente espresse dal paziente; nella diversa ipotesi di nomina di un fiduciario senza altre disposizioni, si pone invece il problema di individuare i margini entro cui quest’ultimo deve operare (per alcune considerazioni in merito a tale seconda ipotesi, v., in particolare, par. 5.11).

⁵¹ Uno dei fini di questo lavoro è, appunto, individuare quale efficacia concreta possa essere attribuita alle direttive “di istruzioni” (v. par. 4.4) e se, al giorno d’oggi in Italia, sia ammissibile la nomina di un fiduciario per l’espressione del consenso informato in merito ai trattamenti terapeutici da praticare o rifiutare (v. soprattutto par. 5.10).

⁵² V. par. 4.3. e par. 4.4.

⁵³ G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, 143.

⁵⁴ A. NICOLUSSI, *Consenso informato e cosiddetto diritto a morire. Spunti comparatistici per il diritto italiano*, in S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione*, Roma, 2014, 59 ss., spec. 72, il quale osserva come «per questi casi sarebbe forse più appropriata una disciplina autonoma che regolasse un programma terapeutico concordato tra medico e paziente ed eventualmente aggiornato a mano a mano che la malattia progredisce». In realtà, riprendendo l’opinione del Comitato Nazionale per la Bioetica, si potrebbe fare riferimento alle disposizioni anticipate anche nell’ambito di tale pianificazione concordata (la quale, infatti, viene definita da taluni “anticipata”), ferma restando l’opportunità di distinguere le ipotesi di DAT formulate senza la collaborazione del personale sanitario e DAT inserite in un più ampio contesto

1.3. Le differenze sostanziali tra DAT e testamento mortis causa.

Si è visto nel precedente paragrafo introduttivo che la denominazione “testamento biologico”, utilizzata comunemente per indicare le DAT, evoca il testamento, inteso come istituto storicamente disciplinato dall’ordinamento e consistente in un negozio unilaterale *mortis causa*⁵⁵. Come si è sottolineato in dottrina, «sul piano simbolico, l’idea di una volontà testamentaria avente ad oggetto il *bios* del testatore sembra suggerire l’esportazione nel terreno dei diritti della personalità principi e schemi giuridici elaborati da secoli per l’applicazione in ambito patrimoniale»⁵⁶.

Tuttavia, - e qui risiede il maggiore inconveniente dell’impiego di una tale espressione - un termine che individua un istituto sorto per regolare principalmente aspetti patrimoniali (anche se - come osservato - il negozio *mortis causa* consente di soddisfare altre esigenze, le quali emergono nel c.d. contenuto atipico del testamento) può risultare non idoneo per indicare uno strumento (le DAT) diretto a soddisfare interessi di natura non patrimoniale, stante la rilevante differenza di presupposti e finalità di cui si darà conto tra breve. Quindi, la sovrapposizione concettuale con il diverso istituto del testamento *mortis causa*, generata dalla locuzione “testamento biologico”, «in una prima analisi, appare del tutto fuorviante e non pertinente»⁵⁷.

È di immediata evidenza che, da un punto di vista giuridico, l’analogia con un testamento nell’ambito del diritto successorio non è sostenibile, in quanto le disposizioni anticipate di trattamento non sono finalizzate ad un regolamento *mortis causa*, bensì rimangono all’interno degli atti *inter vivos*⁵⁸. Esse sono

di relazione di cura. Per maggiori approfondimenti, si rimanda al par. 4.1 e, soprattutto, al par. 4.2.

⁵⁵ In generale, sul testamento *mortis causa*, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano almeno: A. CICU, *Testamento*, Milano, 1945; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Profilo negoziale dell’atto*, I, Milano, 1976; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1964, 35 ss.; G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, 2, Milano, 1996, 618; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590 cod. civ.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, 2 ss.; B. BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949, I, 566 ss.; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966.

⁵⁶ C. SARTEA, *op. cit.*, 126 s.

⁵⁷ S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. cit.*, 669.

⁵⁸ Si è qui ripresa la tradizionale contrapposizione tra atti *inter vivos* e *mortis causa*, ma, sul punto, devono ricordarsi le osservazioni di G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 37 ss. e 53, che consentono di individuare l’imprecisione terminologica alla base di tale distinzione: l’atto *mortis causa* è «quello che ha per funzione sua propria di regolare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione. [...] Quel che distingue l’atto *mortis causa* da ogni altro, non è tanto il fatto che l’evento elevato ad elemento essenziale dell’atto è la morte del suo autore, quanto il fatto che tale evento non è assunto nello schema a punto di riferimento degli effetti, o di uno degli effetti, dell’atto, sebbene a punto di origine e di individuazione della stessa situazione regolata, che è la situazione che verrà a sussistere dopo la morte del soggetto: in altri termini è l’oggetto stesso dell’atto che viene a porsi al di là della vita del suo autore».

Nella condivisibile prospettiva dell’Autore, un contratto è necessariamente un atto *inter vivos*, in quanto lega in un rapporto giuridico due o più soggetti viventi, ma può anche essere, allo stesso tempo, un atto *mortis causa*: è irrilevante, infatti, che l’unico negozio *mortis causa* ammesso nel nostro ordinamento sia il testamento, poiché la comparazione con altri sistemi giuridici rivela che

destinate a divenire operanti quando il disponente è ancora in vita, anche se non più capace di formulare validamente la propria dichiarazione di volontà⁵⁹.

Al di là della vicinanza temporale che accomuna le fasi del fine vita e del *post mortem*, la differenza emerge con ancora maggior chiarezza nel momento in cui si considera che le DAT sono formulate in previsione dell'incapacità, mentre il testamento è redatto in previsione della morte: anche nella mente del disponente la volontà "testamentaria" si sviluppa, quindi, a seguito di due presupposti logici differenti.

Per ricorrere ad un parallelismo, si può affermare che, se il testamento disciplinato dal libro II del codice civile è un atto a causa di morte, le disposizioni anticipate di trattamento sono dettate "a causa di vita", cioè per regolare la vita del disponente nella particolare fase in cui egli si trovi nell'impossibilità di manifestare la propria volontà.

Da non sottovalutare è, poi, il già ricordato aspetto relativo al fatto che le disposizioni anticipate di trattamento, sebbene spesso siano destinate a disciplinare il fine vita, possano trovare attuazione in una fase cronologicamente assai distante dal momento della morte, in quanto è possibile che il disponente possa recuperare una favorevole condizione di salute in seguito alle cure o, persino, in caso di mancata somministrazione o interruzione delle stesse⁶⁰.

Una seconda differenza tra testamento e DAT consiste nel fatto che il primo, salvo quanto previsto dall'art. 587, comma 2, c.c. è concepito nell'impianto codicistico come un atto contenente disposizioni di carattere patrimoniale; al contrario, le DAT hanno essenzialmente carattere non patrimoniale, contenendo le indicazioni del disponente relative al governo del corpo e al trattamento terapeutico nel caso di sopravvenuta incapacità.

Nel par. 1.2 si è già accennato al fatto che, secondo una certa interpretazione, il contenuto delle DAT potrebbe comprendere anche indicazioni sulla cremazione, sulla sepoltura, ecc.⁶¹. In realtà, come si è chiarito, in questi casi si è in presenza di un fenomeno diverso: l'impiego di due istituti diversi (disposizioni testamentarie di carattere non patrimoniale e DAT) all'interno di un medesimo supporto documentale. Tuttavia, tale aspetto non è da sottovalutare nel momento in cui si trovino, all'interno dello stesso documento, disposizioni tipicamente testamentarie di carattere non patrimoniale insieme ad indicazioni riconducibili alle disposizioni anticipate di trattamento. Le prime, infatti, pur mantenendo natura giuridica ed efficacia distinta rispetto alle seconde, possono

diversi ordinamenti ammettono il contratto ereditario (si veda il caso tedesco dell'*Erbvertrag*).

⁵⁹ Cfr.: M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. IV ed., Disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 9; G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, cit., 75 ss.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, I, 873; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590 cod. civ.*, cit., 62 ss.

⁶⁰ V., *supra*, par. 1.1.

⁶¹ Tale eventualità è espressamente prevista, nell'ordinamento spagnolo, dalla Ley 41/2002, de 14 de noviembre, che, all'art. 11, così qualifica le disposizioni anticipate (*documento de de instrucciones previas*): «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo».

costituire mezzo di interpretazione delle seconde. Si pensi, ad esempio, al caso in cui dalle volontà in materia di destinazione del proprio cadavere si possano ricavare convincimenti di ordine etico o religioso, utili per delineare l'effettiva portata di DAT espresse magari in modo (volutamente o inconsapevolmente) non preciso.

Comunque, si è anche evidenziato, all'inizio di questo lavoro, che, nonostante le precisazioni volte ad individuare gli elementi di criticità di un'espressione impropria come quella di "testamento biologico", vi è un diverso punto di vista dal quale il riferimento al testamento «non solo non sembra del tutto fuori luogo, ma risulta esprimere efficacemente la funzione del moderno strumento delle direttive anticipate di trattamento»⁶². Infatti, secondo autorevole dottrina, «il termine "testamento" sembra appropriato, al di là dell'obiezione dell'essere riferite le disposizioni al tempo della vita, e non già a quello in cui il soggetto avrà cessato di vivere, se in esso si ravvisa il carattere di discorso - di un "monologo", per usare un termine letterario - destinato a essere in concreto ricevuto ed eseguito (ancorché "indirizzato" ai destinatari in epoca remota, al di fuori di ogni conoscenza e specificazione) quando non vi è più alcuna possibilità di controllarne l'esecuzione da parte dell'autore»⁶³. Sul piano concettuale, nelle disposizioni anticipate di trattamento è individuabile una «sorta di "biografia individuale" dove il disponente, prendendo coscienza di se stesso, vi riversa la propria individualità, la sua storia, le sue convinzioni, la sua identità» e, pertanto, esse rispecchiano «il piano di valori del disponente», riflettendo «la sua immagine come in un diario» e fissando «i confini dell'intervento medico, oltre i quali ogni ingerenza dovrebbe assumere i caratteri dell'illiceità»⁶⁴.

È, quindi, possibile chiedersi se alcuni principi in tema di testamento *mortis causa* possano valere anche per le DAT e, a tal fine, occorre compiere una breve analisi di alcune regole attinenti alla materia testamentaria.

Tradizionalmente, i principi basilari su cui si fonda il negozio testamentario sono: la certezza, per la quale il beneficiario della disposizione testamentaria deve essere individuato in modo certo; la personalità, per cui le disposizioni testamentarie devono provenire direttamente dal testatore; il formalismo, secondo cui il testamento, per essere valido, deve rispondere a determinati requisiti formali; la revocabilità, in base alla quale la revoca deve essere consentita al testatore sino all'ultimo momento della propria vita⁶⁵.

Rinviando a quanto si osserverà nel prosieguo del presente lavoro⁶⁶, l'unico di tali principi che sembra costituire un punto fermo anche in materia di disposizioni anticipate è l'ultimo, concernente la possibilità di revocare le DAT finché il disponente sia dotato della necessaria capacità⁶⁷.

⁶² S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. loc. cit.*

⁶³ P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 15.

⁶⁴ S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. loc. cit.*

⁶⁵ ULPIANO, *Digesto*, 24.1.32: «Voluntas hominis ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum».

⁶⁶ Sulla determinatezza delle DAT e sulla loro forma, v. par. 4.4; per il profilo della sostituzione nell'assunzione delle decisioni relative ai trattamenti terapeutici, v. cap. 5.

⁶⁷ La capacità di revoca discende dalla capacità di disposizione: in merito alla qualificazione in

Al di sopra dei principi sopra citati, si pone, comunque, quello del *favor testamenti*: la validità e l'efficacia del testamento *mortis causa* devono essere il più possibile conservate, in quanto tale conservazione risponde all'esigenza sociale di vedere rispettate le disposizioni di ultima volontà, posto che, dal momento in cui il testamento diviene efficace, il testatore non può, naturalmente, più provvedere all'eliminazione di vizi o imprecisioni mediante la rimozione o la modifica delle disposizioni stesse⁶⁸. In altri termini, il *favor testamenti* esplica i suoi effetti principalmente nel campo dell'interpretazione negoziale⁶⁹ e «impone all'interprete di prediligere, tra le diverse interpretazioni possibili, quella favorevole alla conservazione della disposizione *mortis causa*»⁷⁰.

Va precisato che il principio del *favor testamenti* deve ritenersi applicabile unicamente al caso in cui si debba effettuare una scelta tra un'interpretazione che conduca ad un risultato utile e un'altra che conduca ad un risultato inutile, ma non qualora la scelta sia da compiere tra due risultati entrambi utili, benché uno

termini di capacità di agire oppure di capacità naturale, si veda il par. 4.3.

⁶⁸ Sul *favor testamenti*, v., per tutti, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 187. In giurisprudenza, si vedano, tra le più recenti: Trib. Napoli, 30 giugno 2009, in *Vita not.*, 2011, 755, in tema di convalida del testamento privo dei requisiti di forma (sulla convalida del testamento nuncupativo, cfr. anche: Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Notariato*, 1996, 509; Trib. Bergamo, 7 novembre 1994, in *Notariato*, 1995, 277); Cass., 11 maggio 2009, n. 10797, in *Mass. Foro it.*, 2009, 612, riguardante la divisione ereditaria («In tema di divisione ereditaria, l'art. 733 c.c. - il quale stabilisce che le particolari norme poste dal testatore per la formazione delle porzioni sono vincolanti per gli eredi, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite dal testatore - va interpretato alla luce del *favor testamenti*, e cioè nel senso che la volontà del testatore rimanga vincolante ove sia compatibile con il valore delle quote, compatibilità riscontrabile tutte le volte che il perfetto equilibrio possa raggiungersi con l'imposizione di un conguaglio»; conf.: Cass., 24 maggio 2004, n. 9905, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1977).

⁶⁹ Sull'interpretazione del testamento, v., recentemente, T. BONAMINI, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento*, in *Fam.e Dir.*, 2014, 12, 1077 ss.

⁷⁰ Trib. Treviso, 27 marzo 1999, in *Corr. giur.*, 2000, 1232, che, basandosi sul *favor testamenti*, ha ritenuto non ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 628 c.c. (bensì nell'eccezione a tale disposto prevista dall'art. 630, comma 1, c.c.) la disposizione testamentaria con cui la testatrice abbia destinato una certa somma di denaro alla realizzazione di una casa di riposo per gli anziani del comune (categoria di persone genericamente indicata): in tale ipotesi, traspare lo scopo morale e benefico, perseguito dalla defunta e coincidente con quello posto a fondamento dell'art. 630, comma 1, c.c., per il quale si mantiene la validità di clausole testamentarie che risulterebbero altrimenti nulle ex art. 628 c.c., a causa dell'indeterminatezza e indeterminabilità del destinatario. Tra le sentenze precedenti sul punto, v.: Cass., 28 agosto 1986, n. 5278, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Successione ereditaria*, n. 57 per la quale nell'interpretazione «occorre tener conto della cultura e dell'ambiente di vita del testatore, al fine di rettamente valutare la dizione testuale della scrittura testamentaria, e, ove questa appaia di significato dubbio, occorre interpretare l'atto nel senso in cui esso possa avere un qualche effetto giuridico piuttosto che nel senso in cui non ne avrebbe alcuno»; Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2316 secondo cui «nella interpretazione del testamento assumono particolare rilevanza l'intento pratico del testatore ancorché non trovi preciso e puntuale riscontro nel significato letterale ed oggettivo delle espressioni usate e l'ulteriore criterio ermeneutico della conservazione, il quale importa, data la complessità della disposizione, che si debba preferire l'interpretazione che, in armonia con la volontà del *de cuius* e con lo scopo pratico da lui perseguito, consenta di attribuire rilevanza e validità alle varie parti e clausole di essa».

maggiore ed uno minore⁷¹.

Occorre poi dare conto di una teoria più restrittiva sulla portata del principio del *favor*, secondo la quale l'esistenza e la validità di una disposizione testamentaria non possono valutarsi in base a principi di interpretazione: il dubbio sull'esistenza della disposizione va risolto con le ordinarie regole di prova ed il dubbio sulla validità con le norme generali relative alla nullità ed all'annullabilità dei negozi, poiché il *favor* non può rendere esistente la disposizione che non esiste, né valida la disposizione nulla⁷². In questa prospettiva, le regole interpretative servono per determinare il contenuto di un negozio: se esso è nullo, l'applicazione del principio di conservazione è da escludere e pretendere di ovviare *ex post* alla nullità per mezzo di una "interpretazione" correttiva significherebbe sovrapporre arbitrariamente alla manifestazione di volontà la presunzione assoluta che il suo autore non intendesse prevedere disposizioni legalmente vietate⁷³.

Il *favor testamenti* non è espressamente previsto da una norma generale in tema di successione testamentaria, eppure esso è pacificamente considerato operante nell'ordinamento, essendo controversa unicamente l'individuazione della normativa che ne costituisce la fonte. Infatti, a differenza del contratto, per il quale il codice civile dedica un intero capo al tema dell'interpretazione (artt. 1362 - 1371 c.c.), il testamento non gode di un *corpus* unitario di articoli che disciplinino specificamente tale profilo, ma solamente di singole disposizioni: l'art. 625 c.c., relativo alle indicazioni erronee nel testamento; l'art. 634 c.c. concernente le condizioni impossibili o illecite; l'art. 659 c.c., riguardante il legato a favore del creditore; l'art. 660 c.c., che disciplina il legato di alimenti; gli artt. 688, comma 1, e 689, comma 2, c.c., in tema di sostituzione ordinaria. Comunque, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare l'applicabilità della disciplina prevista in materia di interpretazione dei contratti al negozio testamentario, «sia pur con gli opportuni adattamenti e con esclusione [delle regole] incompatibili con la natura del negozio *mortis causa* propria del testamento (art. 1366, 1368 e 1370 c.c.)»⁷⁴.

⁷¹ L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1993, 119.

⁷² G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 118.

⁷³ L. LA BATTAGLIA, *Fedecommesso e sostituzione volgare implicita*, in *Corr. giur.*, 2005, IV, 524 ss., spec. 527; R.T. MASUCCI, *Attribuzione disgiunta di usufrutto e nuda proprietà: fedecommesso vietato?*, in *Giur. it.*, 1996, VII, 1005 ss., spec. 1010. In proposito, la Suprema Corte ha, in passato, affermato che il giudice di merito deve prima accertare quello che effettivamente il testatore ha voluto e poi, risolto questo fondamentale problema, può affrontare l'altro, subordinato, della conformità alla legge della detta volontà così estrinsecatasi, sicché incorre in errore se, rovesciando i termini del ragionamento, trae argomento dall'esistenza di un'eventuale nullità della disposizione per perseguire un'interpretazione piuttosto che un'altra: il problema della nullità di una disposizione testamentaria è, infatti, del tutto diverso da quello concernente l'oggetto della disposizione medesima (Cass., 10 aprile 1969, n. 1160, in *Giur. it.*, 1970, I, 1259). La prevalenza accordata alla volontà del testatore non può quindi estendersi sino al punto di sottrarre alla sanzione di nullità disposizioni, per avventura, *contra legem* (Cass., 17 maggio 1969, n. 1701, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 748), «poiché in tal caso non sarebbe tanto tutelata la volontà del testatore quanto operata una frode alla legge» (così Cass., 2 ottobre 1974, n. 2632, in *Giust. civ.*, 1975, I, 46).

⁷⁴ Cass., 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Riv. not.*, 2008, 453. In dottrina, v. per tutti, nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 1366 c.c. (in quanto non sussiste la necessità di tutelare la buona fede

Nella prospettiva da ultimo delineata, quindi, l'art. 1367 c.c., che sancisce il principio di conservazione, rappresenterebbe - se riletto in chiave testamentaria in modo da interpretare le disposizioni nel senso in cui esse possano avere qualche effetto anziché in quello di secondo cui sarebbero prive di efficacia - la più ampia espressione del *favor testamenti*⁷⁵.

Altra dottrina individua, invece, nell'art. 634 c.c. il fondamento del principio del *favor testamenti*, osservando che il richiamo all'art. 1367 c.c. sarebbe, pertanto, inutile⁷⁶. La norma dettata in tema di condizioni impossibili o illecite nel testamento deroga, infatti, sensibilmente alla disciplina prevista per le analoghe ipotesi contrattuali, al fine di preservare l'efficacia delle disposizioni *mortis causa*.

Indipendentemente dal fondamento normativo del principio del *favor* sembra possibile affermare che, nelle ipotesi in cui un atto sia divenuto irripetibile a causa della morte (o della sopravvenuta incapacità, nel caso delle DAT), allo stesso debba essere riservata un'interpretazione rivolta alla conservazione della maggiore efficacia possibile, tenuto conto che il principio di conservazione è previsto, come si è ricordato, persino in materia contrattuale (e, anzi, una rilevante parte della dottrina individua sempre l'art. 1367 c.c. come giustificazione normativa del *favor testamenti*).

Se il medesimo *favor* fosse riconosciuto anche alle disposizioni anticipate di trattamento si potrebbe giungere senz'altro ad una valorizzazione delle

del chiamato): G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1986, 44 (*contra*: L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, cit., 124); per l'inapplicabilità dell'art. 1368 c.c.: C. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 907 (*contra*: L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, cit., 120); in merito all'inapplicabilità dell'art. 1370 c.c., v., ancora, G. BRANCA, *op. cit.*, 43.

⁷⁵ Secondo Cass., 21 gennaio 1985, n. 207, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Successione ereditaria*, n. 73, «per la individuazione della volontà del testatore, che prevale sulle espressioni usate, vanno utilizzate le regole ermeneutiche dettate dal codice, con gli adattamenti imposti dalla natura di negozio unilaterale non recettizio del testamento, e anche i mezzi sussidiari di interpretazione per fugare i dubbi nelle dichiarazioni formulate in modo impreciso, al fine di ricercare con il necessario approfondimento l'effettiva volontà del disponente, senza escludere il principio della conservazione sancito dall'art. 1367 c.c., che fornisce un utile criterio per riconoscere fra i diversi effetti ipotizzabili quello meglio rispondente alla funzione, sempre nel rispetto della volontà manifestata dal testatore». In dottrina, per tutti, si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1997, 233; L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, 118, rileva, tuttavia, che «l'esigenza fondamentale dovrebbe essere quella del massimo rispetto della *voluntas testantis* e dunque della volontà del disponente, non quella ricerca di una volontà a lui, nella specie, non riferibile nemmeno in via ipotetica o presuntiva»: il *favor testamenti* si risolverebbe, quindi, «nella conservazione (non *del*, ma) di un piano successorio».

⁷⁶ Cfr.: E. RUGGIERO, *Interpretazione delle disposizioni testamentarie: natura del criterio previsto dal comma 2° dell'art. 588 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1973, 4, 228; F. MESSINEO, *op. cit.*, 118, il quale individua quali ulteriori espressioni del principio l'art. 602, comma 2, c.c. (che prevede la possibile validità del testamento olografo non sottoscritto con prenome e cognome), l'art. 602, comma 3, secondo inciso, c.c. (che limita ad alcuni casi la prova della non verità della data del testamento olografo), l'art. 647, comma 3, c.c. (che prevede, di norma, l'incomunicabilità dell'illiceità o dell'impossibilità della condizione o del *modus* al testamento), precisando però che, al di fuori di tali ipotesi, il *favor testamenti* opera solo con riferimento al contenuto, non potendosi spingere sino al punto di superare i requisiti di forma stabiliti dalla legge a salvaguardia della volontà testamentaria (sul punto, v., tuttavia, le aperture giurisprudenziali di cui *infra*, nel testo).

“indicazioni” espresse dal disponente, piuttosto che alla negazione di un’efficacia vincolante delle medesime⁷⁷. In particolare, il *favor* potrebbe risultare utile per attribuire effetti a quelle disposizioni anticipate che, pur non dotate di forma solenne oppure nemmeno scritta, fossero espressive della volontà del soggetto o comunque rappresentassero manifestazioni di orientamenti ai quali attenersi nell’ambito del trattamento terapeutico.

La mancanza di una forma idonea ad attribuire certezza alla provenienza e al contenuto delle disposizioni anticipate genera gli stessi problemi che gli interpreti hanno dovuto affrontare nell’ipotesi di conferma di disposizioni testamentarie in forma orale (con la differenza, non trascurabile, che il requisito formalistico è legislativamente previsto per il testamento *mortis causa*, mentre per le DAT la discussione può considerarsi aperta). In tali casi, la giurisprudenza è sembrata incline a superare il problema della forma proprio in virtù del *favor testamenti*: tale principio, «che ispira il nostro codice e che consente la convalida delle disposizioni testamentarie nulle, fa propendere per l’ammissibilità della conferma del testamento orale», ma è necessario considerare che «il difetto del requisito della forma, in presenza di due requisiti essenziali del negozio ovvero la volontà e la causa, impone [...] un particolare rigore nella sua ricostruzione *a posteriori*, al fine di verificare, soprattutto laddove la conferma sia conseguenza di un’esecuzione volontaria, se quest’ultima risulti effettivamente corrispondente a quella manifestazione di volontà non tradottasi in forma scritta»⁷⁸.

Utilizzando un analogo criterio per l’attuazione delle disposizioni anticipate, si può quindi ritenere che l’aspetto formalistico non debba essere sopravvalutato in materia di DAT. Del resto, una simile implicita valutazione è stata compiuta sia dalla Cassazione⁷⁹ che dalla Corte d’Appello di Milano⁸⁰ nelle

⁷⁷ V. par. 4.4 per quanto riguarda le tesi circa l’efficacia delle DAT.

⁷⁸ Trib. Napoli, 30 giugno 2009, in *Vita not.*, 2011, 755.

⁷⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, 125; in *Dir. e giur.*, 2007, 572; in *Fam. e dir.*, 2008, 129; in *Danno e resp.*, 2008, 421; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 384; in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 271; in *Giurisdir. amm.*, 2007, III, 889; in *Giust. civ.*, 2007, I, 2366; in *Fam., pers. e succ.*, 2008, 509; in *Questione giustizia*, 2007, 1152; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 363; in *Giust. civ.*, 2008, I, 1725; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1103; in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 583; in *Dir. famiglia*, 2008, 77; in *Ragiusan*, 2008, fasc. 291, 207; in *Dir. famiglia*, 2008, 592) così argomenta: «La Corte territoriale riferisce che dalle concordi deposizioni di tre amiche di E. - le quali avevano raccolto le sue confidenze poco prima del tragico incidente che l’ha ridotta nelle attuali condizioni - emerge che costei era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale all’amico A., in coma a seguito di un sinistro stradale, aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo, F., che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo, piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo, ed aveva manifestato tale sua convinzione anche a scuola, in una discussione apertasi al riguardo con le sue insegnanti suore. [...]

Ma i giudici d’appello non hanno affatto verificato se tali dichiarazioni - della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell’istruttoria, la personalità di E. e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive; e quindi hanno ommesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia.

fasi conclusive della vicenda giudiziale di Eluana Englaro, dal momento che, in mancanza di disposizioni scritte, è stata reputata decisiva la testimonianza delle amiche⁸¹, accanto alla ricostruzione offerta dal tutore⁸² ed all'opinione della curatrice speciale⁸³.

A parere di chi scrive, tra i vari elementi tenuti legittimamente in considerazione ai fini dell'accertamento in fatto, il parere proveniente da un curatore speciale è forse quello che appare meno decisivo. Infatti, se è vero che la nomina di un curatore speciale è effettuata - come precisato dalla Cassazione - al fine di «eliminare ogni possibile rischio derivante da un eventuale conflitto d'interessi» tra rappresentante e rappresentato, non si può presupporre che una «convergente posizione» del curatore rispetto a quella assunta dal tutore consenta il superamento di ogni criticità, tenuto conto che ben difficilmente un curatore

Tale accertamento dovrà essere effettuato dal giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi emersi dall'istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale) nella ricostruzione della personalità della ragazza».

⁸⁰ App. Milano, 9 luglio 2008, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1202; in *Foro it.*, 2009, I, 37; in *Dir. famiglia*, 2008, 1943; in *Famiglia e dir.*, 2008, 903; in *Corr. giur.*, 2008, 1281.

⁸¹ App. Milano, 9 luglio 2008, cit.: «Il dato probatorio più rilevante non può che restare comunque, a parere di questa Corte, la conferma della ricostruzione effettuata dal tutore così come emergente dalle dichiarazioni testimoniali rese da alcune amiche di Eluana (F.D.A., L.P. e C.S.) sui fatti indicati nei capitoli di prova che la curatrice speciale (e non il tutore, si badi) ha potuto comporre e formulare dopo aver svolto lei stessa indagini sul passato di Eluana.

Reputa questa Corte che le testimoni abbiano offerto un decisivo contributo conoscitivo, tanto più credibile in quanto tali amiche hanno quasi tutte frequentato Eluana sin dall'infanzia (e dunque hanno avuto modo di conoscerla profondamente) e non hanno riferito solo di singoli episodi, ma hanno tratteggiato anch'esse una sorta di modello personologico di Eluana».

⁸² App. Milano, 9 luglio 2008, cit.: «il Sig. Englaro ha fornito una rappresentazione globale della personalità di Eluana, che, a questo Collegio giudicante, è parsa lucida e precisa, pienamente in linea con il quadro personologico tratteggiato già nei precedenti scritti difensivi.

Egli ha in particolare raffigurato - anche con l'ausilio del riferimento a specifici episodi - una ragazza dalla precoce ed acuta intelligenza e dalla vibrante sensibilità, responsabile, indipendente, estranea a qualunque compromesso o ipocrisia, piena di voglia di vivere con intensità la sua vita, franca ed aperta alle esperienze con gli altri, con la voglia di viaggiare e vedere il mondo, un autentico "purosangue della libertà" (questa la definizione datane dai genitori anche in una congiunta dichiarazione scritta recante la data del 15.12.2005)».

⁸³ App. Milano, 9 luglio 2008, cit.: «Un ulteriore e significativo elemento di conforto in ordine alla credibilità di quanto dichiarato dal Sig. Englaro deriva dalla già ricordata "convergente posizione" assunta dalla curatrice speciale.

Merita rimarcare, a tal proposito, che, secondo il senso apparente della direttiva interpretativa della Suprema Corte, tale convergenza di posizione gioca un ruolo rilevante non solo sul piano probatorio, ma, ancor prima, sul piano della stessa intrinseca credibilità della ricostruzione della volontà presunta dell'incapace offerta dal tutore, tale effetto derivando appunto dal fatto che a quella sorta di "interpretazione autentica" della volontà, dei desideri e della personalità di Eluana che si richiedeva fornisse, e che ha in concreto fornito, il tutore, quale suo "fiduciario" istituzionale, si è aggiunta, convergendo con essa, l'identica versione data dalla curatrice speciale, nominata al fine di eliminare ogni possibile rischio derivante da un eventuale conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentata.

Integrazione - di valutazione e di volontà - che non può non rivestire un rilevante significato ai fini decisori, data la funzione di garanzia e di controllo che alla curatrice speciale è stata demandata, come soggetto imparziale, proprio al fine di verificare in via di principio la genuinità e trasparenza delle intenzioni e dei fini che possono aver mosso il tutore, onde depurarli da ogni possibile rischio d'interesse egoistico».

speciale estraneo può avere una conoscenza approfondita della personalità del soggetto divenuto incapace. È, in questo modo, più concreto il rischio che il processo di ricostruzione dell'identità della persona incapace non risulti completamente impermeabile ai personali convincimenti del curatore, il quale, inoltre, dovrà presumibilmente basarsi su quanto riferito da altri. Trattasi, evidentemente, dei medesimi rischi insiti in ogni valutazione demandata ad un soggetto terzo e che, quindi, sono difficilmente passibili di una completa eliminazione mediante il semplice richiamo ad un astratto principio di imparzialità⁸⁴.

Del resto, parte della dottrina ha pure sottolineato che, in mancanza di un (reale) conflitto di interessi, «non s'intende quale razionalità abbia la nomina di un curatore speciale per il compimento di un atto personalissimo»: «si può discutere se il rappresentante possa compiere o non un atto personalissimo, ma, se si ammette tale possibilità, la duplicazione di figure diventa un formalismo inutile e sostanzialmente elusivo del reale problema, [...] ossia, con quali procedimenti e attraverso quali valutazioni si può assicurare che la decisione, non solo in ambito sanitario, sia assunta non "al posto" o "per" l'incapace, ma "con" l'incapace»⁸⁵.

Un ultimo aspetto merita, infine, di essere approfondito in questo paragrafo dedicato alla comparazione tra disposizioni anticipate e testamento. Pare opportuno avvertire sin da subito che le disposizioni anticipate di trattamento, anche nell'ipotesi in cui venissero compiutamente disciplinate da un punto di vista legislativo, potrebbero forse avere una diffusione pratica minore di quella immaginabile, risentendo di un fenomeno statistico che è possibile riscontrare proprio con riguardo al testamento *mortis causa*.

L'istituto testamentario ha origini antichissime ed è saldamente radicato nella cultura italiana, non solo da un punto di vista giuridico. Ciononostante, consultando le rilevazioni statistiche si scopre un dato che, per alcuni aspetti, può sembrare sorprendente. Nel 2009, a fronte di un numero complessivo di decessi che sfiora i seicentomila⁸⁶, gli atti derivanti da una successione testamentaria (verbali di passaggio di testamenti pubblici alla raccolta degli atti tra vivi; verbali di apertura di testamenti segreti; verbali di pubblicazione di testamenti olografi) sono stati meno di sessantamila⁸⁷. Ciò significa che, nel panorama successorio, il

⁸⁴ Nel caso di specie, la stessa curatrice speciale, la quale ha avuto un trascorso politico, ha recentemente ipotizzato (in occasione dell'incontro «Il problema della limitazione terapeutica nell'era della moderna medicina tecnologica e le condizioni di liceità per non attivare o sospendere un trattamento di sostegno vitale nell'ordinamento italiano», organizzato da Associazione Giustizia e Democrazia e svoltosi a Como il 3 aprile 2014), che, al momento della sua nomina da parte del Presidente del Tribunale di Lecco, si fosse tenuto conto delle idee della curatrice medesima ai fini della scelta.

⁸⁵ Così G. DE MARZO, *Incapaci e atti personalissimi, tra criteri di valutazione e problemi processuali*, in *Foro it.*, 2012, I, 14 ss.; le espressioni riportate dall'Autore in merito al compimento della decisione «con» l'incapace sono evidentemente tratte, come si noterà meglio più avanti, da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁸⁶ I decessi di residenti sono stati pari a 585.182; i decessi nell'area geografica italiana sono stati pari a 588.438. Cfr., anche per i dati *infra* riportati le statistiche ISTAT, pubblicate all'indirizzo: http://www3.istat.it/salastampa/comunicati/non_calendario/20110330_00/testointegrale20110330.pdf (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

⁸⁷ Più precisamente, 59.648. Nell'ambito degli atti a carattere successorio, più di due terzi hanno

negoziario testamentario riveste, sotto il profilo della diffusione pratica, un ruolo - se non marginale - sicuramente non centrale⁸⁸.

È difficile individuare le effettive ragioni di tali dati, ma, in proposito, si possono richiamare le osservazioni di chi ritiene che nel ventesimo secolo la morte avrebbe sostituito la sessualità nell'ordine dei divieti e dei tabù⁸⁹. In una società caratterizzata dal benessere e dalla tendenziale possibilità di soddisfare gran parte dei propri bisogni, la morte e la sofferenza si pongono come una cesura netta e spesso appare risultare più agevole cercare di accantonare tali aspetti durante la propria esperienza di vita, fintantoché essi non vengono prepotentemente in rilievo.

Come è stato recentemente rilevato in occasione di un convegno sul fine vita⁹⁰, si può instaurare un parallelismo tra la Grecia antica e l'attuale società occidentale: nel VII-V sec. a.C. nell'isola di Delos (sede del culto di Apollo, dio della bellezza) non era consentito morire, essendo necessario spostarsi via mare a Mykonos. Quella appena delineata rappresenta un'immagine emblematica di una società che allontana e censura il complesso tema della morte e, anche oggi, si rileva una certa fatica nel parlare della morte e del limite della vita.

Concentrando l'attenzione sulle disposizioni anticipate, il fenomeno in questione non risulta del tutto estraneo a quei Paesi in cui i *living wills* sono ben conosciuti, tanto da essere stati istituiti appositi registri per la loro conservazione⁹¹. Benché i dati risultanti dalle ricerche condotte sul punto presentino difformità assai significative⁹², è possibile osservare un incremento nell'utilizzo delle

riguardato testamenti (67,1%; nel 20,1% dei casi si tratta del ricevimento di testamenti e nel 47,0% della loro pubblicazione dopo la morte del testatore); il 12,9% ha riguardato gli atti di rinuncia ad eredità, il 9,4% l'accettazione di eredità pura e semplice e il 2,4% l'accettazione di eredità con beneficio di inventario.

⁸⁸ Non è nemmeno possibile ritenere (in mancanza di dati certi sul punto) che nelle successioni testamentarie il valore dell'asse ereditario sia maggiore, poiché, se da un lato è più probabile il ricorso all'istituto testamentario in presenza di patrimoni di elevato valore, dall'altro è anche più probabile l'utilizzo di altri strumenti alternativi di pianificazione del passaggio intergenerazionale della ricchezza.

⁸⁹ In questi termini, si veda P. ARIÈS, *op. cit.*, 73, il quale riprende i rilievi di Geoffrey Gorer, antropologo inglese noto per l'applicazione delle tecniche psicoanalitiche all'antropologia.

⁹⁰ Così A. GIANNINI (Responsabile del reparto di terapia intensiva pediatrica dell'Ospedale Maggiore Policlinico di Milano), in occasione del convegno «I confini dei territori alla fine della vita», organizzato dalla Fondazione Cortile dei Gentili e svoltosi a Roma presso la Camera dei Deputati in data 23 maggio 2014).

⁹¹ Come è possibile leggere sul sito <https://www.uslivingwillregistry.com/> (consultato da ultimo in data 15 luglio 2015): «The U.S. Living Will Registry is a secure, on-line database where you can store your advance directive. Your document can be easily accessed by you, or by health care providers anywhere». Sul tema dei registri adottati dai vari Stati, si veda A. HUGHES, *State Advance Directive Registries: A Survey and Assessment*, in *Bifocal. Bar Associations in Focus on Aging and the Law*, 2009, 31, 2, consultabile all'indirizzo http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law_aging/2011/aging_2012_alison_art_advdirreg.authcheckdam.pdf (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

⁹² A questo proposito, si possono citare fonti che riferiscono di un utilizzo dei *living wills* negli U.S.A. da parte del 25% della popolazione (A. NOVOTNEY, *The living will needs resuscitation*, in *Monitor on Psychology*, 2010, 41, 9, 66) o del 40% della popolazione (*Living Will Statistics Come As No Surprise*, pubblicato all'indirizzo <http://www.attorneyoffice.com/living-statistics-surprise/>; pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

advance directives nel corso degli anni Novanta e Duemila⁹³. Tuttavia, questo dato deve essere raffrontato con quello relativo all'utilizzo dei *last wills* (testamenti *mortis causa*), sensibilmente maggiore negli U.S.A. rispetto all'Italia⁹⁴. Non è da escludersi che vi sia una correlazione tra l'impiego del tradizionale negozio *mortis causa* e il ricorso a disposizioni anticipate, dal momento che un soggetto maggiormente propenso a regolare la propria successione sarà presumibilmente interessato in modo maggiore alla pianificazione anche del fine vita.

La diffusione delle *advance directives* negli Stati Uniti si è recentemente dovuta confrontare con i problemi derivanti dal *budget* che ogni Stato è costretto a rispettare in materia sanitaria. Ad esempio, in alcuni Stati degli U.S.A., i registri statali dei *living wills* non sono attualmente più disponibili⁹⁵.

Passando all'esame delle tendenze relative al tema del fine vita in Canada, si può rilevare, come sottolineato da alcuni studiosi⁹⁶, che se, da un lato, si registrano spinte nel senso della legalizzazione di eutanasia e suicidio assistito, dall'altro lato, il ricorso alle DAT non è particolarmente frequente, benché la popolazione generalmente dichiara di credere nel valore di tali disposizioni anticipate⁹⁷. Si sta cercando, quindi, di promuovere la pianificazione condivisa

Altri studi condotti su persone decedute ad un'età pari o superiore a 60 anni hanno rivelato un incremento dei *living wills* dal 47% nel 2000 al 72% nel 2010 (cfr.: M.J. SILVEIRA - W. WIITALA - J. PIETTE, *Advance directive completion by elderly Americans: a decade of change*, in *Journal of the American Geriatrics Society*, 2014, 62, 706 ss.).

⁹³ Con riferimento a soggetti deceduti nel 1986, L.C. HANSON - E. RODGMAN, *The use of living wills at the end of life. A national study*, in *Arch. Intern. Med.*, 1996, 156, 1018 ss. rilevavano che solo il 9.8% aveva un *living will*.

⁹⁴ Nel 2007 il 45% degli Statunitensi adulti aveva redatto un testamento *mortis causa*. Cfr. la pagina: <http://www.lexisnexis.com/en-us/about-us/media/press-release.page?id=1270146453917826> (consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

È interessante notare che il dato varia in modo significativo a seconda dell'etnia: solo il 32% degli adulti afroamericani e il 26% di quelli di origine ispanica avevano fatto ricorso al testamento.

⁹⁵ Emblematico è il caso dello Stato di Washington. Alla pagina <http://www.doh.wa.gov/AboutUs/ProgramsandServices/DiseaseControlandHealthStatistics/CenterforHealthStatistics/LivingWillRegistry> (consultata da ultimo in data 15 luglio 2015) appare la desolante comunicazione: «The governor's recent budget eliminated the Washington State Living Will Registry in the Department of Health. [...] The Living Will Registry is no longer available to accept health care declarations for individuals who did not register before June 30th, 2011. You can register with <http://www.uslivingwillregistry.com>. [...] If you registered and provided health declaration documents before July 1, 2011 please go to <http://www.uslivingwillregistry.com> to access your documents or call 1 800-548-9455». In una prospettiva che tenga conto del fatto che le risorse economiche destinate alla sanità spesso sono insufficienti, devono essere considerati i costi di conservazione delle disposizioni anticipate di trattamento inserite in un pubblico registro. Le medesime risorse potrebbero essere più proficuamente investite, allora, nell'istituzione di sistemi di *advance care planning*.

⁹⁶ V. MOLASCHI, *Le decisioni di fine vita in Canada: spunti di riflessione per il dibattito sul testamento biologico in Italia*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2011, 5, 5 ss.

⁹⁷ K. GINA - G. GILL - E. FUKUSHIMA - R.B. ABU-LABAN - D.D. SWEET, *Prevalence of advance directives among elderly patients attending an urban Canadian emergency department*, in *Canadian Journal of Emergency Medicine*, 2012, 14, 90 ss. hanno rilevato, in uno studio condotto su 280 pazienti di età media di 80 anni tra l'ottobre e il dicembre 2008, che il 35% era a conoscenza dello strumento delle *advance directives*, ma solo il 19.3% ne aveva fatto utilizzo ed esclusivamente il 5.6% le aveva portate con sé in ospedale; il 50,7% era interessato ad acquisire

delle cure, in modo che l'attenzione del paziente e, conseguentemente, degli operatori sanitari, sia rivolta, più che ai *living wills* in sé, allo sviluppo di un *advance care plan or planning*⁹⁸. Questa nuova terminologia tende a sottolineare che il maggiore rilievo deve essere assunto non tanto dal *form*, cioè il documento che reca le *advance directives*, quanto dal processo che porta alla loro elaborazione⁹⁹, attraverso un'articolazione in momenti di informazione, confronto e rivalutazione, affinché il paziente si accosti con minor timore al tema e sia protagonista di un percorso decisionale maggiormente consapevole. La pianificazione condivisa delle cure si configura, infatti, come la soluzione migliore per garantire il rispetto dell'identità del paziente attraverso un controllo da parte del medesimo, condiviso con l'equipe medica curante, sui trattamenti sanitari cui essere sottoposto¹⁰⁰.

1.4. Il biodiritto e la dignità della persona. Le questioni sottostanti alle DAT.

Dal breve esame sino a qui compiuto sembra già emergere con evidenza l'elevata complessità di una tematica come quella concernente le disposizioni anticipate di trattamento, la quale coinvolge temi non solo giuridici, ma etici, filosofici e religiosi. Del resto, l'intera branca del biodiritto è caratterizzata da una sovrapposizione tra ciò che è più propriamente qualificabile come regola giuridica e ciò che sfugge alla logica tradizionale del giurista.

Come è noto, la parola di origine greca *bios* indica la "vita"¹⁰¹ e, infatti, con il termine "biodiritto" (analogamente a quanto vale per il termine "bioetica") si individua un campo di problemi legati alla vita e alle sue vicende. L'essenza del biodiritto non è, però, la creazione di un «ordine pubblico biogiuridico» (che, secondo alcuni, troverebbe fondamento nell'invulnerabilità della persona e nella sua sottrazione alla logica del mercato, quali risultano esplicitamente dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁰² e del suo collegamento con il principio di dignità, che apre la Carta stessa¹⁰³). Scopo del biodiritto pare essere,

ulteriori informazioni in materia; il 67.9% percepiva come importante che i medici conoscessero i desideri del paziente relativamente ai trattamenti di sostegno vitale.

⁹⁸ B. PARKE - A. KRAYEWSKY, *Successful Advance Directives through Quality Disease Management*, in *Healthcare Quarterly*, 2010, 13, 4, 74 ss.

⁹⁹ MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, *Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment, Report # 109*, Winnipeg, 2003, 99 ss.

¹⁰⁰ Cfr. par. 4.2.

¹⁰¹ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Bios, Zoé, Psyché*, in ID., *Parole di bioetica*, Torino, 2004, 27 ss.; A. COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Catania, 2002, 54 ss.

¹⁰² L'art. 3, rubricato «Diritto all'integrità della persona», prevede che:

1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica.
2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:
 - il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge,
 - il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone,
 - il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro,
 - il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.

¹⁰³ L'art. 1 («Dignità umana») dispone, infatti, che «La dignità umana è inviolabile. Essa deve

invece, quello di «recuperare nella sua pienezza l'umanità di ciascuno, usando un insieme di materiali giuridici e non giuridici, questi ultimi filtrati attraverso la lente del diritto e dei suoi principi»¹⁰⁴.

Il “diritto” è, infatti, la seconda parte della parola composta “biodiritto”; si tratta, però, di un termine con un significato non univoco¹⁰⁵. Secondo i giuspositivisti, ad esempio, non vi sarebbe un concetto di diritto in sé: il diritto sarebbe, cioè, privo di una propria verità e dovrebbe essere ricondotto alla sua dimensione positiva, nel senso che tutto e solamente quel che viene stabilito da chi ne ha l'autorità avrebbe una valenza giuridica¹⁰⁶.

La “giuridificazione” del corpo umano si presenta, comunque, come conseguenza inevitabile dell'evoluzione del diritto¹⁰⁷. Il riconoscimento di una relazione tra *bios* e diritto implica una funzionalizzazione del secondo in favore del primo. Utilizzando un'espressione particolarmente evocativa, si è affermato che «il biodiritto è, per il suo metodo, la sua missione, la sua struttura, il modo umano di mettere la fragilità sotto le ali (protettive e promozionali) della giustizia»¹⁰⁸. In questa prospettiva, risulta quindi corretto discorrere di una «funzione antropologica del diritto»¹⁰⁹, nel senso di una irriducibilità della persona alla stregua di un mero oggetto: a ciò si dovrebbe accompagnare un'indipendenza da poteri esterni quando sono in questione la vita e il suo governo.

Tenuto conto di quanto sin qui osservato, si possono, quindi, enunciare alcune formule definitorie impiegate dagli studiosi per delineare i confini del biodiritto, il quale sarebbe perciò: a) lo studio sistematico dei principi giuridici che orientano la condotta umana individuale e collettiva nell'area delle scienza

essere rispettata e tutelata».

¹⁰⁴ S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in IID., *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., XLIII ss.

¹⁰⁵ L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, 53 ss.

¹⁰⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. a cura di M. LOSANO, Torino, 1952, secondo cui il diritto può avere qualunque contenuto; i sostenitori di questa posizione non ritengono che il diritto positivo sia necessariamente giusto o corretto, ma, semplicemente, si disinteressano del problema, o, in alternativa, preferiscono affidare ad altri ambiti del sapere tale giudizio, che quindi assume carattere etico o politico (ma non giuridico). L'impostazione giuspositivistica si limita a considerare giuridico ciò che viene positivizzato nelle forme giuridiche.

In contrapposizione alle tendenze giuspositivistiche si collocano coloro che considerano il «giudizio sulla giustizia» alla stregua di una valutazione giuridica, sul presupposto che del diritto non esista solo la superficie empirica (diritto positivizzato), ma anche una profondità, una sostanza e una struttura discriminante tra ciò che è diritto (di per sé giusto, per definizione) e ciò che non lo è (così C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012, 23 ss.).

¹⁰⁷ Cfr. N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, 42, secondo cui «il diritto, di cui l'uomo moderno dispone, è tutto consegnato alla volontà, non riconosce vincoli obbliganti, non attribuisce qualifiche perenni e immutabili. Allora il rapporto è propriamente (...) rapporto tra due potenze, fra bio-tecnica e forza politico-giuridica. La quale non può starsene più entro gli antichi termini e accogliere dal di fuori il nascere e il morire. La giuridificazione del *bios* è inevitabile. La vita, nella sua elementare fisicità e corporeità, esige regole, fa appello alla decisione politica, varca impetuosa i confini del diritto».

¹⁰⁸ C. SARTEA, *op. cit.*, 139.

¹⁰⁹ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, 2005.

della vita e della cura della salute¹¹⁰; b) il settore del diritto che studia i problemi inerenti alla tutela della vita fisica e in particolare le implicazioni giuridiche delle scienze biomediche¹¹¹; c) il diritto applicato ai nuovi problemi che si sviluppano alle frontiere della vita¹¹²; d) il diritto della ricerca e della prassi biomedica¹¹³.

In dottrina si è evidenziato che la costante delle definizioni concernenti il biodiritto è il riferimento ai processi biologici (vita, salute, malattia, morte), nonché alle scienze della vita e alla biomedicina (insieme delle scienze mediche e biologiche), il tutto inteso in termini evolutivi e problematici. In quest'ottica, quindi, l'oggetto stesso del biodiritto è in continua evoluzione e pone nuovi quesiti dal punto di vista definitorio: l'incertezza dell'oggetto appare, pertanto, caratteristica tipica e fisiologica del biodiritto, che, del resto, non sarebbe sorta in mancanza di essa¹¹⁴.

A questo proposito, si può ricordare un'autorevole opinione secondo cui, in un certo senso, «il diritto privato è stato salvato dalla biologia»; infatti, la persona ha assunto sempre più importanza nella riflessione giuridica e risulta attualmente possibile riscontrare un generale mutamento di prospettive nella considerazione del soggetto: «solo che questa constatazione non porta con sé la possibilità di trasferirsi nel nuovo mondo con tutto il bagaglio delle tecniche e delle categorie privatistiche tradizionali che, anzi, vengono scardinate dal significato nuovo assunto dalla relazione persona-vita»¹¹⁵.

Il biodiritto dipende intimamente dall'antropologia filosofica¹¹⁶ e, quindi, la sua trattazione implica, di regola, un inquadramento teoretico della corporeità umana¹¹⁷. In questo contesto, si comprende come le DAT si collochino pienamente al centro del dibattito biogiuridico, in quanto con esse si “dispone” (in

¹¹⁰ W.T. REICH, *How Bioethics got its name*, in *Hastings center Report*, 1993, 23/6, 49; ID., *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995, XXI; H. KUHSE - P. SINGER (a cura di), *A companion to bioethics*, Chichester, 2009, 3 ss.; P. SINGER, *One World: l'etica della globalizzazione*, Torino, 2003.

¹¹¹ S. LEONE, *Etica della vita affettiva*, Bologna, 2006; ID., *Nuovo manuale di bioetica*, Roma, 2007.

¹¹² C. VIAFORA, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2006.

¹¹³ E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Milano, 2007.

¹¹⁴ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 13 s.

¹¹⁵ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, cit., 170, il quale rileva che, contemporaneamente al fenomeno descritto nel testo, si è sviluppata una riflessione sulla persona e sui fondamenti della regola giuridica ad essa riferibili, che sposta l'attenzione sui principi fondamentali dell'ordinamento, a loro volta riconsiderati proprio in relazione alla novità delle situazioni oggetto dell'attenzione.

¹¹⁶ Su cui v. M. SCHELER, *La posizione dell'uomo nel cosmo. Traduzione dall'edizione originale del 1928*, Milano, 2013, il quale ha coniato l'espressione “antropologia filosofica”.

¹¹⁷ Ampia sezione del trattato italiano più completo in materia è dedicata proprio a questa problematica; cfr.: E. RESTA, *L'identità nel corpo*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, cit., 3 ss.; B. MAGNI, *I confini del corpo*, *ivi*, 29 ss.; D. LE BRETON, *L'appartenance du corps*, *ivi*, 77 ss.; S. RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, *ivi*, 51 ss.; P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, *ivi*, 99 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, *ivi*, 137 ss.; S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, *ivi*, 189 ss.; D. BRUNELLI - S. SANTARELLI, *Tutela della religione e tutela del corpo: rapporti penalistici*, *ivi*, 231 ss.

senso lato) del proprio corpo o, più correttamente, si autorizza oppure si vieta l'invasione della propria sfera corporea da parte di soggetti terzi. In questo senso, il richiamo all'art. 5 c.c. (disciplinante gli atti di disposizione del proprio corpo) risulta insufficiente, poiché, alla luce della sopra ricordata rivisitazione dei principi cui si fa tradizionalmente riferimento nel diritto privato, è necessario avere riguardo in primo luogo ai fondamenti costituzionali che si pongono in posizione sovraordinata rispetto alle norme codicistiche: pertanto, l'esame in merito alla legittimità e all'efficacia delle disposizioni anticipate non può certamente essere condotto con riferimento al solo codice civile.

Le DAT - si è rilevato - rappresentano, da un lato, una reazione contro gli eccessi della tecnica e della conseguente scommessa di spostare sempre più in avanti i confini fra la vita e la morte¹¹⁸; dall'altro lato, esse costituiscono uno «strumento che tende a dilatare i confini dell'autodeterminazione individuale oltre la perdita della coscienza»¹¹⁹.

In ogni caso, si pone un problema di eventuale contrasto delle disposizioni anticipate con il valore primario di tutela della vita umana, da cui frequentemente viene fatto derivare il principio di indisponibilità della vita stessa¹²⁰. Quest'ultimo è stato considerato, per lungo tempo, il limite all'ammissibilità della prestazione del consenso ai trattamenti medici da parte di un soggetto diverso da colui al quale il trattamento è destinato. In merito, pare opportuno citare due passi significativi di provvedimenti giudiziari che hanno segnato la vicenda Englaro (la quale verrà ripetutamente presa in considerazione, sotto diversi profili, nel corso del presente lavoro): «l'indisponibilità del diritto alla vita da parte dello stesso titolare, desumibile dall'art. 579 c.p. che incrimina l'omicidio del consenziente, rende inconcepibile la possibilità che un terzo rilasci validamente il consenso alla

¹¹⁸ E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Assago, 2008, 121, che osserva come la questione delle disposizioni anticipate si pone quando viene meno la fiducia illimitata nel progresso.

¹¹⁹ G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, cit., 989.

¹²⁰ Sul punto può osservarsi che nella Costituzione non vi è un fondamento dell'indisponibilità del diritto alla vita da parte del suo titolare, ma solo dell'inviolabilità da parte dello Stato e dei terzi (anche se la richiesta proviene dal titolare); apparentemente non è individuabile, quindi, un obbligo di vivere (ma nemmeno un diritto di morire con l'aiuto di terzi: v. *infra*). In questo modo, si crea un dramma derivante dalla differenza tra chi è capace di porre fine alla sua vita e chi invece ha bisogno dell'intervento di un terzo (per queste osservazioni, si veda la relazione di G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire*, in occasione del convegno «I confini dei territori alla fine della vita», organizzato dalla Fondazione Cortile dei Gentili e svoltosi a Roma presso la Camera dei Deputati in data 23 maggio 2014, pubblicata all'indirizzo <http://www.gmflick.it/wp-content/uploads/2014/06/Il-Cortile-dei-Gentili-mag14.pdf> (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

Esiste, invece, un principio di indisponibilità della persona *manu aliena*, che ha come corollari altri quattro sottostanti principi: salvaguardia della vita, integrità fisica e salute del soggetto (art. 32 Cost., art. 5 c.c.); salvaguardia della dignità umana (artt. 3, comma 1, 27, comma 3, 32 e 41 Cost.); eguaglianza e pari dignità dei soggetti umani (art. 3 Cost.); validità del consenso del soggetto (art. 13 Cost.; art. 1 legge 13 maggio 1978, n. 180; art. 33 legge 23 dicembre 1978, n. 833); accanto a tali norme si collocano poi, in riferimento al problema in esame, le disposizioni codicistiche degli artt. 575-579-580-589, 62 c.p., che costituiscono «la rete entro la quale opera il diritto a decidere della sorte della propria persona per mano propria od altrui» (M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, loc. cit.).

soppressione di una persona umana incapace di esprimere la proprie volontà»¹²¹; «il diritto alla vita costituisce il principale dei diritti inviolabili dell'uomo a cui si riferisce l'art. 2 della Costituzione. Diritto che viene poi salvaguardato dall'art. 32 Cost. nelle forme della tutela della salute; dall'art. 13 Cost. per quanto attiene all'aspetto della libertà; dall'art. 3 Cost. sotto il profilo della dignità; dall'art. 27 Cost. nell'ottica del divieto di soppressione a scopo di pena. Insomma il nostro ordinamento giuridico conferisce una tutela piena al bene vita fino al momento della sua fine, individuata, in modo chiaro, dall'art. 1 della legge 578/1993 nella "cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo". E in questa piena tutela non è dato riscontrare eccezioni per i casi di esistenze costellate da sofferenze fisiche, da deformazioni somatiche, da stati di incoscienza del mondo esterno, fino a comprendere l'ipotesi - che qui direttamente rileva - dello stato vegetativo persistente (di perdurante disabilità) e permanente (perché irreversibile)»¹²².

La concezione appena delineata si fonda sul presupposto che la vita non sia un bene di cui è lecito disporre e che, pertanto, vivere sia un dovere a cui non ci si può liberamente sottrarre: interferire con il processo del morire non è consentito nemmeno quando, con l'avvento della medicina tecnologica, la morte abbia perso la propria "naturalità"¹²³. L'unico diritto che può essere rivendicato è quello di non soffrire, di allontanare da sé il dolore: non si può invece «scegliere di morire perché non si sa cosa sia» la morte e «non si può scegliere di non vivere perché la vita è un dovere nel mondo del diritto. Si può soltanto chiedere di non soffrire»¹²⁴.

Per superare le critiche fondate sul principio di indisponibilità della vita ed aprire la strada al diritto di rifiutare le cure (da cui discende, conseguentemente, la legittimità delle disposizioni anticipate di trattamento) si è fatto, quindi, ampiamente ricorso alla nozione di "dignità" umana, la quale rappresenta una delle parole chiave, «forse la parola chiave», del dibattito contemporaneo in campo biogiuridico¹²⁵: «locuzioni quali quelle di "dignità umana", "dignità della persona", "dignità dell'uomo" ricorrono insistentemente nelle riflessioni dottrinali, nelle pronunce giurisprudenziali, nei testi di legge concernenti la regolazione delle

¹²¹ Trib. Lecco, decr. 2 marzo 1999, in *Bioetica*, 2000, 83, che, quindi, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal tutore dell'interdetta, finalizzato ad ottenere la sospensione dell'alimentazione artificiale somministrata a quest'ultima.

¹²² Trib. Lecco, 20 luglio 2002, pubblicato all'indirizzo internet: <http://www.unipv-lawtech.eu/files/englarotrib20luglio2002.pdf> (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015).

¹²³ Sul rapporto tra progresso scientifico e morte, v. par. 2.1.

¹²⁴ Cfr. A. GORASSINI, *Appunti sparsi sul testamento biologico*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 41 ss., spec. 58.

¹²⁵ Osserva G. CRICENTI, *La dignità nel biodiritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 95 ss. che «l'uso della dignità, nel diritto delle persone, è deontico. Si vieta (o si riprova) l'atto in sé e per sé, indipendentemente dal fine che esso persegue, che può anche essere apprezzabile, semplicemente per la sua contrarietà rispetto ad un principio superiore, quale è quello del dovuto rispetto della dignità umana. [...] Le dottrine sulla dignità sono tante, e tanti e diversi sono gli usi del principio, tuttavia ciò che ci interessa direttamente, il che apparirà più chiaro nel prosieguo del discorso, è che quando il principio di dignità viene invocato a risolvere problemi di diritto delle persone, esso è utilizzato in funzione deontica, ossia come fonte di doveri di condotta».

scienze della vita e la protezione dei diritti dell'uomo nella biomedicina»¹²⁶, tanto che taluno è arrivato ad affermare che la dignità umana costituisce «the overarching principle of international biolaw»¹²⁷.

Si è pure sottolineato che il concetto di dignità è «condiviso solamente fino a che lo si limiti ad un contenuto “minimissimo” ed autoevidente (tortura, schiavitù) e si rimanga ad un libello di formulazione generale e generica (formula dell'oggetto)», fermandosi «all'indicazione consistente nel trattare ogni essere umano come fine e mai semplicemente come mezzo»; qualora però «si voglia agganciare ad esso una tutela più ampia o applicarlo, adeguandolo, a casi specifici e concreti», la nozione di dignità «sembra scatenare un potenziale divisivo del tutto particolare»¹²⁸.

Secondo alcuni, la dignità può (anzi deve) atteggiarsi in modo differente a seconda della specificità del singolo individuo. La “dignità del morire”, ad esempio, imporrebbe di consentire la realizzazione delle condizioni per cui una persona abbia la “propria morte”, ovvero non una “morte standard”, ma una morte in armonia con le proprie concezioni di vita, con la propria capacità di soffrire, con il proprio desiderio di non soffrire¹²⁹. In contrario, vi è chi ha ritenuto che non si possa parlare di dignità come esclusiva valenza del singolo, così come non si possa discorrere di una qualità della vita da percepirsi solo in modo individuale¹³⁰.

¹²⁶ G. RESTA, *La dignità*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 259 ss.

La dignità è invocata anche nel contesto della morte, per cui si discorre di “dignità del morire” (sul tema, v. le riflessioni di H. KÜNG - W. JENS, *Della dignità del morire. Una difesa della libera scelta*, Milano, 2010, 3 ss.: «“Profondo rispetto per la vita”, questo l'elemento imprescindibile di un'etica mondiale che deve valere dall'inizio della vita umana sino alla sua fine. Della vita però fa parte anche la morte. E come la vita così anche la morte dovrebbe essere degna dell'uomo»).

¹²⁷ R. ANDORNO, *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, 34, 223. Cfr. anche R. VAN DER GRAAF - J.J.M. VAN DELDEN, *Clarifying Appeals to Dignity in Medical Ethics From an Historical Perspective*, in *Bioethics*, 2009, 23, 151 s.

¹²⁸ Così C. CASONATO, *op. cit.*, 92 s., il quale rileva, con riferimento al diritto costituzionale comparato, che «ancor più di quanto accade per le definizioni di vita e di morte (criticate, ma nella maggior parte dei casi utili ed efficaci), la dignità rimane [...] concetto fortemente ambiguo la cui natura, il cui contenuto ed i cui destinatari mutano a seconda dei contesti e di variabili difficilmente prevedibili o controllabili. Ed anche all'interno dello stesso ordinamento, tale concetto pare assumere caratteristiche e connotati differenti e non sempre fra loro compatibili».

¹²⁹ In questo senso, si segnala l'intervento di P. ZATTI in occasione del già citato convegno «I confini dei territori alla fine della vita», organizzato dalla Fondazione Cortile dei Gentili e svoltosi a Roma presso la Camera dei Deputati in data 23 maggio 2014. Sul concetto di dignità, v. sempre P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in ID., *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 29 ss.

¹³⁰ A. GORASSINI, *op. loc. cit.*, il quale osserva che «altrimenti il condannato all'ergastolo potrebbe legittimamente chiedere di morire (perché non dignitosa la sua qualità della vita)» e «sarebbe poco giustificabile [...] il non far valere un testamento biologico del suicida che sia sopravvissuto»: vi sarebbe, cioè, «una evidente simmetria con il problema della nascita non desiderata [...] e chiunque potrebbe chiedere i danni ai propri genitori per una vita poco dignitosa». D'altro canto, l'Autore riconosce che la dignità umana non può nemmeno avere una base esclusivamente oggettiva, perché ciò porterebbe a considerare perfettamente lecito e non possibile fonte di responsabilità la scelta operata dal terzo-sanitario anche contro la volontà o il consenso del soggetto interessato. Perciò, sembrerebbe che «il concetto di dignità umana necessiti di una base oggettiva (la comunità dà valore alla dignità) e una coerente e conforme valutazione soggettiva. Se

In tema di “dignità del malato”, poi collocare «tra sani e malati una linea di confine che li separi» risulterebbe non corretto, poiché «continuamente ognuno trapassa da una condizione all'altra»: pertanto, «proprio perché siamo tutti ammalati, almeno potenziali, proprio perché nella storia di ciascuno di noi c'è un continuo susseguirsi di periodi di salute e di malattia, è del tutto inaccettabile presentare la situazione alla stregua di un giudizio di vita (di idoneità a vivere) o di morte (di non meritevolezza di vivere). L'unico ancoraggio per un simile atteggiamento non è giuridico, ma tutt'al più politico»¹³¹.

Dopo avere preso atto della sussistenza di diverse visioni relative al concetto di dignità, non si può fare a meno di notare che i più importanti documenti internazionali adottati nell'ambito di istituzioni quali Unesco¹³², Consiglio d'Europa o Unione Europea contemplano la dignità umana tra i principi fondamentali, ai quali devono orientarsi le attività in campo bioetico.

Ad esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina, dopo avere riconosciuto nel Preambolo l'importanza di assicurare la dignità dell'essere umano, stabilisce con l'art 1 che: «le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina»¹³³.

Analogamente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contiene svariati riferimenti al tema della regolazione delle scienze della vita e si apre con la proposizione: «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata» (art. 1). Nell'impianto della Carta la dignità, l'uguaglianza e la solidarietà sono concepiti come valori indivisibili ed universali¹³⁴.

Inoltre, il nuovo art. 1-*bis* del Trattato sull'Unione Europea contempla la

il riconoscimento della persona dell'altro si basa sull'oltre di ciascuno, la lesione o meno della dignità valutata dalla comunità non è in grado di garantire la ricomprensione certa dell'oltre del singolo della cui dignità si tratta. Solo una conforma valutazione del singolo e della collettività nel singolo caso di specie può rendere plausibile la esistenza di una lesione della dignità umana. Dunque: non basta la valutazione del singolo se la comunità è contraria; non basta la valutazione della comunità se il singolo è contrario».

¹³¹ C. SARTEA, *op. cit.*, 111, il quale ricorda che, secondo alcuni, occorrerebbe sul punto fare riferimento alla definizione che di salute ha dato fin dal 1956 l'Organizzazione Mondiale della Sanità: «la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste soltanto in un'assenza di malattie e di infermità». Per un commento critico a tale definizione, v., però, E. SGRECCIA, *op. cit.*, I, 159 ss., che sottolinea l'inadeguatezza di una nozione statica (e non di equilibrio dinamico). Sui profili giuridici del tema, v. L. PALAZZANI - C. SARTEA, *Cura-cure*, in A. TARANTINO - E. SGRECCIA, *Enciclopedia di bioetica e scienze giuridiche*, Napoli, 2009.

¹³² V., ad esempio, la Dichiarazione sulla bioetica e i diritti dell'uomo (2005), per la quale si rimanda a: M. KIRBY, *Human Rights and Bioethics: The Universal Declaration of Human Rights and Unesco Universal Declaration of Bioethics and Human Rights*, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 2009, 25, 309 ss.; M. BEDJAOUI, *De la dignité humaine aux principes de bioéthique: décliner l'universalisme dans le respect du pluralisme*, in C. BYK, *Bioéthique et droit international. Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Paris, 2007, 67 ss.

¹³³ Sul punto, v. I.R. PAVONE, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009, 4 ss.

¹³⁴ Sull'indivisibilità di tali valori v., in particolare, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 40 ss.

dignità umana come primo tra i valori su cui si fonda l'Unione e l'art. 10A annovera il rispetto della dignità tra gli obiettivi che l'Unione intende promuovere nel quadro delle relazioni internazionali.

A livello internazionale, quindi, la dignità costituisce il parametro fondamentale per la valutazione della liceità delle attività medico-scientifiche interferenti con la sfera della persona, nelle sue componenti fisiche ed informazionali, nonostante non esista un concetto univoco ed acclarato di dignità umana.

In merito, la dottrina - pur avvertendo che «occorre un attento controllo razionale circa gli argomenti espressi in termini di “dignità dell'uomo”, ogniqualvolta questi siano finalizzati alla regolamentazione di materie rispetto alle quali non sussiste un consenso etico trasversale e dove è concreto il rischio [...] di delegittimare le posizioni altrui» - ha comunque ammesso la possibilità di «ridurre i confini interpretativi ed agevolare la ricerca di un “minimo comune etico” che renda più scorrevole l'applicazione di tale clausola»; a questo fine, «può risultare di grande utilità il ricorso al diritto comparato. Se è vero infatti che il rispetto della dignità umana rappresenta uno standard universalmente condiviso, pur nella irriducibile pluralità delle sue declinazioni locali, deve ammettersi la possibilità di trarre dai documenti internazionali, dalle dichiarazioni dei diritti e dalla prassi giurisprudenziale comparata un insieme di linee guida utili alla sua concretizzazione rispetto alle fattispecie maggiormente controverse. Questo, d'altronde, è l'approccio che le corti nazionali adottano da molti anni nella materia dei diritti fondamentali»¹³⁵.

Il tema della dignità è stato, naturalmente, affrontato anche dalla giurisprudenza italiana e, in particolare, nelle pronunce relative al caso Englaro¹³⁶. Sul punto, il passo più rilevante si può probabilmente rinvenire nella sentenza Cass. 21748/2007:

«Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente. La tragicità estrema di tale stato patologico - che è parte costitutiva della biografia

¹³⁵ G. RESTA, *La dignità*, loc. cit.; sull'uso giurisprudenziale del diritto comparato nella materia dei diritti umani, v.: C. MCCRUDDEN, *Human Rights and Judicial Use of Comparative Law*, in E. ÖRÜCÜ, *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, London, 2003, 1 ss.; L.E. WEINRIB, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, in S. CHOUDHRY (a cura di), *The migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006, 84 ss.

¹³⁶ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., nella quale la tesi sostenuta dal ricorrente viene così così riassunta: «Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute. Il che non toglie, tuttavia, che vi siano casi in cui, per il prolungamento artificiale della vita, non si dia riscontro di utilità o beneficio alcuno ed in cui, quindi, l'unico risultato prodotto dal trattamento o dalla cura è di sancire il trionfo della scienza medica nel vincere l'esito naturale della morte. Tale trionfo è però un trionfo vacuo, ribaltabile in disfatta, se per il paziente e la sua salute non c'è altro effetto o vantaggio.

Non è la vita in sé, che è un dono, a potere essere mai indegna; ad essere indegno può essere solo il protrarre artificialmente il vivere, oltre quel che altrimenti avverrebbe, solo grazie all'intervento del medico o comunque di un altro, che non è la persona che si costringe alla vita».

del malato e che nulla toglie alla sua dignità di essere umano - non giustifica in alcun modo un affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che il Servizio sanitario deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio umano, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte. La comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di apprestare per affrontare la lotta per restare in vita, a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili.

Ma - accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza - c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno.

Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta»¹³⁷.

Il rispetto della personalità dell'individuo e delle sue scelte rappresenta, del resto, l'unica soluzione possibile quando una decisione esterna sarebbe comunque inopportuna. Infatti, nel momento in cui si giunge al «nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale», ci si trova innanzi «all'*indecidibile*», perché «nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato»¹³⁸.

In questa prospettiva ci si muoverà nel corso dell'analisi della tematica riguardante le disposizioni anticipate di trattamento. Prima di concentrarsi nella seconda parte di questo elaborato sull'attuazione delle DAT, si prenderanno, quindi, in considerazione le questioni biogiuridiche che costituiscono il presupposto delle disposizioni anticipate, dando perciò spazio, da un lato, al dibattito «diritto a morire» (nelle sue configurazioni estreme del suicidio e dell'eutanasia)¹³⁹ e, dall'altro, alla configurazione del diritto alla salute nella relazione di cura fondata sul principio del consenso informato¹⁴⁰.

¹³⁷ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

¹³⁸ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, cit., 177 ss., il quale, riportando le parole degli esponenti politici di maggior spicco, ricorda le discussioni in seno all'assemblea costituente in merito alla formulazione dell'art. 32 Cost.

¹³⁹ Cfr. cap. 2.

¹⁴⁰ Cfr. cap. 3.

CAPITOLO 2

DAT E “DIRITTO A MORIRE”

SOMMARIO: 2.1. La morte e il suicidio. - 2.2. L'eutanasia. - 2.3. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. - 2.4. L'esperienza dei Paesi Bassi in materia di eutanasia. - 2.5. L'eutanasia in Belgio.

2.1. La morte e il suicidio.

Quando il giurista affronta un tema delicato come quello della morte non può fare a meno di notare che essa, per lungo tempo, è rimasta ai margini del diritto civile. Come rilevato da attenta dottrina, nell'impianto del codice civile la morte era accadimento esterno al diritto, in quanto l'art. 456 c.c. rinvia «al momento della morte». Ancora, nella legge 3 aprile 1957, n. 235, che conteneva la prima disciplina sul prelievo di parti del cadavere a scopo di trapianto terapeutico, il Legislatore rinviava all'«accertamento della realtà della morte» come fenomeno medico-scientifico sottratto alla sua pretesa regolativa¹⁴¹.

La morte, in quanto tale, inizia ad assumere una rilevanza del tutto particolare a seguito del progresso scientifico e, soprattutto, grazie allo sviluppo delle tecniche di rianimazione e trapianto, determinando così, parallelamente, una nuova riflessione su vari aspetti del diritto alla vita e alla sua intangibilità¹⁴². Il progresso scientifico-tecnologico consente il controllo della morte attraverso nuovi trattamenti terapeutici o, al contrario, mediante l'interruzione delle cure, ma la «crescente complessità della moderna medicina, a fronte di straordinarie prospettive di diagnosi e cura, sempre più spesso accende dilemmi tecnici ed etici

¹⁴¹ M. CECCHETTI - L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 802. Sottolinea P. RESCIGNO, voce *Morte*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 458 ss. che l'interesse al problema dell'accertamento della morte, nell'esperienza contemporanea, risulta accresciuto dalle nuove possibilità della scienza (ad esempio, da un lato, le sperimentazioni su soggetti defunti e i trapianti da cadavere; dall'altro, le tecniche di protrazione della vita puramente biologica): i progressi tecnici hanno accresciuto i confini di una libertà di scelta, individuale e collettiva, in ordine alla morte, sino a suggerire termini come “programmazione” o “amministrazione”.

¹⁴² I vari aspetti del diritto alla vita trattati nella seconda metà del Novecento dalla dottrina, in particolare d'oltreoceano, sono: la santità (su cui v.: G.L. WILLIAM, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, 1957; K.D. CLOUSER, *The Sanctity of Life: An analysis of a Concept*, in *Ann. of Internal Med.*, 1973, 78, 119 ss.; D. CRANE, *The Sanctity of Social Life: Physicians' Treatment of Critically Ill Patients*, New York, 1975), il valore (H. SMYTH, *The Value of Human Life*, London, 1979), la qualità (G.A. GITTER - D.I. MOSTOFKY, *The Social Indicator. An Index of the Quality of Life*, in *Social Biology*, 1973, 20, 289 ss.; E.M. GERSON, *On Quality of Life*, in *Amer. Sociol. Review*, 1976, 41, 793 ss.; W.R. SHEA - J. KING FARLOW, *Values and the Quality of Life*, New York, 1976; E.W. KEYSERLINGK, *Sanctity of Life and Quality of Life*, in *Ethics, Medicine and Law. Their Relevance to the Right to Die. Ins. Medicum n. 7*, in *Acta 5th World Congress On Medical Law, Centrum voor Medisch Recht, Rijksuniversiteit Gent*, I, Gent, 1982, 185 ss.; ID., *Sanctity of Life or Quality of Life in the Context of Ethics, Medicine, and Law: A Study*, Ottawa, 1979), il prezzo (M.D. BAYLES, *The Price of Life*, in *Ethics*, 1978, 89, 1, 20 ss.), le scelte (M. PORTIGLIATTI-BARBOS, *Diritto alla vita, qualità della vita e le frontiere delle scelte*, in *Riv. di Filosofia*, 1983, 25-27, 170 ss.).

che scuotono le certezze e le coscienze dei singoli medici e dei loro pazienti e lacerano il comune sentire etico e civile delle comunità»¹⁴³.

Il risultato di questa evoluzione scientifica è, in ultima analisi, l'aggiunta di un «concetto politico» al significato scientifico di morte: infatti, se la morte non è più solo il termine di un processo naturale, ma un risultato (parzialmente) tecnico, le pretese del diritto non si limitano al fornire la definizione di morte, ma si estendono sino al vietarne o legittimarne la stessa produzione¹⁴⁴.

Pertanto, la morte riveste, nella prospettiva contemporanea, un ruolo di interesse sotto almeno due profili di carattere giuridico: la determinazione del momento in cui essa si verifica e la regolamentazione degli interventi volti ad anticipare o posticipare tale momento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è sufficiente ricordare che la materia è ora disciplinata dalla legge 29 dicembre 1993, n. 578, che all'art. 1 identifica la morte «con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo». Tale definizione scientifica ha le sue radici nella proposta formulata nel 1968 dalla Commissione di Harvard in merito alla diagnosi della morte in termini di cessazione dell'attività cerebrale.

Si deve comunque sottolineare che il dibattito intorno alla definizione di morte non è sopito (né probabilmente mai potrà esserlo, tenuto conto della continua evoluzione scientifica da cui deriveranno presumibilmente nuovi criteri di accertamento)¹⁴⁵. A questo proposito, si è affermato che «della morte della persona umana non si può fornire una definizione scientificamente autosufficiente»¹⁴⁶.

¹⁴³ Documento del Consiglio Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, Terni 13 giugno 2009. Osserva M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, cit., 1 ss., riprendendo quanto sostenuto da S. SPINSANTI, *Etica bio-medica*, Cinisello Balsamo, 1987 che la vita è divenuta «un'area scostante, dove confluiscono sfide antropologiche fra le più radicali; casi emblematici hanno avuto il merito di portare un problema etico a livello della coscienza popolare; ma la ambiguità delle proposte, la gravità delle conseguenze e la entità della posta in gioco sono troppo alte, perché il discorso possa venir tenuto sul registro emotivo».

¹⁴⁴ Sul punto, cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, 183, ripreso da M. CECCHETTI - L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, cit., 800 s.

¹⁴⁵ Sul momento della morte si vedano: F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974; ID., voce *Morte (generalità)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 82; A. DE CUPIS, *La morte umana e il diritto*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 245; R.M. VEATCH, *Death, Dying and Biological Revolution*, New Haven, 1989; D. LAMB, *Il confine della vita* (trad. it.), Bologna, 1987; J. KATZ, *Experimentation with Human Beings*, Russell Sage Foundation, New York, 1972, 1053 ss.; I. MC COLL KENNEDY, *Alive or dead? The Lawyer's view*, in *Curr. Leg. Problems*, 1969, 22, 102 ss.

¹⁴⁶ E. LECALDANO, *La questione della morte. Definizioni tra etica e filosofia*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, 2030. Anche P. RESCIGNO, voce *Morte*, loc. cit. si esprime nel senso che una definizione della morte valida per ogni settore non possa essere espressa: «la letteratura medico-legale ed il contributo di qualche giurista, in particolare dei penalisti, ci propongono distinzioni che usano dei criteri diversi, dalla reversibilità o meno della condizione (morte relativa, intermedia, assoluta), all'incidenza sull'una o l'altra attività (morte corticale, cerebrale, cardiaca). Delle tre "forme" cui può ricondursi la morte clinica (mentre assume limitato rilievo la morte biologica intesa come estinzione dell'intero organismo e di ciascuna sua cellula), è la morte cerebrale, contrassegnata dall'irreversibile cessazione di ogni attività del sistema nervoso centrale, ad apparire oggi la nozione più convincente». Il rifiuto e l'inopportunità di rigidi criteri traspasano nel contributo di

Ad esempio, in tempi recenti, si è proposto di rimettere in discussione la validità del passaggio dalla morte basata sull'arresto cardiocircolatorio alla morte legata all'encefalogramma piatto¹⁴⁷, ovvero «uno dei pochi punti concordati tra laici e cattolici negli ultimi decenni»¹⁴⁸.

D'altro canto, in un documento reso pubblico nel 2008 dal Council on Bioethics del Presidente degli Stati Uniti si è proposto di sostituire all'espressione «morte di tutto il cervello» quella di «fallimento totale cerebrale» (*total brain failure*), per potere affrontare in termini neurologici la questione circa la legittimità del far dipendere una dichiarazione di morte dal fallimento totale del cervello¹⁴⁹. Ciò significa che, anche in presenza di segni di isolato funzionamento del cervello, l'organismo perderebbe la sua integrità e il paziente sarebbe da considerarsi morto.

Per quanto riguarda il secondo profilo sopra menzionato, consistente nello spostamento del momento della morte attraverso un intervento di carattere terapeutico o un rifiuto dello stesso, è implicito l'interrogativo circa il ruolo delle DAT in tale processo di "controllo" della morte.

Avvertendo che, come si vedrà meglio nel seguente paragrafo, richieste suicide ed eutanasiche presentano in linea astratta una diversità ontologica rispetto alle istanze - espresse attraverso le disposizioni anticipate di trattamento - concernenti il rifiuto di cure, è comunque possibile trovare una comunanza nel fatto che le DAT rispondono spesso all'esigenza di evitare un accanimento terapeutico¹⁵⁰ e quindi, in ultima analisi, consentono di venire incontro, nel

P.L. RICCI, *Libertà metodologiche sull'accertamento della morte*, in *Zacchia*, 1978, 331. Sulla questione, v. pure R. CECCHI, *Unicità del concetto di morte: orientamenti etici, deontologici e legislativi*, *Giust. pen.*, 1991, I, 274.

¹⁴⁷ Per alcune osservazioni in merito al criterio della "morte cerebrale", anche in prospettiva comparatistica, v.: R. BECKMANN, *L'accertamento del decesso: la morte cerebrale è affidabile?*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 25 ss.; D.W. EVANS, *Che cosa è la "morte cerebrale"? L'opinione di un medico britannico*, *ivi*, 125 ss.; J.C. EVERS, *Testimonianza personale sulla comprensione della morte cerebrale*, *ivi*, 135 ss.; D.J. HILL, *Morte cerebrale. L'opinione di un anestesista britannico*, *ivi*, 191 ss.; J. SEIFERT, *Sulla "morte cerebrale" in breve. Argomentazioni filosofiche a favore e contro l'equivalenza fra morte cerebrale e morte di fatto*, *ivi*, 247 ss.; D.A. SHEWMON, *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, *ivi*, 277 ss.; R. SPAEMANN, *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, *ivi*, 333 ss.; Y. WATANABE, *Controversie sulla morte cerebrale in Giappone e i nostri sette anni di esperienza dall'entrata in vigore della legge sul trapianto di organi*, *ivi*, 365 ss.; R. WEBER, *Il concetto di morte cerebrale e la morte dell'uomo*, *ivi*, 423 ss.; P. BECCHI, *Morti cerebrali = cadaveri? La legislazione e la giurisprudenza italiane*, *ivi*, 451 ss.

¹⁴⁸ L. SCARAFFIA, *I segni della morte*, in *Osservatore romano*, 3 settembre 2008. Si veda, altresì, il contributo di P. BECCHI, *Morte celebrata e trapianto di organi*, Brescia, 2008, in cui l'Autore dichiara di voler documentare che la definizione di morte in termini cerebrali è stato solamente un mezzo per consentire il prelievo di organi da soggetti che di fatto non erano morti. Per una critica, v. E. LECALDANO, *op. cit.*, 2028, nt. 3.

¹⁴⁹ PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, 2008, pubblicato all'indirizzo: <https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559343/Controversies%20in%20the%20Determination%20of%20Death%20for%20the%20Web.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015).

¹⁵⁰ Su cui v., in particolare, il par. 3.1.

rispetto della dignità della persona¹⁵¹ e della sua identità¹⁵², all'esigenza riassumibile nell'espressione "lasciar(si) morire".

Siccome, nel caso concreto, il confine tra "lasciarsi morire" o "lasciar morire" e "darsi la morte" mediante suicidio o "provocare la morte" di altri mediante una condotta eutanassica appare meno netto di quanto potrebbe a prima vista sembrare sulla base di classificazioni meramente teoriche¹⁵³, è necessario concentrare brevemente l'attenzione su questi aspetti, iniziando da quella condotta che rappresenta il punto estremo dell'autolesione individuale, ovvero il suicidio¹⁵⁴.

Com'è noto, tale figura è stata interessata da profondi mutamenti sotto il

¹⁵¹ Sul concetto di dignità, si rimanda a quanto osservato nel par. 1.4.

¹⁵² Sull'identità, v. par. 4.1.

¹⁵³ A questo proposito, si richiama l'osservazione di D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 1790, il quale, richiamando la tesi di J. RACHELS, *The End of Life. Euthanasia and Morality*, Oxford, 1986 (secondo cui la differenza tra uccidere e lasciar morire non dovrebbe essere ritenuta rilevante ai fini di una qualificazione morale), constata che «non si può negare che la linea divisoria tra lasciar morire e uccidere si è fatta sempre più evanescente». Si è pure rilevato che mantenere ad ogni costo tale linea di demarcazione conduce a risultati irrazionali, facendo ritenere che «un individuo possa scegliere di morire di una morte protratta e lenta, rifiutando il cibo o il trattamento che lo tiene in vita oppure lasciandosi staccare il respiratore e morendo per soffocamento, ma non può scegliere la morte veloce e indolore che i medici potrebbero facilmente procurargli» (R. DWORKIN, *Il dominio della vita* - tit. orig.: *Life's Dominion*, Milano, 1996, 254). Cfr. anche G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato*, in *Tratt. Bonilini*, VII, 1, Milano, 2011, 359.

¹⁵⁴ La preoccupazione derivante dalla difficoltà di circoscrivere ciò che può considerarsi "suicidio" traspare in modo chiaro dalla motivazione della pronuncia Trib. pen. Roma, 17 ottobre 2007, in *Dir. famiglia*, 2008, 343 ss., riguardante il caso Welby (sulla vicenda, si vedano: G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *L'Indice penale*, 2009, 1, 227 ss.; 2. P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso "Welby" - Una replica*, in *Studium iuris*, 2008, 10, 1074 ss.; L. TRIA, *Problematiche di fine vita alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali: con particolare riferimento ai casi Welby, Englaro e Santoro*, in *I diritti dell'uomo*, 2008, 2, 7 ss.; G. CURZI, *Riflessioni a margine del caso Welby. Il difficile equilibrio tra libertà di autodeterminazione e diritto-dovere di curare*, in *Il Nuovo Diritto*, 2008, 5-7, I, 237 ss.; M. AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 7-8, II, 313 ss.): «Può [...] essere definita condotta suicidaria quella di colui che, ormai consapevole della immediata prossimità della propria morte e della sua inevitabilità alla stregua delle conoscenze scientifiche, decida i tempi e le modalità del suo trapasso in modo da consentire che esso sia privo di indicibili, quanto inutili, sofferenze? Noi possiamo, infatti, solo immaginare cosa voglia dire morire per soffocamento, quando al movimento meccanico involontario preposto all'inspirazione non risponda l'acquisizione dell'aria necessaria. Piergiorgio Welby, invece, l'aveva già sperimentato concretamente nel 1997 e lo stava rivivendo negli ultimi tempi, quotidianamente, in quel progressivo esaurirsi della sua capacità respiratoria nonostante l'assistenza meccanica del ventilatore polmonare: "Mina quanto sto male, quanto sto male".

Può, infatti, essere definita suicidio la condotta di colui che, ormai consapevole della immediata prossimità e della inevitabilità della propria morte decida i tempi e le modalità del suo trapasso in modo da consentire che il distacco dai suoi cari avvenga nel modo più sereno, più partecipato, più vicendevolmente compassionevole possibile? Peraltro tali riflessioni appartengono più al mondo della morale che al mondo giuridico, mentre nell'ambito di quest'ultimo i concetti che ci interessano assurgono, come dimostrato in precedenza, ad una chiarezza insuperabile; la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce esercizio di un diritto soggettivo riconosciutogli in ottemperanza al divieto di trattamenti sanitari coatti sancito dalla Costituzione».

profilo della percezione sociale¹⁵⁵. Per lungo tempo e in vari ordinamenti, il suicidio ha avuto rilevanza penale¹⁵⁶. In Inghilterra, ad esempio, solo con il *Suicide Act* del 1961 si è assistito ad una depenalizzazione del tentato suicidio. La condanna penale del suicidio si collocava nel solco della tradizione che ebbe il suo culmine nel Medio Evo (ma che perdurò anche successivamente), quando era attribuita rilevanza penale non solo al suicidio tentato, ma pure a quello consumato, con l'effetto di generare paradossi quali i processi al cadavere: da ciò derivava la condanna del suicida a titolo di "omicidio di se stesso" e risultavano, pertanto, applicabili pene dirette a colpire il suicida e la famiglia di questo, nonché il relativo patrimonio (sul punto, può ricordarsi l'ordinanza criminale francese del 1670, che si occupava, tra l'altro, del *procès au cadavre*)¹⁵⁷.

Nelle codificazioni penali italiane del 1889 e del 1930 il suicidio non è stato previsto come reato. In particolare, per quanto concerne il codice Rocco, la scelta di non considerare fattispecie penalmente rilevante la privazione volontaria della propria vita è stata dettata dalla necessità di evitare che «il timore di incorrere nei rigori della legge penale» suggerisse all'aspirante suicida «una più meditata preordinazione dei mezzi» ed «una più ponderata esecuzione»¹⁵⁸. Com'è

¹⁵⁵ Sul tema del suicidio, la letteratura è sterminata. Imprescindibile è il richiamo a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1973, XXXV, 109. Tra gli Autori dell'ultimo secolo, si vedano, almeno: F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Firenze, 1924, 1156 ss.; O. VANNINI, *Delitti contro la vita*, Milano, 1946, 132; ID., *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 1958, 83; R. PANNAIN, voce *Omicidio (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 892; P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica giuridica del suicidio*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (a cura di), *Suicidio e tentato suicidio in Italia*, Milano, 1967, 399; E. PALOMBI, voce *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 1020; L. VIOLANTE, voce *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 986; R. MARRA, *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte nella cultura occidentale*, Napoli, 1987; ID., *Suicidio e diritti. Un'alternativa a costruzioni eziologiche e programmi terapeutici*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, 211; ID., *La percezione sociale del suicidio*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1991, 21 ss.; ID., *Suicidio e scienze sociali. Il panorama italiano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 195; P. BERNARDINI, *Dal suicidio come crimine al suicidio come malattia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 81; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1992, 58; R. RICCIOTTI, commento *sub art. 580 c.p.*, in A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992; G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 670 ss.

¹⁵⁶ Per un'ampia ricostruzione storica riguardante la disciplina penalistica del suicidio, con riferimenti comparatistici, v.: F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., II, 1790.

¹⁵⁷ Cfr.: M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Bologna, 2009, 44 ss.; R. MARRA, *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte nella cultura occidentale*, cit., 79 ss.; A. MURRAY, *Suicide in the Middle Ages, II, The Curse on Self-Murder*, Oxford, 2000, 10 e ss.

¹⁵⁸ *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, Roma, 1929, 375 e s.: «il principio che l'individuo non possa liberamente disporre della propria vita, inteso in senso assoluto e rigoroso, indusse taluno ad affermare la penale incriminabilità del suicidio e, in tempi remoti, trasse ad aberranti forme di persecuzione contro il cadavere ed il patrimonio del suicida. Prevalenti considerazioni politiche, ispirate a ragioni di prevenzione, ossia precisamente allo scopo di contribuire alla conservazione del bene giuridico della vita, impedendo che di esso si faccia scempio con la più meditata preordinazione di mezzi e con la più ponderata esecuzione, per tema

noto, l'ordinamento italiano sanziona invece le condotte di istigazione ed aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)¹⁵⁹, nonché l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.)¹⁶⁰.

Al di là della legislazione penale in materia di suicidio che, come sopra ricordato, ha visto un progressivo affermarsi, nei vari ordinamenti, dell'irrelevanza di tale condotta qualora non siano coinvolti soggetti diversi dal suicida, rimane aperta e dibattuta la questione della qualificazione del suicidio in termini di: a) vero e proprio diritto¹⁶¹; b) atto di libertà da garantire nel rispetto della persona umana¹⁶²; c) atto lecito ma irrilevante per l'ordinamento¹⁶³; d) atto comunque

di incorrere nei rigori della legge penale, hanno condotto le legislazioni più recenti ad escludere il suicidio dal novero dei reati, limitando la punizione a casi di partecipazione dell'altrui suicidio».

¹⁵⁹ Art. 580 c.p.: «Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio».

¹⁶⁰ Art. 579 c.p.: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.

Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

- 1) contro una persona minore degli anni diciotto;
- 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;
- 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

La distinzione tra le due fattispecie criminose previste agli artt. 579 e 580 c.p. è chiarita da Cass. pen., 6 febbraio 1998, in *Giust. pen.*, 1998, II, 449 (relativa ad un caso di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti), secondo cui risponde del delitto di istigazione o aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p., e non di omicidio del consenziente ai sensi dell'art. 579 c.p., chi, pur senza avere in alcun modo contribuito a far nascere o rafforzare l'altrui proposito suicida, abbia fornito aiuto o mezzi, sul piano materiale, che abbiano reso più agevole la realizzazione del suicidio. Sul punto, v.; F. INTRONA, *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?*, in *Riv. it. medicina legale*, 2000, 2, 576 ss.; E. FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, in *Giur. merito*, 1998, 4-5, II, 735 ss.

¹⁶¹ Per quanto riguarda la configurazione del suicidio come diritto, cfr. E. FERRI, *L'omicidio-suicidio*, Torino, 1982, 19 ss.

¹⁶² Il suicidio è considerato atto di libertà che deve essere garantito tenendo conto del rispetto della persona umana da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 59.

¹⁶³ Secondo E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1965, 256 e ss. il suicidio sarebbe una mera attività lecita, né vietata, né protetta (sul punto, si veda, più recentemente, M. NISTICÒ, *Il suicidio come "indifferente giuridico" fra diritto alla vita e tutela della libertà di autodeterminazione*, in *Foro it.*, 2009, IX, 490 ss.; cfr. anche V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, I, Torino, 1987, 636 e ID., *Trattato di Diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1987, 109 s., nel senso che il suicidio non è un reato e non costituisce neppure un fatto altrimenti vietato espressamente dal diritto. In questa prospettiva, si potrebbe persino parlare di estraneità del suicidio rispetto all'ambito giuridico (sul punto, v. R. SPAEMANN, *La dignità dell'uomo e la natura umana*, in ID., *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, Torino, 2011, 64: «Chi si uccide si sottrae alla rete di rapporti sociali all'interno della quale possiamo parlare di diritto e di diritti. Esce dalla sfera della legge. La capacità di farlo - non l'atto in sé - è caratteristico di ciò che significa essere una persona». Rileva comunque M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, loc. cit. che è «arbitrario affermare un supposto "principio di indifferenza"»

illecito¹⁶⁴.

Sull'esistenza di un c.d. "diritto a morire" si sono interrogati numerosi Autori, giungendo a risultati certamente non univoci¹⁶⁵. Emblematico, in proposito, è il sottotitolo utilizzato qualche decennio fa per concludere la disamina delle varie posizioni in materia: «*an overview: confusion*»¹⁶⁶.

Interessante è, poi, il rilievo di parte della dottrina, secondo cui il c.d. *right to die*, inteso come diritto di morire nel senso di «right to refusal of treatment near the end of life» quale «aspect of the larger, more general right to refuse treatment»¹⁶⁷ dovrebbe essere distinto dal "diritto a morire". Infatti, l'ambivalente traduzione letterale, nella lingua italiana, della particella "to" impiegata nell'espressione "*right to die*" sarebbe foriera di equivoci. Una prima formula che viene comunemente utilizzata - "diritto a morire" - richiamerebbe una pretesa del soggetto a che gli sia, in qualche modo, data la morte: ad esempio, attraverso la somministrazione di farmaci letali che procurano il decesso, eventualmente accelerando un processo del morire già in corso (si tratterebbe, cioè, di

dell'ordinamento giuridico verso l'atto suicidiario, solo perché il legislatore non ha penalmente sanzionato il tentativo di suicidio. In primo luogo esso rientra nel generale divieto degli atti di disposizione del proprio corpo lesivi, in maniera permanente, dell'integrità fisica (dei quali è menzione nell'art. 5 c.c.); in secondo luogo esso non può restare "indifferente" per il diritto, ogniqualvolta riverberi effetti nella sfera giuridica altrui, dando luogo a contrasti di interessi, che vanno regolati e composti. Ma tutto ciò non significa che il suicidio rappresenti propriamente l'esercizio di un diritto sulla propria persona e sia un fatto giuridicamente lecito. La sua impunità, si è detto, dipende dalla assenza di una "*relatio ad alteros*", ma dura soltanto fino a che non viene superata la sfera individuale di chi si uccide o tenta di uccidersi».

¹⁶⁴ Per l'illiceità del suicidio, v. M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 84 ss. e M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno, Persone e famiglia*, II, 1, Torino, 1982, 87 (il quale ipotizza una contrarietà del suicidio agli obblighi di solidarietà derivanti dall'art. 2 Cost.). Per ulteriori approfondimenti, si veda F. FAENZA, *op. cit.*, 1809 e ss.

¹⁶⁵ Nell'ampia letteratura sul tema, si possono segnalare i contributi di: G.J. ANNAS, *Patients' Rights Movement*, in *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1978, 3, 1201 ss.; M.P. BATTIN, *Age Rationing and the Just Distribution of Health Care: Is There a Duty to Die?*, in *Ethics*, 1987, 97, 2, 317 ss.; B.D. COLEN, *Le droit à la mort*, Paris, 1978; G.R. GILLET, *Why let people die?*, in *Journal of Medical Ethics*, 1986, 12, 83 ss.; H.L. HIRSH - M.K. CUNEO, *Who Shall Live, Who shall Die. Who Decides?*, in *Medical Law*, 1986, 5, 111 ss.; S.M. JAMIESON, *The Effect of Incarceration of the Right to Die*, in *New England Journal on Crim. and Civil Confinement*, 1985, 11, 2, 395 ss.; P. RAMSEY, *Ethics at the Edges of Life. Medical and Legal Intersections*, New Haven-London, 1978; R. SHERLOCK, *Preserving Life: Public Policy and the Life not Worth Living*, Chicago, 1987; N. CANTOR, *Legal Frontiers of Death and Dying*, Bloomington, 1987; A. FALZEA, *Diritto alla vita, diritto alla morte*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo nell'ambito della Medicina Legale*, Milano, 1981, 119 ss.; G. PIETERS, *Le droit de vivre, le droit de mourir, l'acharnement thérapeutique*, *ivi*, 185 ss.; C. SAUNDERS, *The Right To Live and The Right To Die and Hospice Care*, *ivi*, 227 ss.; sulla questione del rifiuto della vita artificiale inteso come realizzazione e attuazione della personalità, oltre che della dignità, umana, v. in modo particolare: M. BARNI - G. DELL'OSSO - P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. di med. leg.*, 1981, III, 26 ss.

¹⁶⁶ D. HUMPHRY - A. WICKETT, *The Right To Die. Understanding Euthanasia*, London, 1986; altrettanto significativa è l'espressione («hot potato») utilizzata per definire la questione da G.J. ANNAS, *Transferring the Ethical Hot Potato*, in *Hastings Center Report*, 1987, 17, 20 ss.

¹⁶⁷ Così K. CERMINARA - A. MEISEL, *The Right to Die. The Law of the End-of-life Decisionmaking*, New York, 2004, 2 s.

un'eutanasia "attiva"¹⁶⁸); un'altra espressione diffusa - "diritto di morire" - rimanderebbe invece ad una pretesa dell'individuo che si estrinseca attraverso il dissenso all'intraprendere o a proseguire un trattamento sanitario, il cui rifiuto comporta la morte, affinché sia lasciato libero corso al naturale processo del morire¹⁶⁹.

Riprendendo la distinzione da ultimo citata, si potrebbe quindi affermare che le disposizioni anticipate costituiscono un mezzo attraverso cui garantire ad un soggetto divenuto incapace (e quindi non più in grado di rifiutare le cure) il "diritto di morire"; non parrebbe invece corretto discorrere di DAT quale espressione di un "diritto a morire", perché, in tal modo, si darebbero per presupposte sia l'esistenza di un diritto al suicidio che la legittimità delle istanze eutanasiche.

Un'utile indicazione circa il dibattito sulla configurazione della morte quale diritto si può trarre dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: nel prosieguo della trattazione, si noterà come, nella vicenda giudiziaria di Diane Pretty, l'organo giudicante ha ritenuto non possibile individuare nell'art. 2 della Convenzione il riconoscimento di un diritto a non vivere; d'altro canto, la Corte ha preso atto, nel caso Haas, che sono i singoli Stati a determinare l'eventuale sussistenza di un tale diritto («the research conducted by the Court enables it to conclude that the member States of the Council of Europe are far from having reached a consensus with regard to an individual's right to decide how and when his or her life should end»)¹⁷⁰.

In ogni caso, per quanto rileva ai fini della presente analisi, si deve sottolineare che, negli ultimi decenni, si è profilato con sempre maggior vigore l'atteggiamento interpretativo che estromette la richiesta di sospensione di cure salvavita dall'ambito del suicidio. Da più parti si è, infatti, sottolineato che il suicidio concerne «una situazione esistenziale e giuridica completamente diversa dalla condizione estrema di chi richiede una morte dignitosa e dalla conquista autonoma delle decisioni di fine vita»¹⁷¹; si ritiene quindi che «non solo il diritto al rifiuto di cure salvavita rimane ben distinto da un "diritto al suicidio", ma la stessa richiesta d'interruzione di trattamenti *life-saving* non può essere assimilata a una volontà suicidaria»¹⁷².

Se l'idea di un "diritto a morire" rappresenta terreno di contrasti dal punto di vista etico, assai meno difficoltoso è il riconoscimento di un «diritto di esser ammalato, di non curarsi, di lasciarsi morire: e ciò indipendentemente dal fatto di esser portatore o no di una malattia inguaribile e di soffrire o no di dolori soggettivamente non sopportabili»; in altri termini, il mancato riconoscimento di un diritto al suicidio non implica la coercibilità del vivere¹⁷³.

¹⁶⁸ Sulla cui definizione v., *amplius*, par. 2.2.

¹⁶⁹ Per queste considerazioni, v. F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 403, nt. 6.

¹⁷⁰ V., *infra*, par. 2.3.

¹⁷¹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 255.

¹⁷² D. NERI, *op. cit.*, 1814.

¹⁷³ M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, loc. cit., il quale rileva che la negazione del diritto di rifiutare le cure significherebbe aprire la via ad una serie progressiva di limitazioni della libertà del cittadino, nonché ad imposizioni di controlli che sfocerebbero nella «espropriazione del singolo» e nella «sua estromissione dalla tutela dell'ordinamento giuridico». L'osservazione pare

In conclusione, la distinzione tra un (ipotetico) diritto al suicidio e il diritto di non fornire il proprio consenso a trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita deve essere sempre tenuta presente come linea guida nell'esame della tematica delle DAT: nel prossimo paragrafo si vedrà come un'analogia differenza sussiste tra l'eutanasia (attiva) e l'interruzione di cure salvavita su richiesta del paziente.

2.2. L'eutanasia.

Nel precedente paragrafo, si è affrontato il tema del suicidio, verificando che, allo stato attuale, non vi è alcuna uniformità di vedute circa la sussistenza di un "diritto a morire": se da una parte vi è chi afferma la liceità del suicidio e perfino la necessità di riconoscere un diritto a togliersi la vita, dall'altra parte si giunge ad affermare un intrinseco disvalore giuridico della condotta suicidaria. Tuttavia, è stato almeno possibile profilare una soluzione in merito alla qualificazione della rinuncia a trattamenti terapeutici salvavita: detta rinuncia è oggi considerata dai più come fattispecie estranea al suicidio e, anzi, da tutelare in forza del riconoscimento del diritto all'autodeterminazione dell'individuo¹⁷⁴.

Anche per quanto riguarda l'eutanasia, si può giungere ad un'analogia conclusione, in quanto, come si osserverà, appare ormai prevalente (almeno a livello teorico, sia dottrinale che giurisprudenziale) la tendenza che esclude le ipotesi di omissione o interruzione di trattamenti sanitari, effettuata con il consenso dell'interessato, dall'ambito delle condotte penalmente rilevanti.

In via preliminare, si deve ricordare che il termine "eutanasia"¹⁷⁵ è stato

coaglierne nel segno. Infatti, se si negasse il diritto di rifiutare le cure, si creerebbe un paradosso: partendo da un principio di indisponibilità della vita volto a non ammettere il suicidio, si giungerebbe invece all'affermazione di una completa disponibilità della persona umana, ma a servizio dello Stato, che potrebbe così imporre un obbligo di vivere ai consociati.

¹⁷⁴ Sul diritto all'autodeterminazione v. anche., *infra*, par. 3.1.

¹⁷⁵ Sull'eutanasia in generale, si vedano: M. PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 103 ss.; F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. IV ed., Disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 422 ss.; R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, 131; A. FALZEA, *Il diritto alla vita, il diritto alla morte e la sopravvivenza terapeutica*, Messina, 1980; G. GIUSTI, *L'eutanasia*, Padova, 1982; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1007 ss.; L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, 508; ID., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 89 ss.; V. MANZINI, *op. cit.*, VIII; B. PANNAIN - F. SCLAFANI - M. PANNAIN, *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988; L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992; G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, loc. cit.; tra i contributi più recenti, si segnalano in particolare: M.C. DEL RE, *La scelta per la vita o per la morte. Dal divieto d'ogni azione contro la vita, all'eutanasia richiesta dalla persona sofferente o di iniziativa altrui*, in *Riv. polizia*, 2014, 8-9, 679 ss.; G. MANIACI, *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Ragion pratica*, 2013, 1, 241 ss.; R. CONTE, *Per l'eutanasia. Note minime sul diritto a decidere della vita e della salute*, in *Questione Giustizia*, 2013, 1, 169 ss.; N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita tra testo costituzionale e applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. e soc.*, 2011, 1, 59 ss.; G

(ed è tuttora) utilizzato per indicare fattispecie diverse¹⁷⁶.

GUZZO, *Eutanasia, mass media e consenso sociale*, in *Medicina e morale*, 2011, 1, 43 ss.; M. CASINI - N. COMORETTO - F. PERSANO - A. SPAGNOLO - E. TRASCIA, *La riflessione sul "fine vita"*. *Aspetti giuridici ed etico-clinici dell'eutanasia*, in *Medicina e morale*, 2010, 6, 987 ss.; M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico nel Magistero della Chiesa cattolica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 1, II, 335 ss.; S. DE FLAMMINEIS, *Il consenso all'atto medico attraverso il profilo del diritto al rifiuto delle cure (e dell'eutanasia)*, in *Corr. giur.*, 2009, 2, 185 ss.; T. BALLARINO, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 1, I, 69 ss.; P. PASSAGLIA - R. ROMBOLI (a cura di), *L'eutanasia tra bioetica e biodiritto*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 345 ss.; E. VILLANUEVA, *Il dibattito in bioetica: ¿Es la eutanasia un acto médico?*, in *Medicina e morale*, 2007, 1, 141 ss.; N. NITTI, *L'eutanasia come fatto antiggiuridico e i motivi di pietà e solidarietà umana nel dolore*, in *Nuova rass. leg. dottr. e giur.*, 2005, 7, 876 ss.; G. ROCCHI, *Eutanasia. Accanimento terapeutico o infanticidio?*, in *Studi cattolici*, 2006, 543, 362 ss.; G. CASSANO, *Note di attualità in tema di eutanasia*, in *Ragiusan*, 2004, 243 ss.; F. INTRONA, *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 1, 9 ss.

In prospettiva comparatistica, si vedano i contributi di: E. FORTUNA, *Il consenso informato e l'eutanasia nella casistica giudiziaria di Stati Uniti, Europa e Italia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 4-5, 991 ss.; F. CARNERIE, *Euthanasia and Self-Determinism: Is There a Charter Right to Die in Canada?*, in *Mc Gill Law Journal*, 1987, 32, 2, 299 ss.; M.J. PAREJO GUZMAN, *Disponibilidad de la vida y eutanasia en el ordinamiento jurídico español*, in *Riv. internaz. Filosofia del Diritto*, 2008, 3, 425 ss.; G. FRANCOLINI, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 2005, 11, 1149 ss.; G. CASSANO, *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici: ancora in tema di eutanasia*, in *Fam. e dir.*, 2005, 5, 483 ss.; G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2007, 7, 37 ss.; D. ATIGHETCHI, *Islam ed eutanasia*, in *Medicina e morale*, 2007, 1, 61 ss.; G. ZANCHINI, *Stati Uniti: la Corte Suprema non ferma l'eutanasia nell'Oregon*, in *I diritti dell'uomo*, 2006, 2, 57 ss.; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *L'Indice penale*, 2003, 1, 291 ss.

¹⁷⁶ S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 5, I, 751 ss.

Una parte degli studiosi si riferisce non all'"eutanasia", quanto alle "eutanasie" (S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita*, Torino, 2011. Rileva infatti C. SARTEA, *op. cit.*, 122 s. che l'eutanasia non è mai un fenomeno unitario perché, al di là delle forme di attuazione (che verranno esaminate *infra* nel testo), esistono molteplici ragioni per ricorrere alla pratica della morte su richiesta: «Rigorosamente parlando, è eutanasia soltanto la morte effettivamente richiesta: ma tale effettività va misurata con molta attenzione, soprattutto allo scopo di evitare pressioni indebite». Il medesimo Autore, restringendo l'ambito della definizione di eutanasia, individua quest'ultima nell'«applicazione della morte da parte di un operatore sanitario a carico di un paziente che l'ha lucidamente richiesta. Vi è dunque uno scambio di volontà: una interazione di agenti liberi che deve rispettare così l'autonomia dell'uno come quella dell'altro. Ogni impostazione unilaterale in tal senso risulterebbe inaccettabile: tale cioè da legittimare arbitrariamente la prevaricazione di una volontà sull'altra, il riconoscimento legale di un abuso, di un'alterazione della simmetria coesistenziale» (quest'ultima terminologia è utilizzata da S. COTTA, *Aborto ed eutanasia. Un confronto*, in ID., *Diritto Persona Mondo umano*, Torino, 1989, 213 ss.; cfr. pure F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1994, 184 s.). In questa prospettiva, si assisterebbe, quindi, a una contrattualizzazione dell'eutanasia, perché anche nel processo eutanasiaco «la decisione dell'operatore non è interamente risolvibile in quella del soggetto», né «la decisione del soggetto [...] e quella dell'operatore [...] coincidono necessariamente in tutto e per tutto. Perciò, in tale situazione, si presenta la seguente alternativa: o il soggetto è il signore della coscienza dell'operatore, o l'operatore è signore della vita del soggetto. Si tratta di due soluzioni che contraddicono la realtà della vicenda eutanasiaca e, per giunta, ontologicamente e moralmente inaccettabili, poiché o l'uno o l'altro dei membri del rapporto è ridotto a un oggetto: la relazione inter-soggettiva è dissolta» (S. COTTA, *Aborto ed eutanasia. Un confronto*, cit., 235). Sempre secondo C. SARTEA, *op. loc. cit.*, «il cuore della questione sta proprio nella riduzione del rapporto

Da un punto di vista del soggetto passivo, si può distinguere tra eutanasia collettivistica ed eutanasia individualistica.

La prima - che si può ulteriormente suddividere in eutanasia eugenica, economica, criminale, sperimentale, profilattica, solidaristica¹⁷⁷ - è destinata ad essere utilizzata su larga scala¹⁷⁸ ed è caratterizzata dalla mancanza (o comunque non necessità) del consenso del soggetto su cui è praticata¹⁷⁹.

clinico a mero contratto, e dalla conseguente impossibilità di rendere giustizia della fragilità dell'uno o dell'altro dei protagonisti della relazione». Sul punto, osserva R. SPAEMANN, *La dignità dell'uomo e la natura umana*, in ID., *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, cit., 65: «nessun essere umano può chiedere a un altro di proclamare: "Non devi più esistere". Un contratto irreversibile di sottomissione unilaterale è un contratto immorale e quindi privo di efficacia legale. Un contratto finalizzato alla propria uccisione è totalmente irreversibile nel momento in cui viene onerato. È quindi di gran lunga più immorale di quello mediante il quale una persona si assoggetta alla schiavitù».

¹⁷⁷ Cfr. F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, loc. cit.: l'eutanasia eugenica consiste nell'eliminazione indolore degli individui deformi o tarati, fisicamente o psicologicamente, per migliorare la razza; l'eutanasia economica consiste nell'eliminazione indolore dei malati incurabili, degli invalidi, dei vecchi per alleggerire la società dal peso dei soggetti economicamente inutili; l'eutanasia criminale consiste nell'indolore eliminazione dei soggetti socialmente pericolosi; l'eutanasia sperimentale consiste nel sacrificare la vita di soggetti per effettuare sperimentazioni per il progresso medico e scientifico; l'eutanasia profilattica consiste nella soppressione indolore dei soggetti affetti da malattie epidemiche; l'eutanasia solidaristica consiste nel sacrificio di soggetti a favore della vita o salute di altri (es.: per prelevare organi a scopo di trapianto).

¹⁷⁸ C. SARTEA, *op. cit.*, 118 afferma che «l'eutanasia è fondamentalmente un problema di controllo sociale della morte» e richiama le parole contenute nel libro di C.H. WIJMARK, *La morte moderna*, trad. it. a cura di C. GIORGETTI CIMA, Milano, 2008, 14, nel quale l'Autore fa dire al suo più cinico personaggio: «i bambini di cui ci privano gli aborti, ce li ritroviamo moltiplicati per tre sotto forma di anziani improduttivi al vertice della piramide. Uno svedese su quattro è in pensione di anzianità, e uno su otto in età produttiva è in pensionamento anticipato. Il settantacinque per cento dei costi della Sanità va alla cura di malati cronici o senza speranza, in un settore in cui il tetto è stato raggiunto e sfondato già da più di quindici anni. In quel venticinque per cento di soggetti produttivi su cui grava il peso di tutto il sistema serpeggia uno scontento più o meno accentuato, anche se finora messo a tacere da un doppio bavaglio».

¹⁷⁹ L'esempio più tristemente noto di eutanasia collettivistica è costituito dall'*Euthanasieprogramm* nazista, rivolto all'eliminazione degli individui non corrispondenti all'ideale della razza ariana. L'*Euthanasieprogramm*, denominato anche *Aktion T4* (nome derivato dalla strada dove aveva la sede l'ufficio centrale predisposto alla direzione di tale operazione: *Tiergartenstraße 4*) prevedeva la facoltà, per il personale medico, di accordare ai soggetti malati, ritenuti inguaribili, una morte definita "di grazia". In realtà, lo scopo era prettamente eugenetico e si stima che, dal 1938 al 1941, circa settantamila individui, sia adulti che bambini, vennero eliminati, poiché affetti da patologie psichiche o da deformità fisiche. Inizialmente, tale programma eutanasi era destinato ai bambini e vennero effettuate propagande ingannevoli per invogliare i genitori a portare i propri figli colpiti dalle suddette patologie in specifiche cliniche di cura, presso cui venivano effettuati gli interventi eutanasi. Successivamente, lo stesso programma venne esteso anche nei confronti degli adulti disabili o psicotabili. Nonostante la segretezza delle operazioni, informazioni circa l'*Euthanasieprogramm* iniziarono presto a trapelare, comportando la reazione della società e del clero tedesco, tanto che l'attuazione del piano venne sospesa ufficialmente nel 1941 (anche se essa proseguì, di fatto, sino al termine del secondo conflitto mondiale). Tra gli innumerevoli contributi sull'argomento, si ricordano: A. WEIBEL, *Das Euthanasieprogramm des Dritten Reiches: Die Ereignisse in Heggbach und Ingerkingen; Eine Dokumentation*, Filderstadt, 1984; B. CZAPEK, *Das faschistische Euthanasieprogramm im Dritten Reich*, Frankfurt am Main, 1982; C. MERKEL, „*Tod den Idioten*“. *Eugenik und Euthanasie in juristischer Rezeption vom Kaiserreich zur Hitlerzeit*, Berlin, 2007; G. ALY, *Aktion T4. Die*

La seconda forma di eutanasia si contraddistingue generalmente per «il movente pietistico, in quanto realizzata per porre fine allo stato di sofferenza in cui versa la singola vittima» e può risultare consensuale o non consensuale¹⁸⁰.

Per quanto concerne la forma attraverso cui si attua il procedimento eutanasiaco, tradizionalmente si distingue tra eutanasia attiva, passiva ed indiretta.

L'eutanasia attiva è realizzata mediante un'azione compiuta da un terzo che ha come scopo primario la determinazione di una precoce morte di un soggetto che risulta gravemente malato con prognosi infausta¹⁸¹. Tale fattispecie consiste in un comportamento attivo e commissivo del soggetto agente. Questa determinata condotta può essere messa in atto sia dal personale sanitario che da un altro soggetto (di norma un familiare o uno stretto congiunto). Nella maggior parte dei casi, la morte viene provocata mediante il ricorso a farmaci letali; esempio tipico è quello del sanitario che inietta direttamente nel corpo del paziente una sostanza letale, con lo scopo di alleviare definitivamente le sue sofferenze¹⁸². Vi sono altri casi più estremi e meno frequenti, i quali possono comunque configurare la fattispecie di eutanasia attiva, quali, ad esempio, la causazione della morte di un individuo malato, dietro sua espressa richiesta, tramite l'ausilio di un'arma da fuoco.

È possibile invece configurare una fattispecie di eutanasia passiva ogniqualvolta vengano posti in atto comportamenti omissivi, aventi lo scopo di evitare il mantenimento in vita del soggetto malato senza speranza di guarigione, mediante la non somministrazione di nuovi farmaci e cure o tramite la sospensione di tale trattamento (se la somministrazione era già stata precedentemente iniziata). In questo caso, la morte del paziente non viene causata direttamente attraverso un'azione commissiva: la finalità ultima viene perseguita

„Euthanasie“-Zentrale in der Tiergartenstraße 4, Berlin, 1987; E. KLEE, „Euthanasie“ im NS-Staat. Die „Vernichtung lebensunwerten Lebens“, Frankfurt am Mein, 1986.

¹⁸⁰ Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 1820, nonché F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, loc. cit., secondo cui l'eutanasia individualistica abbraccia l'eutanasia pietosa passiva (o paraeutanasia), consistente nella mera omissione o interruzione del trattamento terapeutico, e l'eutanasia pietosa attiva, che consiste nel cagionare la morte del paziente mediante un comportamento attivo.

¹⁸¹ Nella dottrina tedesca (cfr. A. LAUFS - C. KATZENMEIER - V. LIPP, *Arztrecht*, München, 2009, 196, la *aktive Sterbehilfe* è tradizionalmente concepita come consistente nella morte di una persona malata, procurata anche da un medico (e che perciò stesso presuppone necessariamente un comportamento attivo di quest'ultimo), ma cagionata indipendentemente da qualsiasi trattamento curativo, ossia solo in base alla volontà del medesimo malato che, quindi, morirebbe in modo mirato (*gezielt*), cioè metodicamente. Di conseguenza, la *aktive Sterbehilfe* si pone in contrasto con il § 216 *Strafgesetzbuch*, anche se la morte venisse praticata da un medico, posto che la richiamata disposizione penalistica costituisce l'espressione di una proibizione generale derivante anche dalla *Grundgesetz*.

Sulla questione dell'eutanasia attiva, v. anche C.I. MASSINI CORREAS, *La eutanasia attiva volontaria: esiste un derecho a morir?*, in *Riv. internaz. Filosofia del Diritto*, 2003, 3, 379 ss.

¹⁸² L'attuale codice italiano di Deontologia medica prevede, all'art. 17 («Atti finalizzati a provocare la morte»), che «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte». In senso pressoché identico si esprimeva il codice del 2006, sempre all'art. 17: «Il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti finalizzati a provocarne la morte».

in modo mediato, attraverso la non somministrazione o la sospensione delle cc.dd. cure salvavita ed il sopraggiungere della morte del paziente non sarà istantaneo, ma risulterà inevitabile¹⁸³.

La distinzione tra eutanasia attiva ed eutanasia passiva ricalca una differenziazione caratteristica della terminologia anglosassone, che si riferisce a condotte di *mercy killing* e di *letting die*¹⁸⁴. Tuttavia, una tale impostazione è stata oggetto di critiche, in quanto, a seguito del progredire della scienza medica, è diventato sempre più complicato attribuire l'evento morte all'azione umana o alla malattia¹⁸⁵.

Un esempio evidente di tale difficoltà si rinviene nei casi di morte determinata dal distacco di un apparecchio artificiale di respirazione, dal quale dipende in modo totale la sopravvivenza dell'individuo. La condotta attraverso cui si realizza il distacco dell'apparecchio dal paziente può, infatti, essere intesa sia come interruzione delle cure (e quindi omissione), sia come condotta attiva di distacco materiale del macchinario: nel primo caso, si tratterebbe di fattispecie lecita; nel secondo caso, di condotta commissiva illecita¹⁸⁶.

¹⁸³ In Germania, quindi, in contrapposizione alla *aktive Sterbehilfe*, si è profilata quindi la *passive Sterbehilfe*, ricondotta al di fuori dell'ambito di applicabilità del § 216 StGB, rubricato «*Tötung auf Verlangen*» (espressione traducibile in italiano come omicidio del consenziente). La *passive Sterbehilfe* ha, quindi solo rilevanza civilistica ed è legittima, alla luce della vigenza del principio dell'autodeterminazione (cfr. dottrina richiamata *supra*).

Tuttavia, la considerazione secondo cui anche nella fattispecie della *passive Sterbehilfe* potrebbe dirsi che la morte di un malato venga causata da un'inattività cosciente o intenzionata o, perfino e talvolta, da un intervento attivo del medico ha richiesto un ripensamento delle distinzioni, onde evitare di ricondurre taluni casi di *passive Sterbehilfe* all'interno della fattispecie della *aktive Sterbehilfe*, con conseguente possibilità di una rilevanza anche penalistica dei primi, accompagnata certamente da un'evidente confusione in ordine ai confini tra diritto civile e penale.

Si è cercato, quindi, di definire meglio la *passive Sterbehilfe* assumendo che la suddetta prospettiva esaminata trascuri, invero, di guardare un punto di vista decisivo per la valutazione giuridica: nel caso della *passive Sterbehilfe* il paziente muore a causa della sua malattia, non a causa di un intervento esterno al suo corpo; cfr. G. DUTTGE, *Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe*, in D. KETTLER - A. SIMON - R. ANSELM - V. LIPP - G. DUTTGE, *Selbstbestimmung am Lebensende*, Göttingen, 2006, 36 ss., consultabile all'indirizzo http://www.univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-3-938616-65-2/lebensende_book.pdf?sequence=1 (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

¹⁸⁴ F. CONSORTE, *Il rifiuto delle cure mediche, l'eutanasia ed il suicidio medicalmente assistito: stato dell'arte ed istanze innovative nei paesi di common law*, in D. FONDAROLI (a cura di), *I principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, 75 ss.; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in S. CANESTRARI - G. CIMBALO - G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003, 101 ss.

¹⁸⁵ Cfr., anche per riferimenti bibliografici, S. TORDINI CAGLI, *op. cit.*, 1821.

¹⁸⁶ La dottrina che si è occupata della delicata questione ha posto particolare attenzione sia al profilo della causalità, che a quello della condotta. Nell'ipotesi di interruzione di trattamento, il soggetto terzo non determinerebbe il processo causale che conduce alla morte, limitandosi ad inserirsi in un processo autonomo già instauratosi naturalmente. Gli Autori tedeschi hanno poi coniato la nozione di *Unterlassung durch Tun*, ovvero "omissione mediante azione", in modo da escludere la punibilità di chi, agendo su richiesta del paziente, interrompe il sostegno vitale a quest'ultimo. Sul punto, si rimanda a S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - M. PAPA, *Trattato di diritto penale, I, Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2007, 118 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc.*

Allo stato attuale, prevale negli interpreti l'equiparazione tra omissione di terapie ed interruzione delle stesse, con la conseguenza che anche la sospensione attiva di cure già iniziate non può essere considerata illecita¹⁸⁷.

Per quanto concerne poi la c.d. "eutanasia indiretta", essa consiste nella somministrazione di cure palliative, ovvero trattamenti sanitari che non servono alla guarigione dell'individuo, ma sono utili solo per limitare l'intenso dolore del paziente: quindi, lo scopo non è determinare la morte del soggetto, ma solamente affievolire la sofferenza di quest'ultimo. Il decesso (o, meglio, la riduzione della durata della vita del paziente) si configura, pertanto, come "effetto collaterale" del trattamento. Anche in questo caso deve escludersi l'illiceità della condotta di chi somministri cure palliative, dal momento che il diritto alle stesse trova espresso riconoscimento legislativo¹⁸⁸.

Dal momento che profili di illiceità non paiono rinvenibili né nell'eutanasia passiva¹⁸⁹ né in quella indiretta, il termine "eutanasia" potrebbe allora essere

pen., 1997, 89 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 133 ss.; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 57.

¹⁸⁷ Cfr. la dottrina citata al principio del paragrafo.

¹⁸⁸ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, cfr. legge 15 marzo 2010, n. 38 («Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore»), che, all'art. 1, commi 1 e 2, dispone:

«1. La presente legge tutela il diritto del cittadino ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore.

2. È tutelato e garantito, in particolare, l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore da parte del malato, come definito dall'articolo 2, comma 1, lettera c), nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 novembre 2001, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 33 dell'8 febbraio 2002, al fine di assicurare il rispetto della dignità e dell'autonomia della persona umana, il bisogno di salute, l'equità nell'accesso all'assistenza, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni».

Sul tema, va poi ricordato quanto previsto dal codice di Deontologia medica, il cui art. 39 («Assistenza al malato a prognosi infausta») così recita:

«In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve improntare la sua opera ad atti e comportamenti idonei a risparmiare inutili sofferenze psicofisiche e fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita e della dignità della persona.

In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile evitando ogni forma di accanimento terapeutico».

¹⁸⁹ Osserva F. MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*, che, per quanto riguarda l'eutanasia passiva consensuale o volontaria, in realtà si tratta di un rifiuto delle cure da parte del paziente, sicché essa deve considerarsi lecita «non in base ad un potere del medico di lasciare morire, bensì e soltanto in base ad un diritto del soggetto di non curarsi e di lasciarsi morire. [...] Trattandosi di un rifiuto della cura da parte del malato, va abbandonata la impropria ed equivoca espressione di eutanasia passiva consensuale». Soluzione chiaramente diversa deve sostenersi per quanto concerne l'eutanasia passiva non consensuale: alla luce del principio personalistico essa è illecita, perché, nel caso in cui il soggetto abbia espresso la volontà di essere curato o non abbia espresso una precisa volontà contraria, «permane l'obbligo giuridico del medico di continuare il trattamento, anche se la malattia è incurabile, la morte imminente e il trattamento può dilazionare solo per breve periodo la morte. Il dovere del medico di curare implica, in assenza di una contraria volontà del paziente, in via primaria il dovere di guarire e, in via subordinata, il dovere di prolungare la

utilizzato per indicare solamente le ipotesi maggiormente controverse, ovvero quelle tradizionalmente ricondotte all'“eutanasia attiva”. Infatti, come è stato efficacemente rilevato, «non più di eutanasia passiva, ma di rispetto del diritto a rifiutare le cure è opportuno parlare, quando la morte sia conseguenza di una omissione o interruzione di terapia su richiesta del paziente; non di eutanasia indiretta, ma più correttamente di leniterapia, o terapia del dolore, quando l'evento morte, o meglio la sua anticipazione, sia conseguenza secondaria e collaterale della somministrazione di sostanze antidolorifiche»¹⁹⁰.

Tuttavia, è facile riscontrare nella prassi (anche giornalistica) l'utilizzo dell'espressione “eutanasia” anche per indicare situazioni di rifiuto di terapie e ciò rischia di condurre ad una non corretta assimilazione di situazioni differenti. A questo proposito, si è rilevato che, ad esempio, la vicenda di Piergiorgio Welby è stata caratterizzata da un equivoco di fondo, dal quale solo la Cassazione con la sentenza 21748/2007 (caso Englaro) ha sgombrato il campo: «nel caso Welby, si disquisì in modo inspiegabile di eutanasia, quando si trattava semplicemente di rifiuto del consenso»¹⁹¹.

A questo punto, risulta chiaro che DAT e eutanasia sono «due problemi diversi, logicamente indipendenti»¹⁹², seppure nella percezione sociale essi vengano spesso confusi: in realtà, «quando si parla di “dichiarazioni di volontà anticipate” non ci si riferisce all'eutanasia, perché non si richiede né il comportamento attivo di terzi per ottenere il risultato di mettere fine alla vita, né si richiede la passiva partecipazione di terzi, in quanto oggetto di tali dichiarazioni è il rifiuto del trattamento medico»¹⁹³.

In tema di rapporto tra DAT ed eutanasia, pare comunque significativo ricordare che la Conferenza episcopale tedesca (DBK) ha sottoscritto, insieme alle Chiese Evangeliche in Germania, un documento chiamato *Christliche Patientenverfügung*¹⁹⁴, aggiornato nel 2003 e contenente le linee guida per redigere disposizioni anticipate di trattamento compatibili con la fede cristiana. Nel testo si distingue tra l'eutanasia passiva o indiretta e quella attiva, che viene sempre condannata. L'eutanasia passiva, invece, è considerata eticamente e giuridicamente accettabile quando si tratti di evitare un eccessivo accanimento terapeutico.

Nel 2009 la DBK ha emesso un comunicato ribadendo che la definizione di eutanasia passiva utilizzata nel documento tedesco coincide con la rinuncia all'accanimento terapeutico, che è ammessa dalla Chiesa cattolica nel Catechismo; analogamente, l'eutanasia indiretta consiste nel ricorso a cure palliative contro il dolore, che possono accorciare la vita del paziente, ma sono anch'esse ammesse nel

vita il più possibile o di procrastinare il più possibile l'evento mortale». Infatti, non impedire la morte per omissione delle cure equivale, ex art. 40, comma 2, c.p. a cagionarla e, pertanto, il medico omissente risponde di omicidio, anche se ha soltanto anticipato l'evento della morte.

¹⁹⁰ S. TORDINI CAGLI, *op. cit.*, 1826.

¹⁹¹ E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, cit., 263.

¹⁹² L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 80.

¹⁹³ G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 39. Sulla questione, v. anche M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. e impr.*, 2009, 2, 255 ss.

¹⁹⁴ Sulle *Patientenverfügungen* si rimanda al par. 5.7.

Catechismo. In precedenza, la Conferenza episcopale tedesca aveva consigliato di opporsi con decisione ai progetti che intendono consentire l'interruzione dei trattamenti necessari per la vita di pazienti in stato vegetativo e che ogni sospensione di alimentazione e idratazione forzata non costituirebbe quindi una rinuncia all'accanimento terapeutico, ma sarebbe una forma d'eutanasia non ammessa¹⁹⁵.

Dalle osservazioni sino a qui compiute sembra emergere piuttosto chiaramente che tra istanze eutanasiche e disposizioni anticipate di trattamento può individuarsi, al più, un rapporto analogo a quello sussistente tra contenuto e strumento formale attraverso cui il contenuto viene veicolato: l'eventuale illiceità del primo non pone in contestazione l'astratta possibilità di utilizzare il secondo. Nel prosieguo della trattazione si esamineranno le esperienze giuridiche in cui l'eutanasia attiva risulta lecita, non prima di avere però ricordato i principi cui si è ispirata la giurisprudenza CEDU allorché si è dovuta occupare di ricorsi attinenti ad ipotesi (tra loro differenti, come si è avuto modo di precisare) di eutanasia attiva, assistenza al suicidio e rifiuto di cure.

2.3. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Come è noto, la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali è stata firmata il 4 novembre 1950 a Roma dagli Stati membri del Consiglio d'Europa ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953 (in Italia il 26 ottobre 1955). Le disposizioni che la compongono sono dirette a fissare una serie di diritti e libertà che ogni Stato membro deve garantire a ciascun individuo, sottoposto alla sua giurisdizione; con la Convenzione, è stata istituita la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le cui sentenze sono vincolanti per gli Stati parti nel processo¹⁹⁶.

La Convenzione contiene al proprio interno enunciazioni di diritti, libertà e divieti che risultano strettamente correlati ai problemi riguardanti il fine vita. A questo proposito, possono ricordarsi il diritto alla vita, il diritto a non essere

¹⁹⁵ Sulla questione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali, v. par. 3.4.

¹⁹⁶ In merito alla Convenzione ed alla giurisprudenza della Corte, v., in generale: M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2000; B. NASCIMBENE - F. ABRUZZO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002; A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Firenze, 2009; C. RUSSO - P.M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006; M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee, I-II-III*, Milano, 2006-2007; AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; V. MANES, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011; AA.VV., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014; A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Santarcangelo di Romagna, 2015; I. ANDRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015.

sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero e di coscienza, il divieto di ogni discriminazione¹⁹⁷.

Le sentenze pronunciate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in merito al tema del "diritto a morire" non sono numerose, ma contengono importanti affermazioni di principio¹⁹⁸.

Una delle sentenze più risalenti riguarda il caso *R. c. Regno Unito*¹⁹⁹; in tale pronuncia la Corte assume una posizione netta, affermando la piena legittimità, per tutti gli Stati membri, di optare per la punibilità di ogni azione volta a favorire od agevolare l'assistenza al suicidio: qualsivoglia incriminazione adottata dallo Stato non può essere considerata lesiva dell'art. 8 della CEDU; eventuali azioni punitive non violano l'articolo in parola, poiché esse sono

¹⁹⁷ Qui di seguito si riportano, per completezza, i principali articoli di riferimento nella giurisprudenza CEDU in tema di *right to die*.

«Articolo 2 - Diritto alla vita

1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera inflitta in violazione di questo articolo quando risulta da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

- a. per assicurare la difesa di ogni persona dalla violenza illegale;
- b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;
- c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o una insurrezione».

«Articolo 3 - Divieto della tortura.

Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

«Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare.

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

«Articolo 9 - Libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

«Articolo 14 - Divieto di discriminazione.

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

¹⁹⁸ Per la giurisprudenza CEDU sul tema, si rinvia all'ampia trattazione di G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 369 ss.; si v. anche il contributo di G. PUPPINCK - C. DE LA HOUGUE, *The right to assisted suicide in the case law of the European Court of Human Rights*, in *The International Journal of Human Rights*, 2015, 735 ss.

¹⁹⁹ Corte EDU, 4 luglio 1983, *R. c. Regno Unito*, in <http://hudoc.echr.coe.int>

adottate con l'esclusivo scopo di tutela di un interesse pubblico, consistente nella salvaguardia della vita umana, e non attengono, invece, al diritto alla privacy, che è il vero diritto tutelato dall'art. 8.

Nel caso *Widmer c. Svizzera*, il ricorrente, sospettando che l'anziano padre fosse stato oggetto di cure inadeguate nella clinica in cui era poi deceduto, ma avendo l'inchiesta penale escluso ogni ipotesi di omicidio colposo a carico del personale medico e infermieristico, contesta la mancanza, in Svizzera, di una norma che punisca l'eutanasia passiva (che, a suo dire, sarebbe stata praticata ai danni del genitore). La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dichiara irricevibile il ricorso, escludendo che né l'art. 2 né l'art. 8 della Convenzione implicano l'obbligo per lo Stato di sanzionare penalmente la c.d. eutanasia passiva²⁰⁰.

Nel 2000 la Corte si occupa del caso di Ramón Sampredo, pescatore galiziano immobilizzato per anni a letto e che aveva espresso la volontà di morire²⁰¹.

A seguito di un lungo *iter* giudiziario²⁰², nelle more del procedimento instaurato presso la Corte costituzionale, Sampredo muore (nel gennaio 1998), forse grazie ad un suicidio assistito. Mentre viene instaurato un procedimento penale a carico di ignoti, la cognata di Sampredo, Manuela Sanlés Sanlés, manifesta la volontà di proseguire nel giudizio, in qualità di erede, innanzi alla Corte. Quest'ultima, però, dichiara l'estinzione del processo, essendo possibile - ai sensi della legislazione spagnola - la continuazione del medesimo solo per i casi coinvolgenti i diritti personali degli eredi relativi al loro stato civile o alla protezione dell'onore²⁰³. Decisa a continuare la battaglia politico-giudiziaria del cognato, Manuela Sanlés Sanlés ricorre innanzi alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando la violazione degli artt. 2, 3, 5, 6, 8, 9, 14 CEDU da parte delle autorità spagnole²⁰⁴.

²⁰⁰ Corte EDU, 10 febbraio 1993, *Widmer c. Svizzera*, <http://hudoc.echr.coe.int>

²⁰¹ Corte EDU, 26 ottobre 2000, *Sanlés Sanlés c. Spagna*, in <http://hudoc.echr.coe.int>. Sul caso, si veda P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani. Aspetti penalistici*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 677. La vicenda Sampredo è stata inoltre oggetto del film «Mare dentro» di Alejandro Amenabar.

²⁰² Fin dal 1993 Sampredo aveva avanzato presso diversi tribunali spagnoli la richiesta che gli fosse riconosciuto il proprio diritto a morire. Dopo il rigetto del suo ricorso presso la Corte costituzionale spagnola e la dichiarazione di inammissibilità del ricorso da parte della Commissione del Consiglio d'Europa, Sampredo nel 1995 aveva ricominciato l'iter, chiedendo che fosse dichiarato non perseguibile per il reato di assistenza al suicidio il medico che gli avesse fornito i medicinali necessari a porre fine alla sua vita.

Essendo stata negata la sua richiesta a più livelli di giudizio, Sampredo si era presentato nuovamente alla Corte costituzionale con un ricorso individuale di *amparo* per lesione dei propri diritti individuali, ritenendo che la negazione delle sue pretese corrispondeva alla lesione della dignità umana, del libero sviluppo della personalità, del diritto alla vita, all'integrità fisica e del diritto al giusto processo, data la lungaggine delle procedure giudiziarie subite.

²⁰³ Nel caso in esame, trattandosi di un personalissimo diritto ad accedere al suicidio assistito, non era possibile che un terzo proseguisse il procedimento.

²⁰⁴ Mancando in Spagna una legislazione che rendesse lecita l'eutanasia o l'assistenza al suicidio, la ricorrente denunciava la violazione dell'art. 2, non essendo stato riconosciuto a Sampredo il diritto alla morte dignitosa, quale specularsi al diritto alla vita; in base all'art. 3, sottolineava che le immani sofferenze del malato equivalessero a trattamento disumano e degradante, a fronte del

La Corte affronta il nodo problematico della legittimazione ad agire dell'erede per diritti personalissimi del defunto basandosi sull'art. 34 CEDU, che richiede uno *status* di "vittima" ai fini della presentazione di un ricorso: a prescindere dalle definizioni nazionali di tale concetto, occorre valutare se il ricorrente è realmente e direttamente affetto dalle misure impugnate, non essendo consentite *actiones populares*. La Corte afferma che, pur ammettendo il coinvolgimento emotivo nella vicenda, Manuela Sanlés Sanlés non riveste il ruolo di "vittima". Essendo gli artt. 2, 3, 5, 6, 8, 9, 14 CEDU qualificati come *non transferable rights*, il ricorso viene dichiarato inammissibile *ex art. 35* per incompatibilità *ratione personae*²⁰⁵.

Il rapporto tra le disposizioni della Convenzione Europea fino a qui menzionate e la tematica del fine vita viene poi approfondito in quello che forse può considerarsi il più noto caso di cui si è occupata la giurisprudenza CEDU, ovvero *Pretty c. Regno Unito*²⁰⁶. Diane Pretty²⁰⁷ si rivolge al *Director of Public Prosecution* (DPP) chiedendo di concedere al proprio marito una sorta di immunità penale, affinché egli la aiuti a porre fine alla sua esistenza. Negata l'immunità al marito, la donna si rivolge allora alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, avanzando la medesima richiesta ed impugnando mediante ricorso l'atto emesso dal DPP per violazione degli artt. 2, 3, 8, 9 e 14 CEDU.

La Corte respinge le istanze della donna, precisando che l'art. 2 non può essere interpretato in modo estensivo così come fatto dalla ricorrente, poiché «il diritto alla vita non può, senza distorsione del linguaggio, essere interpretato come

quale lo Stato non aveva fatto nulla; ai sensi dell'art. 5 e dell'art. 9 considerava lesi il diritto alla libertà, nonché la libertà di pensiero e coscienza; fondandosi sull'art. 6, la ricorrente denunciava la violazione del diritto ad un *fair hearing* di Sampedro presso le Corti interne; richiamando l'art. 8, segnalava l'interferenza dello Stato nella vita privata del cittadino, vista l'impossibilità di dare corso alle volontà di quest'ultimo, definendo ingiustificato e comunque sproporzionato il divieto di assistenza al suicidio; tramite il richiamo all'art. 14, contestava la discriminazione tra l'ammissibilità del suicidio e il divieto di suicidio assistito.

²⁰⁵ Con riguardo all'art. 6, i giudici segnalano che, dovendo la durata di un processo essere stimata in relazione alla complessità della fattispecie, la condotta delle autorità statali non è stata caratterizzata da alcuna inattività, né è stato possibile ravvisare un tempo eccessivamente lungo per la trattazione del caso presso le Corti interne..

²⁰⁶ Tra i numerosi contributi sul tema, si richiamano: A. SZERLETICS, *Paternalism and Euthanasia: The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2010, 19 ss.; R. BARATTA, *Il diritto alla vita privata nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Pretty*, in *Legalità e giustizia*, 2003, I, 247 ss.; F. INTRONA, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso di Diane Pretty c / Governo Britannico (Strasburgo 24 aprile 2002)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 6, I, 1561 ss.; P.M. PUTTI (a cura di), *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (appellant) v. Director of Public Prosecutions (respondent) and Secretary of State for the Home Department (interested party)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 4-5, 1219 ss.; L. GAUDINO, *Il caso "Pretty": il problema del "right to die with dignity" davanti alle grandi Corti di common law*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 4-5, 1238 ss.; G. FRANCOLINI, *Il dibattito sull'eutanasia tra Corte Europea e giurisprudenza interna*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 4, 813 ss.; P. DE STEFANI, *op. cit.*, 672 ss.

²⁰⁷ Diane Pretty era una donna inglese, da anni malata di sclerosi laterale amiotrofica, morta nel 2002 per soffocamento provocato dalla stessa malattia. La donna era completamente paralizzata, muta ed alimentata ed idratata tramite sonda, ma le sue capacità intellettive erano intatte. Ella era consapevole che la malattia l'avrebbe condotta alla morte e la sua paura maggiore era quella di morire di soffocamento.

conferente un diritto diametralmente opposto, chiamato diritto a morire; e neppure un diritto all'autodeterminazione nel senso di conferire ad un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita»²⁰⁸.

Quanto all'art. 3 della CEDU, la Corte sostiene il principio secondo cui le leggi poste dagli Stati membri a divieto del suicidio assistito non possono essere considerate in alcun modo lesive dell'art. 3, poiché non è legittimo considerare le interdizioni e i divieti al suicidio assistito posti in essere dallo Stato come trattamenti avviliti e disumani, che possano provocare danni gravi e sofferenze sia psichiche che fisiche agli individui. Ciò risulta essere ragionevolmente giustificabile se si considera che il dolore e l'afflizione provocati da una malattia incurabile - dal momento che sono dovuti da cause imprevedibili e sopraggiungono in modo naturale - non possono essere ricondotti in alcun modo ad una responsabilità statale²⁰⁹. La Corte afferma la possibilità di interferenza con l'art. 3 solo qualora la malattia venga o rischi di essere aggravata da un trattamento - conseguente a talune condizioni di detenzione, ad una espulsione o ad altre misure - del quale le autorità possano essere ritenute responsabili²¹⁰.

Con riferimento all'art. 8 CEDU²¹¹, la Corte, da un lato, afferma con decisione l'indispensabilità del riconoscimento di un diritto di autogestione della vita, in particolar modo proprio durante gli ultimi momenti della stessa²¹²;

²⁰⁸ Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, in <http://hudoc.echr.coe.int>. Secondo la Corte, l'art. 2 della Convenzione realizza una protezione completa del diritto alla vita e lo Stato ha l'obbligo di far sì che tale diritto venga pienamente garantito a tutti gli individui, poiché, in mancanza dello stesso, sarebbe impossibile poter godere di qualsivoglia altro diritto. Da tale presupposto discende l'impossibilità di rinvenire proprio nell'art. 2 un diritto antitetico (quale sarebbe il diritto alla morte) in forza dell'autodeterminazione spettante al soggetto. Eccezioni al principio enunciato dall'art. 2 sono ammissibili solo in rarissimi casi, i quali possono essere portati di fronte alla Corte in modo diretto esclusivamente da parte dei vari Governi nazionali.

²⁰⁹ Il divieto di sottoporre un individuo a trattamenti inumani o degradanti è stabilito primariamente a tutela dei singoli soggetti, al fine di garantire loro una piena protezione contro qualsiasi comportamento, messo in atto dai loro stessi Governi, che possa danneggiarli. La difesa di Diane Pretty riteneva che, ex art. 3 CEDU, lo Stato avesse il dovere non solo di esimersi esso stesso dal causare ai propri cittadini alcun tipo di sofferenza fisica o psichica, degradante e disumana, ma che, al medesimo tempo, fosse anche sottoposto ad un obbligo attivo, al fine di garantire ai propri cittadini una piena tutela contro tali afflizioni in generale.

²¹⁰ Cfr. G. FRANCOLINI, *op. cit.*, 800.

Secondo la Corte, Diane Pretty non aveva mai subito alcuna coercizione da parte del governo britannico; l'art. 3 sarebbe stato invece violato se il DPP avesse concesso l'immunità al marito, permettendo alla donna di morire per mano di quest'ultimo, perché in tal caso lo Stato si sarebbe reso responsabile di un trattamento inumano e degradante.

Più in generale, l'art. 2 e l'art. 3 CEDU devono essere analizzati congiuntamente ed interpretati in modo armonico; dal combinato disposto degli stessi consegue l'insussistenza di qualsiasi diritto per i cittadini di pretendere dal proprio Stato di appartenenza una facilitazione della morte propria o altrui.

²¹¹ È da registrare una certa difficoltà nel rintracciare una definizione soddisfacente di vita privata o c.d. privacy, poiché lo stesso concetto potrebbe comprendere anche il diritto di autodeterminazione degli individui. Diane Pretty avanzò quindi la richiesta di veder includere nello stesso art. 8 il diritto di autodeterminazione: tale diritto presupporrebbe il riconoscimento di una libertà, attribuita ad ogni essere umano, in merito alla scelta circa la disposizione del proprio corpo, nonché il conseguente riconoscimento della facoltà per ogni individuo di valutare se e quando togliersi la vita.

²¹² Tale affermazione si basava sul fatto che l'interpretazione estensiva dell'art. 8 consentiva di

dall'altro lato, dichiara l'ammissibilità di un intervento da parte dello Stato mediante interferenze che abbiano come effetto quello di limitare il diritto all'autodeterminazione, purché tali esse siano espressamente disciplinate dalla legge e poste a tutela della sicurezza e della difesa della comunità in generale²¹³.

La Corte non ritiene nemmeno violato l'art. 9, in quanto la richiesta della ricorrente era lontana da ogni credo e religione, dovendosi ritenere che il termine «pratica», contenuto nell'articolo citato, non possa estendersi sino a comprendere «qualsiasi atto influenzato o motivato da una convinzione religiosa o spirituale»: quindi, la richiesta della ricorrente non aveva alcun fondamento basato sulla pratica o sulla convinzione di un culto religioso.

La Corte non ravvisa alcuna violazione dell'art. 14 CEDU, posto che, al fine di qualificare un trattamento come discriminatorio tra soggetti in condizioni identiche, è indispensabile che questo non risulti supportato da razionali e fondate giustificazioni volte al perseguimento di uno scopo legittimo²¹⁴. Sussiste invece una motivazione valida per trattare in modo non identico le persone che sono in grado di suicidarsi da sole e quelle che necessitano dell'aiuto del terzo: tale ragione risiede nel pericolo che una legittimazione all'aiuto al suicidio possa compromettere in maniera irrevocabile la protezione del diritto alla vita.

In conclusione, con la sentenza appena esaminata, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dichiara legittima e non contrastante con la CEDU la presa di posizione del governo britannico, il quale negava la possibilità di escludere la punibilità del marito di Diane Pretty, qualora costui avesse assecondato la volontà della moglie.

È evidente che la Corte si è trovata di fronte ad un'intricata questione: infatti, da un lato, se avesse acconsentito alla richiesta della ricorrente, avrebbe dovuto legalizzare l'aiuto al suicidio con la contestuale depenalizzazione del suddetto reato in tutti gli Stati membri che vietavano tale fattispecie; dall'altro, se avesse bocciato *in toto* la richiesta di Diane Pretty, avrebbe imposto l'abolizione di tale facoltà ai cittadini di tutti quegli Stati che avevano già acconsentito alla

comprendere nella disposizione normativa anche il diritto del paziente a negare il proprio consenso a qualsivoglia trattamento sanitario.

²¹³ Quindi, le intromissioni da parte dello Stato potrebbero risultare ammissibili, purché: proporzionate allo scopo che si prefiggono di perseguire; necessarie in una società democratica; attuate a tutela di un preminente interesse generale. La valutazione finale di pertinenza e proporzionalità dell'interferenza spetterebbe ad ogni Stato membro, il quale sarebbe così dotato di ampi poteri discrezionali in questo compito. Il divieto di aiuto al suicidio, secondo l'apprezzamento della Corte, non appariva sproporzionato in relazione al fine che si prefiggeva di perseguire, ovvero la preminente tutela dell'interesse generale al diritto alla vita; tuttavia, ciò non escludeva totalmente che eccezioni, in singoli casi, potessero essere concesse dagli Stati membri, ma solo a seguito di un'accurata valutazione sia delle motivazioni del singolo che degli interessi pubblici in gioco.

²¹⁴ Da ultimo, Diane Pretty invocò a proprio favore l'art. 14 CEDU, in quanto la diversità di trattamento in merito al suicidio tra persone autosufficienti rispetto a soggetti non più autonomi sarebbe stata fonte di discriminazione. Più precisamente, le prime risultano essere libere di togliersi la vita, suicidandosi; queste, essendo in grado di compiere tale gesto suicida in modo autonomo, non necessitano infatti l'implicazione e il coinvolgimento di alcuno. Gli individui che non sono più padroni del proprio corpo a causa della malattia che li affligge, invece, nell'eventualità in cui decidano di porre fine alle proprie sofferenze, necessitano dell'intervento di un soggetto terzo.

legalizzazione del suicidio assistito. La decisione doveva, quindi, essere bilanciata tenendo conto di tutte le circostanze sopra accennate. Il punto di equilibrio venne così individuato nel riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione *ex art.* 8 CEDU, da ponderare però con l'art. 2 e con la discrezionalità degli Stati negli interventi limitativi della libertà. In questo modo, si è riusciti a lasciare una via aperta a più soluzioni, a seconda della volontà di ciascun Stato membro²¹⁵.

Un'ulteriore evoluzione dell'interpretazione del tema in oggetto da parte della Corte si registrata nella recente pronuncia relativa al caso *Haas c. Svizzera*²¹⁶. M. Ernst G. Haas, affetto da una grave malattia psichica che gli causa depressioni e disturbi bipolari, tali da indurlo per ben due volte a tentare il suicidio, si reca presso la clinica *Dignitas*²¹⁷ per poter ottenere la prescrizione di un farmaco

²¹⁵ È utile qui riportare il commento alla sentenza CEDU contenuto nella motivazione di un'altra sentenza, fondamentale per l'ordinamento italiano, ovvero Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., relativa al caso Englaro.

Secondo la Corte Suprema, la configurabilità di un dovere dell'individuo alla salute, comportante il dovere del paziente di non rifiutare cure e terapie che consentano il mantenimento in vita, non può ricavarsi dalla sentenza CEDU nel caso *Pretty c. Regno Unito*.

Infatti, «la Corte di Strasburgo afferma che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita. Siffatto principio - che il Collegio condivide pienamente e fa proprio - è utilizzato dalla Corte di Strasburgo non già per negare l'ammissibilità del rifiuto di cure da parte dell'interessato, ma per giudicare non lesivo del diritto alla vita il divieto penalmente sanzionato di suicidio assistito previsto dalla legislazione nazionale inglese ed il rifiuto, da parte del Director of Public Prosecutions, di garantire l'immunità dalle conseguenze penali al marito di una donna paralizzata e affetta da malattia degenerativa e incurabile, desiderosa di morire, nel caso in cui quest'ultimo le presti aiuto nel commettere suicidio. Coerentemente con tale impostazione, la stessa sentenza della Corte europea ha cura di sottolineare: che, in campo sanitario, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, e tuttavia l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata); e che una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita».

²¹⁶ Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, in <http://hudoc.echr.coe.int>, su cui v. C. CASONATO, *Stato di derivazione liberale e fine vita: fra regola ed eccezione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 2, 15 ss. e M. ZANICHELLI, *L'aiuto al suicidio può essere un obbligo degli Stati?*, in *Quad. cost.*, 2011, 2, 428 ss.; sulla vicenda Haas, con riferimento anche agli altri casi trattati dalla Corte, si vedano pure: I. ANRÒ - M. CONDINANZI, *Testamento biologico. La posizione delle organizzazioni europee* (Relazione al Convegno "Testamento biologico", Stresa, 25 maggio 2013), in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 3, 547 ss.; R. CONTI, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti* (Relazione all'incontro di studio organizzato in occasione della Giornata europea della giustizia civile dai Referenti distrettuali per la formazione decentrata della Corte di Appello di Torino, 25 ottobre 2012), in *Politica del diritto*, 2012, 4, 555 ss.; R. CONTE, *Per l'eutanasia. Note minime sul diritto a decidere della vita e della salute*, loc. cit.

²¹⁷ Non ci soffermerà in modo specifico - esulando dall'ambito della presente analisi in tema di disposizioni anticipate - sulle attività della clinica *Dignitas* (<http://www.dignitas.ch>), la quale è stata oggetto, negli ultimi anni, di un vero e proprio "turismo" da parte di cittadini stranieri che intendono praticare il suicidio assistito.

letale, il sodio pentobarbital. A seguito del diniego di autorizzazione da parte delle autorità e degli organi di giustizia svizzeri, egli decide di ricorrere alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, denunciando una possibile violazione dell'art. 8 CEDU.

Introducendo una distinzione preliminare tra il caso Haas e il caso Pretty²¹⁸, la decisione finale della Corte - pur risultando comunque favorevole alla necessità di una prescrizione medica per l'ottenimento del sodio pentobarbital²¹⁹ - manifesta una certa apertura nei confronti del suicidio assistito²²⁰. Infatti, dalle argomentazioni della Corte si ricava il principio per cui l'art. 2 CEDU, di per sé, non nega la possibilità di riconoscere un diritto a porre fine alla propria esistenza, purché lo Stato accerti preventivamente che tale decisione non sia stata causata da influenze esterne e rappresenti pienamente la libera ed incondizionata volontà del soggetto interessato. Lo Stato non ha il dovere di assicurare il ricorso al suicidio assistito, ma è tenuto ad ammettere la facoltà ai soggetti capaci di intendere e volere, nonché gravemente malati, di poter ricorrere come *extrema ratio* al suicidio mediante l'aiuto di un soggetto terzo²²¹.

A questo punto, si impone una precisazione per quanto concerne la normativa elvetica. Sebbene la Svizzera venga solitamente accomunata a Paesi Bassi e Belgio con riferimento alla materia dell'eutanasia, si deve rilevare che, nell'ordinamento elvetico, l'eutanasia attiva diretta (*direkte aktive Sterbehilfe*) è punibile *ex art. 111 StGB* (omicidio intenzionale) o *ex art. 114 StGB* (omicidio su richiesta). Sul punto, si è espresso il Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia nel 2006, ma occorre precisare che sono rare le condanne di medici che hanno compiuto atti eutanasi (otto dal 1960 al 1998). È, invece, normalmente consentita l'assistenza al suicidio, perché l'art. 115 StGB (istigazione e aiuto al suicidio) sanziona penalmente l'istigazione e l'aiuto al suicidio solo se compiuti «per motivi egoistici» (recita infatti tale articolo: «Chiunque, per motivi egoistici, istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione»).

Un episodio ancor più recente rispetto a quelli sopra ricordati riguarda il caso *Koch c. Germania*²²². La moglie di Ulrich Koch si era ritrovata, a seguito di

²¹⁸ Rileva la Corte: «unlike the Pretty case, the Court observes that the applicant alleges not only that his life is difficult and painful, but also that, if he does not obtain the substance in question, the act of suicide itself would be stripped of dignity. In addition, and again in contrast to the Pretty case, the applicant cannot in fact be considered infirm, in that he is not at the terminal stage of an incurable degenerative disease which would prevent him from taking his own life».

²¹⁹ In conclusione della motivazione della sentenza si legge: «even assuming that the States had a positive obligation to adopt measures to facilitate the act of suicide with dignity, the Swiss authorities have not failed to comply with this obligation in the instant case».

²²⁰ Con riferimento a questo aspetto, i Giudici così si esprimono: «With regard to the balancing of the competing interests in this case, the Court is sympathetic to the applicant's wish to commit suicide in a safe and dignified manner and without unnecessary pain and suffering, particularly given the high number of suicide attempts that are unsuccessful and which frequently have serious consequences for the individuals concerned and for their families».

²²¹ Il diritto alla vita garantito dall'art. 2 della Convenzione obbliga gli Stati a stabilire «a procedure capable of ensuring that a decision to end one's life does indeed correspond to the free wish of the individual concerned».

²²² Corte EDU, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*. in <http://hudoc.echr.coe.int>. Per alcuni

un grave incidente, totalmente paralizzata ed attaccata ad un respiratore artificiale; avendo manifestato l'intenzione di morire, la donna, dopo il rifiuto da parte del governo tedesco in merito alla somministrazione del farmaco letale richiesto²²³, si reca in Svizzera presso la clinica *Dignitas*. Il marito presenta comunque ricorso per supposta violazione dell'art. 8 CEDU.

La Corte, a differenza di quanto deciso nel caso *Sanlés Sanlés c. Spagna*, dichiara in parte ricevibile il ricorso, osservando che, nel caso in esame, il ricorrente lamentava la violazione di propri diritti discendenti dall'art. 8 CEDU e non di diritti intrasferibili altrui: il suo stretto legame con la moglie e il suo coinvolgimento emotivo nella realizzazione del desiderio della stessa di togliersi la vita consentivano di concludere che egli era stato direttamente colpito dal rifiuto dell'Istituto federale di concedere il farmaco letale. Quindi, la Corte riconosce lo *status* di "vittima" al sig. Koch, ma, d'altro canto, dichiara irricevibile la doglianza relativa alla violazione dei diritti della moglie, a causa della natura intrasmissibile di tali diritti.

I Giudici di Strasburgo stabiliscono, poi, che il desiderio di autodeterminare la fine della vita è una questione di interesse generale, quindi i giudici nazionali devono esaminare nel merito le istanze che vengono loro presentate dai soggetti che esprimono volontà di morire. La Corte afferma che nel margine di discrezionalità degli Stati rientra legittimamente sia la scelta di sanzionare penalmente l'assistenza al suicidio (opzione di gran lunga prevalente), sia quella di ammettere, a determinate condizioni, la possibilità del suicidio assistito; non vi rientra, invece, quella di sottrarsi all'esame della richiesta, anche quando il diritto sostanziale non è stato ancora accertato, e, come nel caso di specie, sarebbe stato presumibilmente negato in base al diritto interno.

Nel caso *Gross c. Svizzera* viene trattata la vicenda della sig.ra Alda Gross, la quale, nata nel 1931, pur non soffrendo di alcuna grave patologia, intendeva porre termine alla propria vita al fine di evitare il decadimento fisico e psichico derivante dal processo di invecchiamento²²⁴.

A seguito del rifiuto da parte delle autorità e delle corti elvetiche circa la prescrizione di farmaci letali, la donna presenta ricorso alla Corte Europea dei

commenti, si rimanda a: S. PELLEGRINO, "*Koch c. Germania*": in tema di suicidio assistito, in *Quad. cost.*, 2012, 4, 910 ss.; E. CRIVELLI, *Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*, in *Riv. AIC*, 2012, 4, 5 ss.; E. VIGATO, *Il suicidio medicalmente assistito in Germania. Il Tribunale amministrativo di Berlino riapre la questione tra (presunti) divieti assoluti ed (alcune) eccezioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 3, 940 ss.

²²³ La decisione del governo tedesco si fondava sulla disposizione della *Betäubungsmittelgesetz*, secondo cui è necessaria l'approvazione delle autorità per ottenere particolari farmaci, ma l'autorizzazione può essere concessa solo a scopo di mantenimento in vita del soggetto e non per fini opposti.

²²⁴ Corte EDU, 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera*, in <http://hudoc.echr.coe.int>. Sulla vicenda, v.: E. VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera. La Corte europea dei diritti dell'uomo "invita" a prendere posizione anche sull'eutanasia delle persone sane*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 3, 940 ss.; E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, in *Riv. AIC*, 2013, 3, 5 ss.; G. RAGONE, "*Gross c. Svizzera*": un'ulteriore sentenza in tema di eutanasia della Corte di Strasburgo, in *Quad. cost.*, 2013, 3, 663 ss.

Diritti dell'Uomo, la quale rileva che la legge svizzera, laddove prevede la possibilità di ottenere una dose letale di una sostanza su prescrizione medica, non fornisce sufficienti linee guida che garantiscano la chiarezza circa l'estensione di detto diritto: pertanto, è ravvisabile una violazione dell'art. 8 della Convenzione sotto tale aspetto²²⁵. Contemporaneamente, la Corte evita di prendere posizione in merito alla possibilità, nel caso concreto, di ottenere la dose letale di farmaco, dal momento che è compito delle autorità nazionali fissare linee guida esaustive e chiare necessarie alla soluzione della questione²²⁶.

Da ultimo, occorre far cenno alla recentissima decisione della Grande Chambre nel caso *Lambert e altri c. Francia*²²⁷.

Vincent Lambert si trova dal 2008 in stato vegetativo presso l'ospedale di Reims a causa di un incidente motociclistico che gli ha causato lesioni cerebrali considerate irreversibili. La moglie e i medici curanti chiedono, quindi, alle autorità sanitarie francesi l'autorizzazione all'interruzione dell'alimentazione ed idratazione artificiali. Alcuni parenti (tra cui i genitori) di Lambert si oppongono a tale scelta e impugnano il provvedimento del Conseil d'État che autorizza l'interruzione dei trattamenti sanitari.

La Corte EDU nel 2014 chiede al governo francese la sospensione della sentenza *ex art. 39* Regolamento CEDU, il quale prevede la possibilità di imporre agli Stati delle urgenti e provvisorie, a titolo eccezionale, quando i richiedenti siano esposti ad un reale rischio di danni gravi e irreversibili.

Con pronuncia del 5 giugno 2015, la *Grand Chambre*, ricollegandosi alle precedenti decisioni sopra citate²²⁸ e sottolineando che «the issue [...] in the

²²⁵ Così motiva la Corte: «66. The Court considers that the uncertainty as to the outcome of her request in a situation concerning a particularly important aspect of her life must have caused the applicant a considerable degree of anguish. The Court concludes that the applicant must have found herself in a state of anguish and uncertainty regarding the extent of her right to end her life which would not have occurred if there had been clear, State-approved guidelines defining the circumstances under which medical practitioners are authorised to issue the requested prescription in cases where an individual has come to a serious decision, in the exercise of his or her free will, to end his or her life, but where death is not imminent as a result of a specific medical condition. The Court acknowledges that there may be difficulties in finding the necessary political consensus on such controversial questions with a profound ethical and moral impact. However, these difficulties are inherent in any democratic process and cannot absolve the authorities from fulfilling their task therein.

67. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that Swiss law, while providing the possibility of obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital on medical prescription, does not provide sufficient guidelines ensuring clarity as to the extent of this right. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention in this respect».

²²⁶ Infatti, « the Court considers that it is primarily up to the domestic authorities to issue comprehensive and clear guidelines on whether and under which circumstances an individual in the applicant's situation – that is, someone not suffering from a terminal illness – should be granted the ability to acquire a lethal dose of medication allowing them to end their life. Accordingly, the Court decides to limit itself to the conclusion that the absence of clear and comprehensive legal guidelines violated the applicant's right to respect for her private life under Article 8 of the Convention, without in any way taking up a stance on the substantive content of such guidelines».

²²⁷ Corte EDU, 5 giugno 2015, *Lambert e altri c. Francia*, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

²²⁸ Si riporta qui di seguito il passo con cui la Corte riassume i principi sanciti nei propri precedenti in materia: «136. The Court has never ruled on the question which is the subject of the

present case is not that of euthanasia, but rather the withdrawal of life-sustaining treatment», afferma che il provvedimento con cui viene autorizzata l'interruzione dei trattamenti terapeutici *life saving* non viola il diritto alla vita tutelato dall'art. 2 della Convenzione.

Dal rapido esame condotto in merito alla giurisprudenza CEDU è possibile ricavare il principio per cui la discrezionalità degli Stati assume un ruolo preminente, potendosi configurare - in tema di "diritto a morire", eutanasia e suicidio assistito - una pluralità di soluzioni assai differenti e non censurabili per violazione della Convenzione, in quanto rientranti nel margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati.

Significative sono, in merito, le parole contenute nella motivazione della sentenza *Lambert e altri c. Francia*,: «148. [...] the Court considers that in this

present application, but it has examined a number of cases concerning related issues.

137. In a first group of cases the applicants or their relatives invoked the right to die, relying on various Articles of the Convention.

In the case of *Sanles Sanles*, cited above, the applicant asserted, on behalf of her brother-in-law, who was tetraplegic and wished to end his life with the assistance of third parties and who died before the application was lodged, the right to die with dignity, relying on Articles 2, 3, 5, 6, 8, 9 and 14 of the Convention. The Court rejected the application as being incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention.

In the case of *Pretty*, cited above, the applicant was in the terminal stages of an incurable neurodegenerative disease and complained, relying on Articles 2, 3, 8, 9 and 14 of the Convention, that her husband could not help her to commit suicide without facing prosecution by the United Kingdom authorities. The Court found no violation of the provisions in question.

The cases of *Haas and Koch*, cited above, concerned assisted suicide, and the applicants relied on Article 8 of the Convention. In *Haas*, the applicant, who had been suffering for a long time from a serious bipolar affective disorder, wished to end his life and complained of being unable to obtain the lethal substance required for that purpose without a medical prescription; the Court held that there had been no violation of Article 8. In *Koch*, the applicant alleged that the refusal to allow his wife (who was paralysed and needed artificial ventilation) to acquire a lethal dose of medication so that she could take her own life had breached her right, and his, to respect for their private and family life. He also complained of the domestic courts' refusal to examine his complaints on the merits, and the Court found a violation of Article 8 on that point only.

138. In a second group of cases the applicants took issue with the administering or withdrawal of treatment.

In *Glass*, cited above, the applicants complained of the administering of diamorphine to their sick child by hospital doctors without their consent, and of the "do not resuscitate" order entered in his medical notes. In its decision of 18 March 2003, cited above, the Court found that their complaint under Article 2 of the Convention was manifestly ill-founded; in its judgment of 9 March 2004 it held that there had been a violation of Article 8 of the Convention.

In the case of *Burke v. the United Kingdom* ((dec.), no. 19807/06, 11 July 2006), the applicant suffered from an incurable degenerative brain condition and feared that the guidance applicable in the United Kingdom could lead in due course to the withdrawal of his artificial nutrition and hydration. The Court declared his application, lodged under Articles 2, 3 and 8 of the Convention, inadmissible as being manifestly ill-founded.

Lastly, in its decision in *Ada Rossi and Others*, cited above, the Court declared incompatible *ratione personae* an application lodged by individuals and associations complaining, under Articles 2 and 3 of the Convention, of the potentially adverse effects for them of execution of a judgment of the Italian Court of Cassation authorising the discontinuation of the artificial nutrition and hydration of a young girl in a vegetative state.

139. The Court observes that, with the exception of the violations of Article 8 in *Glass* and *Koch*, cited above, it did not find a violation of the Convention in any of these cases».

sphere concerning the end of life, as in that concerning the beginning of life, States must be afforded a margin of appreciation, not just as to whether or not to permit the withdrawal of artificial life-sustaining treatment and the detailed arrangements governing such withdrawal, but also as regards the means of striking a balance between the protection of patients' right to life and the protection of their right to respect for their private life and their personal autonomy [...]. However, this margin of appreciation is not unlimited [...] and the Court reserves the power to review whether or not the State has complied with its obligations under Article 2.

[...] 181. The Court is keenly aware of the importance of the issues raised by the present case, which concerns extremely complex medical, legal and ethical matters. In the circumstances of the case, the Court reiterates that it was primarily for the domestic authorities to verify whether the decision to withdraw treatment was compatible with the domestic legislation and the Convention, and to establish the patient's wishes in accordance with national law. The Court's role consisted in ascertaining whether the State had fulfilled its positive obligations under Article 2 of the Convention»²²⁹.

2.4. L'esperienza dei Paesi Bassi in materia di eutanasia.

Nel panorama mondiale, assolutamente rilevante è il caso dei Paesi Bassi, che sono stati la prima nazione ad introdurre un'effettiva disciplina dell'eutanasia attiva mediante l'approvazione della «Wet van 12 april 2001, houdende toetsing van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van de Wet op de lijkbezorging (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding)»²³⁰, entrata in vigore il 1° aprile 2002. Quindi, la legislazione olandese²³¹ non si occupa specificamente di disposizioni anticipate di trattamento, quanto, piuttosto, della disciplina dell'eutanasia attiva volontaria²³². La normativa citata segna l'epilogo di decenni

²²⁹ Corte EDU, 5 giugno 2015, *Lambert e altri c. Francia*, cit.

²³⁰ Legge 12 aprile 2001 per il controllo della conclusione della vita su richiesta e dell'aiuto al suicidio.

²³¹ Sulla legislazione olandese in tema di eutanasia, si vedano, tra i molti: P. RICCA (a cura di), *Eutanasia. La legge olandese e commenti*, Torino, 2002; G. BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e omicidio assistito*, in *Corr. giur.*, 2001, 6, 705 s.; G. CASSANO, *L'eutanasia nella legge olandese ed in un recente caso giurisprudenziale italiano*, in *Fam. e dir.*, 2001, 5, 573 ss.; G. CIMBALO, *Osservazioni al Parere del Consiglio di Stato Olandese sulla legge per l'eutanasia e l'aiuto al suicidio*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, 3, 655 ss.; W.J. EIJK, *Il porre fine alla vita di neonati handicappati. Dal Protocollo di Groningen al regolamento nazionale olandese*, in *Medicina e morale*, 2007, 6, 1165 ss.; G. GIUSTI, *La legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 6, II, 1103 ss.; D. VISENTIN, *La legge olandese sull'eutanasia: un esempio da seguire*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 2-3, II, 663 ss.

²³² Si è già posta in evidenza la differenza sostanziale tra le due tematiche, che, pur presupponendo l'analisi di problemi comuni, sono ontologicamente distinte. Una superficiale equiparazione tra DAT ed eutanasia, oltre che risultare non corretta, risulta foriera di pericolosi equivoci. Si deve rilevare che, nel citato Dossier n. 104 di corredo al "d.d.l. Calabrò" (v. par. 1.1, nt. 10), è possibile leggere «Il testamento biologico è attualmente disciplinato nei Paesi Bassi dalla

di accessi dibattiti, essendo il frutto di un complesso e prolungato *iter* legislativo, iniziato fin dagli anni Settanta, che ha coinvolto l'intera società olandese²³³.

Uno dei fattori che scatenò numerose controversie fu la pubblicazione, nel 1969, di alcuni studi sui "nuovi confini" della medicina nei Paesi Bassi: questi erano accuratamente corredati da sconvolgenti foto che immortalavano le più svariate mutilazioni operate sui pazienti malati allo scopo di prolungare la durata della loro vita che, sfortunatamente, spesso era destinata ad essere meramente vegetativa. Tali risultati, resi pubblici dalla stampa, ebbero, come prevedibile, un notevole impatto sociale. Si ritenne, quindi, opportuno adottare provvedimenti in merito ad una situazione che era stata sino ad allora poco considerata dal punto di vista legislativo. La società olandese aveva già la consapevolezza che la pratica dell'eutanasia era molto diffusa e, pertanto, si preferì affrontare il problema piuttosto che ignorare il fenomeno, al fine di limitare il più possibile gli abusi.

Venne così aperto un confronto triangolare tra magistratura, governo ed ordine dei medici, al fine di individuare principi condivisi. In particolare, attraverso il confronto, si intendeva definire una procedura volontaria di segnalazione dell'eutanasia. In sostanza, da un lato, i medici manifestavano la disponibilità a far emergere i casi di eutanasia praticata abusivamente e, dall'altro lato, il governo e la magistratura si impegnavano a limitare l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'équipe sanitaria. Si raggiunse, in questo modo, un compromesso che favorì l'elaborazione dei criteri per disciplinare un fenomeno così sfuggente.

Mentre i rappresentanti delle varie componenti sociali sopra citate discutevano su una possibile soluzione, la soluzione dei casi concreti veniva devoluta alla giurisprudenza²³⁴, la quale iniziò ad interpretare²³⁵ l'art. 40 del codice penale olandese²³⁶ come causa di giustificazione per i reati previsti dagli artt. 293 c.p. (omicidio commesso su richiesta della vittima)²³⁷ e 294 c.p. (aiuto al

legge del 12 aprile 2001 (Legge per il controllo di interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio)»: ciò lascia presupporre che non sia stata effettivamente percepita la distinzione tra disposizioni anticipate di trattamento ed interventi eutanasi.

²³³ Sul punto, si vedano: P. SCHEPENS, *Dimensioni culturali e tematiche del movimento pro-eutanasia: il caso particolare dell'Olanda*, in *Medicina e morale*, 2001, 4, 677 ss.; G. FRAVOLINI - E. MAZZEO - A. MENCARELLI, *L'eutanasia in Olanda: risposta legislativa ad una prassi iniqua*, in *Medicina e morale*, 1994, 6, 1093 ss.; E. WILLEM, *Il Rapporto 2001-2002 sulla prassi dell'eutanasia nei Paesi Bassi: considerazioni critiche*, in *Medicina e morale*, 2003, 6, 1137 ss.

²³⁴ Una delle prime decisioni giurisprudenziali nei Paesi Bassi risale al 1973: è il caso *Postma van Boven*. La dott.ssa Postma van Boven si rifiutò di praticare cure alla madre paralitica e soggetta a crisi depressive, uccidendola con una forte dose di morfina. La Corte, nonostante il gesto compiuto, condannò la dottoressa ad una pena assai lieve e colse l'occasione per ipotizzare che i medici avrebbero potuto procedere all'eutanasia, a patto che questi avessero rispettato determinati requisiti stabiliti direttamente dal governo olandese.

²³⁵ Cfr. G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, 2003, 36.

²³⁶ «Non è punibile colui che commette un fatto al quale egli è costretto a causa di forza maggiore».

²³⁷ «Chiunque cagioni la morte di un uomo su sua esplicita e seria richiesta è punito con la reclusione di al massimo 12 anni o con una pena pecuniaria di quinta categoria».

suicidio)²³⁸: la sussistenza di una causa di forza maggiore *ex art.* 40 c.p. olandese era individuata nell'ipotesi in cui il medico non avesse nessun'altra possibilità di placare le sofferenze del paziente se non cagionandogli la morte²³⁹.

L'iter intrapreso proseguì nel 1990 con l'istituzione di una Commissione di Stato, la c.d. Commissione Rimmelink, avente lo scopo di effettuare un rapporto informativo sull'operato dei medici e di valutare gli elementi a favore e contro l'eutanasia, a seguito degli esiti degli studi condotti dalla facoltà di Medicina dell'Università Erasmo da Rotterdam²⁴⁰.

Il percorso di riforma legislativa si concluse nel 2001 con l'entrata in vigore della sopra citata «Legge per il controllo della conclusione della vita su richiesta e dell'aiuto al suicidio», approvata con 104 voti favorevoli e 40 contrari, presentata congiuntamente dal Ministro della Sanità Borst e dal Ministro della Giustizia Korthals. Mediante la legge in questione viene definitivamente legalizzata nei Paesi Bassi l'eutanasia attiva, la quale non è più considerata penalmente sanzionabile *ex artt.* 293 e 294 c.p., laddove siano rispettate le cautele previste dalla normativa speciale²⁴¹.

I cc.dd. “criteri di adeguatezza” che il medico agente è tenuto a rispettare per non rendere configurabile una fattispecie di reato sono elencati all'art. 2, comma 1, della legge; detto articolo prevede alcuni passaggi tassativi ed

²³⁸ «Chiunque istiga un altro intenzionalmente a suicidarsi, che lo aiuta a suicidarsi, in caso di decesso, è punito con una pena detentiva della durata massima di 3 anni o con un'ammenda di quarta categoria».

²³⁹ Tuttavia, dovevano essere rispettati specifici “criteri di adeguatezza”, i quali sono stati espressamente individuati dalla giurisprudenza e sono sostanzialmente rimasti invariati fino ai giorni nostri. Tali criteri possono essere così sintetizzati: richiesta volontaria, ben ponderata e durevole del paziente; presenza di sofferenze fisiche e morali intollerabili e senza prospettive di miglioramento secondo le conoscenze mediche vigenti; consultazione da parte del medico di almeno un altro medico indipendente; esecuzione dell'interruzione della vita da parte del medico che assiste il paziente a morire compiuta con adeguatezza (sulla questione, v.: C. TRIPODINA, *Profili comparatistici dell'eutanasia. Itinerari giuridici alla scoperta di un “diritto” in via di riconoscimento*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 4, 1733 ss.; EAD., *Primavera 2002: la “questione eutanasia” preme sull'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 1, 351 ss.

²⁴⁰ La Commissione, dopo innumerevoli indagini ed approfonditi dibattiti, affermò l'esistenza di un diritto della persona a morire con dignità, che trova la sua ragion d'essere nel principio di libertà personale e, per tale ragione, deve essere garantito. Questa conclusione si basa sul presupposto per cui ad un individuo non può essere imposto con la forza l'obbligo di vivere, se costui ha deciso di morire. Tali affermazioni di principio si prefiggevano l'obiettivo di modificare la legge disciplinante la sepoltura e la crematura attraverso la previsione di esonero di responsabilità del medico, il quale si fosse autodenunciato dopo aver posto termine alla vita di un proprio paziente.

²⁴¹ Non sarebbe però corretto affermare che, dopo l'entrata in vigore di tale normativa, nei Paesi Bassi non sia più perseguibile in assoluto la fattispecie dell'eutanasia. Infatti, tramite l'innovazione legislativa viene operata solo una parziale depenalizzazione della fattispecie, poiché, da un lato, il codice penale non subisce alcuna modifica (restano, tutt'oggi, ancora in vigore gli artt. 293 e 294 c.p.), ma al contempo, dall'altro lato, si introduce l'esonero da responsabilità penale per i casi di eutanasia compiuti conformemente alle disposizioni di legge. A questo proposito, nelle premesse del testo normativo, viene precisato: «Abbiamo preso in considerazione che sarebbe desiderabile includere nel codice penale una causa di non punibilità per il medico che metta fine alla vita o aiuti al suicidio a richiesta, rispettando in modo tassativo la legge e a questo scopo promulghiamo una legge contenente la procedura di avviso e di controllo». Sulla questione, si rimanda a G. CIMBALO, *op. cit.*, 41.

inderogabili. In dettaglio, per la legittimità dell'atto eutanasi è necessario che il medico:

- abbia la piena convinzione che la richiesta effettuata da parte del paziente sia frutto di una scelta volontaria e ragionata²⁴²;
- sia convinto fermamente del fatto che la sofferenza percepita dal paziente sia insopportabile²⁴³ e protratta nel tempo, nonché del fatto che la malattia non lasci possibilità di guarigione;
- abbia accuratamente informato il paziente circa la situazione clinica e le sue prospettive di vita;
- accerti che il paziente abbia la piena e totale convinzione dell'inesistenza di qualsiasi altra soluzione ragionevole per lenire le proprie sofferenze;
- abbia precedentemente chiesto, prima di qualsiasi decisione definitiva, il parere di almeno un altro medico indipendente che, dopo aver visitato approfonditamente il paziente, abbia redatto il proprio punto di vista per iscritto confermando la sussistenza di tutti i requisiti precedentemente indicati;
- abbia praticato l'atto eutanasi o l'assistenza al suicidio con la dovuta cura richiesta e con i mezzi idonei²⁴⁴.

La proposizione della domanda da parte di un soggetto malato non implica un diritto per lo stesso ad ottenere l'eutanasi: occorre prima verificare la sussistenza di tutti i requisiti necessari e, comunque, nessun medico può essere costretto ad attuare l'eutanasi²⁴⁵.

L'art. 2 della legge olandese prende in considerazione un problema particolarmente delicato, ovvero il difficile rapporto tra eutanasi e minori, suddividendoli in tre distinte categorie:

- la prima categoria comprende i pazienti minorenni, di età compresa tra i sedici e i diciotto anni, e i soggetti maggiorenni, divenuti incapaci di intendere e volere, i

²⁴² La domanda proveniente dal soggetto malato è effettuata quasi sempre oralmente, data la necessità che il medico e il paziente discutano accuratamente del caso, ma può anche essere fatta per iscritto nel caso in cui il paziente non riesca più a esprimere oralmente la propria volontà.

²⁴³ Un problema assai significativo viene suscitato dalla nozione di "sofferenza insopportabile": tale espressione lascia un certo margine di incertezza attribuendo ampia discrezionalità al medico, dal momento che l'insopportabilità di una sofferenza è una sensazione prettamente soggettiva e, quindi, non individuabile a priori mediante criteri stabiliti dalla legge.

Il medico dovrà, quindi, cercare di valutare ragionevolmente e obiettivamente il caso per verificare se sussistono le condizioni stabilite dall'art. 2.1. Per tale motivo è indispensabile che tra il medico e il paziente si instauri uno stretto rapporto di fiducia e che il medico abbia avuto la possibilità di seguire il paziente per un lasso di tempo sufficientemente ampio da permettergli di conoscere bene la situazione clinica del soggetto ricoverato, per essere certo dell'effettiva intollerabilità della sofferenza e per verificare la volontà del paziente. Da ciò discende il divieto di effettuare l'eutanasi su soggetti che non siano residenti nei Paesi Bassi, con il fine di limitare il più possibile il c.d. "turismo eutanasi", basato su appositi viaggi effettuati in un Paese straniero con lo scopo di porre fine alla propria vita.

²⁴⁴ Di solito, l'atto eutanasi viene praticato dal medico mediante la somministrazione di un narcotico per indurre il paziente in un sonno profondo e, successivamente, dall'iniezione di un farmaco muscolo-rilassante: la morte avviene in breve tempo e in modo indolore, provocata da un collasso cardiaco o polmonare.

²⁴⁵ Molte domande vengono rigettate dai medici, poiché valutate non idonee a rispettare le condizioni stabilite dalla legge. Secondo le statistiche, il 90% delle domande accolte riguarda soggetti affetti da cancro terminale.

quali, a causa della loro situazione, si trovano nell'impossibilità di esprimere la propria volontà. Se, precedentemente al raggiungimento di questa condizione, tali soggetti potevano essere considerati in grado di compiere un ragionevole apprezzamento sullo stato in cui versavano ed avevano, a seguito di ciò, rilasciato una dichiarazione scritta (c.d. *precedent autonomy*) contenente la richiesta di cessazione della vita per eventualità future, il medico può acconsentire a tale richiesta al fine di compiere l'atto eutanasi. In tale caso la situazione viene così equiparata a quella prevista per i soggetti maggiorenni capaci di intendere e volere, con la conseguente applicazione delle stesse condizioni previste dall'art. 2, comma 1;

- nella seconda categoria sono collocati i pazienti minorenni di età compresa tra sedici e diciotto anni capaci di intendere e volere. Se questi vengono considerati in grado di svolgere un ragionevole apprezzamento della situazione in cui versano e richiedono espressamente che venga posto fine alle loro sofferenze, il medico, dopo aver coinvolto e consultato i genitori o il tutore, può legittimamente compiere l'atto eutanasi o assistere il minore nel suicidio;

- infine, l'ultima categoria include i pazienti con età compresa tra dodici e sedici anni. Nei confronti di questi soggetti, il medico potrà compiere l'eutanasi solo a condizione che, nonostante la giovane età, si possa ritenere che essi abbiano una ragionevole consapevolezza della situazione in cui versano e che siano supportati dal consenso dei genitori o del tutore. Eccezionalmente il medico potrà assecondare la volontà del minore anche nel caso in cui non vi sia il consenso dei genitori o del tutore, purché ritenga ragionevolmente che, mediante tale azione, possa essere evitato un "grave danno", inteso come il protrarsi di inutili sofferenze per il paziente colpito da una malattia senza possibilità di guarigione.

Il sistema olandese prevede uno strutturato sistema di controlli sull'operato dell'apparato medico. Per soddisfare tale esigenza, sono state istituite cinque Commissioni di controllo, ognuna competente per una specifica area territoriale²⁴⁶.

Compito precipuo della Commissione è quello di valutare l'operato del medico curante per accertare se questi, nel compimento dell'eutanasi o nel supporto del paziente per il compimento del suicidio assistito, abbia rispettato rigorosamente tutti i tassativi requisiti previsti dalla legge.

Il medico, a seguito di eutanasi o di suicidio assistito, deve adempiere ad un duplice obbligo: è infatti tenuto sia a redigere immediatamente un certificato di morte, specificando la «morte per cause non naturali», sia a consegnare un rapporto dettagliato circa la conformità del proprio comportamento alle condizioni stabilite dalla legge. Tutto ciò dovrà essere inviato al medico legale comunale;

²⁴⁶ Ogni Commissione è necessariamente composta da tre membri, nominati dal Ministro della Sanità congiuntamente con il Ministro della Giustizia, con formazione e cognizioni differenti per assicurare una visione il più possibile completa della situazione in oggetto: un medico (figura essenziale che rappresenta una maggiore garanzia di sicurezza e tutela per il medico agente), uno specialista di questioni etiche o filosofiche ed un giurista, che presiede la Commissione stessa. I membri restano in carica sei anni e sono rieleggibili per una sola volta. Possono decadere dal loro incarico su decisione del Ministro della Sanità e del Ministro della Giustizia per motivi di inidoneità, incompetenza o per altri importanti motivi; devono inoltre astenersi dal valutare un caso se, per i fatti in oggetto, la loro imparzialità può risulterne compromessa.

quest'ultimo dovrà trasferire tale documentazione alla competente Commissione regionale di controllo. Ricevuta la documentazione, la Commissione, per avere un quadro più completo della situazione, può chiedere al medico di integrare il suo rapporto e può rivolgere domande supplementari ai soggetti coinvolti. I membri della Commissione, entro sei settimane dal ricevimento della relazione, prendono la propria decisione a maggioranza semplice e ne danno comunicazione al medico interessato²⁴⁷. Per garantire la trasparenza, ogni Commissione ha il dovere di archiviare e raccogliere tutti i casi di eutanasia o di suicidio assistito che le vengono sottoposti²⁴⁸.

Nonostante l'entrata in vigore della disciplina fino a qui analizzata, nei Paesi Bassi permangono strenue opposizioni alla legalizzazione delle pratiche eutanasiche, nel timore che l'eutanasia possa essere utilizzata quale strumento per rendere lecito l'omicidio di tutti quei soggetti che comportano costi economici rilevanti per la collettività e per i propri familiari (anziani affetti da gravi forme di demenza, neonati malformati, persone affette da handicap, malati psichici, ecc.)²⁴⁹.

Nella pratica, l'applicazione dell'eutanasia ha subito ulteriori evoluzioni, con lo sviluppo di nuove iniziative. Dal 1° marzo 2012 è stata attivata, su proposta

²⁴⁷ Se la Commissione, a seguito della verifiche effettuate, conclude l'esame con un esito positivo, affermando così il rispetto di tutti i criteri di adeguatezza, il procedimento si concluderà per assenza di reato e il caso verrà archiviato. Permane una residuale possibilità che il Pubblico Ministero, nonostante tale giudizio positivo, sospetti di illecito. In tale eventualità, quest'ultimo potrà intraprendere d'ufficio un'azione penale e sarà dovere della Commissione fornirgli tutti le informazioni necessarie che verranno richieste.

La Commissione sarà, invece, tenuta ad informare immediatamente il Pubblico Ministero e l'Ispettore dell'Assistenza Sanitaria Regionale qualora sia dell'opinione che il medico abbia omesso di agire in conformità con i requisiti di diligenza stabiliti *ex art. 2*; ciò verrà reso noto anche al medico interessato.

In sintesi, il sistema di controllo previsto dalla normativa olandese non implica l'intervento del Pubblico Ministero in tutti i casi di eutanasia: egli, infatti, viene coinvolto solo per quei casi dai quali è scaturito un esito negativo a seguito dell'esame da parte della Commissione e che richiedono quindi l'avvio di un'azione penale.

²⁴⁸ Entro il 1° aprile di ogni anno, le Commissioni sono tenute anche a redigere una relazione sul proprio operato da inviare al Ministro della Sanità e del Ministro della Giustizia, i quali, a loro volta, devono renderne conto agli Stati Generali. In tale relazione finale devono essere messi in luce il numero di casi di eutanasia e suicidio assistito sui quali è stato reso un parere, la natura di questi casi, le opinioni e le considerazioni scaturite. Al fine di garantire coerenza ed uniformità al giudizio, i Presidenti delle varie Commissioni regionali si incontrano almeno due volte all'anno con lo scopo di condurre consultazioni per analizzare il metodo di lavoro e valutare le prestazioni delle Commissioni stesse.

²⁴⁹ A questo proposito, è da registrarsi una preoccupante tendenza all'aumento dei casi di eutanasia: i decessi sono stati 349 nel 1998, 2.216 nel 1999, 2.123 nel 2000, 2.054 nel 2001, 1.882 nel 2002, 1.815 nel 2003, 1.886 nel 2004, 1.933 nel 2005, 1.923 nel 2006, 2.120 nel 2007, 2.331 nel 2008, 2.636 nel 2009, 3.136 nel 2010, 3.695 nel 2011 (con un aumento del 18% rispetto all'anno precedente; devono essere inoltre considerati altri 226 morti per suicidio assistito), 4.188 nel 2012 (con un aumento del 13% rispetto all'anno precedente), 4.829 nel 2013 (con un aumento del 15% rispetto all'anno precedente). Sul punto, cfr. i dati ufficiali riportati, tra l'altro, nella lettera della *Nederlandse Patiëntenvereniging* (NPV) inviata allo *United Nations Human Rights Committee*, il cui testo è reperibile al seguente indirizzo internet: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/Discussion/2015/NPV.doc> (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

della *Nederlandse Vereniging voor een Vrijwillig Levenseinde* (NVVE)²⁵⁰, la c.d. “eutanasia a domicilio”, un discusso programma di unità mobili che operano in tutto il Paese per rispondere alle richieste di eutanasia di malati terminali, i quali non hanno ottenuto la collaborazione dei loro medici curanti²⁵¹. Nonostante il sostegno ministeriale, pesanti critiche su tali iniziative sono arrivate dalla *Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst* (KNMG), la più importante associazione nazionale di medici, che ha posto seri dubbi sulla correttezza della suddetta pratica sotto il profilo deontologico²⁵².

2.5. L'eutanasia in Belgio.

Seguendo le orme del modello olandese, anche il Belgio ha adottato nel 2002 una legge in materia di eutanasia (*Loi relative à l'euthanasie*)²⁵³.

Un primo significativo intervento era stato attuato dal *Comité Consultatif de Bioéthique*, il quale aveva innanzitutto fornito una precisa definizione dell'eutanasia quale «acte pratiqué par un tiers qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci»²⁵⁴. L'intervento del *Comité* ha posto le basi per l'instaurarsi di un ampio dibattito²⁵⁵ e di un *iter* legislativo culminato

²⁵⁰ Associazione Olandese per una Fine Volontaria della Vita.

²⁵¹ Cfr. il sito internet <http://www.levenseindekliniek.nl> (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015). Tale iniziativa ha preso il nome di *Levenseindekliniek*, letteralmente “clinica di fine vita”, ed è stata approvata dal Ministero della Sanità. Tutti i residenti che vogliono porre fine alla loro vita possono quindi gratuitamente farne domanda via telefono o inviando la domanda via e-mail. Ovviamente, i medici, prima di poter ottemperare a tali richieste, dovranno verificare la sussistenza di tutti i già citati requisiti previsti dalla legge; in particolare, dovranno valutare che il soggetto sia gravemente malato senza alcuna speranza di guarigione, che soffra di dolori insopportabili e che abbia espresso più volte, in modo chiaro e indipendente, il desiderio di morire. Alle squadre mobili non è consentito di praticare più di una eutanasia alla settimana, al fine di ridurre l'impatto psicologico che l'attività in questione può generare nella collettività.

²⁵² Sebbene gli esponenti della KNMG si proclamino non contrari all'eutanasia quando non vi sia un'alternativa, essi rimarcano che si tratta di un processo complicato e che i medici non possono avere il tempo di instaurare una relazione sufficientemente profonda con i loro pazienti in modo da valutare con equilibrio le loro richieste di eutanasia (sul punto, v. l'articolo di E. BURCHIA, *Olanda, la «dolce morte» ora arriva a domicilio*, in *Corriere della Sera*, 1° marzo 2012).

²⁵³ Sul tema, si vedano almeno: G. CIMBALO, *op. cit.*, 32 ss.; G. GIUSTI, *La legge belga sull'eutanasia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 6, III, 1572 ss.; M. MURTAS, *Brevi osservazioni in tema di eutanasia e suicidio assistito nella legislazione olandese e belga*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2003, 4, 1864 ss.; P. PASSAGLIA, *In tema di eutanasia nel diritto belga*, in *Foro it.*, 2004, 7-8, IV, 403 ss.

²⁵⁴ Cfr. COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis n° 1 du 12 mai 1997 concernant l'opportunité d'un règlement légal de l'euthanasie*, pubblicato all'indirizzo internet: http://www.health.belgium.be/filestore/7946414_FR/avis1-site_7946414_fr.pdf (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

²⁵⁵ Come noto, il Belgio è caratterizzato da una profonda complessità ed eterogeneità sociale, derivante da differenze linguistiche, etniche e religiose. Per questo motivo, data la spiccata difformità e il pluralismo sociale, sul tema dell'eutanasia si è tentato di individuare una base comune, con lo scopo di intervenire con una proposta di legge che raccogliesse il maggior consenso possibile. Tale minimo comune denominatore è stato individuato nella necessità di disciplinare compiutamente le cure palliative a tutela dei diritti del malato. Sono state presentate numerose proposte per regolamentare la materia, accompagnate tutte da accese discussioni che hanno coinvolto la società nel suo complesso.

con l'adozione - a seguito dell'approvazione da parte sia della Camera dei Rappresentanti che del Senato - della *Loi relative à l'euthanasie* del 28 maggio 2002, entrata poi in vigore il 23 settembre 2002.

Il testo della legge si suddivide in sedici articoli, i quali disciplinano dettagliatamente i doveri del medico nei confronti del paziente affinché il comportamento del primo possa essere considerato legittimo e non ricada in una fattispecie di reato.

La legge belga riprende la legge olandese, presentando con quest'ultima evidenti analogie, ma discostandosene anche sotto certi profili. In entrambe le leggi non viene indicato in modo palese il mezzo attraverso il quale il medico curante può attuare la pratica eutanasi: si presume che questa venga eseguita mediante l'impiego di farmaci. La normativa belga si distingue da quella olandese poiché prevede espressamente l'obiezione di coscienza del medico curante, mentre tale opzione è solo implicitamente prospettata dalla legge olandese. Inoltre, nella versione originaria, la legge belga si differenziava dalla legge olandese anche per il fatto che il ricorso all'eutanasi era ammesso per i maggiorenni o i minori emancipati, mentre la legislazione dei Paesi Bassi include tutti i pazienti dai dodici anni di età. Sotto questo profilo, la situazione è mutata nel 2014, dal momento che l'applicabilità dell'eutanasi è stata estesa, nonostante le numerose polemiche, anche ai soggetti minorenni, senza limite di età²⁵⁶.

Con specifico riferimento alle DAT, valgono le considerazioni già espresse a proposito dei Paesi Bassi: anche in Belgio, la legislazione si è concentrata soprattutto sulla questione delle pratiche eutanasiche più che sulle disposizioni anticipate di trattamento, che vengono trattate solo marginalmente dalla normativa. Infatti, la tematica delle DAT viene affrontata dal punto di vista legislativo nell'ottica di consentire, entro determinati limiti, l'intervento eutanasi. Prima di esaminare gli altri aspetti della normativa belga, è opportuno soffermarsi sull'art. 4, che disciplina le disposizioni anticipate di trattamento contenenti istanze eutanasiche.

La legge prevede che ogni persona maggiorenne o minorenni emancipata in grado di intendere e di volere possa, nella previsione di non avere più la possibilità di manifestare la sua volontà, esprimere per iscritto, in una apposita dichiarazione, la richiesta che un medico pratici l'eutanasi qualora accerti che: il soggetto è colpito da una malattia acuta o cronica grave e inguaribile; il soggetto è incapace di esprimersi; questa situazione è irreversibile sulla base delle attuali conoscenze scientifiche²⁵⁷.

Nella dichiarazione possono essere designate una o più persone di fiducia, maggiorenni, individuate in base ad un ordine di preferenza, con il compito di informare il medico curante circa la volontà del paziente. Ciascuna delle persone

²⁵⁶ V., *infra*, la conclusione del presente paragrafo.

²⁵⁷ L'art. 4, § 1, così dispone: «Tout majeur ou mineur émancipé capable peut, pour le cas où il ne pourrait plus manifester sa volonté, consigner par écrit, dans une déclaration, sa volonté qu'un médecin pratique une euthanasie si ce médecin constate :

- qu'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable;
- qu'il est inconscient;
- et que cette situation est irréversible selon l'état actuel de la science [...]

di fiducia sostituisce quella che la precede nei casi di rifiuto, impedimento, incapacità o decesso. Il medico curante, il medico chiamato al consulto ed i componenti del gruppo medico curante non possono essere designati fra le persone di fiducia²⁵⁸.

La dichiarazione può essere fatta in qualsiasi momento e deve essere redatta per iscritto alla presenza di due testimoni maggiorenni, di cui almeno uno non abbia alcun interesse materiale derivante dal decesso del paziente; inoltre, deve essere datata e sottoscritta dal dichiarante, dai testimoni, e, se possibile, dalla o dalle persone di fiducia designate.

Se la persona, che desidera fare una dichiarazione preventiva, è nell'impossibilità permanente di redigerla e di firmarla, le sue richieste devono essere riportate per iscritto da una persona maggiorenne di sua scelta, che non può trarre alcun interesse materiale dal decesso del dichiarante, in presenza di due testimoni maggiorenni, di cui almeno uno che non ricavi alcun interesse materiale dal decesso del dichiarante. In questo caso la dichiarazione deve precisare che il dichiarante non è in grado di scrivere e di firmare, precisandone i motivi. La dichiarazione deve essere datata e sottoscritta dalla persona che ha redatto per iscritto la dichiarazione stessa, dai testimoni e, se è il caso, dalla o dalle persone di fiducia. Una certificazione medica che attesti l'impossibilità fisica permanente deve essere allegata alla dichiarazione²⁵⁹.

La dichiarazione può essere presa in considerazione solamente se è stata fatta o confermata da meno di cinque anni prima dell'inizio dell'impossibilità del paziente di manifestare la propria volontà. Inoltre, la dichiarazione può essere annullata o modificata in qualsiasi momento²⁶⁰.

Il medico che pratica l'eutanasia, a seguito di una dichiarazione preventiva avente i requisiti sopra specificati, non commette alcuna violazione delle norme vigenti se - dopo aver accertato che il paziente è gravemente colpito da una

²⁵⁸ Art. 4, § 1: «[...] La déclaration peut désigner une ou plusieurs personnes de confiance majeures, classées par ordre de préférence, qui mettent le médecin traitant au courant de la volonté du patient. Chaque personne de confiance remplace celle qui la précède dans la déclaration en cas de refus, d'empêchement, d'incapacité ou de décès. Le médecin traitant du patient, le médecin consulté et les membres de l'équipe soignante ne peuvent pas être désignés comme personnes de confiance [...]».

²⁵⁹ Art. 4, § 1: «[...] La déclaration peut être faite à tout moment. Elle doit être constatée par écrit, dressée en présence de deux témoins majeurs, dont l'un au moins n'aura pas d'intérêt matériel au décès du déclarant, datée et signée par le déclarant, par les témoins et, s'il échet, par la ou les personnes de confiance.

Si la personne qui souhaite faire une déclaration anticipée, est physiquement dans l'impossibilité permanente de rédiger et de signer, sa déclaration peut être actée par écrit par une personne majeure de son choix qui ne peut avoir aucun intérêt matériel au décès du déclarant, en présence de deux témoins majeurs, dont l'un au moins n'aura pas d'intérêt matériel au décès du déclarant. La déclaration doit alors préciser que le déclarant ne peut pas rédiger et signer, et en énoncer les raisons. La déclaration doit être datée et signée par la personne qui a acté par écrit la déclaration, par les témoins et, s'il échet, par la ou les personnes de confiance. Une attestation médicale certifiant cette impossibilité physique permanente est jointe à la déclaration [...]».

²⁶⁰ Art. 4, § 1: «[...] La déclaration ne peut être prise en compte que si elle a été établie ou confirmée moins de cinq ans avant le début de l'impossibilité de manifester sa volonté. La déclaration peut être retirée ou adaptée à tout moment [...]».

malattia acuta o cronica incurabile, non è in grado di esprimersi, le sue condizioni di salute sono irreversibili sulla base delle attuali conoscenze scientifiche - rispetta le condizioni e le procedure previste dalla legge²⁶¹.

Senza alcuna limitazione nei confronti delle condizioni complementari che il medico ritiene di porre per intervenire, egli deve preliminarmente consultare un altro medico sia in merito all'irreversibile situazione patologica del paziente, informandolo sui motivi del consulto. Il medico consultato deve esaminare la cartella clinica e visitare il paziente, redigendo una relazione in merito alle sue constatazioni. Se nella dichiarazione di volontà è stata designata una persona di fiducia, il medico curante deve mettere la suddetta persona al corrente dei risultati del consulto²⁶². Il medico consultato deve essere autonomo sia rispetto al paziente sia nei confronti del medico curante e deve essere competente nei riguardi della patologia da cui il paziente è affetto²⁶³. Se un gruppo medico è in costante contatto con il paziente, il medico curante deve esaminare il contenuto della dichiarazione preventiva con il suddetto gruppo o con alcuni dei suoi componenti²⁶⁴. Se nella dichiarazione è designata una persona di fiducia, il medico deve con la stessa prendere in esame la volontà del paziente e, insieme con i congiunti del paziente designati dalla persona di fiducia, prendere in esame i contenuti della dichiarazione preventiva del paziente²⁶⁵.

La dichiarazione preventiva, nonché tutte le pratiche svolte dal medico curante ed i relativi esiti, ivi compresa la relazione del consulente medico, sono sistematicamente inserite nella cartella clinica del paziente²⁶⁶.

Ritornando all'esame degli altri articoli della *Loi relative à l'euthanasie*, si può osservare che, analogamente a quanto accaduto nei Paesi Bassi, la

²⁶¹ Art. 4, § 2: «[...] Un médecin qui pratique une euthanasie, à la suite d'une déclaration anticipée, telle que prévue au § 1er, ne commet pas d'infraction s'il constate que le patient:

- est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable;

- est inconscient;

- et que cette situation est irréversible selon l'état actuel de la science;

et qu'il respecte les conditions et procédures prescrites par la présente loi [...].»

²⁶² Art. 4, § 2: «[...] Sans préjudice des conditions complémentaires que le médecin désirerait mettre à son intervention, il doit préalablement:

1° consulter un autre médecin quant à l'irréversibilité de la situation médicale du patient, en l'informant des raisons de cette consultation. Le médecin consulté prend connaissance du dossier médical et examine le patient. Il rédige un rapport de ses constatations. Si une personne de confiance est désignée dans la déclaration de volonté, le médecin traitant met cette personne de confiance au courant des résultats de cette consultation [...].»

²⁶³ Art. 4, § 2: «[...] Le médecin consulté doit être indépendant à l'égard du patient ainsi qu'à l'égard du médecin traitant et être compétent quant à la pathologie concernée; [...].»

²⁶⁴ Art. 4, § 2: «[...] 2° s'il existe une équipe soignante en contact régulier avec le patient, s'entretenir du contenu de la déclaration anticipée avec l'équipe soignante ou des membres de celle-ci; [...].»

²⁶⁵ Art. 4, § 2: «[...] 3° si la déclaration désigne une personne de confiance, s'entretenir avec elle de la volonté du patient;

4° si la déclaration désigne une personne de confiance, s'entretenir du contenu de la déclaration anticipée du patient avec les proches du patient que la personne de confiance désigne [...].»

²⁶⁶ Art. 4, § 2: «[...] La déclaration anticipée ainsi que l'ensemble des démarches du médecin traitant et leur résultat, y compris le rapport du médecin consulté, sont consignés régulièrement dans le dossier médical du patient».

legalizzazione dell'eutanasia a certe condizioni non ha comportato modifiche al codice penale belga: al di fuori dei casi di eutanasia espressamente consentita, l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio continuano ad essere considerati reati perseguibili.

L'art. 2 della legge riprende la definizione di eutanasia proposta dal *Comité Consultatif de Bioéthique*; negli articoli seguenti vengono poi delineate le procedure che il medico è tenuto a seguire e gli elementi che egli deve prendere in considerazione per dar corso all'atto eutanasi. Infatti, si afferma espressamente che l'atto compiuto dal medico è considerato legittimo solo se ricorrono determinate condizioni.

In primo luogo vengono individuate le caratteristiche relative alla richiesta del paziente. Quest'ultimo, come ricordato sopra, non deve più essere necessariamente un individuo maggiorenne o un minore emancipato, capace di intendere e volere nel momento in cui manifesta tale intenzione. Tuttavia, è ancora indispensabile che la richiesta sia formulata «in modo volontario», sia «frutto di riflessione», nonché «ripetuta»²⁶⁷; inoltre, essa non deve risultare provocata da una pressione esterna.

Il medico, per poter valutare tale richiesta, è tenuto ad accertare che il paziente si trovi «in una situazione medica senza uscita» e ad appurare l'esistenza di «una sofferenza fisica o psichica costante e insopportabile che non può essere lenita e che risulta da un'affezione incidentale o patologica grave e incurabile»: deve quindi sussistere il requisito dell'affezione di malattia grave ed incurabile²⁶⁸.

Accertate tali condizioni, il medico curante ha l'obbligo di informare il paziente delle sue condizioni cliniche e del suo stato di salute. Il paziente deve essere dettagliatamente aggiornato sulla propria prospettiva di vita, sulle cure terapeutiche che possono ancora essere messe in atto nei propri confronti e di eventuali cure palliative che possono lenire le sofferenze. La decisione di compiere l'atto eutanasi, dopo l'adeguata informazione, deve essere manifestata liberamente e volontariamente dal paziente e deve essere il frutto di una ponderata analisi da parte di entrambi i soggetti coinvolti, avente come epilogo la convinzione dell'inesistenza di qualsiasi altra ragionevole soluzione migliore per il paziente²⁶⁹. Oltre agli accertamenti appena citati, il medico è tenuto ad effettuare, in modo intervallato, altri numerosi colloqui con il paziente al fine di verificare la sua piena convinzione nella scelta²⁷⁰.

²⁶⁷ Nell'art. 3, § 1, è previsto che: «la demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu'elle ne résulte pas d'une pression extérieure».

²⁶⁸ L'art. 3, § 1, della *Loi relative à l'euthanasie* richiede, infatti, che: «[...] le patient se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable; et qu'il respecte les conditions et procédures prescrites par la présente loi».

²⁶⁹ Art. 3, § 2: il medico è tenuto a «[...] informer le patient de son état de santé et de son espérance de vie, se concerter avec le patient sur sa demande d'euthanasie et évoquer avec lui les possibilités thérapeutiques encore envisageables ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences. Il doit arriver, avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution raisonnable dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontaire [...]».

²⁷⁰ Art. 3, § 2: «[...] il doit [...] s'assurer de la persistance de la souffrance physique ou psychique

La richiesta, inoltre, deve essere verificata da un medico terzo e indipendente, il quale, dopo aver valutato la situazione clinica, deve confermare la conclusione a cui era pervenuto il medico precedente sull'incurabilità del paziente²⁷¹. Se il paziente è seguito da un'équipe medica, tutta l'équipe è tenuta ad effettuare colloqui con lo stesso per accertarsi sulla sua decisione²⁷². Anche le persone care e vicine al paziente devono essere coinvolte e sentite²⁷³.

La legge belga ammette la possibilità di effettuare la pratica eutanassica anche qualora la malattia, pur essendo grave ed incurabile, non determini la morte naturale in tempi celeri e, in tale ipotesi, sono previsti ulteriori adempimenti. Il medico curante è obbligato a consultare un altro specialista, in particolare un medico psichiatra, il quale possa confermare la gravità e l'insopportabilità delle sofferenze dal quale è afflitto il paziente; inoltre, deve lasciar trascorrere almeno un mese di tempo tra la domanda scritta del paziente e l'eutanassia²⁷⁴.

In merito alla forma della richiesta, viene espressamente stabilito che la domanda di eutanassia, effettuata liberamente dal paziente, deve essere effettuata per iscritto, firmata direttamente dal soggetto interessato e datata. Nell'eventualità in cui il paziente, per lo stato in cui versa, non sia in grado di agire autonomamente, la domanda di eutanassia può essere rilasciata da una persona maggiorenne scelta dal paziente stesso, la quale però perde ogni diritto e beneficio che potrebbe scaturire dalla morte dello stesso.

Ogni volta in cui viene praticata un'azione eutanassica, il soggetto agente deve compilare un documento contenente i dati del paziente, la malattia incurabile dalla quale costui era afflitto, le ragioni della sofferenza, le motivazioni che hanno portato a tale scelta. Detto documento deve essere trasmesso per opera del medico agente, entro quattro giorni dalla morte del paziente, alla Commissione Federale di Controllo e Valutazione²⁷⁵. Tale Commissione, unica per tutta la Nazione e

du patient et de sa volonté réitérée. À cette fin, il mène avec le patient plusieurs entretiens, espacés d'un délai raisonnable au regard de l'évolution de l'état du patient[...].

²⁷¹ Art. 3, § 2: «[...] il doit [...] consulter un autre médecin quant au caractère grave et incurable de l'affection, en précisant les raisons de la consultation. Le médecin consulté prend connaissance du dossier médical, examine le patient et s'assure du caractère constant, insupportable et inapaisable de la souffrance physique ou psychique. Il rédige un rapport concernant ses constatations. Le médecin consulté doit être indépendant, tant à l'égard du patient qu'à l'égard du médecin traitant et être compétent quant à la pathologie concernée. Le médecin traitant informe le patient concernant les résultats de cette consultation [...]».

²⁷² Art. 3, § 2: «[...] s'il existe une équipe soignante en contact régulier avec le patient, s'entretenir de la demande du patient avec l'équipe ou des membres de celle-ci [...]».

²⁷³ Art. 3, § 2: «[...] si telle est la volonté du patient, s'entretenir de sa demande avec les proches que celui-ci désigne [...]».

²⁷⁴ Art. 3, § 3: «Si le médecin est d'avis que le décès n'interviendra manifestement pas à brève échéance, il doit, en outre: 1° consulter un deuxième médecin, psychiatre ou spécialiste de la pathologie concernée, en précisant les raisons de la consultation. Le médecin consulté prend connaissance du dossier médical, examine le patient, s'assure du caractère constant, insupportable et inapaisable de la souffrance physique ou psychique et du caractère volontaire, réfléchi et répété de la demande. Il rédige un rapport concernant ses constatations. Le médecin consulté doit être indépendant tant à l'égard du patient qu'à l'égard du médecin traitant et du premier médecin consulté. Le médecin traitant informe le patient concernant les résultats de cette consultation; 2° laisser s'écouler au moins un mois entre la demande écrite du patient et l'euthanasie».

²⁷⁵ Art. 5: «Le médecin qui a pratiqué une euthanasie remet, dans les quatre jours ouvrables, le

composta da sedici membri competenti per materia, ha il dovere di esaminare il documento e di accertarsi che «l'eutanasia sia stata effettuata secondo le condizioni e la procedura prevista dalla [...] legge»²⁷⁶.

In caso di esito positivo del controllo della Commissione, la procedura si conclude e la persona deceduta a seguito di eutanasia viene considerata come deceduta per morte naturale. Qualora la Commissione accerti la sussistenza di irregolarità nel procedimento, è tenuta ad inviare tale relazione al procuratore del Re del luogo nel quale il paziente è deceduto. Quest'ultimo, quindi, non viene interpellato per tutti i casi di eutanasia, ma viene informato dei fatti solo a seguito di un preventivo controllo, effettuato dalla Commissione, dal quale sono risultate alterazioni della procedura stabilita dalla legge.

A seguito dell'entrata in vigore della *Loi relative à l'euthanasie*, associazioni belghe volte alla salvaguardia dell'integrità della persona fisica e della tutela della vita umana si sono opposte alla normativa predetta, ritenendo che la legge fosse rivolta a soggetti che non erano in grado di prendere in modo indipendente le proprie decisioni, a causa delle sofferenze patite e del condizionamento che potevano subire da terzi (quali familiari e staff medico). Per tali motivi, i ricorrenti hanno impugnato innanzi alla *Court d'arbitrage* la *Loi* del 28 maggio 2002, adducendo l'incompatibilità della stessa con l'art. 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

La *Court d'arbitrage*, tuttavia, ha riaffermato la legittimità della legge sull'eutanasia, dichiarando il ricorso non fondato e basando la propria motivazione sul fatto che le numerose garanzie previste della legge stessa sono volte proprio ad impedire che la volontà del paziente possa essere in alcun modo manipolata²⁷⁷.

Dopo oltre un decennio dall'introduzione della *Loi relative à l'euthanasie*, sembra che la società belga sia stata interessata da numerosi ripensamenti sul punto. La rivista nazionale *La Libre Belgique* ha pubblicato, nella data dell'anniversario della legge, un articolo redatto da numerosi esponenti illustri della società belga, provenienti dai settori sanitario, legale, politico e religioso, i quali risultano essere scettici sulla *Loi* del 28 maggio 2002 e si domandano se l'eutanasia sia la risposta adeguata per porre fine alle sofferenze dei soggetti malati gravemente. Dall'analisi degli esperti risulta che adeguate cure mediche, consulenza e una presenza amorevole accanto al malato spesso fanno desistere dal proposito di morire²⁷⁸. Nel contributo in questione, viene inoltre osservato che «come era immaginabile, la legge sull'eutanasia ha condotto progressivamente ad

document d'enregistrement visé à l'article 7, dûment complété, à la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation visée à l'article 6 de la présente loi».

²⁷⁶ Art. 8: «La commission examine le document d'enregistrement dûment complété que lui communique le médecin. Elle vérifie, sur la base du deuxième volet du document d'enregistrement, si l'euthanasie a été effectuée selon les conditions et la procédure prévues par la présente loi. En cas de doute, la commission peut décider, à la majorité simple, de lever l'anonymat. Elle prend alors connaissance du premier volet du document d'enregistrement. Elle peut demander au médecin traitant de lui communiquer tous les éléments du dossier médical relatifs à l'euthanasie».

²⁷⁷ Cour d'arbitrage de Belgique, 14 gennaio 2004, n. 4/2004, in *Foro it.*, 2004, 402 ss.

²⁷⁸ COLLECTIF DE PROFESSIONNELS, *Dix ans d'euthanasie: un heureux anniversaire?*, in *La Libre Belgique*, 18 giugno 2012.

una «banalizzazione del gesto eutanasic», rompendo i vincoli di solidarietà e compassione che sono alla base della convivenza civile»²⁷⁹.

Tuttavia, come già ricordato, è recentemente stata approvata la *Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs* del 28 febbraio 2014, la quale ha modificato l'art. 3 della *relative à l'euthanasie*, rimuovendo ogni riferimento all'età delle persone su cui può essere praticato l'atto eutanasic²⁸⁰.

²⁷⁹ Sotto questo profilo, può ricordarsi, ad esempio, il caso estremo del “kit per l'eutanasia”, messo in commercio nel 2005 ed acquistabile tranquillamente in farmacia alla modica cifra di 60 Euro. Il “kit” è composto da tre fiale da 20 millilitri di Pentothal, un barbiturico molto potente da somministrare al paziente, due ampolle da 10 milligrammi di Norcuron, un paralizzante, e, infine, da qualche dose di sonnifero. Dal 2008 è, inoltre, possibile per i cittadini belgi recarsi nel proprio Comune di residenza per firmare una dichiarazione di accettazione - valevole per cinque anni - dell'eutanasia, qualora si verificasse il caso di perdita di coscienza irreversibile.

²⁸⁰ C. CASONATO, *Stato di derivazione liberale e fine vita: fra regola ed eccezione*, loc. cit.; M. CASTELLANI - F. CEMBRANI - G. CIRAULO, *Sulla legge belga che ha esteso anche ai minori (che si trovano in particolari condizioni) il diritto di morire*, in *Riv. BioDiritto*, 2014, 2, 11 ss.; in tema di eutanasia e soggetti minori, v. in generale N. RIVA, *Legalizzare l'eutanasia neonatale?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 1, 237 ss.

CAPITOLO 3

DAT E RELAZIONE DI CURA

SOMMARIO: 3.1. La relazione di cura tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione. Il rischio di accanimento terapeutico. - 3.2. Il c.d. consenso informato. - 3.3. Il consenso informato in prospettiva comparatistica: l'esperienza francese. - 3.4. Il diniego del consenso e il paziente incapace. Uno sguardo alla *common law*.

3.1. La relazione di cura tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione. Il rischio di accanimento terapeutico.

Nel precedente capitolo si è considerato il dibattuto tema del *diritto a morire*, introducendo una distinzione tra richieste di eutanasia o suicidio assistito e diniego del consenso a trattamenti terapeutici che consentono il mantenimento in vita (quest'ultimo rifiuto potrebbe essere ricondotto, più correttamente, ad un diritto *di morire*). Occorre ora affrontare, in una prospettiva più ampia, le questioni che caratterizzano l'attuazione del diritto alla salute e, in particolare, lo sviluppo e la portata del principio del c.d. consenso informato, che viene pacificamente considerato il presupposto per valutare la legittimità di qualsiasi intervento di carattere terapeutico.

Non è certamente questa la sede per intraprendere un'analisi della configurazione che il diritto alla salute ha assunto nella storia e, soprattutto, nei vari ordinamenti costituzionali; pertanto, ci si limiterà a qualche breve osservazione.

Innanzitutto, la definizione di "salute" cui si è soliti fare riferimento è quella contenuta nel Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) del 1946: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». Nel medesimo Preambolo viene poi statuito che «The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition»²⁸¹.

Come è stato rilevato in dottrina, è indiscutibile che l'art. 32, comma 1, Cost. («La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti») rappresenti il «punto di approdo di un processo storico-politico addirittura secolare», così come l'art. 32, comma 2, Cost. («Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»²⁸²) sia «una norma

²⁸¹ Tale definizione è stata recepita in Italia attraverso il D. Lgs. C.p.S. 4 marzo 1947, n. 1068 («Approvazione del Protocollo concernente la costituzione dell'organizzazione mondiale della sanità stipulato a New York il 22 luglio 1946»).

²⁸² Sui trattamenti sanitari obbligatori si rinvia, anche per richiami bibliografici, a M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 263 ss.; in giurisprudenza, si veda, tra le molte, la

tanto rilevante e prescrittiva quanto, per altri profili, quasi meramente ricognitiva di un complesso ordine di problemi che il Costituente ben conosceva, in ragione di una lunga e travagliata sedimentazione storico-istituzionale»²⁸³.

Il diritto alla salute è stato enunciato come diritto fondamentale dell'uomo in seguito al Secondo Conflitto Mondiale²⁸⁴, ma tale riconoscimento può considerarsi un dato ormai acquisito sia a livello internazionale che in relazione al sistema giuridico italiano²⁸⁵. Nel nostro ordinamento, i capisaldi del diritto alla salute sono costituiti dall'art. 32 Cost. (in combinato disposto con gli artt. 2 e 13 Cost.), dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²⁸⁶ e dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833 («Istituzione del servizio sanitario

recente Cass., 1° luglio 2015, n. 13506, pubblicata all'indirizzo internet <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13042.pdf> (pagina consultata da ultimo in data 20 luglio 2015), secondo cui la prescrizione ai genitori di sottoporsi ad un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso di sostegno alla genitorialità da seguire insieme è lesiva del diritto alla libertà personale costituzionalmente garantito e alla disposizione che vieta l'imposizione, se non nei casi previsti dalla legge, di trattamenti sanitari.

²⁸³ R. FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss., il quale rileva che «il diritto alla salute parrebbe riconducibile ad una visione “forte” del Costituente, il quale gli avrebbe riservato una collocazione privilegiata e centrale, nel sistema composito e complesso dei diritti sociali, ossia delle situazioni giuridiche soggettive dell'uomo che direttamente si collegano all'accresciuto peso delle attribuzioni e dei compiti di benessere che sono propri dei moderni “Stati sociali di diritto”».

Per una ricostruzione storica del diritto alla salute, v. A. PARRULLI, *Lineamenti di legislazione sanitaria*, Rimini, 1987; nell'ambito della dottrina costituzionalistica in materia di diritto alla salute, si vedano, almeno: C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 433 ss.; M. MAZZIOTTI, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, L'ordinamento sanitario, I, L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 107 ss.

²⁸⁴ Cfr. C. BYK, *The history of the right to health as a human right*, in *Journal International de Bioéthique*, 1998, IX, 3, 15 ss.; J.-L. BAUDOIN, *Quelque réflexions sur la reconnaissance du droit à la santé dans les systèmes internationaux et régionaux des droits de la personne*, in *Journal International de Bioéthique*, 1998, IX, 3, 69 ss.; P.C. KUSZLER, *The History of the Health and Human Right Movement*, in F. ANFASA MOELOEK - A. PURWADIANTO - A. SUHARTO (a cura di), *Health & Human Rights*, Jakarta, 2003, 79 ss.; B.S. LAMBA, *Human Rights, A Global Perspective*, in F. ANFASA MOELOEK - A. PURWADIANTO - A. SUHARTO (a cura di), *Health & Human Rights*, cit., 11 ss.; V. DURANTE, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Pol. dir.*, 2004, 4, 563 ss.

²⁸⁵ Cfr. F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979; B. PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 31 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 579 ss. (ove ulteriori riferimenti bibliografici; a tale ultimo contributo si rimanda anche per quanto concerne le nozioni di salute “normativa” e salute “identitaria”).

²⁸⁶ Art. 35 («Protezione della salute»): «Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana». Sul punto, v. A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 65 ss., spec. 136 ss.

nazionale»)²⁸⁷.

Il diritto alla salute, evidentemente, può trovare piena attuazione solo all'interno di un corretto rapporto tra medico e paziente: a questo proposito, si è giustamente osservato che «pochi rapporti umani sono tanto delicati e impegnativi quanto il rapporto tra il paziente e il medico»²⁸⁸.

Il Codice di Deontologia medica del 2014 contiene alcune disposizioni utili per inquadrare tale relazione²⁸⁹, i cui fondamenti sono illustrati dall'art. 20 («Relazione di cura»): «La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità. Il medico nella relazione persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura»²⁹⁰.

L'art. 21 («Competenza professionale») prevede che «Il medico garantisce impegno e competenze nelle attività riservate alla professione di appartenenza, non assumendo compiti che non sia in grado di soddisfare o che non sia legittimato a svolgere»²⁹¹.

In base all'art. 22 («Rifiuto di prestazione professionale»), «Il medico può rifiutare la propria prestazione professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e

²⁸⁷ Così V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, cit., 583 s.; l'art. 1, comma 2, legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale) prevede che «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», mentre l'art. 33 dello stesso provvedimento, stabilisce quale principio generale che «Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari».

²⁸⁸ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 191.

²⁸⁹ In proposito, ricorda M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 199 che le norme deontologiche, oltre ad avere rilevanza disciplinare, possono essere utilizzate per integrare le norme civili, nella valutazione della colpa, della correttezza e della buona fede; inoltre, esse sono «strumenti ermeneutici idonei alla precisazione di principi generali, come quelli dell'adeguatezza dell'informazione, della libertà del consenso, ed in ultima analisi del principio di rispetto dell'autodeterminazione» (così P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, 10). Sul punto, v. pure: G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed anatomia della disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 577 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, 2008, 37 s.)

²⁹⁰ Si può notare che nel Codice di Deontologia medica del 2006 non vi era un articolo appositamente dedicato alla relazione di cura. L'art. 20 («Rispetto dei diritti della persona») si limitava a stabilire che «Il medico deve improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona». Sull'evoluzione del codice di deontologia medica v. S. Patuzzo, *Storia del codice italiano di deontologia medica*, Torino, 2014.

²⁹¹ Cfr. art. 21 Codice di Deontologia medica del 2006 («Competenza professionale»): «Il medico deve garantire impegno e competenza professionale, non assumendo obblighi che non sia in condizione di soddisfare. Egli deve affrontare nell'ambito delle specifiche responsabilità e competenze ogni problematica con il massimo scrupolo e disponibilità, dedicandovi il tempo necessario per una accurata valutazione dei dati oggettivi, in particolare dei dati anamnestici, avvalendosi delle procedure e degli strumenti ritenuti essenziali e coerenti allo scopo e assicurando attenzione alla disponibilità dei presidi e delle risorse».

chiarimento per consentire la fruizione della prestazione»²⁹².

L'art. 23 («Continuità delle cure») stabilisce, poi, che «Il medico garantisce la continuità delle cure e, in caso di indisponibilità, di impedimento o del venir meno del rapporto di fiducia, assicura la propria sostituzione informando la persona assistita. Il medico che si trovi di fronte a situazioni cliniche alle quali non sia in grado di provvedere efficacemente, indica al paziente le specifiche competenze necessarie al caso in esame»²⁹³.

Nella relazione terapeutica, accanto alla tutela della salute, cui deve essere rivolta ogni attività del medico, ha acquisito sempre più spazio il diritto di autodeterminazione del paziente²⁹⁴.

Il concetto di autodeterminazione in ambito giuridico viene introdotto in epoca relativamente recente, risalendo alla metà dell'Ottocento, quando fu utilizzato per indicare il diritto (degli individui e delle nazioni) di scegliere da soli il proprio destino²⁹⁵. Successivamente, l'idea che ogni essere umano avesse diritto di determinare cosa potesse essere fatto del proprio corpo si affermò quale reazione agli interventi effettuati da un medico senza il consenso del paziente²⁹⁶.

Secondo un'opinione diffusa, l'autodeterminazione evocata in ambito sanitario non sarebbe altro che una delle particolari configurazioni della libertà personale, valore costituzionale primario²⁹⁷. In ogni caso, legandosi al concetto di

²⁹² Cfr. art. 22 Codice di Deontologia medica del 2006 («Autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica»): «Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento».

²⁹³ Cfr. art. 23 («Continuità delle cure») Codice di Deontologia medica del 2006: «Il medico deve garantire al cittadino la continuità delle cure. In caso di indisponibilità, di impedimento o del venir meno del rapporto di fiducia deve assicurare la propria sostituzione, informandone il cittadino. Il medico che si trovi di fronte a situazioni cliniche alle quali non sia in grado di provvedere efficacemente, deve indicare al paziente le specifiche competenze necessarie al caso in esame. Il medico non può abbandonare il malato ritenuto inguaribile, ma deve continuare ad assisterlo anche al solo fine di lenirne la sofferenza fisica e psichica».

²⁹⁴ Vi è chi ha individuato, pertanto, una sorta di «contrattualizzazione della prassi medica», la quale costituisce una delle questioni più controverse e delicate della medicina contemporanea, «indirettamente favorita dall'atteggiamento giurisprudenziale, che tende ad allargare la responsabilità degli operatori sanitari e monetizzare le prestazioni e i beni corporei»: la predetta tendenza, che risponde ad esigenze di giustizia, produce «anche un mutamento profondo del paradigma relazionale di cura», con la sostituzione del «precedente modello definito "paternalistico"» in favore di «un modello cosiddetto "dell'autonomia", il cui principale rischio è proprio l'unilaterale tutela della sola autonomia del paziente, senza riguardo a quella del soggetto più responsabilizzato sul piano giuridico, vale a dire il medico» (in questi termini: C. SARTEA, *op. cit.*, 122).

²⁹⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1037 ss.

²⁹⁶ V., ad esempio, Court of Appeals of New York, 14 aprile 1914, *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, reperibile all'indirizzo <http://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/Schoendorff.htm> (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015): «Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault, for which he is liable in damages. [...] This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained».

²⁹⁷ Sul punto, si vedano i rilievi critici di C. SARTEA, *op. cit.*, 128, il quale ritiene che la nozione di autodeterminazione non aggiunga «alcunché alla tradizionale tutela liberale dell'individuo nelle

dignità della persona²⁹⁸, l'autodeterminazione porta alla formazione di una "dignità autodeterminata", quindi differente tra i vari soggetti e relativizzata²⁹⁹.

Si rende, allora, necessario procedere ad un accertamento di quale sia, in una specifica situazione, la volontà della persona che deve esprimere il proprio consenso all'atto medico. A questo proposito, si è posto in evidenza che «quando si fa riferimento al diritto fondamentale all'autodeterminazione, il consenso non può essere ridotto alla misura dell'autonomia privata quale ci è stata consegnata dalla tradizione privatistica. [...] Consenso nelle transazioni economiche e autodeterminazione nel governo del corpo sono categorie irriducibili l'una all'altra. Per evitare fraintendimenti culturali, e improprie conclusioni politiche, è bene ricordare, infatti, che quella nozione di autonomia e le conseguenti regole sul consenso sono state costruite avendo come punto di riferimento le dinamiche di mercato e le conseguenti esigenze di certezza nella circolazione dei beni. [...] Il biodiritto ha individuato modalità di accertamento della volontà della persona che si distaccano nettamente dai criteri adottati in altri settori del diritto»³⁰⁰.

Quando, tuttavia, una *volontà* non è chiaramente individuabile, l'autodeterminazione continua a costituire il punto di riferimento nella scelta terapeutica, poiché un individuo si autodetermina anche nella costruzione di una propria *identità*³⁰¹. Vale sempre, però, l'avvertenza sopra riportata, ovvero che «la dignità, l'identità, la libertà e l'autodeterminazione, la privacy nei suoi diversi significati sono prerogative da declinare con la specificazione "*nel corpo*»», al

sue determinazioni consapevoli: ed è singolare che si sia sentito il bisogno di ricorrere ad un nuovo stilema linguistico (autodeterminazione al posto di libertà e, soprattutto "diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione" al posto della piana espressione tradizionale "diritto di libertà"), confondendo così i concetti. Tutti sanno in effetti che il diritto all'autodeterminazione dei popoli è divenuto recentemente la chiave di volta per il riconoscimento della maturità politica di un gruppo umano: ma il suo trapianto nel complicato territorio del biodiritto appare fin dall'inizio foriero di svantaggi - soprattutto in termini di confusione - più numerosi dei vantaggi».

²⁹⁸ Su cui v. par. 1.4.

²⁹⁹ Come è stato rilevato, «se il rischio tradizionalmente ascrivito ad una dignità auto-determinata è quello, ben noto e ad ogni pie' sospinto rispolverato, della deriva relativistica, non meno conosciute e pericolose sarebbero tuttavia le controindicazioni cui andrebbe inevitabilmente incontro la piena ed incondizionata adesione alla teoria - pure vigorosamente caldeggiata - della c.d. etero-determinazione»; infatti, «una volta sganciata la dignità della persona *hic et nunc* e definitivamente portata fuori di essa, difatti a chi spetterebbe il delicatissimo compito di tratteggiarne la fisionomia essenziale in luogo dell'interessato? Lo farà, in vece dell'interessato, il medico vicino al capezzale o si riterrà, più in generale, meritevole di tale incombenza la scienza medica nel suo complesso? Oppure si lascerà che a farlo sia un'occasionale maggioranza parlamentare? Toccherà ad un'istituzione religiosa, qualunque essa sia, o - ancor peggio - al giudizio diffuso della collettività?» (così S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, Milano, 2012, 113 s.).

Sul relativismo v.: N. ABBAGNANO, *Il relativismo culturale*, in *Quad. sociol.*, 1962, 5 ss.; V. POSSENTI - A. MASSARENTI, *Nichilismo, Relativismo, Verità. Un dibattito*, Soveria Mannelli, 2001; S. PRIVITERA, *Sul relativismo nella cultura contemporanea*, Palermo, 2003; E. DI CEGLIE, *Pluralismo contro Relativismo*, Milano, 2004; a favore della teoria della eterodeterminazione, v.: I. NICOTRA GUERRERA, *Vita e sistemi di valori nella Costituzione*, Milano, 1997, 3 ss. e 142 ss.

³⁰⁰ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, cit., 211.

³⁰¹ Sull'identità, v. par. 4.1.

fine di contestualizzare l'ambito in cui tali concetti sono impiegati³⁰².

L'autodeterminazione può risultare pregiudicata laddove si verifichi uno sbilanciamento della relazione di cura in favore del medico, il quale, cercando di perseguire il fine della conservazione della vita del paziente, generi situazioni di "accanimento terapeutico". Il tema è assai ampio e non può essere certamente essere riassunto con pochi cenni, per cui si cercherà solamente di mettere a fuoco alcuni punti giudicati essenziali per la migliore comprensione del fenomeno.

Innanzitutto, come è stato rilevato da attenta dottrina, l'espressione "accanimento terapeutico" non trova corrispondenza nella letteratura bioetica dei Paesi di *common law*, essendo locuzione tipica dei Paesi neolatini: «il successo dell'espressione [...] è dovuto probabilmente [...] alla sua prevalente connotazione negativa in forza della quale esso viene da tutti condannato senza peraltro che ne sia emersa una definizione operativa condivisa»³⁰³.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha definito l'accanimento terapeutico come un «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica»³⁰⁴.

Alcuni studiosi propongono, quindi, di sostituire l'espressione "accanimento terapeutico" con una più precisa, ovvero "trattamento inappropriato per eccesso rispetto al fine" che si persegue in un determinato paziente³⁰⁵.

In questa rivisitazione terminologica si può probabilmente individuare un

³⁰² P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 86.

³⁰³ C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., 583 ss.

Cfr. anche le osservazioni di M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, loc. cit., il quale invita ad evitare una sopravvalutazione del rischio di accanimento terapeutico: «La parola stessa di accanimento terapeutico ha assunto un molto equivoco alone semantico. Ne è prospettato solo l'aspetto esteriore, screditante e condannabile dell'inferire sadico su una vittima indifesa; viene messo da parte quello, favorevole, invece di un saldo, coerente e fermo impegno curativo, quale è richiesto e giustificato dalle circostanze, ed in cui la diligenza, l'esperienza, la volontà, sono tutte sanamente e limpidamente spese per un fine solidaristico e non per un malinteso senso di progresso scientifico o di autotutela professionale. Se la ostinazione è fine a se stessa, se è paga sulla sola dimensione di un esistere biologico, se è dimostrativa di una presunzione di onnipotenza terapeutica e se il suo prezzo è soltanto una somma di sofferenze altrui inutili e gratuite, senza tener conto della qualità della vita e della volontà del morente, è chiaro che un tal comportamento si condanna da sé, così come, in nome della morale religiosa, è stato a suo tempo condannato dal magistero di Pio XII (poi ripetutamente confermato).

Ma occorre non agitare ed ingigantire il fantasma di tal medico disumano, che fa torto alla sua categoria professionale ed è statisticamente una eccezione. La propaganda mirata alla eutanasia ne fa invece il fulcro della sua mozione d'affetti, come se si fosse costretti a difendersi da una pericolosa categoria di autocrati insidiosi, e quasi che l'accresciuta disponibilità dei mezzi terapeutici, di cui essi possono avvalersi, creasse per ciò stesso in loro l'obbligo morale e professionale di utilizzarli».

³⁰⁴ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 14 luglio 1995, pubblicato all'indirizzo internet <http://www.governo.it/bioetica/pdf/18.pdf> (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015).

³⁰⁵ Si vedano le considerazioni di C.A. DEFANTI, *op. cit.*, 586 s., il quale richiama F. ABEL, voce *Accanimento terapeutico*, in S. LEONE - S. PRIVITERA, *Dizionario di Bioetica*, Bologna, 1994, 3 ss.

richiamo all'idea di proporzione e appropriatezza che dovrebbe caratterizzare l'attività medica. A tal proposito, si può ricordare quella autorevole dottrina che, citando il Simposio di Eurissimaco, ha sottolineato come la medicina non debba cercare la proporzione, ma sia essa stessa proporzione: «la proporzionalità delle cure esprime e rivela una medicina che riprende, nei termini adeguati alla sua attuale scientificità, l'antica ispirazione alla proporzione, e vi ritrova la misura di sé»³⁰⁶.

Tale nozione si ritrova, del resto, anche nel Codice di Deontologia medica, il cui art. 16 così prevede: «Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita.

Il controllo efficace del dolore si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato.

Il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte»³⁰⁷.

La relazione di cura dovrebbe, quindi, auspicabilmente svilupparsi nell'ottica della “misura” e della “proporzione”, in modo da garantire l'appropriatezza del trattamento sanitario. Al fine di effettuare una valutazione in questi termini, torna comunque sempre in rilievo il ruolo del consenso del paziente, sulle cui caratteristiche ci si soffermerà nel prossimo paragrafo.

3.2. Il c.d. consenso informato.

Il principio del consenso del paziente quale parametro per giudicare la legittimità dell'intervento medico può ritenersi ormai consolidato nella tradizione giuridica occidentale. Esso viene considerato come la chiave che contribuisce a ridisegnare l'intero rapporto fra medico e paziente nel segno di una redistribuzione del potere di controllo sul proprio corpo e sulla propria salute a favore di quest'ultimo³⁰⁸.

Alla base di un valido consenso si colloca l'informazione resa dal medico, per cui si è soliti discorrere di consenso c.d. informato³⁰⁹. Tale concetto si può far

³⁰⁶ Cfr. P. ZATTI, *Diritto e medicina in dialogo: il logos della proporzione*, 11 aprile 2014, pubblicato all'indirizzo internet: http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=45085&catid=115&Itemid=362&mese=04&anno=2014 (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015).

³⁰⁷ Il testo del medesimo articolo, nella versione del codice del 2006, recitava: «Il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita».

³⁰⁸ G. MARINI, *op. cit.*, 362.

³⁰⁹ Sul tema, v., almeno: U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989; A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano,

risalire, almeno nella sua attuale formulazione³¹⁰, al processo di Norimberga³¹¹ e, in particolare, alla formulazione del Codice di Norimberga con i suoi postulati sulla sperimentazione scientifica; il primo di questi recita: «Il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente essenziale. Ciò significa che la persona in questione deve avere capacità legale di dare consenso, deve essere in grado di esercitare il libero arbitrio senza l'intervento di alcun elemento coercitivo, inganno, costrizione, falsità o altre forme di imposizione o violenza; deve avere sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi della situazione in cui è coinvolto, tali da metterlo in posizione di prendere una decisione cosciente e illuminata. Quest'ultima condizione richiede che prima di accettare una decisione

1996; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, loc. cit.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 37; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; G. IADECOLA, *Il consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, Padova, 1989; C. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 949 ss.; A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 187 ss.; V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in P. STANZIONI - S. SICA (diretta da), *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, Bologna, 2006, 1028 ss.; R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Tratt. Galgano*, XLVI, Padova, 2007, 28 ss. e 303 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*; B. SALVATORE, *Per uno studio sul consenso informato*, in *Dir. e giur.*, 2009, 33 ss.; P. PICCIALI, *Il "consenso informato" e la responsabilità del medico*, in *Corr. merito*, 2009, 303 ss.; S. BALBUSSO, *Difetto di informazione o consenso: problemi di autodeterminazione al trattamento medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 10, I, 10 ss.

Sulla dimensione costituzionale del consenso v. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.; in merito al consenso in campo penale, v.: Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, in *Foro it.*, 2009, II, 305.

³¹⁰ In realtà, già nel 1767, in Inghilterra, fu ritenuto illecito operare sul paziente senza il suo consenso, poiché è «ragionevole che si dica al paziente quanto sarà fatto, in modo che possa prendere coraggio, e porsi in una condizione tale da poter affrontare l'operazione» (*Slater v. Baker and Stapleton*, 95 Eng. Rep. 860 - K.B. 1767). L'attore si doleva del comportamento dei medici convenuti, i quali, dopo avere rimosso le fasciature della sua gamba già fratturata, ma ormai in via di guarigione, come era stato loro richiesto, avevano deliberatamente e contro le sue proteste rifratturato l'arto, per tentare una riduzione, che avrebbe dovuto essere realizzata con un'imbracatura mai usata in precedenza. La Corte condannò i convenuti sia per la loro negligenza ed imperizia, sia perché avevano fratturato nuovamente la gamba del paziente ed eseguito l'operazione senza il suo consenso. L'azione intentata aveva carattere contrattuale e non si trattava di *traspas vi et armis* (sull'evoluzione del *writ of trespass v. A. GUARNERI, op. cit.*, 214 ss.).

Per una ricostruzione storica del principio del consenso informato v.: R.R. FADEN - T.L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford, 1986.

³¹¹ Al fine di negare la responsabilità degli imputati, la difesa richiamò, in quella sede, il caso *Buck v. Bell*, con il quale la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva approvato la sterilizzazione di una persona considerata portatrice di un *deficit* psichico; l'opinione del Chief Justice Oliver Wendell Holmes aveva avuto un ruolo preponderante ai fini della decisione: «We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. [...] Three generations of imbeciles are enough» (v. Supreme Court of the United States, 2 maggio 1927, in <http://www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/static/images/260.html> - pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

affermativa da parte del soggetto dell'esperimento lo si debba portare a conoscenza della natura, della durata e dello scopo dell'esperimento stesso; del metodo e dei mezzi con i quali sarà condotto; di tutte le complicazioni e rischi che si possono aspettare e degli effetti sulla salute o la persona che gli possono derivare dal sottoporsi dell'esperimento. Il dovere e la responsabilità di constatare la validità del consenso pesano su chiunque inizia, dirige o è implicato nell'esperimento. È un dovere e una responsabilità che non possono essere impunemente delegati ad altri». Il consenso informato, nell'ambito del rapporto intercorrente tra medico e paziente, non è considerato tanto un momento perfezionativo dell'accordo³¹², quanto piuttosto un *atto di tipo unilaterale* per mezzo del quale il paziente, esercitando il proprio diritto di libertà di cura, autorizza il medico all'intervento³¹³.

Essendo concretizzazione del diritto all'autodeterminazione, il consenso informato consiste innanzitutto in un consenso libero, cioè non viziato da costrizione, fisica o morale, da pressioni, o da errori che siano stati indotti per influire sulla decisione riguardante il trattamento³¹⁴.

Parallelamente, oltre all'astenersi dall'influenzare il paziente, il medico deve informarlo in modo completo circa la diagnosi e i vari aspetti del trattamento. Il sanitario è tenuto a rappresentare al malato la natura del trattamento, la sua portata ed estensione, i rischi connessi, i risultati conseguibili e le possibili conseguenze negative³¹⁵. In particolare, i rischi da comunicare sono quelli «prevedibili», mentre il dovere informativo non comprende «gli esiti anormali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit*, per evitare che il timore di esiti infausti pure estremamente improbabili influisca negativamente sulla capacità di scelta del malato, fino all'eventualità del rifiuto di sottoporsi anche a una diagnosi o a una terapia caratterizzata da un grado di pericolosità molto ridotto³¹⁶. Peraltro, nel determinare quali rischi devono essere resi noti, il sanitario non può nemmeno basarsi su un puro parametro statistico: vanno portati a conoscenza del paziente rischi «anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita»³¹⁷.

L'informazione deve estendersi alla prospettazione di eventuali alternative, con i rispettivi rischi e potenziali benefici, affinché il malato, con il competente sostegno del professionista, possa consapevolmente decidere a quale trattamento

³¹² Cfr. Cass., 8 aprile 2013, n. 8527, in *Ragiusan*, 2013, 351, 145, secondo cui il consenso informato non attiene alla validità del contratto d'opera professionale e, in particolare alla diagnosi della situazione del paziente ed alla scelta della terapia, ma al trattamento sanitario necessario per l'attuazione della stessa. Sul punto, si vedano anche: Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395; Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 573.

³¹³ Cfr. F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 188 ss.

³¹⁴ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 191 ss., spec. 238 ss.

³¹⁵ Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913.

³¹⁶ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 783; Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 573.

³¹⁷ Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, cit.; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.

sottoporsi; qualora, poi, l'intervento si articoli in più fasi, in cui sono possibili scelte operative diverse caratterizzate da specifici vantaggi e pericoli di complicità, l'informazione dovrà comprendere i dati rilevanti per ciascuna di esse³¹⁸. La Corte di Cassazione ha, comunque, ritenuto che «una volta acquisito il consenso consapevole per l'intervento chirurgico, l'informazione e il consenso per le autonome fasi dell'intervento non possono che essere correlati a quelle che implicano una possibilità di scelta, non a quelle che sono comunque obbligate e per le quali il rifiuto del consenso si risolverebbe nel rifiuto dell'intervento»³¹⁹.

Il medico è, inoltre, tenuto a comunicare al paziente le eventuali carenze della struttura in cui opera; come titolare di un dovere di analogo tenore la Cassazione ha indicato anche il medico primario³²⁰.

Dai principi affermati in giurisprudenza discende, quindi, che l'obbligazione gravante sul medico non è semplicemente quella di esporre le informazioni rilevanti, bensì quella di renderle accessibili al paziente per quanto attiene ai contenuti che possono influire sulle scelte rispetto al trattamento.

Secondo la Suprema Corte, poi, «la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del *deficit* di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni»³²¹.

In dottrina, si è osservato che il tema del consenso in medicina richiama alcune delle questioni classiche del diritto privato, poiché uno dei pilastri fondamentali del pensiero giuridico tradizionale, ovvero il negozio giuridico, è costruito intorno al consenso, che costituisce anche la base dell'autonomia privata: «oggi però il concetto, proiettato all'interno dei diritti della *persona*, assume una configurazione del tutto nuova in linea con il rango costituzionale riconosciuto alla persona. [...] La costituzionalizzazione della persona, implicando il pieno rispetto per l'autonomia in quanto strumento che consente di realizzare le scelte esistenziali dalle quali dipende l'identità personale, ha ora profondamente alterato un quadro che, in passato, era sottratto invece a qualsiasi possibilità di scelta individuale»³²².

Le fonti normative interne in cui il principio del consenso informato è rinvenibile sono, innanzitutto, gli artt. 2, 13 e 32 Cost.³²³. In epoca recente, la

³¹⁸ Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.

³¹⁹ Cass., 26 settembre 2006, n. 20832, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Sanità pubblica*, n. 307.

³²⁰ Cass., 16 maggio 2000, n. 6318, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 193

³²¹ Cass., 14 marzo 2006, n. 5444; v. però Cass. pen., 29 maggio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2659.

³²² Così G. MARINI, *op. cit.*, 363 ss., il quale rileva, inoltre, che «la valorizzazione dell'autonomia all'interno della disciplina della persona ha contribuito certamente a rimettere in discussione le dicotomie persona e patrimonio, privacy e proprietà, diritti non patrimoniali e patrimoniali che caratterizzavano il pensiero giuridico classico. [...] Con la rivalutazione del consenso e dell'autonomia nell'area della persona non ha tardato ad emergere però anche l'interrogativo sulla possibilità di utilizzare le categorie giuridiche tradizionali, forgiate essenzialmente per il diritto del mercato, per inquadrare il nuovo fenomeno e governare l'espansione» (sul punto, cfr. C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1, 87 ss. e L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2009, 3, 356 ss.).

³²³ Il richiamo agli artt. 2, 13 e 32 Cost. è frutto di una lunga evoluzione della giurisprudenza.

Corte costituzionale ha evidenziato che «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute³²⁴, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della

Come è stato evidenziato (G. MARINI, *op. cit.*, 364), è possibile individuare una prima fase in cui erano diffuse «una certa timidezza nell'uso della clausola generale dell'art. 2 Cost. e una ostinata tendenza a limitare l'impiego dell'art. 13 Cost. nell'area del diritto penale». In particolare, per quanto riguarda l'art. 13 Cost., si riscontrava un'interpretazione rigida, che ne delimitava la portata (cfr. G. AMATO, voce *Libertà (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 272). Successivamente, nel momento in cui il diritto alla salute perde una connotazione prevalentemente pubblicistica, lo stesso diventa a tutti gli effetti un diritto fondamentale dell'individuo, secondo quanto previsto dall'art. 32 Cost., che si ricollega strettamente all'art. 13 Cost. (si ricorda, in materia, la decisione di Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14, la quale espressamente stabilisce l'impossibilità di essere sottoposti a trattamenti sanitari obbligatori contro la propria volontà, essendo la libertà di disporre del proprio corpo espressione della libertà personale riconosciuta e protetta dall'art. 13 Cost. come diritto inviolabile che garantisce la persona non diversamente dal diritto alla vita ed all'integrità fisica; sul punto, v. anche Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 2694 (per cui l'autodeterminazione dell'uomo è strettamente inerente al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale); Corte Cost., 9 luglio 1996, n. 23, in *Foro it.*, 1997, I, 61; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14, che ha sancito come il potere della persona di disporre del proprio corpo *ex art. 5 c.c.* rientri nell'ambito della libertà personale. La successiva giurisprudenza ha intravisto anche nell'art. 13 Cost. il fondamento normativo del consenso alle cure (Cass., 11 luglio 2001, n. 1572, in *Cass. pen.*, 2002, 2041; Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, 178).

³²⁴ Il collegamento proposto dalla Corte cost. tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione costituisce un'ulteriore evoluzione del percorso indicato alla nota precedente (cfr. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia fra diritto e scienza*, Milano, 2001). Infatti, l'affermazione di un autonomo diritto all'autodeterminazione radicato negli artt. 2 e 13 Cost., distinto rispetto al diritto alla salute, sembra lasciare «intravedere una maggiore duttilità ed una portata applicativa più ampia» (così G. MARINI, *op. cit.*, 367, a cui si rimanda anche per un approfondimento in merito alle considerazioni che seguono). L'autodeterminazione pare evocare il profilo attivo della scelta, anziché quello negativo del rifiuto di trattamento: non più libertà *da* interferenze esterne (art. 32, comma 2, Cost.), ma libertà *di* scegliere distinto dal diritto alla salute (art. 13 Cost.).

Sul punto, v. anche M. CECCHETTI - L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, cit., 805 s., nt. 85, i quali osservano che la storia della legislazione relativa al biodiritto ha aggregato ad una originaria libertà da interferenza (o a contenuto negativo) una più pregnante libertà di autodeterminazione (o a contenuto positivo). La distinzione ricalca solo parzialmente quella tra libertà "negative" e "positive" propria delle teorie giuridiche delle libertà, ove le prime si risolvono nel godimento pacifico dell'indipendenza privata e le seconde si muovono sul terreno dei diritti politici e sociali. Nel caso in esame, l'orizzonte resta, invece quello delle libertà civili e del godimento dell'indipendenza privata, con la differenza che nel caso delle libertà a contenuto negativo l'individuo si oppone alle prestazioni imposte dal pubblico potere ed alla relazione "con gli altri", laddove nella seconda ipotesi il soddisfacimento del principio di autodeterminazione richiede prestazioni pubbliche, anche a fini solidaristici.

Costituzione. Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale»³²⁵.

Proseguendo la ricognizione delle fonti che prevedono il principio del consenso informato³²⁶, occorre ricordare, tra le leggi ordinarie, il già citato art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Vi sono poi varie disposizioni settoriali (leggi, atti aventi forza di legge, fonti secondarie di vario genere) che richiedono testualmente il consenso informato del paziente per la liceità del trattamento sanitario³²⁷.

Il consenso informato è ampiamente disciplinato anche dal Codice di Deontologia medica, di cui si riportano gli articoli di riferimento:

- art. 33 («Informazione e comunicazione con la persona assistita»): «Il medico garantisce alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostiche terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura. Il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale, corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza. Il medico rispetta la necessaria riservatezza dell'informazione e la volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione, riportandola nella documentazione sanitaria. Il medico garantisce al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale»³²⁸;

³²⁵ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328.

³²⁶ Il quadro delle varie fonti è tratteggiato anche da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

³²⁷ Ricorda M. GRAZIADEI, *op. loc. cit.*, che, tra le fonti secondarie, si collocano le linee guida formulate dalle Regioni o da enti regionali, al fine di orientare l'attività di carattere organizzativo che fa capo alle aziende sanitarie locali e alle aziende ospedaliere, o alle strutture accreditate ai fini dell'erogazione dei servizi sanitari, e le eventuali deliberazioni prese al riguardo dagli stessi enti erogatori del servizio.

Come ha avuto modo di precisare la Corte costituzionale, l'intervento di fonti di rango inferiore rispetto alla legge statale in questa materia è subordinato al vincolo costituzionale della riserva di legge statale. Pertanto, le altre fonti possono unicamente dettagliare il contenuto della prescrizione di legge che pone il requisito del consenso (informato), ma non conformarlo. In questo senso, v. Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro it.*, 2004, I, 342, in *Giur. cost.*, 2003, 3547 e in *Giust. civ.*, 2004, I, 254, che nel pronunciare sulle leggi del Piemonte e della Toscana, dirette a limitare il ricorso all'elettroshock, puntualizza: «Nei limiti dei principi fondamentali, nulla vieta invece che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura, o norme concernenti l'uso delle risorse pubbliche in questo campo: anche al fine di meglio garantire l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati ad impieghi eccezionali e ben mirati, come è riconosciuto essere la terapia elettroconvulsivante (in questo ambito possono collocarsi discipline sul consenso informato o sulle procedure di monitoraggio, sorveglianza e valutazione)».

³²⁸ Cfr. art. 33 Codice di Deontologia medica del 2006 («Informazione al cittadino»): «Il medico

- art. 34 («Informazione e comunicazione a terzi»): «L'informazione a terzi può essere fornita previo consenso esplicitamente espresso dalla persona assistita, fatto salvo quanto previsto agli artt. 10 e 12, allorché sia in grave pericolo la salute o la vita del soggetto stesso o di altri. Il medico, in caso di paziente ricoverato, raccoglie gli eventuali nominativi delle persone indicate dallo stesso a ricevere la comunicazione dei dati sensibili»³²⁹;
- art. 35 («Consenso e dissenso informato»): «L'acquisizione del consenso o del dissenso è un atto di specifica competenza del medico, non delegabile. Il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato. Il medico acquisisce in forma scritta e sottoscritta o con altre modalità di pari efficacia documentale, il consenso o il dissenso del paziente, nei casi previsti dall'ordinamento e dal Codice e in quelli prevedibilmente gravati da elevato rischio di mortalità o di esiti che incidano in modo permanente sull'integrità psico-fisica. Il medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano»³³⁰;
- art. 36 («Assistenza d'urgenza e di emergenza»): «Il medico assicura l'assistenza indispensabile, in condizioni d'urgenza e di emergenza, nel rispetto delle volontà

deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate.

Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche.

Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta.

Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione. Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza.

La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata».

³²⁹ Cfr. art. 34 Codice di Deontologia medica del 2006 («Informazione a terzi»): «L'informazione a terzi presuppone il consenso esplicitamente espresso dal paziente, fatto salvo quanto previsto all'art. 10 e all'art. 12, allorché sia in grave pericolo la salute o la vita del soggetto stesso o di altri. In caso di paziente ricoverato, il medico deve raccogliere gli eventuali nominativi delle persone preliminarmente indicate dallo stesso a ricevere la comunicazione dei dati sensibili».

³³⁰ Cfr. art. 35 Codice di Deontologia medica del 2006 («Acquisizione del consenso»): «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente».

se espresse o tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento se manifestate»³³¹;

- art. 37 («Consenso o dissenso del rappresentante legale»): «Il medico, in caso di paziente minore o incapace, acquisisce dal rappresentante legale il consenso o il dissenso informato alle procedure diagnostiche e/o agli interventi terapeutici. Il medico segnala all'Autorità competente l'opposizione da parte del minore informato e consapevole o di chi ne esercita la potestà genitoriale a un trattamento ritenuto necessario e in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili».

Accanto al codice deontologico, si possono collocare (anche se con un valore precettivo inferiore) i pareri formulati dal Comitato Nazionale per la Bioetica³³², istituito per attuare raccomandazioni formulate in seno al Consiglio

³³¹ Cfr. art. 36 Codice di Deontologia medica del 2006 («Assistenza d'urgenza»): «Allorché sussistano condizioni di urgenza, tenendo conto delle volontà della persona se espresse, il medico deve attivarsi per assicurare l'assistenza indispensabile».

³³² In proposito, va certamente richiamato il parere del 24 ottobre 2008, reperibile al seguente indirizzo internet http://www.governo.it/bioetica/pubblicazioni_comitato/3_rifiuto_rinuncia_trattamento_sanitario_it.pdf (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015), di cui si riporta un significativo estratto:

«1) Il medico, come si è ampiamente sottolineato, è destinatario di un fondamentale dovere di garanzia nei confronti del paziente, e deve sempre agire previo consenso di quest'ultimo rispetto al trattamento attivato. Fra i doveri etici, giuridici e professionali del medico rientra anche la necessità che la formale acquisizione del consenso non si risolva in uno sbrigativo adempimento burocratico, ma sia preceduta da un'adeguata fase di comunicazione e interazione fra il soggetto in grado di fornire le informazioni necessarie (il medico) ed il soggetto chiamato a compiere la scelta (il paziente).

2) Il rifiuto consapevole del paziente al trattamento medico non iniziato, così come la rinuncia ad un trattamento già avviato, non possono mai essere acriticamente acquisiti, o passivamente "registrati", da parte del medico.

Considerata la gravità - e spesso l'irreversibilità - delle conseguenze di un rifiuto o di una rinuncia alle cure, è necessaria un'attenta analisi circa l'effettiva competenza del paziente e circa la presenza, caso per caso ed in concreto, di tutti quei requisiti e quegli indicatori che consentano di considerare la sua manifestazione di volontà come certa, consapevole e attendibile.

3) Da ciò deriva che il medico deve sempre elaborare a livello sia epistemologico che bioetico una duplice consapevolezza: da una parte, quella per cui ogni forma di accanimento clinico si configura come illecita; dall'altra, quella per cui l'affermata "parità" fra medico e paziente può peccare di un eccesso di astrazione, ponendo in ombra le difficoltà, le incertezze, le fragilità di chi vive in prima persona l'esperienza della malattia. Ciò non significa tornare ad una posizione che enfatizza l'asimmetria di potere/sapere fra medico e paziente e relega nell'insignificanza la parola del paziente: al contrario, il dovere del medico di non assumere atteggiamenti paternalistici o *lato sensu* autoritari nei confronti dell'assistito va coniugato con una particolare attenzione per le esigenze del *caring*, affinché il rifiuto o la rinuncia del paziente a cure necessarie alla sua sopravvivenza rimanga un'ipotesi estrema.

4) Non di rado, risulta particolarmente difficile accertare in concreto l'effettiva sussistenza di un accanimento clinico-diagnostico: in tali casi, anche un'eventuale e competente richiesta di sospensione dei trattamenti da parte del paziente - supportato da un'opportuna consulenza - potrà utilmente contribuire al formarsi nel medico di una adeguata valutazione del caso.

5) Quando, nel caso di paziente competente in condizione di dipendenza, la rinuncia alle cure richieda, per essere soddisfatta, un comportamento attivo da parte del medico, va riconosciuto a quest'ultimo il diritto di astensione da comportamenti ritenuti contrari alle proprie concezioni etiche e professionali. A larga maggioranza il CNB ha ritenuto che il paziente abbia in ogni caso il diritto ad ottenere altrimenti la realizzazione della propria richiesta di interruzione della cura,

d'Europa e che promuove la redazione di codici di comportamento cui sono soggetti gli operatori dei settori interessati.

A livello internazionale si possono, poi, individuare numerose norme che prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici.

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato dall'Assemblea generale delle nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976) riconduce il consenso alla protezione della dignità umana: l'equiparazione di qualunque sperimentazione realizzata senza il libero consenso ad un trattamento inumano e degradante (art. 7) consente di assicurare il rispetto del corpo umano contro tutte le forme di utilizzazione che si rivelino tali da incidere sulla dignità umana³³³.

L'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, dopo aver premesso che gli Stati «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore».

Nel secondo capitolo della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica)³³⁴, viene affrontato il tema del consenso informato rilasciato da coloro

anche in considerazione dell'eventuale e possibile astensione del medico o dell'équipe medica.

6) L'esigenza di una piena valorizzazione dell'alleanza terapeutica conduce a stigmatizzare ogni prassi di abbandono terapeutico, il cui rischio pare essere particolarmente diffuso - sebbene non sempre accompagnato da una piena consapevolezza da parte degli operatori - proprio nelle società con sistemi sanitari altamente complessi e tecnologicamente avanzati.

7) È ribadita la grande importanza della diffusione dei trattamenti palliativi:

attraverso tali presidi la medicina tenta di offrire al paziente il supporto necessario ad affrontare la fase terminale dell'esistenza nel rispetto dei valori della persona e della solidarietà umana».

³³³ Art. 7: «No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation».

³³⁴ Sulla Convenzione di Oviedo, v. in particolare: E. PARIOTTI, *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'Uomo e la Medicina*, in *Studium iuris*, 2002, 5, 561 ss.; D. MARRANI, *Genetica, tutela della salute e diritti umani: il Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo relativo ai test genetici a fini medici - Genetics, Health and Human Rights: the Additional Protocol to the Oviedo Convention concerning Genetic Testing for Health Purposes*, in *La Comunità Intern.*, 2012, 2, 303 ss.; A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1, 185 ss.; C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 3, 1301 ss.; V. TONINI, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina secondo la giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 1, 116 ss.; F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4811 ss. La Convenzione è stata elaborata dal Consiglio d'Europa nel timore che le innovazioni medico-scientifiche potessero in qualche modo danneggiare l'individuo e la sua dignità e costituisce il primo trattato internazionale riguardante in modo specifico la bioetica. Dopo la firma in data 4 aprile 1997, è stata successivamente integrata da tre protocolli aggiuntivi: un protocollo sul divieto di clonazione di esseri umani, sottoscritto a Parigi il 12 gennaio 1998; un protocollo

che devono subire un intervento sanitario.

In particolare, l'art. 5, rubricato «Regola generale», prevede che: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

Dopo essersi occupata delle persone che non hanno la capacità di dare il consenso (art. 6) e di coloro che soffrono di disturbi mentali (art. 7), la Convenzione detta una disposizione finalizzata a contemperare la tutela del consenso con la necessità di preservare la vita e la salute dell'individuo in casi di urgenza: «Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata» (art. 8).

L'art. 9 rappresenta la norma che suscita il maggiore interesse nell'ambito dello studio delle DAT. Secondo la disposizione in esame, infatti, «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione»³³⁵.

relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana, sottoscritto a Strasburgo il 4 dicembre 2001; un protocollo addizionale riguardante la ricerca biomedica, firmato a Strasburgo il 25 gennaio 2005.

La stesura del testo definitivo è risultata piuttosto complessa, in quanto su alcuni punti non è stato possibile raggiungere l'unanimità: a dimostrazione dei contrasti sorti in sede di redazione, si possono notare numerosi rinvii alla legislazione nazionale dei diversi Paesi firmatari.

La stessa adozione della Convenzione costituisce un elemento di divisione tra i Paesi europei: basti pensare che la stessa non è stata adottata da Regno Unito, Germania, Belgio, Austria; altri Paesi, tra cui Francia e Svezia, l'hanno sottoscritta ma non ancora recepita. Per quanto concerne l'Italia, il nostro Paese ha ratificato la Convenzione attraverso la legge 28 marzo 2001 n. 145, senza tuttavia predisporre gli strumenti per adattare l'ordinamento giuridico italiano ai principi ed alle norme della Convenzione e dei Protocolli.

La Convenzione è strutturata in 14 capitoli, per un totale di 38 articoli, e si apre con un preambolo in cui sono illustrati i motivi che hanno portato all'elaborazione della stessa; tra questi, ha particolare rilievo il concetto che un uso improprio della biologia e della medicina può minacciare la dignità e i diritti dell'uomo («Consapevoli delle azioni che potrebbero mettere in pericolo la dignità umana da un uso improprio della biologia e della medicina...»).

³³⁵ Sul punto, va ricordata l'interpretazione prospettata nel parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 18 dicembre 2003, cit.: «Muovendo, come è doveroso fare, dal rispetto del “bene integrale della persona umana” e dall'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che ne è il naturale corollario, si può infatti argomentare che quando una persona redige e sottoscrive dichiarazioni anticipate, manifesta chiaramente la volontà che i suoi desideri vengano onorati, ma, al tempo stesso, indicando le situazioni di riferimento, manifesta altrettanto chiaramente la volontà di non assegnare ai suoi desideri un valore assolutamente (e cioè deterministicamente e meccanicamente) vincolante. Non a caso l'art. 9 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina adotta le espressioni *souhais* e *wishes*, che corrispondono al concetto di cosa desiderata, non di cosa imposta a terzi.

La persona chiede che i suoi desideri siano rispettati, ma chiede che lo siano a condizione che mantengano la loro attualità e cioè solo nel caso che ricorrano le condizioni da lui stesso indicate: si può, infatti, ragionevolmente presumere che nessun paziente intenda incoraggiare attitudini di

Da ultimo, per quanto riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³³⁶, nel capitolo iniziale si è già richiamato l'art. 3, il quale sancisce che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge»³³⁷.

La rassegna delle fonti scritte offre, tuttavia, solo «una visione parziale dei fenomeni normativi su cui va portata l'attenzione» nella trattazione del consenso informato, poiché «il complemento della norma scritta è costituito dall'opera dell'interprete, così come in primo luogo affiora nelle pagine degli autori e in sede di interpretazione giudiziaria»³³⁸.

Nel secondo capitolo si è già presa in considerazione la giurisprudenza CEDU relativa al suicidio assistito, all'eutanasia e, più in generale, al “diritto a morire”. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto modo di occuparsi anche del tema del consenso informato, il quale emerge in modo particolarmente rilevante nel caso Glass³³⁹.

David Glass nasce nel 1986 con una grave disabilità mentale e fisica. Nel 1998 si aggravano le sue difficoltà respiratorie, pertanto egli viene ricoverato in ospedale a seguito di una crisi acuta; i medici decidono di somministrargli dosi di

abbandono terapeutico, privandosi così della possibilità di godere dei benefici dei trattamenti che eventualmente si rendessero disponibili quando egli non fosse più in grado di manifestare la propria volontà. Questo è, del resto, il modo più corretto per interpretare il dettato dell'art. 9 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, come risulta chiaro dal punto 62 del Rapporto esplicativo che qui si trascrive: “Questo articolo afferma che quando le persone hanno previamente espresso i loro desideri, tali desideri dovranno essere tenuti in considerazione. Tuttavia, tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano necessariamente essere eseguiti. Per esempio, se i desideri sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza ha da allora fatto progressi, potrebbero esserci le basi per non tener in conto l'opinione del paziente. Il medico dovrebbe quindi, per quanto possibile, essere soddisfatto che i desideri del paziente si applicano alla situazione presente e sono ancora validi, prendendo in considerazione particolarmente il progresso tecnico in medicina”.

A tal proposito, conviene ricordare che in una precedente versione della Convenzione, i desideri del paziente venivano indicati come “determinanti”, un aggettivo che suscitò molte perplessità e riserve (tra le quali quelle del CNB): da un lato, infatti, tale aggettivo sembrava costituire una violazione dell'autonomia professionale del medico; dall'altro, non sembrava neppure corrispondere alle reali esigenze che - come si è osservato poco sopra - possono indurre un paziente a formulare dichiarazioni anticipate. Tuttavia, il passaggio da “determinanti” a “tenuti in considerazione” non dovrebbe essere interpretato come passaggio da un carattere (assolutamente) vincolante a uno (meramente) orientativo. Se è corretto escludere la prima caratterizzazione, anche la seconda va esclusa quando venga intesa in senso talmente debole da coincidere con la restituzione al medico di una piena libertà decisionale ed operativa, che equivarrebbe a conferirgli un indebito potere paternalistico, che implicherebbe il completo svuotamento di senso delle dichiarazioni anticipate stesse».

³³⁶ Sulla Carta di Nizza v., in particolare: S. RODOTÀ, *The Charter of Fundamental Rights*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2001, 7 ss.; D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 5 ss.

³³⁷ V., *supra*, par. 1.4.

³³⁸ M. GRAZIADEI, *op. cit.*, 200.

³³⁹ Corte EDU, 9 marzo 2004, *Glass c. Regno Unito*, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

diamorfina senza il consenso della madre e, senza informare la medesima, inseriscono nella scheda del paziente anche un'annotazione che riporta l'ordine di non provvedere alla rianimazione in caso di ulteriore crisi respiratoria. Scoppia pertanto una violenta lite tra il personale dell'ospedale, da una parte, e la madre con i parenti del ragazzo, dall'altra; questi ultimi vogliono infatti che al ragazzo, nel frattempo ulteriormente aggravatosi, sia praticata la rianimazione. Nelle successive convulse ore David Glass si riprende e, a distanza di giorni, può tornare a casa. Al fine di far dichiarare illegittime le decisioni prese dai medici, la madre si rivolge all'autorità giudiziaria inglese, che però dichiara non ricevibile la domanda per sopravvenuta carenza di interesse e poiché risulta dubbia la possibilità di statuire sul trattamento terapeutico; parallelamente, i sanitari vengono riconosciuti disciplinarmente non responsabili e il procuratore non apre alcun procedimento penale nei loro confronti.

La madre di David Glass si rivolge quindi alla Corte di Strasburgo, la quale rileva un'interferenza da parte delle autorità sanitarie nella vita privata di David Glass. La Corte conclude che effettivamente il personale medico ha speso molto più tempo nel tentare inutilmente di convincere i parenti del minore della correttezza della loro prassi e poi nell'imporla ricorrendo alla forza pubblica, piuttosto che nel cercare di superare la divergenza attraverso un ricorso urgente alla High Court. La decisione dei sanitari di non considerare le opinioni della madre del paziente, nettamente contrarie alla somministrazione di diamorfina, senza cercare un'autorizzazione al trattamento da loro considerato il più corretto dall'autorità giudiziaria, costituisce violazione dell'art. 8.

Dopo avere inquadrato, in generale, il tema del consenso informato, nei prossimi paragrafi ci si dedicherà, in prospettiva comparatistica e con particolare riferimento alle esperienze giuridiche della Francia e dei Paesi di *common law*, a delinearne ulteriori tratti salienti.

3.3. Il consenso informato in prospettiva comparatistica: l'esperienza francese.

In Francia, le materie del consenso informato e delle *directives anticipées* trovano attualmente regolamentazione all'interno del *Code de la santé publique*³⁴⁰. L'odierna disciplina è il frutto di un'opera pluriennale volta a fornire una disciplina organica di tutte le problematiche attinenti al fine vita³⁴¹.

³⁴⁰ Sul *Code de la santé publique*, che ha la peculiarità di essere strutturato in una parte legislativa ed in una regolamentare, v., per tutti: G. NICOLAS, *Sept années d'application de la loi Kouchner: réflexions autour de l'expérience française*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, 2010, 471 ss.

³⁴¹ A questo proposito, va ricordato che l'eutanasia attiva è vietata in Francia, così come il suicidio assistito. La tendenza politica francese è sempre stata quella di valorizzare e massimizzare le cure palliative e le varie alternative terapeutiche con lo scopo di indurre la società a non considerare la "dolce morte" come l'unica via per la liberazione dal dolore. Già nel 1999, come si osserverà meglio nel testo, il Legislatore aveva sviluppato un'apposita politica volta a garantire i «diritti dei morenti», incentrata sullo sviluppo delle cure palliative, sulla lotta contro le sofferenze e sul rafforzamento delle terapie e dell'assistenza nei confronti dei malati. La creazione della prima unità per la somministrazione delle cure palliative risale al 1987, presso l'Ospedale della *Cité*

Nel 1999, Bernard Kouchner, Segretario di Stato per la Sanità, promuove il primo Piano Triennale per lo sviluppo delle cure palliative, il quale si pone come obiettivi principali: la sollecitazione delle istituzioni sanitarie alla ricerca di nuovi progetti volti a trovare rimedi all'avanguardia per il controllo del dolore; la divulgazione sempre maggiore dell'informazione tra i pazienti sull'esistenza di svariate terapie contro il dolore; l'eliminazione degli ostacoli imposti dalle rigide regole in materia di prescrizione di analgesici, in modo da favorire l'autonomia necessaria per il personale sanitario affinché esso possa intervenire ad alleviare il più possibile il dolore dei pazienti,

Nello stesso anno, il Parlamento francese vota l'approvazione della legge disciplinante le cure palliative («Loi no 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs»), che conferisce a tutti gli individui malati il diritto di accesso a tali cure. Tramite il citato provvedimento viene legislativamente affermata, per la prima volta in Francia, la possibilità per l'individuo malato di opporsi a qualsiasi tipologia di terapia e indagine medica³⁴².

Nel 2003 viene riformato il *Code de la santé publique*, nel quale il principio del consenso informato viene ampiamente valorizzato. Infatti, come recita l'art. L.1111-2: «Ciascuno ha diritto di essere informato sul suo stato di salute. Questa informazione concerne le diverse ricerche, trattamenti o azioni di prevenzione proposte, la loro utilità, la loro urgenza eventuale, le loro conseguenze, i rischi frequenti o gravi normalmente prevedibili che essi comportano nonché le altre soluzioni possibili e le conseguenze prevedibili in caso di rifiuto. Quando, dopo l'esecuzione delle ricerche, trattamenti o azioni di prevenzione, si identificano nuovi rischi, la persona interessata deve esserne informata, salvo che sia impossibile reperirla.

Questa informazione incombe su ogni professionista sanitario nell'ambito delle sue competenze e nel rispetto delle norme professionali a lui applicabili. Soltanto l'urgenza o l'impossibilità d'informare possono dispensarlo.

Questa informazione è fornita nel corso di un colloquio individuale.

La volontà di una persona di essere tenuta all'oscuro di una diagnosi o di una prognosi deve essere rispettata, salvo che i terzi siano esposti a un rischio di trasmissione.

I diritti dei minori o dei maggiori sotto tutela menzionati nel presente articolo sono esercitati, secondo il caso, dai titolari della potestà dei genitori o dal tutore. Costoro ricevono l'informazione prevista dal presente articolo, fermo restando il disposto dell'art. L.1111-5. Gli interessati hanno diritto di ricevere loro stessi l'informazione e di partecipare all'assunzione delle decisioni loro riguardanti, in modo adeguato al loro grado di maturità nel caso dei minori, e alla loro facoltà di discernimento nel caso dei maggiori sotto tutela.

Delle raccomandazioni di buone pratiche sul modo di fornire le informazioni sono stabilite dall'Alta Autorità della sanità e omologate con provvedimento del ministro della sanità. In caso di contenzioso, spetta al professionista o allo

Universitaire. Per una ricostruzione storica si veda il documento del *Ministère des Affaires étrangères* del 2006 pubblicato all'indirizzo internet: http://www.ambafrance-at.org/IMG/pdf/fin_de_vie.pdf (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

³⁴² Article L1C: «La personne malade peut s'opposer à toute investigation ou thérapeutique».

stabilimento sanitario fornire la prova che l'informazione è stata fornita all'interessato alle condizioni previste dal presente articolo. Questa prova può essere fornita con ogni mezzo»³⁴³.

Il principio del consenso quale presupposto di legittimità del trattamento sanitario si accompagna al dovere del medico di persuadere il paziente, laddove la scelta di quest'ultimo risulti pregiudizievole per la propria vita; inoltre, è stabilito un *cooling-off period*, cioè un periodo di "raffreddamento", tipicamente previsto per le procedure di recesso, decorso il quale il paziente deve confermare la propria volontà.

Tali aspetti sono disciplinati dall'art. 1111-14, il quale sancisce: «Ogni persona assume, col professionista della sanità e tenuto conto delle informazioni e dei consigli che esso fornisce, le decisioni riguardanti la sua salute.

Il medico deve rispettare la volontà della persona dopo averla informata delle conseguenze della sua scelta. Se la volontà della persona di rifiutare o di interrompere ogni trattamento mette la sua vita in pericolo, il medico deve fare quanto possibile per convincerla ad accettare le cure indispensabili. Egli può rivolgersi ad un altro membro del corpo sanitario. In ogni caso, il malato deve ribadire la sua decisione dopo un lasso ragionevole. Essa è iscritta nella sua cartella clinica. Il medico salvaguarda la dignità del morente e assicura la qualità della sua vita dispensando le cure di cui all'art. L.1110-10.

Nessun altro medico né alcun trattamento possono essere praticanti senza il consenso libero e informato della persona e il consenso può essere ritirato in ogni

³⁴³ Article L.1111-2: «Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.

Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.

L'établissement de santé recueille auprès du patient hospitalisé les coordonnées des professionnels de santé auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à sa prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie».

tempo.

Quando la persona non è in grado di esprimere la sua volontà, non può essere attuato alcun intervento o ricerca, salvo urgenza o impossibilità, senza che la persona di fiducia di cui all'articolo L.1111-6, o la famiglia, o, in mancanza, una delle persone ad essa vicine sia stata consultata.

Quando la persona non è in grado di esprimere la sua volontà, la limitazione o la sospensione di trattamento suscettibili di mettere in pericolo la sua vita non possono essere attuate senza aver rispettato la procedura collegiale di cui al codice di deontologia medica e senza che la persona di fiducia di cui all'articolo L.1111-6 oppure, in mancanza, una delle persone a lui vicine e, se del caso, le direttive anticipate della persona, siano state consultate.

La decisione motivata di limitazione o sospensione di trattamento è iscritta nella cartella clinica.

Il consenso del minore o del maggiore sotto tutela deve essere sistematicamente ricercato se egli è in grado di esprimere la sua volontà e di partecipare alla decisione. Nel caso in cui il rifiuto di trattamento da parte della persona titolare della potestà dei genitori o del tutore rischi di comportare delle conseguenze gravi per la salute del minore o del maggiore sotto tutela, il medico presta le cure indispensabili.

L'esame di una persona malata nell'ambito di un insegnamento clinico richiede il suo previo consenso. Gli studenti che ricevono questo insegnamento debbono essere previamente informati della necessità di rispettare i diritti dei malati enunciati nel presente titolo.

Le disposizioni del presente articolo si applicano senza pregiudizio delle disposizioni particolari relative al consenso della persona per certe categorie di cure o di interventi»³⁴⁴.

³⁴⁴ Article L.1111-4: «Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical.

Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences

Come emerge dalla lettura della disposizione appena riportata, il *Code de la santé* prevede la possibilità di nominare una *personne de confiance*, la quale, tuttavia, non ha poteri di rappresentanza del paziente, assumendo un ruolo meramente consultivo³⁴⁵.

La designazione della persona di fiducia (da non confondere concettualmente con il *mandataire* nominato in forza di un *mandat de protection future*³⁴⁶) è disciplinata dall'art. L.1111-6, a norma del quale «Ogni persona maggiore d'età può designare una persona di fiducia, la quale può essere un parente, una persona a lui vicina o il medico curante, che sarà consultata qualora non sia più in grado di esprimere la sua volontà e di ricevere le informazioni necessarie a tal fine. Questa designazione è fatta per iscritto. Essa è revocabile in ogni momento. Se il malato lo desidera, la persona di fiducia l'accompagna nelle sue pratiche e assiste ai suoi incontri coi medici al fine d'aiutarla nelle sue decisioni.

Al momento di ogni ricovero in un istituto sanitario, si proporrà al malato di designare una persona di fiducia alle condizioni di cui al comma anteriore.

Questa designazione è valida per la durata del ricovero, a meno che il malato non disponga altrimenti.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano quando si dispone una misura di tutela. Tuttavia, il giudice tutelare può, in tale ipotesi, sia confermare la nomina della persona di fiducia già designata, sia revocare tale designazione»³⁴⁷.

Nell'ambito del consenso informato il *Code de la santé* disciplina anche le DAT, affermando - all'art. L.1111-11 che: «Ogni persona maggiore d'età può redigere delle direttive anticipate per il caso in cui non sia più in grado di

graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.

L'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades énoncés au présent titre.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions».

³⁴⁵ Osserva E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, cit., 56, che la *personne de confiance* non è rappresentante in ambito sanitario, in quanto il suo intervento è previsto anche quando il paziente è lucido e, laddove quest'ultimo si trovi in stato di incapacità, la persona designata si limita a esprimere pareri che possono avere un diverso grado di rilevanza a seconda delle circostanze.

³⁴⁶ Per il quale si rimanda al par. 5.8.

³⁴⁷ Article L.1111-6: «Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci».

esprimere la sua volontà. Queste direttive anticipate indicano i desideri della persona relativi alla fine della sua vita nei riguardi della limitazione o della sospensione del trattamento. Esse sono revocabili in ogni tempo.

Purché stabilite prima di un triennio dallo stato d'incoscienza della persona, il medico ne tiene conto per ogni decisione circa l'accertamento, l'intervento o il trattamento nei suoi riguardi.

Un decreto del Consiglio di Stato definisce le condizioni di validità, di riservatezza e di conservazione delle direttive anticipate»³⁴⁸.

Due sono i profili che immediatamente colpiscono l'attenzione del giurista dinnanzi a tale disposizione: in primo luogo, le DAT sono subordinate alla scelta terapeutica effettuata dal medico; in secondo luogo, esse conservano un'efficacia temporale limitata.

La disciplina specifica delle *directives anticipées* si rinviene nella parte regolamentare del *Code de la santé*, così come risultante dall'intervento ad opera del Décret n°2006-119 del 6 febbraio 2006.

L'art. R.1111-17 stabilisce che: «Le direttive anticipate di cui all'art. L.1111-11 riguardano un documento scritto, datato e firmato dal loro autore debitamente identificato con l'indicazione del cognome, nome, data e luogo di nascita.

Tuttavia, quando l'autore di tali direttive, benché capace di esprimere la sua volontà, sia impossibilitato a scrivere e firmare lui stesso il documento, egli può chiedere a due testimoni, fra i quali la persona di fiducia quando sia designata ai sensi dell'articolo L.1111-6, d'attestare che il documento che non ha potuto redigere lui stesso è l'espressione della sua volontà libera e consapevole. Questi testimoni indicano il loro nome e qualità e la loro attestazione è allegata alle direttive anticipate.

Il medico può, a domanda del paziente, far risultare in allegato a tali direttive, al momento del loro inserimento nel fascicolo di quest'ultimo, un'attestazione nella quale constati che egli è in grado di esprimere liberamente la sua volontà e che gli ha fornito tutte le informazioni necessarie»³⁴⁹.

³⁴⁸ Article L.1111-11: «Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant.

Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées».

³⁴⁹ Article R.1111-17: «Les directives anticipées mentionnées à l'article L. 1111-11 s'entendent d'un document écrit, daté et signé par leur auteur dûment identifié par l'indication de ses nom, prénom, date et lieu de naissance.

Toutefois lorsque l'auteur de ces directives, bien qu'en état d'exprimer sa volonté, est dans l'impossibilité d'écrire et de signer lui-même le document, il peut demander à deux témoins, dont la personne de confiance lorsqu'elle est désignée en application de l'article L. 1111-6, d'attester que le document qu'il n'a pu rédiger lui-même est l'expression de sa volonté libre et éclairée. Ces témoins indiquent leur nom et qualité et leur attestation est jointe aux directives anticipées.

Le médecin peut, à la demande du patient, faire figurer en annexe de ces directives, au moment de

L'art. R.1111-18 si occupa della revoca, delle modifiche e dell'efficacia temporale delle DAT: «Le direttive anticipate possono, in ogni tempo, essere modificate, in tutto o in parte, alle condizioni di cui all'articolo R 1111-17, oppure revocate senza formalità.

Esse sono valide per un triennio e sono rinnovabili con una semplice decisione di conferma firmata dal loro autore sul documento oppure, in caso d'impossibilità di scrivere e di firmare, posta in essere alle condizioni di cui al secondo comma dell'articolo R.1111-17.

Ogni modifica intervenuta ottemperando a tali requisiti vale come conferma e fa decorrere un nuovo termine triennale.

Quando sono stabilite nel triennio anteriore allo stato d'incoscienza della persona oppure dal giorno in cui la persona non è più in grado di procedere alla rinnovazione, le direttive rimangono valide quale che sia il momento in cui esse vengano ulteriormente prese in considerazione»³⁵⁰.

L'art. R.1111-19 è dedicato alla conservazione delle *directives anticipées*: «Le direttive anticipate debbono essere conservate secondo modalità che le rendano agevolmente accessibili al medico chiamato ad assumere una decisione di limitazione o sospensione di trattamento nell'ambito della procedura collegiale definita all'articolo R. 4127-37.

A tal fine, esse sono conservate nel fascicolo della persona costituito da un medico generico, sia che si tratti del medico curante o di un altro medico di sua scelta oppure, in caso di ricovero, nella cartella clinica di cui all'articolo R.1112-2.

Tuttavia, le direttive anticipate possono essere conservate dal loro autore o affidate da costui alla persona di fiducia di cui all'articolo L.1111-6 o, in mancanza, ad un membro della sua famiglia o ad una persona a lui vicina. In tal caso, la loro esistenza e i dati della persona detentrica sono menzionati, su indicazione del loro autore, nel fascicolo costituito dal medico generico o nella cartella clinica di cui all'articolo R.1112-2.

Ogni persona ricoverata in un istituto sanitario o medico-sociale può segnalare l'esistenza di direttive anticipate; questa menzione nonché le coordinate della persona che le detiene sono inserite nella cartella clinica di cui all'articolo R.1111-2»³⁵¹.

leur insertion dans le dossier de ce dernier, une attestation constatant qu'il est en état d'exprimer librement sa volonté et qu'il lui a délivré toutes informations appropriées».

³⁵⁰ Article R.1111-18: «Les directives anticipées peuvent, à tout moment, être soit modifiées, partiellement ou totalement, dans les conditions prévues à l'article R. 1111-17, soit révoquées sans formalité.

Leur durée de validité de trois ans est renouvelable par simple décision de confirmation signée par leur auteur sur le document ou, en cas d'impossibilité d'écrire et de signer, établie dans les conditions prévues au second alinéa de l'article R. 1111-17. Toute modification intervenue dans le respect de ces conditions vaut confirmation et fait courir une nouvelle période de trois ans.

Dès lors qu'elles ont été établies dans le délai de trois ans, précédant soit l'état d'inconscience de la personne, soit le jour où elle s'est avérée hors d'état d'en effectuer le renouvellement, ces directives demeurent valides quel que soit le moment où elles sont ultérieurement prises en compte».

³⁵¹ Article R.1111-19: «Les directives anticipées doivent être conservées selon des modalités les rendant aisément accessibles pour le médecin appelé à prendre une décision de limitation ou d'arrêt de traitement dans le cadre de la procédure collégiale définie à l'article R. 4127-37.

In conclusione, a seguito dell'esame sino a qui compiuto, pare condivisibile l'osservazione di chi ha rilevato che, rispetto ad altri ordinamenti, le norme concernenti il consenso al trattamento sanitario «postulano un ruolo del medico [...] più robusto»³⁵². Infatti, come si è notato precedentemente, le DAT non sono vincolanti, ma svolgono un ruolo di orientamento per il medico, che deve solamente tenerne conto³⁵³; analogamente, nemmeno il parere della *personne de confiance* riveste valore determinante.

In caso di persona incapace che si trovi nella fase del fine vita, in particolare, il Legislatore francese ha creato una sorta di gerarchia per quanto riguarda l'assunzione delle decisioni terapeutiche, collocando al primo posto il giudizio del medico, quindi la volontà espressa tramite disposizioni anticipate e, infine, prima di «ogni altro parere non medico», il parere della persona di fiducia, come stabilito dall'art. L.1111-12: «Quando una persona, in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, quale che ne sia la causa, e non in grado di esprimere la sua volontà, abbia designato una persona di fiducia, in applicazione dell'articolo L.1111-6, il parere di quest'ultima, salvo urgenza o impossibilità, prevale su ogni altro parere non medico, ad esclusione delle direttive anticipate, nelle decisioni circa l'accertamento, l'intervento o il trattamento assunte dal medico»³⁵⁴.

3.4. Il diniego del consenso e il paziente incapace. Uno sguardo alla common law.

La libertà di dissenso rispetto ai trattamenti sanitari (compresi quelli da cui dipende il mantenimento in vita) costituisce il presupposto logico e giuridico delle disposizioni anticipate: infatti, l'eventuale negazione di un diritto di autodeterminazione del paziente in merito alle cure a cui lo stesso deve essere sottoposto implicherebbe l'impossibilità di riconoscere valore alle DAT.

Come precisato nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 24

A cette fin, elles sont conservées dans le dossier de la personne constitué par un médecin de ville, qu'il s'agisse du médecin traitant ou d'un autre médecin choisi par elle, ou, en cas d'hospitalisation, dans le dossier médical défini à l'article R. 1112-2.

Toutefois, les directives anticipées peuvent être conservées par leur auteur ou confiées par celui-ci à la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 ou, à défaut, à un membre de sa famille ou à un proche. Dans ce cas, leur existence et les coordonnées de la personne qui en est détentrice sont mentionnées, sur indication de leur auteur, dans le dossier constitué par le médecin de ville ou dans le dossier médical défini à l'article R. 1112-2.

Toute personne admise dans un établissement de santé ou dans un établissement médico-social peut signaler l'existence de directives anticipées; cette mention ainsi que les coordonnées de la personne qui en est détentrice sont portées dans le dossier médical défini à l'article R. 1111-2».

³⁵² Così E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, cit., 55.

³⁵³ Il problema generale circa la vincolatività delle DAT sarà affrontato soprattutto nel par. 4.4.

³⁵⁴ Article L.1111-12: «Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L. 1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin».

ottobre 2008, il dissenso può essenzialmente suddividersi in due tipologie: rifiuto e rinuncia. Per “rifiuto” di cure deve intendersi la richiesta di non inizio, mentre la “rinuncia” consiste nell’istanza di sospensione di trattamenti sanitari che già sono in corso di somministrazione³⁵⁵.

In materia di cure, è noto il dibattito intorno alla nozione di “trattamento sanitario” e, in particolare, circa la riconducibilità di alimentazione e idratazione artificiali a tale concetto.

Allo stato attuale, non può essere trascurato il fatto che la Cassazione ha ricompreso l’idratazione e l’alimentazione artificiali con sondino nasogastrico nell’ambito dei trattamenti sanitari: «Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche»³⁵⁶.

In senso difforme rispetto a tali conclusioni si erano invece espressi il Comitato Nazionale per la Bioetica nel proprio parere del 30 settembre 2005³⁵⁷,

³⁵⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, parere del 24 ottobre 2008, reperibile al seguente indirizzo internet: http://www.governo.it/bioetica/pubblicazioni_comitato/3_rifiuto_rinuncia_trattamento_sanitario_it.pdf (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015). Va rilevato che il parere suddetto non concerne «situazioni che possono riguardare pazienti incapaci di esprimere una scelta consapevole e giuridicamente rilevante (minori, malati di mente, pazienti in stato vegetativo persistente, ecc)»; su tali questioni, si rimanda ai seguenti pareri: COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Informazione e consenso all’atto medico*, 20 giugno 1992, pubblicato all’indirizzo <http://www.governo.it/bioetica/pdf/9.pdf> (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015); ID., *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, cit.; *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, cit.

³⁵⁶ Cass., 16 agosto 2007, n. 21748, cit.; la Cassazione giustifica la sua presa di posizione nei termini seguenti: «Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale; trova il sostegno della giurisprudenza nel caso Cruzan e nel caso Bland; si allinea, infine, agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la quale ricomprende il prelievo ematico - anch’esso “pratica medica di ordinaria amministrazione” - tra le misure di “restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all’esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo” (sentenza n. 238 del 1996)».

Il medesimo orientamento è confermato dalla decisione Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, 2229, secondo cui «L’inserimento, il mantenimento e la rimozione del sondino naso-gastrico o della PEG sono dunque atti medici, previsti e attuati nell’ambito e in funzione di una precisa e consapevole strategia terapeutica adottata con il necessario consenso del paziente. [...] La tesi della Regione, dunque, è scientificamente infondata, oltre che giuridicamente inammissibile».

È noto pure che il “d.d.l. Calabrò” esclude espressamente la possibilità che l’alimentazione e l’idratazione artificiali siano oggetto di disposizioni anticipate di trattamento; soluzione diversa è adottata, invece, dal d.d.l. S.13 - XVII Legislatura (v., per un confronto tra i disegni di legge, par. 4.4).

³⁵⁷ Il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’alimentazione e l’idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, consultabile all’indirizzo <http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/PEG.pdf> (pagina consultata in data 15 luglio 2015) si è pronunciato nei termini seguenti: «Nutrizione e idratazione vanno considerati atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere (garantendo la sopravvivenza, togliendo i sintomi di fame e sete, riducendo i rischi di infezioni dovute a deficit nutrizionale e ad immobilità). Anche quando

nonché vari organi giudicanti nel corso della lunga vicenda giudiziaria di Eluana Englaro³⁵⁸.

l'alimentazione e l'idratazione devono essere forniti da altre persone ai pazienti in SVP per via artificiale, ci sono ragionevoli dubbi che tali atti possano essere considerati "atti medici" o "trattamenti medici" in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica. Acqua e cibo non diventano infatti una terapia medica soltanto perché vengono somministrati per via artificiale; si tratta di una procedura che (pur richiedendo indubbiamente una attenta scelta e valutazione preliminare del medico), a parte il piccolo intervento iniziale, è gestibile e sorvegliabile anche dagli stessi familiari del paziente (non essendo indispensabile la ospedalizzazione). Si tratta di una procedura che, rispettando condizioni minime (la detersione, il controllo della postura), risulta essere ben tollerata, gestibile a domicilio da personale non esperto con opportuna preparazione (lo dimostra il fatto che pazienti non in SVP possono essere nutriti con tale metodo senza che ciò impedisca loro una vita di relazione quotidiana). Procedure assistenziali non costituiscono atti medici solo per il fatto che sono messe in atto inizialmente e monitorate periodicamente da operatori sanitari. La modalità di assunzione o somministrazione degli elementi per il sostentamento vitale (fluidi, nutrienti) non rileva dal punto di vista bioetico: fornire naturalmente o artificialmente (con l'ausilio di tecniche sostitutive alle vie naturali) nutrizione e idratazione, alimentarsi o dissetarsi da soli o tramite altri (in modo surrogato, al di fuori dalla partecipazione attiva del soggetto) non costituiscono elementi di differenziazione nella valutazione bioetica. Il fatto che il nutrimento sia fornito attraverso un tubo o uno stoma non rende l'acqua o il cibo un preparato artificiale (analogamente alla deambulazione, che non diventa artificiale quando il paziente deve servirsi di una protesi). Né d'altronde si può ritenere che l'acqua ed il cibo diventino una terapia medica o sanitaria solo perché a fornirli è un'altra persona. Il problema non è la modalità dell'atto che si compie rispetto alla persona malata, non è come si nutre o idrata: alimentazione e idratazione sono atti dovuti in quanto supporti vitali di base, nella misura in cui consentono ad un individuo di restare in vita. Anche se si trattasse di trattamento medico, il giudizio sull'appropriatezza ed idoneità di tale trattamento dovrebbe dipendere solo dall'oggettiva condizione del paziente (cioè dalle sue effettive esigenze cliniche misurate sui rischi e benefici) e non da un giudizio di altri sulla sua qualità di vita, attuale e/o futura».

³⁵⁸ App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2022, aveva rigettato il ricorso del tutore, rilevando che il dibattito in ordine ai suddetti trattamenti era ancora aperto in ambito medico e giuridico: le «perplexità etiche-giuridiche [...] non possono non coinvolgere tutti gli operatori, che devono in un contesto di incertezza scientifica in ordine alla posizione del paziente in SVP affrontare tematiche tanto impegnative a livello umano e sociale e proporre soluzioni, nelle quali è difficile conciliare la razionalità con l'emotività». In questo contesto, la Corte, «ben consapevole che l'esigenza di imporre limiti-regole giuridiche si scontra nelle società pluralistiche con la mancanza di valori condivisi» si era limitata ad auspicare «che, recependo la sollecitazione del Consiglio d'Europa espressa nell'art. 28 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina approvata il 4 aprile 1997, sottoscritta dall'Italia, "le questioni fondamentali poste dallo sviluppo della biologia e della medicina formino oggetto di un pubblico dibattito alla luce in particolare delle implicazioni mediche, sociali, economiche, etiche e giuridiche pertinenti e che le loro possibili applicazioni formino oggetto di consultazioni appropriate"».

Successivamente, Trib. Lecco, decr. 15 luglio 2002, in *Bioetica*, 2004, 85 ss. non aveva ritenuto condivisibili le motivazioni del tutore, per il quale il gruppo di lavoro istituito in seno al Ministero della salute con decreto 20 ottobre 2000 era giunto all'espressa conclusione di ritenere l'idratazione e nutrizione artificiali dei trattamenti medici, come tali esperibili verso l'incapace solo previo consenso (informato) del titolare. Secondo il Collegio giudicante, «se da un lato la citata commissione è abbastanza perentoria nel qualificare gli interventi in parola "trattamenti medici" [...], dall'altro la commissione medesima ammette che in Italia non sono ancora disponibili pronunciamenti dell'Ordine dei medici o di altre istituzioni medico-scientifiche. Sicché forma convinzione di questo Collegio il fatto che le conclusioni del gruppo di lavoro, pur rappresentando indubbiamente un valido contributo nell'ambito della spinosa problematica della qualificazione dei trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale, non possano certamente costituire l'anello mancante della catena, nel senso, cioè, che non possono costituire la pronuncia

Il parere della Cassazione è stato recentemente condiviso anche dal Consiglio di Stato, il quale ha ritenuto che la qualificazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali alla stregua di trattamenti sanitari è convalidata dalla comunità scientifica internazionale³⁵⁹.

La qualificazione in chiave di terapia o meno non sembra, tuttavia, determinante nella prospettiva della tutela della volontà del paziente, perché, se quest'ultimo è il valore da rispettare, ogni intervento (terapeutico o non) nella sfera corporea altrui richiede, di conseguenza, il consenso del soggetto cui l'intervento è rivolto³⁶⁰.

determinante che ponga la parola fine ai dibattiti qualificatori. L'elaborato redatto dalla commissione si inquadra semplicemente all'interno del dibattito sul problema in discorso e rappresenta un elemento in più a favore di una certa soluzione ma non costituisce - pur nell'autorevolezza dei componenti - la definitiva consacrazione dell'esattezza di questa soluzione. La qualificazione in termini giuridici dei trattamenti *de quibus* richiede ancora una più ampia presa di posizione degli ambienti medici e scientifici italiani e internazionali: solo quando sarà consolidata nell'ambito medico la tesi del trattamento terapeutico per le somministrazioni di alimenti con sonda nasogastrica potranno trarsi le dovute conseguenze giuridiche. Lo stato attuale della materia non appare al Collegio molto dissimile da quello nel quale si è trovata a decidere la Corte milanese, per modo che la relativa decisione mantiene validità»

³⁵⁹ Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, cit., il quale così prosegue: «37.3. Questo Consiglio già in una propria precedente pronuncia ha chiarito che la nutrizione artificiale è un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti che non sono in grado di alimentarsi sufficientemente per la via naturale (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 2.9.2013, n. 4364).

37.4. La società scientifica di riferimento in Italia, la Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale (SINPE), nelle sue Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della nutrizione artificiale del gennaio 2007, ha definito appunto tale forma di nutrizione come “un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti non in grado di alimentarsi sufficientemente per via naturale”».

³⁶⁰ Si riporta, in proposito, un significativo passo di F. VIOLA, *La disponibilità della vita umana. Linee Generali*, in S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione*, Roma, 2014, 14 s., il quale, pur non considerando l'alimentazione e l'idratazione artificiali come terapie, giunge a sostenere la loro equiparazione ai trattamenti terapeutici: «In linea di principio tutto ciò che attiene al sostegno vitale (*living support*) non rientra tra le terapie ed è dovuto per lunga tradizione di umanità a tutti gli essere umani, che ne abbisognano per la loro elementare sopravvivenza, da parte di tutti coloro (quindi, non solo i medici) che siano in grado di prestare tale soccorso. Ciò configura una tremenda responsabilità dello Stato e dei cittadini abbienti nei confronti dei cittadini indigenti e delle nazioni ricche nei confronti del numero sterminato di persone che ancora oggi muoiono di fame e di sete in varie parti del mondo. Sarebbe paradossale costringere a nutrirsi chi non lo vuole con comprensibili ragioni e non dar del pane a chi invece lo richiede ai fini della sopravvivenza.

Nel caso estremo [n.d.r.: l'Autore indica con l'espressione «caso estremo» le «condizioni estreme di una malattia terminale ormai prossima al suo tragico epilogo o ad uno stato di vita vegetativa persistente o permanente»] tale dovere può essere assolto solo dai medici o sotto il loro controllo, poiché i sistemi per nutrire ed idratare un paziente in stato terminale o in stato vegetativo persistente richiedono competenze specifiche e l'uso di una tecnologia apposita. Ciò non fa rientrare il sostegno vitale tra le terapie e, tuttavia, ha del pari un carattere invasivo nei confronti del corpo del paziente (*a feeding tube*) e può produrre effetti collaterali non desiderabili che solo il controllo medico può evitare. [...] Nell'ipotesi della capacità attuale del paziente di compiere scelte consapevoli, allora non si può non riconoscergli anche la capacità di decidere riguardo alla propria alimentazione e idratazione a prescindere dalla questione se esse siano o meno da considerare terapie come le altre.

[...] Nell'ipotesi della presenza di chiare, inequivocabili e recenti dichiarazioni anticipate di

Si è già osservato che il consenso al trattamento sanitario costituisce presupposto indefettibile di una corretta relazione tra medico e paziente³⁶¹: pertanto, sia nell'ipotesi di rifiuto che in quella di rinuncia ai trattamenti terapeutici, il dissenso del paziente comporta la necessità - rispettivamente - di non intraprendere un percorso di cura o di interrompere quanto già in atto. In entrambi i casi, laddove il paziente si trovi in una situazione di incapacità tale da non essere in grado di esprimere un valido dissenso, si pone un problema di individuare se l'incapace possa essere sostituito da un altro soggetto e, in caso affermativo, a quali limiti è vincolato quest'ultimo³⁶².

Per il momento, ci si può limitare a precisare che la disciplina italiana sul punto, in mancanza di un'apposita legislazione, deve essere ricavata dalla giurisprudenza e, in special modo, da quello che può essere considerato il *leading case* italiano in materia, ovvero la vicenda giudiziaria di Eluana Englaro³⁶³.

Rimandando ad un successivo approfondimento l'esame dei profili più strettamente attinenti alla sostituzione del soggetto incapace³⁶⁴, preme riassumere, in questa sede, i criteri fissati dalla Corte di Cassazione ai quali il legale rappresentante si deve attenere nella manifestazione del rifiuto o della rinuncia alle cure in nome del paziente incapace. La Corte menziona espressamente il *best interest* del paziente e la "presunta volontà" di quest'ultimo: «Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»³⁶⁵.

L'influenza della giurisprudenza inglese e statunitense sono evidenti (del resto, in altra parte della motivazione, la Cassazione cita i precedenti più noti di tali ordinamenti, che verranno esaminati fra breve). Tuttavia, attenta dottrina ha evidenziato che la Corte fa riferimento a modelli di decisione - *best interests* e *substituted judgement*³⁶⁶ - elaborati rispettivamente nel diritto inglese ed in quello

volontà, che contengano anche *esplicitamente* la rinuncia al sostegno vitale nel caso estremo, allora non si vede perché tale rinuncia debba essere trattata in linea di principio diversamente da quella delle terapie propriamente dette. Se la volontà del malato ha una rilevanza ai fini del suo trattamento medico, non si può fare alcuna distinzione riguardo ai contenuti, a meno che la richiesta implichi l'esercizio di vere e proprie pratiche eutanasiche».

³⁶¹ V., *supra*, par. 3.1 e par. 3.2.

³⁶² Il problema della sostituzione rappresentativa sarà più specificamente approfondito nel cap. 5, cui pertanto si rinvia.

³⁶³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

³⁶⁴ V. par. 5.4 ss., spec. par. 5.5 con riguardo "al miglior interesse" del paziente.

³⁶⁵ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

³⁶⁶ Il criterio della volontà presunta è sostanzialmente configurato sul modello del *substituted judgement*, per il quale v. la giurisprudenza del New Jersey, a partire dalla decisione della Suprema Corte *In Re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976). Sul ruolo dei sostituti, cfr., in particolare: *In*

statunitense, tradizionalmente considerati come alternativi³⁶⁷.

Iniziando dall'esame dell'ordinamento statunitense³⁶⁸, si può notare che lo sviluppo della legislazione in materia di *advance directives* negli U.S.A. è stato determinato proprio dal dibattito sorto in merito alla questione di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale ad una paziente in stato di incapacità. Ci si riferisce alla nota vicenda di Karen Ann Quinlan, sfociata nel caso *In re Quinlan*, deciso dalla Corte Suprema del New Jersey³⁶⁹.

Karen Ann Quinlan si era ritrovata in un «chronic persistent vegetative state»³⁷⁰ a causa di una anossia cerebrale dovuta a fenomeni di dispnea

Re Farrel, 108 N.J. 335, 529 A.2d 404 (1987) e *In Re Jobes*, 108 N.J. 394, 529 A.2d 434 (1987), trad. it. in *Foro it.*, 1988, IV, 291 ss.

Per una rassegna della giurisprudenza del Massachusetts si rimanda invece a G. GENNARI, *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Famiglia*, 2006, 767 ss.

³⁶⁷ M. PICCINI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 3, 209 ss.

³⁶⁸ Sulle tendenze nordamericane, v.: G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, 291 ss.; G. GENNARI, *op. loc. cit.*; A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, 1991, 66 ss.; L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. CASONATO - C. PICCOCCHI - P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008, Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 399 ss.; C.H. COLEMAN, *Legal Oversight of End-of-life Treatment Decisions in United States Law*, in S. NEGRI (a cura di), *Self-determination, Dignity International and Comparative Perspective*, Leiden, 2011, 155 ss.

³⁶⁹ Supreme Court of New Jersey, 31 marzo, 1976, *In re Quinlan*, (70 N.J. 10, 355 A.2d 647 NJ 1976).

³⁷⁰ Per la definizione di stato vegetativo si può fare riferimento alla descrizione riportata nella sentenza Cruzan della Corte Suprema degli Stati Uniti (v. *infra* nel testo) e formulata dal Dott. Fred Plum: «Vegetative state describes a body which is functioning entirely in terms of its internal controls. It maintains temperature. It maintains heart beat and pulmonary ventilation. It maintains digestive activity. It maintains reflex activity of muscles and nerves for low level conditioned responses. But there is no behavioral evidence of either self-awareness or awareness of the surroundings in a learned manner».

Lo stato vegetativo differisce quindi dal coma, nel quale è assente non solo lo stato di *awareness*, ma anche quello di *wakefulness*. Il Dott. Plum è creatore, insieme al Dott. Bryan Jennett, dell'espressione *persistent vegetative state* (PSV), che viene utilizzata negli Stati Uniti e a livello mondiale (salvo che nel Regno Unito) per indicare una diagnosi medica effettuata dopo numerosi test, in particolare neurologici, secondo la quale, a causa di un danno cerebrale esteso e irrimediabile, è altamente improbabile che il paziente riacquisti funzioni ulteriori rispetto a quelle caratteristiche dello stato vegetativo. Nel Regno Unito, il Royal College of Physicians raccomanda di utilizzare, in sostituzione dell'espressione *persistent vegetative state*, le espressioni *continuous vegetative state* per i pazienti che si trovano in uno stato vegetativo che perdura da oltre quattro settimane e *permanent vegetative state* nei casi in cui, dopo un'osservazione completa e continua protratta per dodici mesi, la diagnosi sia nel senso di ritenere impossibile il miglioramento della condizione cerebrale del paziente. Sulla questione, si veda anche B. JANNET, *The Vegetative State*, Cambridge University Press, 2002, consultabile all'indirizzo internet <http://assets.cambridge.org/052144/1587/sample/0521441587ws.pdf> (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015).

Il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, cit., offre la seguente definizione: «Con l'espressione stato vegetativo persistente (un tempo denominato coma vigile) si indica un quadro clinico (derivante da compromissione neurologica grave) caratterizzato da un apparente stato di vigilanza senza

verificatesi durante una festa in casa di amici e con ogni probabilità provocati da un'eccessiva assunzione di alcolici e psicofarmaci³⁷¹. A fronte della richiesta dei genitori, cattolici praticanti, di interrompere la respirazione artificiale necessaria al mantenimento in vita della ragazza, i medici eccepivano che la paziente era ancora da ritenersi in vita e che nessuna interruzione di terapie poteva essere compiuta. A seguito del ricorso dei genitori, la New Jersey Superior Court respinse la loro richiesta, affermando l'insussistenza, nell'ordinamento statunitense, di qualsiasi *right to die*³⁷².

Di diverso avviso fu la Supreme Court of New Jersey, la quale, fondando la propria decisione sul diritto costituzionale alla "privacy", affermò l'esistenza del diritto di rifiutare ogni cura, anche se ciò può determinare la morte del paziente: «It is the issue of the constitutional right of privacy that has given us most concern, in the exceptional circumstances of this case. [...] We have no doubt, in these unhappy circumstances, that if Karen were herself miraculously lucid for an interval (not altering the existing prognosis of the condition to which she would soon return) and perceptive of her irreversible condition, she could effectively decide upon discontinuance of the life-support apparatus, even if it meant the prospect of natural death»³⁷³.

Qualora il paziente non possa esprimere il proprio diniego nei confronti delle terapie a cui è sottoposto, il diritto al rifiuto deve essere esercitato da un sostituto, come emerge da quest'altro passo della pronuncia: «Our affirmation of Karen's independent right of choice, however, would ordinarily be based upon her

coscienza, con occhi aperti, frequenti movimenti afinalistici di masticazione, attività motoria degli arti limitata a riflessi di retrazione agli stimoli nocicettivi senza movimenti finalistici. I pazienti in SVP talora sorridono senza apparente motivo; gli occhi e il capo possono ruotare verso suoni e oggetti in movimento, senza fissazione dello sguardo. La vocalizzazione, se presente, consiste in suoni incomprensibili; sono presenti spasticità, contratture, incontinenza urinaria e fecale. Le funzioni cardiocircolatorie e respiratorie sono conservate e il paziente non necessita di sostegni strumentali. È conservata anche la funzione gastro-intestinale, anche se il paziente è incapace di nutrirsi per bocca a causa di disfunzioni gravi a carico della masticazione e della deglutizione. Se è vero che alcuni malati terminali possono diventare malati in SVP, è pur vero che le persone in SVP non sono sempre malati terminali (potendo sopravvivere per anni se opportunamente assistite). Non è corretto nemmeno associare la condizione dello SVP al coma: lo stato comatoso è infatti privo di veglia, mentre le persone in SVP, pur senza offrire chiari segni esteriori di coscienza, alternano fasi di sonno e fasi di veglia».

³⁷¹ Nella sentenza, la vicenda viene così descritta: «On the night of April 15, 1975, for reasons still unclear, Karen Quinlan ceased breathing for at least two 15 minute periods. She received some ineffectual mouth-to-mouth resuscitation from friends. She was taken by ambulance to Newton Memorial Hospital. There she had a temperature of 100 degrees, her pupils were unreactive and she was unresponsive even to deep pain. The history at the time of her admission to that hospital was essentially incomplete and uninformative. Such initial history or etiology is crucial in neurological diagnosis. Relying as he did upon the Newton Memorial records and his own examination, he concluded that prolonged lack of oxygen in the bloodstream, anoxia, was identified with her condition as he saw it upon first observation. When she was later transferred to Saint Clare's Hospital she was still unconscious, still on a respirator and a tracheotomy had been performed».

³⁷² Su questo concetto e sui rischi insiti nella traduzione, v., *supra*, il par. 2.1.

³⁷³ A proposito del *right to privacy* la Corte osserva che «Although the Constitution does not explicitly mention a right of privacy, Supreme Court decisions have recognized that a right of personal privacy exists and that certain areas of privacy are guaranteed under the Constitution».

competency to assert it. The sad truth, however, is that she is grossly incompetent and we cannot discern her supposed choice based on the testimony of her previous conversations with friends, where such testimony is without sufficient probative weight. Nevertheless we have concluded that Karen's right of privacy may be asserted on her behalf by her guardian under the peculiar circumstances here present»³⁷⁴.

I sostituti devono agire rendendo il proprio giudizio su come il paziente in stato di incapacità avrebbe deciso, se fosse stato cosciente. Il ricorso al *substituted judgement* è giustificato dal riconoscimento del diritto della persona capace di rifiutare il trattamento medico e dalla necessità di non disconoscere tale diritto solo perché la condizione della persona le impedisce di esercitarlo consapevolmente. La conclusione della Corte è che, in definitiva, l'unica via concretamente percorribile per evitare di calpestare («to prevent the destruction») il diritto riconosciuto è di permettere al tutore («guardian») ed alla famiglia di esprimere il loro miglior giudizio («to render their best judgment»), conformemente alle qualificazioni precisate dalla Corte, in merito alla scelta che la donna avrebbe compiuto in quelle precise circostanze³⁷⁵. Questa soluzione

³⁷⁴ In merito al valore probatorio da riconoscere a precedenti dichiarazioni manifestate nei colloqui con amici, non si può fare a meno di stabilire un raffronto con il caso Englaro.

Nella sentenza *In re Quinlan*, come si è visto, i giudici si sono così pronunciati: «we cannot discern her supposed choice based on the testimony of her previous conversations with friends, where such testimony is without sufficient probative weight».

Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., ha compiuto un percorso argomentativo più articolato: «la Corte territoriale - a fronte dell'indagine istruttoria, nella quale è stato appurato, per testi, che E., esprimendosi su una situazione prossima a quella in cui ella stessa sarebbe venuta, poi, a trovarsi, aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma - si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo.

Ma i giudici d'appello non hanno affatto verificato se tali dichiarazioni - della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di E. e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive; e quindi hanno ommesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia.

Tale accertamento dovrà essere effettuato dal giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi emersi dall'istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale) nella ricostruzione della personalità della ragazza».

³⁷⁵ Così si legge nella motivazione: «If a putative decision by Karen to permit this non-cognitive, vegetative existence to terminate by natural forces is regarded as a valuable incident of her right of privacy, as we believe it to be, then it should not be discarded solely on the basis that her condition prevents her conscious exercise of the choice. The only practical way to prevent destruction of the right is to permit the guardian and family of Karen to render their best judgment, subject to the qualifications hereinafter stated, as to whether she would exercise it in these circumstances. If their conclusion is in the affirmative this decision should be accepted by a society the overwhelming majority of whose members would, we think, in similar circumstances, exercise such a choice in the same way for themselves or for those closest to them. It is for this reason that we determine that Karen's right of privacy may be asserted in her behalf, in this respect, by her guardian and

permette che le decisioni sull'incapace in situazioni critiche possano essere prese di caso in caso, nel rispetto della concreta personalità del singolo.

In sintesi, la Corte Suprema del New Jersey ritiene che un tutore possa domandare la cessazione del trattamento sanitario che interessa il soggetto sottoposto a tutela, a condizione che un medico assista all'operazione e che il comitato etico ospedaliero abbia dato il suo assenso e così gli altri membri della famiglia; è altresì necessario che sia data prova chiara e convincente della conformità della decisione del sostituto con quello che sarebbe stato il desiderio del malato³⁷⁶.

A seguito della decisione in esame, si sviluppò negli Stati Uniti un ampio dibattito intorno al tema, fino all'adozione, da parte dello Stato della California, del *Natural Death Act* nel 1976³⁷⁷, successivamente sostituito, a partire dal 1° luglio 2000, dalla *Health Care Decision Law*³⁷⁸, la quale ha introdotto una nuova sezione nel *Probate Code*. Il *Natural Death Act* rappresenta la prima regolamentazione organica della materia negli U.S.A., se si escludono alcuni interventi isolati, la cui importanza è stata di modesta entità³⁷⁹.

Come si è sottolineato in dottrina, la disciplina legislativa delle *advanced directives* non avrebbe avuto impulso se nel caso *In re Quinlan* l'organo giudicante avesse adottato una differente soluzione, né «se la Corte avesse affermato che il soggetto *incompetent*, a differenza del *competent* perde completamente il proprio *right to privacy* nelle scelte che riguardano la sua integrità psico-fisica; oppure se la stessa Corte avesse sostenuto che, nelle decisioni di “fine-vita”, prevale sempre e comunque il parere dei medici curanti, senza che la volontà anticipata dell'ammalato, comunque espressa, acquisti punto rilievo; oppure ancora se i giudici avessero ritenuto che una siffatta volontà non può essere fatta valere da un *substitute decision-maker*; oppure infine se la suprema magistratura avesse ribadito, sulla scorta del giudice di prime cure, che nel bilanciamento fra i diritti di autodeterminazione del soggetto in uno spazio immune da interferenze esterne da una parte, e gli interessi pubblici alla conservazione della vita individuale dei cittadini, di cui si deve far carico lo Stato dall'altra, i secondi hanno sempre la preminenza sui primi»³⁸⁰.

Nella materia delle disposizioni anticipate di trattamento la sentenza Quinlan ha avuto senza dubbio una portata che si è estesa ben oltre i ristretti limiti territoriali del New Jersey, divenendo un punto di riferimento sia a livello federale,

family under the particular circumstances presented by this record».

³⁷⁶ G. MARINI, *op. cit.*, 380.

³⁷⁷ Su cui v. G. CRISCUOLI, *Sul diritto di morire naturalmente*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 84 ss.

³⁷⁸ Consultabile ai seguenti indirizzi internet: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=prob&group=04001-05000&file=4600-4643>, <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=prob&group=04001-05000&file=4650-4660> e <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=prob&group=04001-05000&file=4665> (pagine consultate da ultimo in data 15 luglio 2015).

³⁷⁹ Ci si riferisce, in particolare ad una legge dell'Ohio di inizio Novecento e ad una dell'Iowa (citate da S. AMATO, *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005, 284 e C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, 324, nt. 137), rimasti casi isolati anche a causa dell'opposizione del Congresso federale.

³⁸⁰ F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 406.

sia al di fuori degli Stati Uniti. Non è infatti casuale che nel *leading case* italiano (la già citata Cass. 21748/2007) si sia compiuto un breve *excursus* comparatistico nel quale sono stati posti in evidenza, in primo luogo, i principi espressi nel caso *In re Quinlan*, oltre che nei casi Cruzan (Corte Suprema U.S.A.), Bland (House of Lords) e Bundesgerichtshof 17 marzo 2003³⁸¹.

Rimanendo nell'ambito statunitense, la menzionata sentenza *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* costituisce il primo caso in cui la giurisprudenza federale ha preso posizione sulla questione concernente l'interruzione di trattamenti vitali su pazienti incoscienti.

Nancy Beth Cruzan, a seguito di un incidente stradale, si era ritrovata in uno stato vegetativo persistente³⁸². I genitori chiesero quindi ai medici di interrompere la nutrizione artificiale. A seguito del rifiuto dei sanitari, i genitori instaurarono un giudizio innanzi alla *trial court* del Missouri, la quale autorizzava l'interruzione, affermando il fondamentale diritto costituzionale, individuabile sia a livello statale che federale, a rifiutare o a dare disposizioni per l'interruzione di procedure atte solo a prolungare la morte (*death prolonging procedures*). Successivamente, la Supreme Court of Missouri, dopo aver premesso che la corretta soluzione del caso andava inquadrata nella dottrina dell'*informed consent* e non nel diritto alla privacy, rigettava - con una decisione presa a maggioranza - la domanda dei genitori, non ritenendo sufficientemente provato che la volontà espressa in vita da Nancy Cruzan fosse stata nel senso di non essere più alimentata in quelle condizioni.

Quindi, i genitori di Nancy Cruzan agiscono, adducendo profili di incostituzionalità della legge del Missouri, innanzi alla Supreme Court of the United States. La Corte stabilisce che, nel diritto statunitense, laddove un paziente in stato vegetativo irreversibile sia mantenuto in vita artificialmente e non sussistano prove chiare e convincenti circa la sua volontà di sospendere il trattamento sanitario, non viola la Costituzione federale il rigetto, ad opera di una corte statale, della domanda, avanzata dai genitori del paziente stesso, intesa ad ottenere la disattivazione dei macchinari che provvedono alla sua nutrizione ed idratazione³⁸³.

Nell'opinione della Corte, redatta dal Chief Justice Rehnquist, è possibile leggere ripetutamente che la questione in ordine alla quale la Corte stessa è

³⁸¹ La pronuncia del Bundesgerichtshof (17 marzo 2003, XII 2B 2/03) è ora codificata nel Bürgerliches Gesetzbuch nel titolo relativo all'amministrazione di sostegno (Betreuungsrecht). La Corte Suprema aveva ritenuto che le direttive del paziente fossero vincolanti per i medici anche qualora gli stessi non avessero ritenuto tali decisioni «ragionevoli» o «necessarie», purché lo stato di salute del sofferente non fosse diverso da quello rappresentato o fossero emerse indicazioni tali da rendere plausibile una volontà di revoca implicita.

³⁸² Lo svolgimento dei fatti viene così riassunto nella sentenza: «On the night of January 11, 1983, Nancy Cruzan lost control of her car as she traveled down Elm Road in Jasper County, Missouri. The vehicle overturned, and Cruzan was discovered lying face down in a ditch without detectable respiratory or cardiac function. Paramedics were able to restore her breathing and heartbeat at the accident site, and she was transported to a hospital in an unconscious state. An attending neurosurgeon diagnosed her as having sustained probable cerebral contusions compounded by significant anoxia (lack of oxygen)».

³⁸³ Supreme Court of the United States, 25 giugno 1990, *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, in *Foro it.*, 1991, IV, 66

chiamata a decidere concerne la possibilità o l'impossibilità, per lo Stato del Missouri, di adottare, in base ai principi costituzionali, la regola di giudizio utilizzata³⁸⁴. La Supreme Court of Missouri aveva richiesto che la volontà del paziente di rifiutare la nutrizione artificiale dovesse essere espressa e provata in modo chiaro e inequivocabile.

Chiariti questi presupposti, la soluzione della Supreme Court of the United States assume un carattere - come si è rilevato dai primi commentatori italiani alla sentenza - «strettamente tecnico procedurale: la Costituzione degli Usa non vieta allo Stato del Missouri di richiedere che siano provati in modo chiaro e convincente i desideri di un paziente ormai incapace, in ordine all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale»³⁸⁵. Sul punto, è utile richiamare le parole della Corte: «In sum, we conclude that a State may apply a clear and convincing evidence standard in proceedings where a guardian seeks to discontinue nutrition and hydration of a person diagnosed to be in a persistent vegetative state. The Supreme Court of Missouri held that in this case the testimony adduced at trial did not amount to clear and convincing proof of the patient's desire to have hydration and nutrition withdrawn».

Pertanto, la dichiarazione, fatta qualche tempo prima dell'incidente a un familiare, di non voler sopravvivere come un vegetale non risulta sufficientemente sicura al fine di determinare quale fosse l'intenzione del paziente ritrovatosi poi in stato di incoscienza³⁸⁶.

Secondo la Corte, la necessità di garantire che l'accertamento della volontà del paziente non possa lasciare spazio a dubbi si giustifica anche tenendo conto delle conseguenze che possono derivare dalle diverse scelte in caso di errore. Infatti, mentre la continuazione della nutrizione artificiale non fa altro che mantenere lo *status quo*, l'interruzione della stessa comporta un mutamento irreversibile nella situazione del paziente: «An erroneous decision not to terminate results in a maintenance of the status quo; the possibility of subsequent developments such as advancements in medical science, the discovery of new evidence regarding the patient's intent, changes in the law, or simply the unexpected death of the patient despite the administration of life-sustaining treatment at least create the potential that a wrong decision will eventually be corrected or its impact mitigated. An erroneous decision to withdraw life-sustaining treatment, however, is not susceptible of correction».

A prescindere dalla soluzione concreta del caso Cruzan, la decisione ha comunque avuto un ruolo fondamentale nell'affermazione del principio della libertà di scelta in merito ai trattamenti sanitari. In un passo della sentenza, si può leggere in modo inequivocabile: «At common law, [...] the logical corollary of the

³⁸⁴ Osserva F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 427 che il Supremo Collegio non era stato, formalmente, invocato a pronunciarsi né sullo standard di prova richiesto dalla Costituzione e dal diritto federale per l'accertamento e la ricostruzione della volontà del paziente, né sulla necessità di ricorrere specificamente allo strumento del *living will* al fine di disporre (anticipatamente) l'interruzione dei trattamenti 'salvavita', né, tanto meno, sulle caratteristiche che tale istituto deve possedere, né infine sulla validità della legislazione in materia di *health care power of attorney*.

³⁸⁵ A. SANTOSUOSSO, *op. ult. loc. cit.*

³⁸⁶ A proposito del valore delle dichiarazioni verbali, è inevitabile il richiamo al caso *In re Quinlan* ed al caso Englaro.

doctrine of informed consent is that the patient generally possesses the right not to consent, that is, to refuse treatment».

In sintesi, la sentenza Cruzan, cercando di essere esente da valutazioni morali e extragiuridiche³⁸⁷, riconosce al paziente il diritto di rifiutare trattamenti, anche se di sostentamento vitale (*life-saving*), considerando la nutrizione e l'idratazione come trattamenti sanitari. La pronuncia non riguarda il *right of privacy*, se non nel senso, indiretto, di aver escluso che il caso fosse risolvibile alla luce di tale diritto costituzionale³⁸⁸. A proposito del *living will* e delle *advance directives*, la sentenza si sviluppa dall'importante presupposto della piena legittimità delle DAT.

Nel 1991 viene, poi, emanata la legge federale (*Patient Self Determination Act*) in cui sono riconosciuti sia il principio del consenso informato, sia il diritto del paziente di formulare disposizioni anticipate di trattamento. Attualmente la gran parte degli Stati dell'Unione riconosce efficacia alle *advance directives* nella duplice variante del *living will* e dell'*health power of attorney*. Il primo è il documento con cui vengono indicati anticipatamente i trattamenti di sostegno vitale che l'interessato accetta o rifiuta nell'eventualità di trovarsi in stato terminale o vegetativo. Il secondo contiene la nomina di un fiduciario autorizzato a prendere le decisioni sanitarie per l'interessato³⁸⁹.

Anche la giurisprudenza inglese si è occupata di casi in cui i parenti del paziente in SVP si rivolgevano all'Autorità Giudiziaria per ottenere l'autorizzazione alla sospensione delle terapie *life-saving*.

Il caso più noto è quello di Anthony Bland, una delle vittime del disastro di Hillsborough: nel 1989 il giovane tifoso del Liverpool, allora diciassettenne, rimane schiacciato durante una partita di calcio allo stadio di Sheffield, riportando danni cerebrali gravissimi, che lo condannano allo stato vegetativo persistente. Ciò spinge i suoi genitori ad intraprendere una lunga battaglia legale per ottenere l'autorizzazione alla sospensione del trattamento che alimenta il corpo del figlio³⁹⁰.

³⁸⁷ La sentenza afferma, secondo un'impostazione di tipo liberale, che uno Stato può correttamente astenersi da valutazioni sulla "qualità della vita" di un paziente, anche se riconosce un *unqualified interest* dello Stato di tutelare la vita umana.

³⁸⁸ La scelta della corte di non ricollegare la soluzione del caso in alcun modo al *right of privacy* ne costituisce un'evidente conferma, peraltro in sintonia con la tendenza a ridimensionare la portata di questo diritto che, non scritto nella Costituzione, è stato in passato alla base di importanti sentenze negli U.S.A.

Il primo riconoscimento del *right of privacy*, nel senso non di difesa da intrusioni, ma di esplicitazione di un diritto individuale, è in *Griswold v. Connecticut* (1965); del 1973 è poi il caso *Roe v. Wade* che fonda su tale diritto la legittimità della scelta della donna di interrompere la gravidanza: cfr., per tutti, J. RUBENFELD, *The right of privacy*, in *102 Harv. L. Rev.*, 1989, 737 ss.; L.C. FENTIMAN, *Privacy and personhood revisited: a new framework for substitute decisionmaking for the incompetent, incurably ill adult*, in *George Washington L. Rev.*, 1989, 801 ss.

³⁸⁹ G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, cit., 991; D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, cit., 1969 ss.; per quanto concerne l'esperienza canadese, v. V. MOLASCHI, *op. loc. cit.*

³⁹⁰ Sul caso Bland, si vedano: E. FORTUNA, *op. loc. cit.*; G. SMORTO, *op. loc. cit.*; G. FRANCOLINI, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, loc. cit.; D. TASSINARI, *op. loc. cit.*; M. AQUINO - R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e*

Il caso viene affrontato nel 1993 dalla House of Lords, che deve decidere se l'alimentazione artificiale e i farmaci antibiotici possano legalmente non essere somministrati a un paziente in stato di incoscienza senza speranza di recupero, sapendo che ciò determinerebbe la morte del paziente in breve tempo. Tutti i cinque membri della Corte inglese concordano sul fatto che l'interruzione dell'alimentazione forzata e della somministrazione degli antibiotici in casi come quello di Tony Bland non comporti responsabilità né civile né penale a carico di chi ponga in essere la condotta³⁹¹.

In particolare, secondo l'opinione di Lord Goff of Chieveley, il principio della sacralità della vita è riconosciuto nell'art. 2 CEDU e nell'art. 6 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966), ma non è un principio assoluto³⁹². Non si può, quindi, parlare di omicidio nel caso Bland, in primo luogo perché viene in rilievo una condotta omissiva in una condizione senza speranze e non un'azione tesa a provocare la morte (eutanasia); in secondo luogo, l'alimentazione e l'idratazione costituiscono trattamenti medici soggetti alla valutazione di appropriatezza; infine, il medico non ha l'obbligo giuridico di somministrare trattamenti da considerarsi inutili secondo un'accreditata valutazione medica della condizione di vita del paziente e che non rispondono al suo *best interest*. In conclusione, quando un paziente non è in grado né di acconsentire né di rifiutare il trattamento e non abbia espresso precedentemente una volontà, i medici sono tenuti a decidere dopo averne discusso con la famiglia³⁹³.

Ciò che distingue la decisione dei Giudici inglesi rispetto a quella dei loro colleghi americani nel caso Cruzan è il criterio cardine su cui si fonda l'ordine di sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione forzate. Nella sentenza Cruzan, l'organo giudicante, in forza di un principio soggettivistico, valorizza il ruolo della volontà del diretto interessato, cercando in una manifestazione di volontà anche remota (purché dimostrata con una certa precisione) una possibile prova che l'interruzione della terapia sia il reale desiderio del paziente. La House of Lords, invece, rinuncia a cercare un'eventuale volontà espressa prima del coma ed accoglie un criterio di matrice oggettivistica: il giudizio dei medici circa l'irreversibilità dello stato vegetativo e l'utilità della terapia somministrata ai fini di un possibile e concreto recupero delle funzioni vitali del paziente³⁹⁴.

del Regno Unito, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 2-3, II, 641 ss.

³⁹¹ House of Lords, 4 febbraio 1993, *Airedale National Health Service Trust v. Bland*, [1993] 1 All ER 821.

³⁹² Analogamente, Lord Keith of Kinkel così si esprime: «dal momento che vivere in uno stato vegetativo persistente non è di nessun beneficio per il paziente, occorre chiedere se il principio della sacralità della vita, il cui mantenimento è nell'interesse dello Stato e della magistratura in quanto espressione dello Stato, imponga a questa camera di dichiarare scorretto il giudizio della Corte d'Appello. Secondo me le cose non stanno così. Quello della sacralità della vita non è un principio assoluto».

³⁹³ La decisione del caso Bland è in linea con quella assunta dai Giudici americani nel caso Cruzan: in entrambe le pronunce è riconosciuto esplicitamente il diritto, per ogni individuo, di rifiutare trattamenti sulla propria persona, anche quando siano *life-saving*. Le pronunce divergono, tuttavia, in merito al principio guida da applicare in casi simili (v. *supra* e *infra* nel testo).

³⁹⁴ Per queste osservazioni, v. G. CASCIARO - P. SANTESE, *Il consenso informato*, Milano, 2012, 198 s., i quali fanno notare che, nell'atteggiamento dei Giudici inglesi, giocano un ruolo

Il *best interest*, cioè il miglior interesse del paziente, viene valutato dal medico in sintonia con i dati scientifici disponibili e la pratica clinica³⁹⁵, rinunciando a qualsiasi ricostruzione della volontà del paziente incapace, in quanto quest'ultimo si trova in stato vegetativo³⁹⁶. Pertanto, in caso di persone che si trovano in stato vegetativo, non è necessario procedere ad una valutazione attraverso cui bilanciare i benefici e gli svantaggi della decisione di sospendere i trattamenti di sostegno vitale (il c.d. *balance sheet*). Questi trattamenti sono considerati, infatti, inutili (*useless*), perché con nessuna finalità terapeutica, e futili (*futile*), poiché il paziente è incosciente e non si prospetta alcun possibile miglioramento della sua condizione. In ogni ipotesi in cui sia sottoposta al vaglio giudiziale la liceità della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale sarà, allora, l'accertata inutilità a giustificare la sospensione del trattamento³⁹⁷.

La House of Lords attribuisce preminente considerazione al dovere del medico di astenersi da terapie giudicate irragionevoli o sproporzionate in relazione alle condizioni in cui il paziente si trova, ma ciò non priva di valore le DAT, consentendo di procedere all'interruzione del trattamento anche quando esse non risultino provate³⁹⁸.

La materia è stata successivamente disciplinata dal *Mental Capacity Act*, emanato nel 2005³⁹⁹. Il *living will*, laddove contenga il rifiuto a trattamenti di sostegno vitale, deve essere redatto da persona capace maggiorenne⁴⁰⁰ in forma

importante le cospicue differenze culturali tra Regno Unito e U.S.A., nonché, soprattutto, il documento (ampiamente citato nella sentenza) del Comitato etico della British Medical Association, che prevede la possibilità di sospendere l'alimentazione quando lo stato vegetativo si protrae da oltre un anno.

³⁹⁵ La decisione deve tenere conto delle reali condizioni cliniche del paziente, della reale utilità ed efficacia delle terapie somministrate in prospettiva di una possibile guarigione secondo valutazioni scientifiche rapportate sia al generale livello di conoscenze raggiunte nel momento storico in cui il caso trova collocazione, sia al caso specifico sottoposto all'attenzione dei sanitari.

³⁹⁶ Sul modello di *best interests* adottato dalle corti inglesi, v. House of Lords, *Airedale NHS Trust v. Bland*, cit. e, dopo il Mental Capacity Act (per il quale v., *infra*, nel testo), il provvedimento della Court of Protection, *W v. M and others*, [2011] EWHC 2443 (Fam), anche per ulteriori richiami ai rilevanti precedenti. Per alcune considerazioni critiche sul caso *W. v. M.*, si veda: J.C. SHEATHER, *Should we respect precedent autonomy in life-sustaining treatment decisions?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39 (9), 547 ss.; ID., *Withdrawing and withholding artificial nutrition and hydration from patients in a minimally conscious state - re: M and its repercussions*, in *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39 (9), 543 ss.

³⁹⁷ M. PICCINI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, loc. cit.

³⁹⁸ G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, cit., 992.

³⁹⁹ Per la situazione inglese successiva al *Mental Capacity Act*, v.: P. BARTLETT, *Blackstone's Guide to The Mental Capacity Act 2005*, Oxford, 2005; M. DONNELLY, *Best Interests, Patient Participation and The Mental Capacity Act 2005*, in *Medical Law Review*, 17, 2009, 1 ss.

⁴⁰⁰ Section 24 («Advance decisions to refuse treatment: general»):

«(1) “Advance decision” means a decision made by a person (“P”), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if -

(a) at a later time and in such circumstances as he may specify, a specified treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and

(b) at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment, the specified treatment is not to be carried out or continued.

(2) For the purposes of subsection (1)(a), a decision may be regarded as specifying a treatment or circumstances even though expressed in layman's terms.

scritta, al riparo da influenze indebite, sottoscritto dal dichiarante ed anche dal fiduciario e deve indicare i tipi di trattamento che si intende rifiutare. Le disposizioni anticipate possono contenere il rifiuto di idratazione ed alimentazione artificiali, ma non il rifiuto alle cure di base (essere lavato, riscaldato, nutrito e idratato non artificialmente; ricevere cure per malattia mentale). La decisione non è applicabile a trattamenti diversi da quelli specificati, oppure se difettano alcune delle circostanze stabilite, o, ancora, se sussistano circostanze che avrebbero potuto influire sulla decisione del paziente ove egli le avesse potute prevedere⁴⁰¹. La dichiarazione deve essere rispettata dai sanitari come se si trattasse di quella proveniente da persona capace anche quando il rifiuto si riferisca a cure che il personale sanitario ritiene indispensabili per il mantenimento in vita⁴⁰².

(3) P may withdraw or alter an advance decision at any time when he has capacity to do so.

(4) A withdrawal (including a partial withdrawal) need not be in writing.

(5) An alteration of an advance decision need not be in writing (unless section 25(5) applies in relation to the decision resulting from the alteration)».

⁴⁰¹ Section 25 («Validity and applicability of advance decisions»):

«(1) An advance decision does not affect the liability which a person may incur for carrying out or continuing a treatment in relation to P unless the decision is at the material time -

(a) valid, and

(b) applicable to the treatment.

(2) An advance decision is not valid if P -

(a) has withdrawn the decision at a time when he had capacity to do so,

(b) has, under a lasting power of attorney created after the advance decision was made, conferred authority on the donee (or, if more than one, any of them) to give or refuse consent to the treatment to which the advance decision relates, or

(c) has done anything else clearly inconsistent with the advance decision remaining his fixed decision.

(3) An advance decision is not applicable to the treatment in question if at the material time P has capacity to give or refuse consent to it.

(4) An advance decision is not applicable to the treatment in question if -

(a) that treatment is not the treatment specified in the advance decision,

(b) any circumstances specified in the advance decision are absent, or

(c) there are reasonable grounds for believing that circumstances exist which P did not anticipate at the time of the advance decision and which would have affected his decision had he anticipated them.

(5) An advance decision is not applicable to life-sustaining treatment unless -

(a) the decision is verified by a statement by P to the effect that it is to apply to that treatment even if life is at risk, and

(b) the decision and statement comply with subsection (6).

(6) A decision or statement complies with this subsection only if -

(a) it is in writing,

(b) it is signed by P or by another person in P's presence and by P's direction,

(c) the signature is made or acknowledged by P in the presence of a witness, and

(d) the witness signs it, or acknowledges his signature, in P's presence.

(7) The existence of any lasting power of attorney other than one of a description mentioned in subsection (2)(b) does not prevent the advance decision from being regarded as valid and applicable»

⁴⁰² Section 26 («Effect of advance decisions»):

«(1) If P has made an advance decision which is -

(a) valid, and

(b) applicable to a treatment,

the decision has effect as if he had made it, and had had capacity to make it, at the time when the

Oltre che il fiduciario nominato dall'interessato, l'Act prevede poi la figura degli incaricati nominati dal tribunale (*Court appointed deputies*), che sono autorizzati dal Giudice a prendere decisioni sanitarie nell'interesse dell'incapace, nel rispetto del suo *best interest* (*section 16*).

La legge definisce i criteri in base ai quali individuare il *best interest* dell'incapace, tra i quali sono comprese anche le dichiarazioni scritte del paziente, i desideri e i sentimenti («wishes and feelings») passati e presenti, le convinzioni ed i valori («beliefs and values») che presumibilmente influenzerebbero la sua decisione, nonché gli altri fattori che la persona stessa prenderebbe in considerazione se ne fosse in grado⁴⁰³.

question arises whether the treatment should be carried out or continued.

(2) A person does not incur liability for carrying out or continuing the treatment unless, at the time, he is satisfied that an advance decision exists which is valid and applicable to the treatment.

(3) A person does not incur liability for the consequences of withholding or withdrawing a treatment from P if, at the time, he reasonably believes that an advance decision exists which is valid and applicable to the treatment.

(4) The court may make a declaration as to whether an advance decision -

(a) exists;

(b) is valid;

(c) is applicable to a treatment.

(5) Nothing in an apparent advance decision stops a person -

(a) providing life-sustaining treatment, or

(b) doing any act he reasonably believes to be necessary to prevent a serious deterioration in P's condition,

while a decision as respects any relevant issue is sought from the court.

⁴⁰³ Cfr. G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, cit., 992, nt. 31. La section 4 («Best interests») così stabilisce:

«(1) In determining for the purposes of this Act what is in a person's best interests, the person making the determination must not make it merely on the basis of -

(a) the person's age or appearance, or

(b) a condition of his, or an aspect of his behaviour, which might lead others to make unjustified assumptions about what might be in his best interests.

(2) The person making the determination must consider all the relevant circumstances and, in particular, take the following steps.

(3) He must consider -

(a) whether it is likely that the person will at some time have capacity in relation to the matter in question, and

(b) if it appears likely that he will, when that is likely to be.

(4) He must, so far as reasonably practicable, permit and encourage the person to participate, or to improve his ability to participate, as fully as possible in any act done for him and any decision affecting him.

(5) Where the determination relates to life-sustaining treatment he must not, in considering whether the treatment is in the best interests of the person concerned, be motivated by a desire to bring about his death.

(6) He must consider, so far as is reasonably ascertainable -

(a) the person's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity),

(b) the beliefs and values that would be likely to influence his decision if he had capacity, and

(c) the other factors that he would be likely to consider if he were able to do so.

(7) He must take into account, if it is practicable and appropriate to consult them, the views of -

(a) anyone named by the person as someone to be consulted on the matter in question or on matters of that kind,

In merito a quest'ultimo aspetto, si è rilevato che il Mental Capacity Act sembra introdurre statutariamente nel diritto inglese un criterio composito in parte innovativo rispetto al *case law*, simile a quello proposto dalla Corte di Cassazione nel caso Englaro⁴⁰⁴. Infatti, oltre al *best interest* oggettivo definito dal diritto giurisprudenziale, è necessario tenere conto dei parametri “soggettivi” formulati dal Legislatore, attraverso i quali è possibile cercare di operare una ricostruzione dell'identità del paziente. Proprio partendo dal valore dell'identità personale si svilupperà, nella seconda parte di questo lavoro, l'analisi di alcuni profili civilistici delle disposizioni anticipate di trattamento.

-
- (b) anyone engaged in caring for the person or interested in his welfare,
 - (c) any donee of a lasting power of attorney granted by the person, and
 - (d) any deputy appointed for the person by the court,
- as to what would be in the person's best interests and, in particular, as to the matters mentioned in subsection (6).
- (8) The duties imposed by subsections (1) to (7) also apply in relation to the exercise of any powers which -
- (a) are exercisable under a lasting power of attorney, or
 - (b) are exercisable by a person under this Act where he reasonably believes that another person lacks capacity.
- (9) In the case of an act done, or a decision made, by a person other than the court, there is sufficient compliance with this section if (having complied with the requirements of subsections (1) to (7)) he reasonably believes that what he does or decides is in the best interests of the person concerned.
- (10) “Life-sustaining treatment” means treatment which in the view of a person providing health care for the person concerned is necessary to sustain life.
- (11) “Relevant circumstances” are those -
- (a) of which the person making the determination is aware, and
 - (b) which it would be reasonable to regard as relevant.

⁴⁰⁴ M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, loc. cit.

PARTE SECONDA

PROFILI CIVILISTICI RELATIVI ALL'ATTUAZIONE DELLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

CAPITOLO 4

EFFICACIA DELLE DAT E PIANIFICAZIONE CONDIVISA DELLE CURE

SOMMARIO: 4.1. L'identità del paziente. Gli strumenti giuridici per veicolare le DAT. - 4.2. La pianificazione condivisa delle cure. - 4.3. La dibattuta ricostruzione delle DAT in chiave di negozio giuridico. - 4.4. L'efficacia diretta delle DAT.

4.1. L'identità del paziente. Gli strumenti giuridici per veicolare le DAT.

A seguito dell'*excursus* fino a qui compiuto, che ha consentito di esaminare, anche in prospettiva comparatistica, alcune delle principali questioni correlate alle disposizioni anticipate di trattamento⁴⁰⁵, si riuscirà più agevolmente a soffermarsi, nella seconda parte del presente lavoro, sui profili civilistici delle DAT e, in particolare, ad intraprendere l'indagine su quali siano gli strumenti giuridici attraverso cui le disposizioni anticipate possono trovare espressione e attuazione. È, allora, necessario interrogarsi sulla concreta portata effettuale delle disposizioni anticipate e quali istituti, in un contesto di vuoto legislativo che è stato via via colmato dalla giurisprudenza, esistano nel nostro ordinamento affinché le DAT non rimangano su un piano puramente astratto, ma possano tradursi nella realizzazione della *volontà* e, soprattutto, della *personalità* del paziente.

A questo proposito, va infatti sottolineato che il riferimento alla volontà pare, da solo, insufficiente. Richiamando quanto già osservato nel raffronto tra DAT e testamento, occorre tenere presente che le disposizioni anticipate (sulla cui natura e struttura ci si soffermerà tra breve) costituiscono, analogamente (e probabilmente ancor di più rispetto) al negozio di ultima volontà, una sintesi dei pensieri intimi dell'individuo e possono risultare, pertanto, idonee a rivelare l'identità personale del disponente⁴⁰⁶. L'aspetto da tenere in considerazione nell'interpretazione delle DAT è, quindi, sempre l'identità del medesimo⁴⁰⁷: le scelte terapeutiche devono essere effettuate nel rispetto dei valori e delle convinzioni che hanno caratterizzato la vita del paziente e che possono trovare manifestazione nelle disposizioni anticipate. Come è stato autorevolmente osservato, «là dove lo schema della consensualità diviene comunque impraticabile,

⁴⁰⁵ V. cap. 2 e cap. 3.

⁴⁰⁶ Cfr. par. 1.2.

⁴⁰⁷ Tale aspetto assume un ruolo ancor più rilevante, a maggior ragione, ove non siano nemmeno individuabili disposizioni anticipate di trattamento, giacché, in tal caso, l'unico criterio-guida per orientare la scelta terapeutica diviene la necessità di conformarsi all'identità del soggetto divenuto incapace di prestare o negare il proprio consenso.

si deve valorizzare con propri strumenti il criterio, concorrente e suppletivo, del rispetto assoluto verso l'identità della persona, intesa come convinzioni, concezione di vita, preferenze comunque manifestate»⁴⁰⁸.

L'identità è comunque un concetto complesso; la formula riassuntiva per cui l'identità personale è «ciò che rende una persona ciò che essa è» pone, in realtà, «più problemi di quanti ne risolva: l'individuazione di cosa renda una persona (o più in generale un'entità) “se stessa”, e la stessa persona (o la stessa entità) nel corso del tempo, è un problema tra i più controversi nella storia della riflessione filosofica»⁴⁰⁹. Non si può nemmeno presupporre che l'individuo abbia un'unica identità, fissa e ben definita⁴¹⁰: da un lato, infatti, si possono verificare mutamenti nel tempo; dall'altro, è plausibile che in ciascuna persona convivano «sincronicamente diversi fattori costitutivi dell'identità»⁴¹¹.

Quando si discorre dell'identità personale - e, per quanto qui interessa - dell'identità del paziente, quindi, si deve mettere in conto il rischio che non si possa delineare con certezza un profilo coerente e unitario dell'identità del soggetto in stato di incapacità⁴¹². In altri termini, laddove non si riesca a rinvenire una precedente manifestazione di volontà del soggetto divenuto incapace di esprimersi e non vi siano indici univoci per ricostruirne l'identità, la scelta terapeutica rimane paralizzata e, in tal caso, si prospetteranno due alternative: o si

⁴⁰⁸ P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». Per una ecologia del rapporto terapeutico, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 3, 143 ss., il quale fa notare come sia «più facile per un paziente fare una dichiarazione di identità, che dice in modo semplice qual è il suo criterio di bene e di vita, che non una disposizione anticipata di trattamento».

Sul tema dell'identità, v., oltre alle fonti segnalate nelle note successive, gli spunti contenuti in: P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, II, 20 ss.; ID., *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 6, II, 377 ss.; ID., *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, II, 1 ss.; ID., *Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 7-8, II, 313 ss.; ID., *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, II, 403 ss.; ID., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, II, 1 ss.; ID., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., 1 ss.

⁴⁰⁹ G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 297; sulla questione, cfr.: A. OKSENBURG RORTY, *The Identities of Persons*, Berkeley, 1976; D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984; A.C. VARZI, *Parole, oggetti, eventi e altri argomenti di metafisica*, Roma, 2001.

⁴¹⁰ Si vedano, in proposito: C. LUZZATI, *Matters of Identity*, in *Ratio Juris*, 2005, 18, 107 ss.; L.M. FRIEDMAN, *La società orizzontale*, Bologna, 2002.

⁴¹¹ Così, ancora, G. PINO, *op. cit.*, 299, il quale rileva che «l'identità personale non è monolitica, è invece il frutto della convergenza, e della rielaborazione personale, di contributi che provengono da modelli diversi (culturali, religiosi, professionali, ideologici, ecc.). Così gli individui possono diventare, al proprio interno, frutto di una competizione tra fattori identitari potenzialmente confliggenti, dovendo spesso mediare tra molteplici appartenenze e fedeltà non sempre armoniche».

Sul problema della continuità o della discontinuità dell'identità personale, nonché sulla concezione dell'“io” come «sistema articolato e complesso, punto di convergenza di rapporti e “nodo” in una rete di relazioni interne ed esterne», v. anche S. TAGLIAGAMBE, *Identità personale e neuroscienze*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 323 s. e 326 ss.

⁴¹² La criticità della questione si percepisce in modo ancor maggiore con riferimento ai soggetti incapaci della nascita, per i quali - nei casi di assenza di comunicazioni da parte degli stessi con l'esterno - risulta impossibile ipotizzare la ricostruzione di un'identità personale.

ammetterà senza ipocrisia che un altro soggetto possa disporre della vita altrui compiendo scelte *al posto* dell'incapace, oppure si potrà, più prudenzialmente, mantenere lo *status quo*, senza assumere decisioni in merito all'interruzione di terapie in atto.

Ciò premesso, è opportuno considerare, in tema di identità, un punto fermo cui si è giunti al termine di un percorso interpretativo sviluppatosi nel corso di decenni di riflessione giuridica. Ci si riferisce, ancora una volta (e non sarà l'ultima), alle affermazioni di principio contenute nella sentenza Cass. 21748/2007, dalla quale emerge il ruolo preminente riconosciuto alla ricostruzione dell'identità del paziente⁴¹³. Come è stato osservato, la Cassazione ha, in tale pronuncia, «ricostruito una disposizione di fine-vita attraverso il *mix* tra lo stile di vita, le convinzioni manifestate da una persona prima di perdere la capacità di autodeterminazione, la loro interpretazione *ex post* da parte del genitore»⁴¹⁴.

Ciò che la Cassazione considera “presunta volontà” può più correttamente essere qualificato in termini di “identità personale” del paziente, come, del resto, emerge da un passo in cui la Suprema Corte censura la decisione della Corte d'Appello di Milano, rilevando che quest'ultima ha ommesso di verificare che le dichiarazioni rese da Eluana Englaro prima dell'incidente, «ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di E. e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive». Non essendo stato accertato «se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia», si è ritenuto allora necessario affidare tale compito al Giudice del rinvio, vincolato a tener conto «di tutti gli elementi emersi dall'istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale) nella ricostruzione della *personalità* della ragazza» (corsivo aggiunto).

Sul punto, può rilevarsi che, se fosse stato possibile individuare una precedente espressione di volontà chiara e inequivocabile, non vi sarebbe stato, in teoria, il bisogno di ricercare quale fosse l'identità personale di Eluana. Il ricorso alla combinazione di “presunta volontà” e “personalità”⁴¹⁵ implica che l'indagine sul secondo aspetto, di portata più ampia, assorba il primo, rendendo quindi superfluo il richiamo ad un'ipotetica volontà (la quale verrebbe, in realtà, formulata all'esito dell'indagine ricostruttiva sull'identità). Anticipando un rilievo su cui si tornerà nel prosieguo della trattazione e presupponendo l'ammissibilità di una sostituzione nel compimento di atti personalissimi⁴¹⁶, la dichiarazione di

⁴¹³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁴¹⁴ Cfr. G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire*, cit., 1.

⁴¹⁵ Nella parte conclusiva della motivazione viene nuovamente evidenziato che il decreto impugnato «ha ommesso di ricostruire la presunta volontà di E. e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti».

⁴¹⁶ Su cui v. cap. 5.

consenso o di rifiuto alle cure proveniente dal sostituto dell'incapace pare configurabile, anziché come espressione di una volontà presunta, piuttosto come dichiarazione *del sostituto nel rispetto dell'identità*⁴¹⁷ *del paziente* (a meno che il sostituto operi come un mero *nuncius*⁴¹⁸, riportando semplicemente e pedissequamente la volontà *del paziente*, ma in tal caso è indispensabile che vi sia una disposizione volitiva precedentemente formulata in modo inequivocabile e tale da non lasciare margini discrezionali al *nuncius*).

Con riferimento alla recente sentenza del Consiglio di Stato pronunciata a conclusione del caso Englaro, attenta dottrina ha evidenziato che «la “concezione soggettiva e dinamica del concreto contenuto del diritto alla salute, che si costruisce nella continua e rinnovata dialettica medico-paziente”⁴¹⁹ stabilisce una continuità essenziale tra salute, beneficialità e *identità* della persona, che rende determinanti, nell'apprezzamento concreto del bene del paziente, tutti i valori personali; talché la cura [...] si definisce secondo un “*principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente”⁴²⁰»⁴²¹. Le affermazioni del Consiglio di Stato confermano che «non esiste un paziente muto. Se il consenso non può svolgere la sua funzione di *principium individuationis* - iscritta nell'idea stessa di autodeterminazione - l'*identità* del paziente, in quanto manifestata, o comunque attendibilmente resa presente al medico, *parla e dice* ciò che la *persona* del paziente, che non è mai muta perché ha una biografia - chiede, accetta, rifiuta. Non è questione di volontà presunta - può esserlo, ma anche se non fosse - è questione di *valore relazionale dell'identità* ai fini della tutela di un diritto inalienabile»⁴²².

Riprendendo le osservazioni compiute all'inizio del paragrafo, occorre quindi verificare, nella prospettiva di tutela dell'identità personale del paziente, quale sia il ruolo da attribuire alle disposizioni anticipate di trattamento, ponendosi una serie di domande. È forse ancora possibile sostenere l'irrilevanza giuridica delle DAT, oppure l'interpretazione sistematica conduce ad attribuire loro un'efficacia diretta? Qualora (come appare corretto, anche in base ai risultati cui è attualmente giunta la riflessione dottrinale e giurisprudenziale) si riconosca rilevanza giuridica alle DAT, la loro efficacia può trovare varie modulazioni a seconda dello specifico contenuto? Quali sono i differenti strumenti giuridici attraverso cui le disposizioni anticipate possono trovare attuazione?

⁴¹⁷ Sempre che un'identità almeno in apparenza unitaria sia effettivamente ricostruibile (v., *supra*, le considerazioni in tema di pluralità di articolazioni dell'“io”).

⁴¹⁸ V. par. 5.1.

⁴¹⁹ L'espressione è estrapolata da Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 74 e in *Foro amm.*, 2014, 2229 (cfr. par. 44.5 della sentenza).

⁴²⁰ V. sempre Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, cit. (cfr. par. 44.2 della sentenza).

⁴²¹ P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, loc. cit., il quale osserva che «questo rilievo dell'identità come valore parlante e significante - che offre segni, che è per sua natura semantico - se valorizzato con ogni *prudentia iuris*, ma senza l'avversione preconcepita che trova sostegno nel formalismo giuridico e nelle false prudenze ideologicamente orientate al contenimento delle scelte individuali o alla concezione gerarchica della medicina, può fondare un approccio più disteso e di più ampio respiro al problema del trattamento medico delle persone non in grado di autodeterminarsi, e delle stesse disposizioni anticipate».

⁴²² P. ZATTI, *op. loc. ult. cit.*

Per rispondere al primo quesito, è necessario verificare se si possa davvero parlare di DAT in un ordinamento in cui le stesse non sono legislativamente disciplinate⁴²³. Il compito per l'interprete è, in questo caso, agevole, poiché l'esplicito riconoscimento operato dalla giurisprudenza⁴²⁴ sembra non lasciare dubbi. In dottrina, poi, un'impostazione dogmatica non trascurabile ritiene che - in forza del combinato disposto dei blocchi di disposizioni normative (processuali e sostanziali) relative al consenso informato ed alla protezione dei soggetti disabili, oltre che dei principi immanenti nel sistema giuridico - si potrebbe affermare che le DAT sono già oggi presenti nell'ordinamento⁴²⁵. Non sarebbe, quindi, necessario dettare una disciplina normativa specifica, dato che l'istituto dell'amministrazione di sostegno già ingloberebbe le disposizioni anticipate, tanto che saremmo, piuttosto, in presenza di un «pieno di norme»⁴²⁶ costituite dai principi già esistenti e ricavabili dall'ordinamento giuridico. Ci si troverebbe, così, «non in uno spazio vuoto di diritto, bensì in un diritto giurisprudenziale che può anche essere ritenuto preferibile a quello legislativo»⁴²⁷.

Superato l'ostacolo iniziale, è possibile procedere con l'individuazione del grado di efficacia da attribuire alle DAT e con la ricerca degli istituti che meglio garantiscono la concretizzazione degli effetti prodotti dalle disposizioni anticipate. Pare opportuno riassumere in modo schematico quanto si andrà ad analizzare nel presente capitolo ed in quello successivo.

Come si esaminerà meglio nei prossimi paragrafi, le disposizioni anticipate sembrano costituire non una figura unitaria, bensì una categoria entro cui comprendere differenti tipologie di manifestazione della volontà o dell'identità personale dell'individuo. Nella ricostruzione accolta in questo lavoro, esse possono assumere non solo una natura, ma anche una struttura variabile, a seconda dello strumento giuridico concretamente utilizzato per veicolarle. Allo stato attuale, le configurazioni assumibili dalle DAT nell'ordinamento italiano paiono essere le seguenti: a) atto unilaterale, con efficacia diretta *erga omnes*, comprendente indicazioni dal contenuto più vario (ma comunque utili alla determinazione della volontà e/o dell'identità del soggetto), senza la previsione di un fiduciario per l'attuazione delle disposizioni⁴²⁸; b) atto di designazione dell'amministratore di sostegno *ex art.* 408 c.c. nel quale trovino collocazione le indicazioni relative alle scelte terapeutiche (cui l'amministratore deve attenersi); c) negozio bilaterale tra disponente e fiduciario, costruito sul modello del mandato; d) «procura sanitaria», contenutisticamente analoga all'atto *sub a)*, ma con la quale

⁴²³ Cfr. R. MASONI - A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, I, 437 ss.

⁴²⁴ Cfr., per tutte, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., nonché le pronunce relative alle disposizioni anticipate di trattamento contenute nell'atto di designazione preventiva dell'amministratore di sostegno (per riferimenti giurisprudenziali, si rimanda al par. 5.6).

⁴²⁵ Per alcuni riferimenti bibliografici, v., oltre alla note seguenti, anche il par. 4.3.

⁴²⁶ S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009, 88.

⁴²⁷ L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato dal Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 1281 ss., spec. 1283.

⁴²⁸ Di tale atto ci si occuperà soprattutto nel par. 4.3 e nel par. 4.4.

sono conferiti poteri di rappresentanza ad un procuratore ai fini dell'espressione del consenso o del dissenso alle cure.

Rispetto all'atto *sub a)*, le figure *sub b)*, *c)* e *d)* sono caratterizzate dal fatto che il disponente sceglie un soggetto di fiducia per l'attuazione delle disposizioni anticipate.

Con riferimento all'atto *sub b)*, esso trova espresso riconoscimento normativo, quindi non è in discussione la sua ammissibilità, ma occorre valutare la possibilità di impiegarlo per un fine non previsto dal Legislatore, ovvero come veicolo di trasmissione delle disposizioni anticipate⁴²⁹.

Per i negozi *sub c)* e *d)* mancano, invece, sicuri riferimenti non solo normativi, ma anche giurisprudenziali; prima di definirne i caratteri, deve, pertanto, esserne valutata innanzitutto l'ammissibilità⁴³⁰. Il negozio *sub c)*, inoltre, deve necessariamente accompagnarsi a quello *sub d)*, non potendosi ipotizzare un "mandato sanitario" senza attribuzione del potere di rappresentanza. Non è vero, invece, il contrario, laddove si aderisca all'interpretazione che porta ad ammettere una procura sanitaria "isolata"⁴³¹.

Accanto agli istituti giuridici sinteticamente enunciati si può, poi, collocare la pianificazione condivisa delle cure, della quale ci si occuperà nel prossimo paragrafo e che presuppone l'esistenza di una relazione tra medico e paziente più complessa di quella sussumibile all'interno di uno schema giuridico predefinito. Qualora si realizzi una efficace pianificazione terapeutica che coinvolga, in primo luogo, il paziente e il medico (senza tuttavia isolare altri soggetti che sono - o potrebbero essere - interessati dalla relazione di cura), viene soddisfatto lo scopo stesso a cui le DAT sono preordinate. La prospettiva tradizionale per cui le disposizioni anticipate sono formulate dal paziente senza partecipazione del medico (il quale, in una fase antecedente alla patologia, può non essere ancora individuato o individuabile) lascia, così, spazio ad un percorso terapeutico concordato tra il personale sanitario e il soggetto malato mentre la situazione patologica si è già verificata⁴³².

4.2. La pianificazione condivisa delle cure.

Il mutamento nella concezione della salute, percepita non più come semplice assenza di malattia, ma come benessere fisico e psichico⁴³³, implica una considerazione delle relazioni sussistenti tra ciascun essere umano ed i soggetti

⁴²⁹ V. par. 5.6. Come si è già ricordato, l'atto di designazione dell'amministratore di sostegno contenente DAT è stato oggetto di analisi approfondita anche da parte della giurisprudenza.

⁴³⁰ V. par. 5.9, par. 5.10 e par. 5.11.

⁴³¹ V. par. 5.10.

⁴³² Sul punto, osserva M. PICCINI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 11, I, 296 ss. che «la situazione di fatto del soggetto che prenda decisioni astratte pro futuro in un momento in cui è in piena salute è [...] molto diversa da quella [...] in cui nell'attualità di una malattia, che porterà verosimilmente il paziente a perdere la sua lucidità in un momento più o meno prossimo, questi decida per le cure future con l'ausilio del personale sanitario».

⁴³³ V. *supra* par. 3.1.

che lo circondano. Il tema della salute viene così affrontato da un punto di vista differente, che consente di dedicare una maggiore attenzione all'aspetto qualitativo dei rapporti tra gli individui.

Una tale prospettiva richiede di pensare e progettare le strutture sanitarie in modo diverso, attribuendo maggiore importanza al benessere psicosociale e alla sfera interpersonale. Parallelamente, deve essere rivista anche la formazione degli operatori (tra cui medici e infermieri) che lavorano in tali strutture: occorre, quindi, da un lato, attuare una sensibilizzazione in merito all'importanza umana e terapeutica delle relazioni che si instaurano tra il personale sanitario ed i pazienti; dall'altro lato, si rende necessario dotare gli operatori di competenze adeguate alla gestione efficace dei processi comunicativi ed emozionali connessi a tali relazioni⁴³⁴. Il futuro della medicina non passa, infatti, solo attraverso i progressi delle scienze sperimentali, ma richiede un'interazione sempre più profonda con le scienze umane⁴³⁵. Del resto, «pazienti diversi si comportano con il medico in modo diverso» e «in questa apparente ovvietà concettuale risiedono le basi della sfida che si pone di fronte ai medici della nostra epoca», i quali sono chiamati ad «adattare il proprio modo di parlare, di muoversi e di agire alla peculiare esperienza di ciascun paziente», poiché in tale adattamento si trova «la chiave della costruzione di un'intesa che porti a un'efficacia di risultati nei processi di recupero della salute»⁴³⁶. In sintesi, occorre riformulare e rimodellare la relazione di cura⁴³⁷ alla luce di una nuova nozione di salute.

⁴³⁴ Per queste considerazioni, cfr. G. GIACOMELLI - S. BACHERINI, *La relazione con il paziente*, Roma, 2006, 13.

⁴³⁵ P. BINETTI, *Il consenso informato. Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Roma, 2010, 11 ss., la quale sottolinea che «curare è anche educare», poiché lo sviluppo del sapere scientifico impone al medico di «fare un lavoro di diffusione capillare che illustri il significato dell'evoluzione del sapere scientifico e mostri i margini di una possibile ed effettiva applicazione clinica»; inoltre, è necessario «un sapere interdisciplinare» per poter curare, in quanto «c'è bisogno di attingere continuamente ad altri saperi, per evitare false soluzioni e comprendere almeno in parte la complessità che presentano i nuovi problemi [...]. I grandi anziani, la disabilità grave, le patologie croniche, soprattutto quelle di tipo neuro-degenerativo non pongono solo domande cliniche, chiedono anche risposte sociali, rimandano con urgenza a un'attività di ricerca che vada alla radice di problemi che hanno un impatto sempre maggiore e di cui sappiamo ancora troppo poco».

⁴³⁶ C. GIORLANDINO, *Introduzione*, in A. ROBERTI - C. BELOTTI - L. CATERINO, *Comunicazione Medico-Paziente. La comunicazione come strumento di lavoro del medico*, Ugnano, 2006, 11. In ambiente medico si discorre di vera e propria sfida, poiché è diffusa l'opinione che la professione sanitaria, così come è stata ideata e vissuta da intere generazioni di dottori, sia in crisi di credibilità: «è un fenomeno palpabile e sconvolgente che sta attraversando il mondo del medico e della medicina; una crisi che presenta sfaccettature e situazioni prevalentemente rivolte a comportamenti nel quotidiano, ma che è anche sintomatica di una crisi profonda di valori e d'identità», la quale deriverebbe anche «da un significativo ritardo culturale nella formazione professionale medica rispetto ai cambiamenti della società e alle sue attuali esigenze» (P. MARANO, *Ritorno al paziente. Una sfida per la formazione medica del nuovo millennio?*, Milano, 2010, 21); sulla questione, v. anche R. TATARELLI - E. DE PISA - P. GIRARDI, *Curare con il paziente. Metodologia del rapporto medico-paziente*, Milano, 2002; A. BOMPIANI (a cura di), *Formare un buon medico. Prospettive a confronto*, Milano, 2006; D. ANTISERI - V. CAGLI, *Dialogo sulla diagnosi*, Roma, 2008.

⁴³⁷ Il termine «cura» viene utilizzato, in campo medico, come sinonimo di terapia o trattamento; al di fuori di tale ambito, «cura» significa anche preoccupazione o attenzione, facendo riferimento all'ansia per la sorte di un'altra persona, nonché all'interesse per quest'ultima (G. COLOMBO, *Cura*,

Come è stato osservato in dottrina, «il potere di cura è parola forte [...] e grossa, trascurata dai giuristi ancora oggi, benché lo spazio del “personale” nel mondo del diritto si sia espanso notevolmente»⁴³⁸. In considerazione di ciò, il rapporto tra medico e paziente non può costituire espressione di un modello autoritativo, in cui un soggetto della relazione terapeutica prevale sull'altro (carattere tradizionale derivante da un'impostazione paternalistica), ma entrambi devono concorrere a realizzare quella che viene definita - con una locuzione di cui si fa troppo spesso abuso - “alleanza terapeutica”⁴³⁹.

lavoro di cura, relazione: parole, immagini, concetti in evoluzione, in G. COLOMBO - E. COCEVER - L. BIANCHI, *Il lavoro di cura. Come si impara, come si insegna*, Roma, 2004, 17).

In inglese si distingue tra *cure* (prassi terapeutica) e *care* (cura intesa come sollecitudine, protezione, preoccupazione e responsabilità): *to care* significa prendersi cura di qualcuno, mentre *to cure* significa (cercare di) guarire un soggetto; inoltre, *disease* indica una malattia oggettiva, un'affezione patologica, un problema dell'organismo, mentre *illness* si riferisce al profilo soggettivo della malattia, allo stato di sofferenza, all'afflizione esistenziale (cfr. R. ZANON, *Elementi di etica per operatori socio-sanitari*, Santarcangelo di Romagna, 2010, 53).

⁴³⁸ A. SANTOSUOSSO - G.C. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 5,477 ss., i quali, sottolineando che «il potere formidabile di cura, pur avendo subito lungo il tempo e la storia forti delimitazioni nella sua valenza esterna di “potere sull'altro”, nulla [avrebbe] perso della sua essenza», richiamano il mito raccontato da Igino nel suo *Fabularum Liber*, che si può leggere in G.A. DEI TOS, *Un approccio all'idea di persona: dalla vulnerabilità al prendersi cura*, in G.A. DEI TOS - A.L. DEL FAVERO (a cura di), *Etica, qualità e umanizzazione in Sanità*, Milano, 2006, 37 e che qui si riassume.

Un giorno, mentre passeggiava lungo un fiume, Cura scorge del fango argilloso, lo raccoglie e forgia un essere umano, cui Giove infonde lo spirito. Successivamente, sorge una disputa tra Cura, Giove e Terra (la quale pretende di intervenire perché da lei è stata tratta la materia di cui l'essere è costituito) in merito al nome da imporre alla creatura. Saturno dirime il conflitto: a Giove è attribuito lo spirito, dopo la morte della creatura; a Terra la derivazione del nome «homo» (da «humus») e a Cura il possesso per tutto il tempo della vita (*Cura quoniam prima eum finxit, quamdiu vixerit Cura eum possideat*).

Il simbolismo del racconto rivela la vulnerabilità che caratterizza la condizione umana: la cura accompagna sempre l'uomo e ogni uomo vive in virtù della cura, sia perché ha bisogno della cura di altri, sia perché vive nella misura in cui si prende cura di sé e degli altri (cfr.: G.A. DEI TOS, *op. cit.*, 37 s.). Il prendersi cura diviene, quindi, una modalità dell'essere al mondo; tale prospettiva viene ripresa dal celeberrimo filosofo M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1976, 239 ss., spec. 246 ss., il quale afferma che «l'essere nel mondo è essenzialmente cura» e, citando il mito narrato da Igino quale «autointerpretazione dell'Esserci come Cura», propone la distinzione tra *prendersi cura* ed *avere cura*: il prendersi cura appartiene all'esistenza inautentica e consiste nel prendere il posto dell'altro nella cura di sé; l'aver cura, invece, appartiene all'esistenza autentica ed è la relazione con l'altro, che lo determina e lo porta a prendere cura di se stesso.

⁴³⁹ Si è osservato che, di certo, in questa relazione «colui a cui spetta guidare l'interazione è forzatamente il medico: tocca a lui tracciare il percorso verso il miglior obiettivo di salute possibile ed è ancora lui a disporre degli strumenti più adeguati allo scopo. Avviene, però che verso l'obiettivo in questione ci si debba muovere insieme, il che rende evidentemente necessaria la collaborazione del malato: è il malato in fin dei conti che deve compiere il percorso diagnostico e terapeutico affrontando disagi anche notevoli sul piano sociale, economico, fisico, psicologico. Se medico e paziente devono cooperare nel tentativo di risolvere almeno in parte quel problema complesso che è la malattia, è necessario che il rapporto si trasformi in relazione: con quegli elementi di paritarietà e di reciprocità che il termine implica» (G. BERT, *Medicina narrativa. Storie e parole nella relazione di cura*, Roma, 2007, 12).

Rileva P. BINETTI, *op. cit.*, 69 che «quando medico e paziente non si pongono simmetricamente rispetto ai due lati di una stessa vicenda, ma accettano di stare, sia pure asimmetricamente, dalla

Riprendendo le parole impiegate dal Consiglio di Stato nella recente sentenza relativa alla vicenda Englaro, si può affermare che «la “cura” non è [...] quindi più un principio autoritativo, un’entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata o imposta dall’alto o dall’esterno, che ciò avvenga ad opera del medico, dotato di un elevato e inaccessibile sapere specialistico, o della struttura sanitaria nel suo complesso, che accoglie e “ingloba” nei suoi impenetrabili ingranaggi l’ignaro e anonimo paziente, ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente»⁴⁴⁰.

I Giudici amministrativi avvertono, però, che «ciò non deve naturalmente comportare un pericoloso soggettivismo curativo o un relativismo terapeutico nel quale è “cura” tutto ciò che il singolo malato vuole o crede, perché nell’alleanza terapeutica è e resta fondamentale l’insostituibile ruolo del medico nel selezionare e nell’attuare le opzioni curative scientificamente valide e necessarie al caso, ma solo ribadire che la nozione statica e “medicale” di salute, legata cioè ad una dimensione oggettiva e fissa del benessere psico-fisico della persona, deve cedere il passo ad una concezione soggettiva e dinamica del concreto contenuto del diritto alla salute, che si costruisce nella continua e rinnovata dialettica medico-paziente, di modo che tale contenuto, dal suo formarsi, al suo manifestarsi sino al suo svolgersi, corrisponda effettivamente all’idea che di sé e della propria dignità, attraverso il perseguimento del proprio benessere, ha il singolo paziente per realizzare pienamente la sua personalità, anzitutto e soprattutto nelle scelte, come quelle di accettare o rifiutare le cure, che possono segnare il destino»⁴⁴¹.

Come era già stato in precedenza sottolineato, «il tempo è maturo perché la cultura del consenso informato inauguri una nuova stagione: quella della decisione consensuale, in cui i due profili di conoscenze, quella del medico e quella del paziente, vanno progressivamente avvicinandosi»⁴⁴². Il paziente, infatti, non è solo oggetto delle cure del medico, ma soggetto delle cure stesse⁴⁴³ e, in quanto tale, deve essere coinvolto in prima persona sul piano decisionale.

In questo contesto, le disposizioni anticipate di trattamento possono trovare una più ampia collocazione, inserendosi nella relazione di cura così instaurata. Il vantaggio rispetto a DAT formulate senza la partecipazione del personale sanitario è notevole. La pianificazione condivisa, infatti, offre

stessa parte, riconoscendo la peculiarità dei rispettivi ruoli, inizia la loro alleanza. Cercano insieme soluzioni, tracciano insieme possibili alternative e condividono timori e speranze».

⁴⁴⁰ Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, cit. (cfr. par. 44.2 della sentenza).

⁴⁴¹ Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, cit. (cfr. par. 44.5 della sentenza).

⁴⁴² P. BINETTI, *op. cit.*, 185 s., la quale evidenzia la necessità che il medico riveda il proprio modo di esercitare la professione, «tornando a occuparsi del malato come persona, comprendendo come la parte più efficace del suo lavoro è quella che spende a parlare con il suo malato e non solo a parlare con i colleghi del suo malato. In definitiva si tratta di parlare con lui per insegnargli a prendersi cura di sé».

⁴⁴³ Più precisamente, rileva F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell’etica contemporanea*, Roma-Bari, 1997 che il paziente è implicato in una triplice dimensione: oggetto della cura (le decisioni prese e le azioni che ne conseguono si attualizzano essenzialmente sul corpo del paziente); coautore della decisione di cura; fine della decisione presa (giacché ciò di cui si sta trattando è il suo bene-salute).

innanzitutto una maggiore garanzia di effettiva attuazione della volontà del paziente e di rispetto della sua identità, in quanto è lo stesso personale sanitario a concordare con il malato il percorso terapeutico da intraprendere; inoltre, viene risolto in radice il problema - che costituisce un nodo cruciale nella tematica delle disposizioni anticipate - relativo alla vincolatività delle stesse, poiché si cerca preventivamente di eliminare il rapporto potenzialmente conflittuale tra giudizio del medico e disposizioni del paziente⁴⁴⁴.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, ha sottolineato come «indipendentemente da precedenti redazioni - le dichiarazioni anticipate possono utilmente assumere la forma nota come “pianificazione sanitaria anticipata” (*advanced health care planning*) o “pianificazione anticipata delle cure”. È fuor di dubbio che molti ardui problemi decisionali di terapia e di trattamento possono essere, se non risolti, almeno attenuati da questo tipo di documenti, qualora vengano formulati nell’attualità delle prime fasi della malattia e trovino specifica applicazione soprattutto in relazione a particolari patologie a lenta evoluzione (AIDS, morbo di Alzheimer, malattie tumorali), il cui decorso tipico è sufficientemente conosciuto e per le quali, in base alle correnti conoscenze mediche, esistono diverse opzioni diagnostico-terapeutiche, nessuna delle quali prevalente in assoluto su altre, ma ciascuna caratterizzata da particolari benefici riconnessi con particolari oneri e tale quindi da esigere una valutazione di complessivo bilanciamento, che non può non spettare, almeno prima facie, se non al paziente stesso»⁴⁴⁵.

Sembra profilarsi, quindi, una promozione di una nuova concezione delle DAT, secondo la quale l’attenzione, sia del paziente che degli operatori sanitari, oltre che sulle questioni relative alla forma ed alla conservazione del documento in cui le disposizioni anticipate sono contenute (sempre che un tale documento esista⁴⁴⁶), soprattutto sul processo che porta alla formazione della decisione terapeutica, attraverso l’articolazione in momenti di informazione, confronto e rivalutazione⁴⁴⁷.

Gli sforzi in questo senso non sono mancati negli ultimi anni. A titolo esemplificativo, si può citare, l’istituzione, nell’ambito di varie ULSS, di apposite commissioni denominate Unità di Valutazione Multidimensionale (UVMD), al fine di offrire alla persona riconosciuta in stato di bisogno sociosanitario la migliore soluzione terapeutica, che incontri il gradimento della stessa e ne rispetti

⁴⁴⁴ In ogni caso, le decisioni assunte dal paziente in seno ad una pianificazione condivisa sembrano lasciare, di per sé, minore discrezionalità agli operatori sanitari che le devono attuare: «quanto più la condizione clinica sia definita, e le scelte rispetto alle quali il malato si esprime ormai prossime, tanto più le direttive impartite saranno vincolanti non solo per il medico, ma anche per l’eventuale fiduciario designato dal malato ad interloquire con il personale sanitario per il momento in cui non sarà più in grado di esprimersi» (così M. PICCINNI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, loc. cit.).

⁴⁴⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, cit., 6.

⁴⁴⁶ Sulla forma delle disposizioni anticipate, v. par. 4.4.

⁴⁴⁷ Cfr. G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte italiane*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 4, 1178 ss.

la libertà di scelta⁴⁴⁸.

Certamente deve essere ricordato, poi, il documento⁴⁴⁹ elaborato da un gruppo di esperti intensivisti, palliativisti, cardiologi, pneumologi, neurologi, nefrologi, gastroenterologi, medici d'urgenza, medici di medicina generale e infermieri nonché esperti di bioetica e di diritto, approvato nel 2013 dai direttivi di varie società scientifiche (Società Italiana Anestesia Analgesia Rianimazione Terapia Intensiva (SIAARTI), Italian Resuscitation Council (IRC), Associazione Nazionale Medici Cardiologi Ospedalieri (ANMCO), Società Italiana Medicina Emergenza Urgenza (SIMEU), Società Italiana Cure Palliative (SICP), Società Italiana Nefrologia (SIN), Associazione Nazionale Infermieri di Area Critica (ANIARTI), Società Italiana Medicina Generale (SIMG), Associazione Italiana Pneumologi Ospedalieri (AIPO). Il documento, che comprende anche «Considerazioni Etiche e Giuridiche» redatte da un autorevole gruppo di esperti di diritto e bioetica, ha lo scopo di suggerire un metodo per identificare i pazienti con insufficienza cronica di vario tipo che si trovano in *end stage* e avviarli al percorso di cura più appropriato, nonché proporre criteri per la pianificazione delle scelte di cura e nuovi scenari terapeutici rappresentati dall'evoluzione delle cure palliative verso un modello di *simultaneous care* nelle quali esse vengono praticate contemporaneamente alle cure specialistiche.

Tuttavia, non sempre è possibile realizzare una pianificazione condivisa; in taluni casi, infatti, anche laddove il paziente sia consapevole della propria malattia, egli può rifiutarsi di prendere in considerazione qualsiasi percorso condiviso o perfino di formulare disposizioni anticipate⁴⁵⁰. Ciò non deve però portare a scelte di abbandono nelle ipotesi in cui il soggetto, pur avendo potuto, non abbia voluto lasciare DAT o pianificare anticipatamente le cure con il personale medico: è, infatti, sempre necessario procedere ad un accompagnamento che corrisponda ai bisogni del paziente⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Cfr., per quanto riguarda le ULSS 15 (Alta Padovana) e 16 (Padova) della Regione Veneto: <http://www.ulss16.padova.it/it/distrettuali/distretto-n-3-via-piovese/punto-unico-di-accoglienza-cure-domiciliari-e-residenziali/364> ; http://www.ulss15.pd.it/nqcontent.cfm?a_id=193 (pagine consultate da ultimo in data 15 luglio 2015).

⁴⁴⁹ SIAARTI - GRUPPO DI STUDIO BIOETICA, *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative? "Documento condiviso" per una pianificazione delle scelte di cura*, pubblicato al seguente indirizzo: <http://www.siaarti.it/?wpdmdl=5598> (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

⁴⁵⁰ Si veda, ad esempio, il caso di cui si è occupato Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, I, 209 ss., riguardante una donna affetta da sclerosi multipla maligna in fase avanzata e da diabete mellito. Dal contesto complessivo emergeva una chiara consapevolezza della donna in merito alla propria malattia ed alla gravità della stessa; allo stesso tempo, la paziente non ha mai accettato l'irreversibilità dello stato patologico e ciò le ha impedito di affrontare l'argomento della morte con le persone più care. Rileva M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, cit., 219 come, in questo caso, non solo è mancata una pianificazione condivisa delle scelte terminali, ma un tale percorso non sarebbe stato probabilmente neppure possibile o auspicabile, proprio per rispetto del modo in cui la paziente ha consapevolmente scelto di affrontare la sua condizione.

⁴⁵¹ V., ancora, M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, loc. cit., nonché EAD., *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, loc. cit., la quale sottolinea che l'accompagnamento adeguato nel processo del morire è difficilmente eludibile ai fini di una buona pratica clinica (cfr. anche: N. ZAMPERETTI, *Le direttive*

Dopo avere illustrato i vantaggi della pianificazione condivisa - la quale sembra garantire, in virtù di quanto osservato, il maggior grado di valorizzazione della relazione tra medico e soggetto bisognoso di terapie - si può intraprendere, a partire dal prossimo paragrafo, una più specifica analisi delle disposizioni anticipate di trattamento rese nei casi in cui non sia stata possibile la realizzazione di una pianificazione condivisa ed alle quali è affidata, pertanto, la tutela dell'identità del paziente.

4.3. La dibattuta ricostruzione delle DAT in chiave di negozio giuridico.

Il primo problema di matrice sistematica che si pone nell'individuazione dei caratteri di un istituto giuridico è quello di definirne la natura.

Parte della dottrina sembra non avere dubbi nel ritenere che le disposizioni anticipate siano un vero e proprio negozio giuridico⁴⁵². Si tratterebbe, quindi, di manifestazioni di volontà riconducibili alla definizione classica di negozio giuridico, secondo cui esso consiste in «una “dichiarazione di volontà” con la quale vengono enunciati gli effetti perseguiti (il c.d. “intento empirico”) ed alla quale l'ordinamento giuridico - se la finalità dell'atto è meritevole di tutela e se esso risponde ai requisiti fissati dalla legge per le singole figure negoziali -

anticipate tra clinica e bioetica. Il punto di vista del rianimatore, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 2005 ss.; C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, cit., 581 ss.; L. ORSI, *Le cure palliative*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., 603 ss.): in tal modo, viene contrastata la logica binaria che contrappone accanimento terapeutico ed eutanasia mediante un atteggiamento che richiede, invece, di farsi carico dei bisogni della persona in un modo globale, includendo la condivisione del peso decisionale anche nel processo terminale della vita (M. PICCINNI, *op. loc. ult. cit.*; C. VIAFORA, *La proporzionalità delle cure: orizzonte normativo dell'etica dell'accompagnamento*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., 565 ss.; P. FUNGHI - P.G. MACRÌ, *Obiezioni del medico e del cittadino*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 2119 ss.).

Sul ruolo delle cure palliative, definite dall'OMS nel 2002 come «un approccio che migliora la qualità della vita dei malati e delle loro famiglie che si trovano ad affrontare le problematiche associate a malattie inguaribili, attraverso la prevenzione e il sollievo della sofferenza per mezzo di una identificazione precoce e di un ottimale trattamento del dolore e delle altre problematiche di natura fisica, psicofisica e spirituale» (cfr.: C. SEPULVEDA - A. MARLIN - T. YOSHIDA - A. ULLRICH, *Palliative care: the WHO's global perspective*, in *Journal of Pain and Symptom Management*, 2002, 24, 91 ss.), v., oltre a L. ORSI, *op. loc. cit.*, loc. cit.: I. AMBROSI - M. D'AURIA, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 5 ss.; L. ORSI, *Quale informazione e quale consenso nella terminalità? Decidere insieme costruendo la fiducia*, in *Riv. it. cure palliative*, 2009, 3-4, 10 ss.; P.A. SINGER - D.K. MARTIN - M. KELNER, *Quality end-of-life care: patients' perspectives*, in *Journal of the American Medical Association*, 1999, 281, 163 ss.; SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE (SICP), *Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale / sedazione palliativa*, in *Riv. it. cure palliative*, 2008, 1, 16 ss.

⁴⁵² In questo senso, v., ad esempio, A. SCALERA, *Direttive anticipate di trattamento e disabilità*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, 413 ss.; ID., *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. e dir.*, 2010, 6, 627 ss., il quale, con riferimento al “d.d.l. Calabrò”, individua la causa del negozio nella scelta (o nel rifiuto) da parte del paziente di quei trattamenti sanitari che dovessero rendersi necessari in caso di sua sopravvenuta incapacità.

ricollega effetti giuridici conformi al risultato voluto»⁴⁵³.

Più specificamente, le disposizioni anticipate rappresenterebbero un negozio giuridico atipico, efficace per l'ordinamento in virtù del principio di autonomia negoziale, dettato dall'art. 1322 c.c. in materia di contratti. Le DAT avrebbero «natura di vero e proprio strumento per l'esercizio di diritti fondamentali, riconosciuti a livello costituzionale (qual è quello all'autodeterminazione anticipata rispetto alle cure mediche)», rappresentando un «istituto funzionale alla salvaguardia, nei confronti di pazienti incapaci, di principi anch'essi fondamentali e di rango costituzionale (quali sono quelli della non obbligatorietà dei trattamenti sanitari e di eguaglianza, da cui discende, per il paziente incapace, il diritto alla pianificazione anticipata delle cure)». Si tratterebbe, in sostanza, di una «fattispecie giuridica astratta servente alla promozione di valori supremi che attengono alla sfera corporea ed esistenziale della persona (quali la salute, l'integrità personale, la dignità-identità e lo sviluppo della personalità) posta al centro del sistema assiologico fissato dal Costituente»⁴⁵⁴.

⁴⁵³ La definizione è tratta da A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, 199. È impossibile, in questa sede, richiamare, seppur in modo sommario, la sterminata bibliografia in materia, per cui si rimanda ad alcune opere fondamentali: F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, III, Torino, 1891, § 104; G.F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877; B.J.H. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, trad. it. a cura di C. FADDA e P.E. BENZA, Torino, 1930, §§ 69 ss.; M. ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966; F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine gen., dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.; G. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.; R. SACCO, voce *Negozio giuridico (circolazione del modello)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; ID., *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco (dir. civ.)*, Torino, 2005; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969; ID., voce *Negozio giuridico. I) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; E. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

⁴⁵⁴ F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 215, il quale riconosce, tuttavia, che il rinvio alla clausola generale di cui all'art. 1322 c.c. presenta vari problemi, in quanto la disposizione normativa si riferisce ai contratti bilaterali o plurilaterali, mentre le DAT si configurerebbero come atti unilaterali (e nemmeno potrebbe valere l'estensione operata dall'art. 1324 c.c., che si riferisce agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, carattere di cui difettano le DAT, che hanno contenuto "esistenziale"). Si potrebbe, quindi, dubitare circa l'effettiva ammissibilità, all'interno del nostro ordinamento, di negozi giuridici unilaterali diversi da quelli previsti dalla legge: sorgerebbe così la necessità di rivedere in senso critico il rigore della tesi che ritiene inammissibile qualsiasi negozio unilaterale atipico. Nella prospettiva dell'Autore, occorrerebbe innanzitutto distinguere tra atti unilaterali che possono apportare benefici ai terzi ed atti unilaterali loro sfavorevoli. Per i primi, non sussisterebbero ragioni per mantenere fermo il principio dell'assoluta intangibilità della sfera giuridica altrui. Inoltre, l'inammissibilità di negozi unilaterali atipici dovrebbe cadere, a maggior ragione, di fronte ad atti che non sono nemmeno in grado di comportare conseguenze nella sfera patrimoniale dei terzi, come gli atti aventi contenuto esistenziale.

Allo stesso modo, G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, cit., 145 s., ricordando le ritrosie della dottrina tradizionale (la quale si fonda sul dogma romanistico della relatività delle convenzioni oppure sulla nominatività delle promesse unilaterali, sancita dall'art. 1987 c.c.), sottolinea che le più moderne impostazioni considerano anacronistico il principio dell'intangibilità della situazione giuridica dei terzi nelle ipotesi in cui dal negozio derivi loro un beneficio. Inoltre, lo stesso argomento testuale offerto dal richiamo all'art. 1987 c.c.

Sulla scorta delle osservazioni sino a qui compiute, il filone dottrinale in esame giunge alla conclusione che le disposizioni anticipate rappresentano un fenomeno di autonomia negoziale che, a prescindere da una specifica disciplina legislativa, dovrebbe essere considerato come lecito e produttivo di effetti nei limiti generalmente consentiti dall'ordinamento. Pertanto, l'intervento normativo nel settore non avrebbe un'efficacia costitutiva (cioè creatrice *ex nunc* di un nuovo istituto), ma, piuttosto, costituirebbe «un momento di razionalizzazione e di regolazione di uno strumento giuridico già esistente»⁴⁵⁵.

In dottrina, si è infatti sottolineato che, se gli istituti “tipizzati” non appaiono in grado di soddisfare appieno tutte le esigenze derivanti dalla necessità di dare rilievo giuridico alle DAT, emergono con evidenza non solo la bontà e legittimità, ma persino la “doverosità” costituzionale, di un'interpretazione estensiva delle norme del codice civile relative all'autonomia negoziale, con cui si possa forgiare una “figura” giuridica “atipica”, unilaterale e non patrimoniale⁴⁵⁶.

D'altro canto, anche a voler ritenere che la norma del codice civile sull'autonomia negoziale non possa essere interpretata nel senso di riconoscere ai privati il potere di dar vita a una figura di questo tipo, una parte della dottrina ha sostenuto che il diritto inviolabile di svolgere la propria personalità, riconosciuto

dovrebbe cedere dinanzi alla constatazione che la norma non si riferisce a tutti i negozi giuridici unilaterali, ma a quelli da cui consegue l'assunzione di obblighi in capo alla persona, limitativi della sua libertà e come tali guardati con disfavore dal Legislatore. L'Autrice, pertanto, sostiene l'ammissibilità dei negozi unilaterali atipici nei casi in cui venga garantita l'intangibilità della sfera giuridica dei terzi, come, appunto, nel caso delle DAT (rispetto alle quali, se di effetti riflessi si volesse discorrere, dovrebbe comunque riconoscersene la natura favorevole e, in ogni caso, non patrimoniale, determinando le stesse una riduzione dell'impatto emozionale o dello stress decisionale di familiari e medici, altrimenti coinvolti nel processo di scelta in luogo dell'incapace). F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 219, provvede, poi, a destituire di fondamento eventuali obiezioni secondo cui anche le DAT potrebbero incidere negativamente sulla sfera patrimoniale altrui, ad esempio nel caso di un «testamento biologico nel quale si richiedano costose cure a oltranza, con conseguente riduzione delle aspettative di vantaggio patrimoniale degli eredi del disponente», osservando che «sarebbe inammissibile limitare l'esercizio da parte del soggetto di un diritto costituzionalmente garantito di natura “esistenziale” al fine di tutelare interessi di natura “patrimoniale” solo potenziali e non attuali di eventuali altri soggetti, in quanto successibili».

⁴⁵⁵ Così A. SCALERA, *Direttive anticipate di trattamento e disabilità*, cit.; nello stesso senso, v. M. DE TILLA, *Verso il testamento biologico*, in *Dir. e lav. nelle Marche*, 2007, 207 s., nonché G. ALPA, *La persona fisica (Parte prima)*, in G. ALPA - G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco (dir. civ.)*, I, *Le persone e la famiglia*, Assago, 2006, 252, secondo cui «ragionando sui principi costituzionali e sulle regole che si applicano alle dichiarazioni di volontà, si potrebbe giungere alla conclusione che le “dichiarazioni di volontà anticipate” hanno una valenza giuridica in ogni caso e già oggi» (cfr. pure G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 1, 83 ss. e ID., *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate*, cit., 39 s.). Nello stesso senso, v. anche M. DE TILLA, *Introduzione*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., XI ss., il quale, richiamando il pensiero di P. RESCIGNO, così osserva: «Che il “testamento biologico” possa ammettersi, ed essere considerato valido, nel nostro ordinamento è domanda che può ricevere una positiva risposta già sotto il profilo della liceità degli atti di disposizione del corpo e dell'integrità personale che rispettino i limiti di legge (nel senso che non ne derivi una diminuzione permanente dell'integrità e non si abbia lesione dell'ordine pubblico e del buon costume), e altresì la tutela della privacy e del potere di autodeterminazione in una materia che tocca profondamente la libertà e il destino della persona».

⁴⁵⁶ In questi termini si esprime F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 221 s.

dall'art. 2 Cost., presuppone «necessariamente» l'esistenza di un «potere negoziale innominato», inteso come «potere in base al quale il soggetto sia in grado di produrre effetti, nella propria sfera giuridica, conformi al contenuto della propria volontà e ciò fin dove il potere non incontri limiti che le leggi possano costituzionalmente imporre»⁴⁵⁷.

Nell'ambito del percorso argomentativo in esame, vi è stato quindi chi - valorizzando l'elemento volontaristico, inteso come manifestazione di libertà - ha sostenuto, anche in ottica *de iure condendo*, la qualificazione delle DAT in termini di negozio giuridico unilaterale e unipersonale, con efficacia *inter vivos*, sospensivamente condizionato al verificarsi di una condizione di incapacità del suo autore⁴⁵⁸.

Affrontando la questione secondo un diverso punto di vista, una dottrina piuttosto recente ha attribuito natura variabile delle DAT, a seconda che esse consistano in disposizioni anticipate emesse nel corso del rapporto terapeutico, oppure che siano assunte come atto di libera scelta (non costituendo, in tal caso, determinazioni dirette a far proseguire o finalizzare un *iter* procedimentale di cure e trattamenti già in corso)⁴⁵⁹: il criterio distintivo di tale ricostruzione si fonderebbe, in ultima analisi, sul contesto in cui le DAT vengono rese.

Nel primo caso, esse rappresenterebbero degli atti giuridici in senso stretto⁴⁶⁰; la dichiarazione del paziente, esplicitata nel corso del rapporto

⁴⁵⁷ G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, 134.

⁴⁵⁸ G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, loc cit.

Tuttavia, una tale ricostruzione in chiave di negozio sospensivamente condizionato può risultare non convincente, soprattutto per quanto concerne l'elemento accidentale della condizione. Pare, infatti, che l'evento consistente nella sopravvenuta incapacità non rappresenti una condizione sospensiva in senso tecnico, ma, piuttosto, si inserisca nella causa stessa del negozio, analogamente a quanto accade - con riguardo alla morte - nel testamento *mortis causa*. Il testamento tradizionale, infatti, non è sottoposto alla condizione sospensiva della morte del testatore, in quanto - per sua natura - è destinato a produrre effetti per il tempo successivo alla propria morte. Similmente, le disposizioni anticipate di trattamento sono volte a regolare una fase della vita in cui viene meno la capacità naturale del soggetto, senza che tale evento assurga al ruolo di evento condizionante, essendo già insito nella struttura causale della disposizione.

⁴⁵⁹ T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, 73 ss.

⁴⁶⁰ Come è noto, la definizione di tali atti è sempre stata ricostruita in negativo: si è, infatti, soliti affermare che «tutti gli atti umani e volontari, che non siano negozi giuridici, sono denominati atti giuridici in senso stretto (o atti non negoziali)» (cfr. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 198). Sia i negozi giuridici che gli atti non negoziali presentano, quale carattere comune, l'elemento della volontà, ma, riprendendo le parole di un noto Maestro, «il criterio di distinzione non riposa sulla natura del fenomeno per sé considerato, ma sul modo in cui l'ordine giuridico valuta e disciplina un certo fatto: alla stregua di questo criterio vanno costruite le varie figure paradigmatiche; così anche quelle di fatto, atto e negozio. In base al criterio indicato, la differenza tra atto e negozio deve cogliersi secondo che un atto venga assunto e disciplinato nell'ordinamento come autoregolamento impegnativo, o invece come mero presupposto di effetti giuridici preordinati dalla legge, senza funzione e natura di autoregolamento» (F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 207; sul punto, v. anche: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 73 ss.; ID., voce *Atti giuridici*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1958, 2 ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, Napoli, 1955, 19 ss.; S. PUGLIATTI - A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, 41 ss.; P. RESCIGNO, voce *Atto giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988; S. ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 3 ss.; P. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.

terapeutico già instaurato, non avrebbe cioè natura negoziale⁴⁶¹, in quanto è la legge che riconduce alla stessa dichiarazione la produzione di determinati effetti⁴⁶².

Al contrario, nel caso di dichiarazioni rese “ora per allora” da persona capace, in previsione di una futura incapacità che le renda impossibile esprimere il proprio consenso o dissenso a trattamenti sanitari, tali manifestazioni di volontà costituirebbero un atto di autonomia precettivo, compiuto dall’autore non in un ambito in cui occorra iniziare o proseguire un trattamento, ma come manifestazione di una libera scelta nell’esercizio del potere di autodeterminazione della propria sfera esistenziale⁴⁶³.

Desti non poche perplessità la scelta di attribuire una natura giuridica diversa alle DAT a seconda del contesto in cui le stesse vengono rese, piuttosto che in base al contenuto delle stesse, soprattutto perché pare che venga, in questo modo, alterato il senso dell’aggettivo “anticipate”. È chiaro che il consenso informato⁴⁶⁴ deve essere necessariamente reso in un momento anteriore rispetto ad una determinata azione (o serie di azioni) di intervento terapeutico e, per questo motivo, ogni atto di consenso o dissenso può essere inteso come “anticipato” rispetto alla cura. Tuttavia, se un trattamento terapeutico è già in corso, la sospensione delle cure o l’autorizzazione al proseguimento non si

⁴⁶¹ Cercando di definire in positivo gli atti non negoziali al fine di comprendere in tale ambito un certo tipo di DAT, si è osservato che «mentre la funzione del negozio è quella di consentire il potere di disposizione per la realizzazione dei propri interessi, quella dell’atto si presta piuttosto alla tutela della propria sfera personale o patrimoniale e, dunque, alla salvaguardia di diritti e prerogative garantiti dall’ordinamento. Ne consegue che la funzione che la legge assegna all’atto esclude che esso possa essere utilizzato per finalità diverse da quelle stabilite dalla norma e che l’eventuale diverso scopo perseguito dall’agente potrà realizzarsi solo in quanto coincidente con tale finalità; altrimenti rimarrà irrilevante» (T. PASQUINO, *op. cit.*, 80, la quale prosegue affermando che «l’elemento distintivo tra atto e negozio può dunque cogliersi nella valutazione complessiva della struttura e della funzione: il negozio ha la struttura di una volontà precettiva ed è preordinato funzionalmente a disporre di una determinata situazione giuridica; nell’atto, invece, la volontà e la consapevolezza rilevano come requisiti del comportamento poiché gli effetti prescindono dal contenuto volitivo dell’atto e sono determinati dalla legge»).

Sempre T. PASQUINO, *op. cit.*, 81, nt. 29 ammette, tuttavia, che una tale impostazione non va esente da critiche (per le quali, v.: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 172; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., 84 ss.; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell’intento negoziale*, Milano, 1958, 25 ss.), dal momento che la volontà degli effetti non è caratteristica esclusiva dell’atto negoziale, sussistendo anche in atti non negoziali tutelati dall’ordinamento in virtù delle finalità che essi perseguono e, di converso, potendosi rinvenire in atti negoziali anche effetti non voluti dalle parti.

⁴⁶² Tali effetti vengono identificati (cfr. T. PASQUINO, *op. cit.*, 83): 1) nell’obbligo da parte del sanitario di tenere in considerazione la volontà dei pazienti eventualmente espressa prima di un trattamento sanitario (art. 9 Convenzione di Oviedo, su cui v., *supra*, par. 3.2); 2) nell’obbligo di desistere dai trattamenti in contrasto con la volontà della persona, secondo il disposto dell’art. 35 del Codice di deontologia medica (che prevede, tra l’altro: «In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona»); 3) nell’obbligo di «attenersi, nell’ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi», agendo «nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa» (art. 38 Codice di Deontologia medica del 2006).

⁴⁶³ T. PASQUINO, *op. loc. cit.*

⁴⁶⁴ Su cui v. più ampiamente, *supra*, par. 3.2.

configura strutturalmente come una disposizione anticipata nel senso in cui tale espressione viene comunemente utilizzata, bensì come semplice manifestazione attuale delle proprie intenzioni circa il percorso terapeutico da intraprendere⁴⁶⁵. Tra l'altro, accogliendo la tesi sopra esposta, si creerebbe il paradosso per cui verrebbe considerato un mero atto ciò che, invece, costituisce espressione attuale del consenso al trattamento medico; al contrario, sarebbe negozio una manifestazione anteriore (sulla cui efficacia - al di là di quanto sostenuto nel presente lavoro - non può ancora registrarsi unanimità di vedute)⁴⁶⁶.

Altri interpreti non introducono particolari distinzioni e sostengono che le disposizioni anticipate debbano essere considerate quali atti di mero orientamento e non di volontà o, quantomeno, atti con una valenza «intermedia tra il desiderio e la volontà, con maggiore contiguità, tuttavia, al primo piuttosto che alla seconda»⁴⁶⁷.

In contrario, si è obiettato che - almeno nella prima versione del “d.d.l. Calabrò” - a far propendere per la natura negoziale era lo stesso testo normativo, il quale si riferiva alle «volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento» (cfr. art. 7, comma 1, nella versione approvata dal Senato)⁴⁶⁸. Tuttavia, la formulazione è stata modificata dalla Camera dei Deputati (d.d.l. C.2350), sostituendo il termine “volontà” con “orientamenti”⁴⁶⁹.

Inoltre, facendo riferimento ad un disegno di legge più recente (d.d.l. S.13 - XVII Legislatura), presentato dal Sen. Manconi e frutto del gruppo di lavoro “Per un diritto gentile in medicina”⁴⁷⁰, si evidenzia un'ulteriore difficoltà nell'affermare la natura (costantemente) negoziale delle DAT.

Le disposizioni anticipate vengono infatti definite, all'art. 18 d.d.l. S.13 - XVII Legislatura, come «dichiarazioni della persona che, prevedendo il caso di propria futura incapacità di autodeterminarsi o di manifestare le proprie volontà, esprime il consenso o il rifiuto a scelte terapeutiche e a trattamenti sanitari, ivi comprese le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali, e detta indirizzi o manifesta preferenze circa la cura e l'accudimento che vuole le siano prestati o che intende escludere»⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Tale punto è già stato evidenziato al termine del par. 1.2, a cui pertanto si rimanda.

⁴⁶⁶ V. le osservazioni di cui al par. 4.4.

⁴⁶⁷ Sempre con riferimento al testo del “d.d.l. Calabrò”, v., nel primo senso, C. BRIGNONE, *Testamento biologico: il Ddl licenziato al Senato rischia di modificare un quadro di riferimento*, in *Guida al dir.*, 2009, 18, 101; nel secondo, v. A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, 2009, consultabile all'indirizzo internet: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0117_ruggeri.pdf (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

⁴⁶⁸ A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, loc. cit.

⁴⁶⁹ Per l'iter del “d.d.l. Calabrò” si rimanda al par. 1.1, nt. 10, del presente lavoro.

⁴⁷⁰ Sul d.d.l. citato, nonché sul gruppo «Per un diritto gentile in medicina», si richiama il par. 1.2, nt. 32 e 33.

⁴⁷¹ La formulazione dell'articolo in esame rispetto alla corrispondente norma del “d.d.l. Calabrò” è notevole, giacché quest'ultimo si pone come assai più limitativo per il paziente, sottraendogli possibilità decisionali anche attraverso una restrizione dell'oggetto delle DAT, da cui vengono esclusi i trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali.

L'art. 3, comma 1, primo periodo stabilisce infatti che «Nella dichiarazione anticipata di trattamento il dichiarante esprime il proprio orientamento in merito ai trattamenti sanitari in

L'art. 19 del medesimo d.d.l. stabilisce, poi:

«1. La persona disponente può indicare specifiche situazioni patologiche e trattamenti, esprimendo per ciascuno di essi accettazione o rifiuto. Essa può altresì esprimere la propria volontà di essere trattata secondo più generali criteri con riguardo alla applicazione di modalità di intervento che implicino rischi o condizioni vitali da lei ritenuti non accettabili.

2. La disposizione anticipata di trattamento non può essere diretta al rifiuto di misure di assistenza e accudimento indispensabili alla tutela della dignità della persona.

3. Il disponente può infine esprimere le proprie convinzioni, credenze, inclinazioni circa la relazione con la malattia e la fine della vita, secondo la propria concezione di sé e dell'esistenza, purché⁴⁷² ad esse si adeguino il trattamento e l'assistenza».

È evidente che, partendo da una tale definizione, nelle disposizioni anticipate possono confluire, allora, sia le dichiarazioni con cui si esprime un consenso o un dissenso alle terapie (disposizioni nelle quali si rinvergono con maggiore facilità i tratti essenziali del negozio giuridico), sia tutti quegli elementi idonei a ricostruire l'identità della persona, che influenza inevitabilmente le scelte di natura esistenziale e, quindi, anche quelle concernenti il fine vita⁴⁷³.

Pertanto, si potrebbe fare riferimento alle disposizioni anticipate come ad una figura dai connotati ibridi, che può assumere in taluni casi una valenza negoziale e, in altri, avere natura di dichiarazione di orientamento, senza che, in tale seconda ipotesi, si debba affermare la sua inefficacia giuridica⁴⁷⁴.

previsione di un'eventuale futura perdita della propria capacità di intendere e di volere».

Il medesimo articolo, ai commi da 2 a 5, precisa che:

«2. Nella dichiarazione anticipata di trattamento il soggetto, in stato di piena capacità di intendere e di volere e in situazione di compiuta informazione medico-clinica, dichiara il proprio orientamento circa l'attivazione o non attivazione di trattamenti sanitari, purché in conformità a quanto prescritto dalla legge e dal codice di deontologia medica.

3. Nella dichiarazione anticipata di trattamento può essere esplicitata la rinuncia da parte del soggetto ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti sanitari in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale.

4. Nella dichiarazione anticipata di trattamento il soggetto non può inserire indicazioni che integrino le fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale.

5. Anche nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento».

⁴⁷² Nell'art. 19, comma 3, la parola «purché» deve essere sostituita con «perché», risultando frutto di un refuso non presente nell'originario testo redatto dal gruppo «Per un diritto gentile in medicina».

⁴⁷³ Sul punto, si può richiamare il pensiero di S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, cit., 205 s., secondo cui le DAT sono dichiarazioni, sempre revocabili, per le quali si prevedono modalità diverse di formalizzazione, senza escludere la possibilità di desumere la volontà della persona anche da dichiarazioni o comportamenti tenuti in passato.

⁴⁷⁴ Sempre S. RODOTÀ, *op. loc. ult. cit.*, sostiene che, indipendentemente dalle modalità con cui le DAT vengono formalizzate, «non sembra opportuno attribuire al medico la facoltà di non seguire le indicazioni date dalla persona interessata. Da una parte, questa discrezionalità può determinare

Sembra, quindi, che il problema circa la natura negoziale delle disposizioni anticipate di trattamento non possa essere risolto in modo aprioristico, senza valutare il preciso contenuto delle medesime.

A questo proposito, non deve essere dimenticato che rappresentano disposizioni anticipate anche quelle dichiarazioni con cui viene nominato un fiduciario, il cui ruolo è quello di assistere o persino di sostituire il disponente nel momento in cui quest'ultimo divenga incapace di esprimere il proprio consenso o dissenso alle cure⁴⁷⁵.

Facendo riferimento al d.d.l. S.13 - XVII Legislatura, si può ricordare, ad esempio, quanto disposto dall'art. 20: «Le disposizioni anticipate possono contenere l'indicazione di un fiduciario con i compiti di cui all'articolo 6. In mancanza di fiduciario, si provvede alla nomina di un amministratore di sostegno»⁴⁷⁶.

La possibilità di nomina di un fiduciario era già prevista nel “d.d.l. Calabrò”. L'art. 6 di tale disegno di legge stabilisce infatti:

«1. Nella dichiarazione anticipata di trattamento il dichiarante può nominare un fiduciario maggiorenne, capace di intendere e di volere, il quale accetta la nomina sottoscrivendo la dichiarazione.

2. Il dichiarante che abbia nominato un fiduciario può sostituirlo, con le stesse modalità previste per la nomina, in qualsiasi momento senza alcun obbligo di motivare la decisione.

3. Il fiduciario, se nominato, è l'unico soggetto legalmente autorizzato ad interagire con il medico e si impegna ad agire nell'esclusivo e migliore interesse del paziente, operando sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente esplicitate dal soggetto nella dichiarazione anticipata.

4. Il fiduciario è legittimato a richiedere al medico e a ricevere dal medesimo ogni informazione sullo stato di salute del dichiarante.

5. Il fiduciario, se nominato, si impegna a vigilare perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie palliative disponibili, evitando che si creino

contrastanti con quanto stabilito dalla Convenzione sulla biomedicina e dallo stesso Codice di deontologia medica. Dall'altra, il rifiuto del medico, dovendo essere motivato, aprirebbe la strada a contestazioni e così trasferirebbe ordinariamente al giudice la decisione finale sul vivere e sul morire. Queste regole del vivere e del morire, infatti, hanno la loro radice nel rispetto dell'autonomia della persona. Nascono come regole di libertà e, quindi, devono essere tenute al riparo dai rischi e dalle tentazioni di tornare ad attribuire a soggetti esterni il potere di impadronirsi del corpo e del suo destino, senza tuttavia precludere le possibilità di una benefica “alleanza terapeutica” tra medico e paziente. Vi è una coerenza, ed una discendenza, di queste regole rispetto al radicarsi sempre più profondo della consapevolezza del diritto alla salute come diritto fondamentale della persona. E, insieme a questa, dal riconoscimento della salute non come semplice assenza di malattia, ma come “stato di completo benessere fisico, psichico e sociale”, secondo la definizione che ne dà l'Organizzazione mondiale della sanità. (...) Si esce così dall'eccezionalità della condizione di malato o di paziente e si entra nella vita d'ogni giorno, di cui si deve poter mantenere il controllo fino ai confini dell'esistenza».

⁴⁷⁵ Cfr. quanto osservato *supra* (par. 1.2) in merito alla distinzione tra *instructional directives* e *proxy directives*.

⁴⁷⁶ I «compiti di cui all'articolo 6» sono, appunto, quelli di affiancare o sostituire la persona disponente «nella acquisizione delle informazioni e nella manifestazione del consenso o del rifiuto o della rinuncia alle cure, anche per il caso in cui essa non fosse più in grado, nel corso del trattamento, di porsi consapevolmente in relazione con i professionisti sanitari».

situazioni sia di accanimento terapeutico, sia di abbandono terapeutico.

6. Il fiduciario, se nominato, si impegna a verificare attentamente che non si determinino a carico del paziente situazioni che integrino fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale.

7. Il fiduciario può rinunciare per iscritto all'incarico, comunicandolo al dichiarante o, ove quest'ultimo sia incapace di intendere e di volere, al medico responsabile del trattamento terapeutico.

8. In assenza di nomina del fiduciario, i compiti previsti dai commi 3, 4, 5 e 6 del presente articolo sono adempiuti dai familiari, come indicati dal libro secondo, titolo II, capi I e II, del codice civile».

La distinzione tra disposizioni contenenti volontà/orientamenti e disposizioni con cui si nomina un fiduciario - che traspare dai più recenti disegni di legge e che ricalca la già citata differenza tra *instructional directives* e *proxy directives* - rende palese che, con la medesima espressione “disposizioni anticipate”, possono essere indicati differenti istituti giuridici, accomunati dall'essere rivolti all'attuazione delle “intenzioni” (appositamente viene, in questa sede, impiegato un termine che si colloca a metà strada tra volontà e semplice orientamento) del soggetto in merito alla fase terminale della propria vita.

Per tutti i motivi sopra esposti, appare più prudente riferirsi alle disposizioni anticipate di trattamento come ad una categoria, piuttosto che come ad un singolo istituto avente caratteri definiti⁴⁷⁷.

Del resto, a meno che l'individuazione della natura negoziale oppure non negoziale risulti essenziale ai fini della determinazione della disciplina applicabile, non sembra nemmeno indispensabile addentrarsi in qualificazioni giuridiche aventi spesso più un intento classificatorio che una reale rilevanza pratica⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ In conclusione del presente lavoro, si cercherà di indagare più nello specifico alcuni profili civilistici delle DAT (quali la struttura unilaterale o bilaterale, nonché il rapporto con l'istituto della rappresentanza), al fine di individuare fino a che punto l'autonomia privata possa contribuire alla loro attuazione.

⁴⁷⁸ Una rilevanza può essere individuata nella prospettiva di S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. cit.*, 670 s., i quali osservano che al giudizio sulla natura delle disposizioni anticipate (talvolta collegate all'ambito degli atti negoziali, altre volte inserite nella categoria degli atti giuridici in senso stretto) è riconducibile il quesito circa la capacità richiesta (di agire oppure naturale) per la formulazione delle DAT. Gli Autori sostanzialmente condividono l'impostazione adottata dall'art. 7 d.d.l. S.13 - XVII Legislatura, che qui si richiama:

«1. La persona minore, legalmente incapace, o non pienamente in grado di autodeterminarsi ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione e all'esercizio dell'autodeterminazione per quanto ne sia concretamente in grado.

2. Il soggetto di cui al comma 1 partecipa alle scelte relative alla propria salute, ai sensi della presente legge, ricevendo informazioni adeguate alla propria capacità di comprensione ed esprimendo il proprio consenso alle cure o il rifiuto di esse.

3. La volontà del soggetto di cui al comma 1 espressa ha piena rilevanza in quanto la consapevolezza e la capacità di determinarsi della persona siano adeguate alla importanza delle decisioni; essa va comunque tenuta in considerazione ai fini delle scelte terapeutiche secondo quanto previsto all'articolo 4, comma 3».

In prospettiva *de iure condendo*, per la sufficienza della capacità naturale si è espresso P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, cit., 21 ss.; con riferimento ai “grandi minori”, v. pure L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, cit., 77. Per la necessità della capacità di agire, cfr. le legislazioni francese (par. 3.3) e tedesca (par. 5.7).

Ciò che importa è, infatti, stabilire se le dichiarazioni (indipendentemente dal fatto che esse siano espressione di volontà oppure manifestazione di un orientamento idoneo a rivelare la propria identità personale o, ancora, costituiscano un “rinvio” ad una decisione che verrà presa da un fiduciario in sostituzione del paziente⁴⁷⁹) abbiano un’efficacia vincolante per i sanitari e per coloro che si troveranno nella situazione di dare potenzialmente attuazione a tali disposizioni. Di tale aspetto si darà conto nel prossimo paragrafo.

4.4. L’efficacia diretta delle DAT.

Ricollegandosi all’osservazione conclusiva del precedente paragrafo, si può preliminarmente osservare come non sembri affatto contraddittorio sostenere che le disposizioni anticipate contenenti «convinzioni, credenze, inclinazioni circa la relazione con la malattia e la fine della vita, secondo la propria concezione di sé e dell’esistenza» (per usare l’espressione del d.d.l. S.13 - XVII Legislatura), pur non presentando i caratteri del negozio giuridico, siano parimenti vincolanti, alla stregua di criteri generali entro cui la relazione terapeutica deve necessariamente svilupparsi e, da ciò, discende l’“efficacia diretta” delle DAT (richiamata dal titolo del presente paragrafo), indipendentemente dal loro contenuto espressivo di volontà precisamente formulate oppure di orientamenti.

Facilmente superabile appare, infatti, un’ipotetica obiezione per la quale, mancando una sanzione in caso di inosservanza delle indicazioni espresse, queste ultime sarebbero, in definitiva, prive di efficacia vincolante. È sufficiente ricordare, innanzitutto, che la mancanza di sanzione non corrisponde ad assenza di obbligo. Inoltre, nemmeno un’eventuale impossibilità materiale di garantire la concreta realizzazione delle indicazioni formulate non sarebbe, comunque, circostanza idonea a privare di vincolatività ciò che, per natura, dovrebbe essere vincolante.

Per ritornare ad un parallelismo già più volte citato (con tutti i *caveat* del caso) e facendo riferimento all’istituto testamentario, si può pensare a quanto previsto dall’art. 648 c.c. in tema di onere⁴⁸⁰. Come è noto, la norma in questione

Sulla questione della capacità richiesta per il consenso al trattamento medico, v., in generale, U.G. NANNINI, *op. cit.*, 406 ss., spec. 427 ss. e 474 ss., nonché M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell’adulto “incapace”: dalla sostituzione al sostegno*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 361 ss., spec. 375 ss.

⁴⁷⁹ Sull’ammissibilità e sulla configurazione giuridica di un tale rinvio, v., in particolare, par. 5.10 e par. 5.11.

⁴⁸⁰ Sull’onere testamentario si vedano, almeno: U. CARNEVALI, voce *Modo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 687; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, 187 ss.; M. GARUTTI, *Il modus testamentario*, Napoli, 1990, 7 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., I, 897 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010, 239 s.; C. GANGI, *op. cit.*, 177 ss.; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 283 ss.; E. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 468 ss.; M. COSTANZA, *L’onere nelle disposizioni testamentarie*, in M. BIANCA, *Le successioni testamentarie*, in *Giur. Bigiavi*, 1983, 153 ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 579; F. CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in P. RESCIGNO, *Successioni e donazioni*, I, 1994, 1084 ss.; M. NARDOZZA, *Idee vecchie e nuove sul modus testamentario*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1703 ss.; G.B.

così recita: «Per l'adempimento dell'onere può agire qualsiasi interessato. Nel caso d'inadempimento dell'onere, l'autorità giudiziaria può pronunciare la risoluzione della disposizione testamentaria, se la risoluzione è stata prevista dal testatore, o se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione». È evidente che, nel caso di onere testamentario non costituente l'unico motivo determinante della disposizione, laddove il testatore non abbia previsto la risoluzione e risulti impossibile la coercibilità di quanto richiesto dal *de cuius* (si pensi ad un *facere* infungibile), non si potrà giungere al medesimo risultato desiderato dal testatore. Tuttavia, nessun interprete potrebbe sostenere che l'onere in questione sia privo di efficacia vincolante, tanto che l'ordinamento predispone una serie di azioni al fine di garantire, per quanto possibile, l'attuazione della volontà del testatore.

Personalità dell'individuo e volontà espressa da quest'ultimo costituiscono il fondamento delle disposizioni anticipate e l'affermazione di un'efficacia non vincolante comporterebbe la negazione stessa dei principi su cui si fonda il nostro ordinamento giuridico.

Al di là dell'interpretazione delle espressioni impiegate nella Convenzione di Oviedo⁴⁸¹ o nei codici di deontologia medica⁴⁸², la vincolatività discende, a parere di chi scrive, direttamente dai principi costituzionali in materia di tutela della personalità: non si comprende come potrebbe, altrimenti, essere garantito il diritto inviolabile all'autodeterminazione dell'individuo - «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», per citare l'art. 2 Cost. - se da tale personalità, prima ancora che da un'espressa volontà, si potesse prescindere nell'ambito del trattamento terapeutico⁴⁸³.

BRUNO, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giust. civ.*, 2000, 3307 ss.; G. AQUARO, *Onere testamentario e legato tra accessorietà e autonomia*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 541 ss.; in giurisprudenza, v., *ex multis*: Cass., 18 marzo 1999, n. 2487, in *Foro it.*, 1999, I, 1826; Cass., 7 settembre 1992, n. 10281, in *Foro it.*, 1993, I, 116.

⁴⁸¹ La quale prevede, come esaminato nel par. 3.2, che i desideri precedentemente espressi siano «tenuti in considerazione».

⁴⁸² Cfr. art. 34 codice deontologico del 2014 («Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale. [...] Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria») e l'art. 38 codice deontologico del 2006 («Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato»), citati nel par. 1.2.

Sul punto, v. S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. cit.*, 674, i quali osservano che le disposizioni contenute nella Convenzione di Oviedo e nel codice deontologico esprimono «il medesimo concetto, ossia che la volontà espressa dal paziente prima di cadere nello stato di incapacità deve essere “tenuta in considerazione” dal medico quando egli si troverà nella situazione di dover intervenire»; tuttavia, «tale assunto, evidentemente, vale in termini di principio ma non risulta bastevole a chiarire se le direttive espresse dal disponente debbano o meno assumere un carattere vincolante, e in quali termini, nei confronti dei medici che si trovino ad operare (così come nei confronti del fiduciario e di altri soggetti eventualmente coinvolti)».

⁴⁸³ Per inciso, si può rilevare che, nella riflessione civilistica, si è via via affermata la necessità di passare da una concezione solo difensiva dei diritti della personalità ad una concezione attiva e propositiva, in virtù di quanto previsto dalla stessa Costituzione, che impone di considerare quale

Con riferimento al vincolo generato dalle DAT, è poi utile ricordare quanto previsto sempre dal d.d.l. S.13 - XVII Legislatura all'art. 21: «1. Il professionista sanitario e chiunque assista il malato è tenuto al pieno rispetto delle disposizioni anticipate, riferibili alla situazione in atto, secondo i principi che valgono per le manifestazioni di volontà o di desiderio, o per le convinzioni e le inclinazioni espresse o comunque manifestate in attualità.

2. L'interpretazione e la concretizzazione delle disposizioni è fatta d'intesa tra il fiduciario o l'amministratore di sostegno e il medico responsabile; in caso di dissenso, si ricorre al parere di consulenti nominati dalla struttura, che prospettano una soluzione; se il dissenso permane si ricorre al giudice tutelare.

3. Il medico responsabile e chiunque assista la persona incapace o non in grado di autodeterminarsi devono, anche in assenza di disposizioni anticipate, assicurare alla persona il pieno rispetto di quanto caratterizza la sua identità e a tal fine devono tenere in considerazione, come fondamento delle decisioni terapeutiche, ogni dichiarazione, manifestazione o condotta di cui si abbia certa conoscenza, che indichi in modo inequivoco le convinzioni e preferenze della persona stessa con riguardo al trattamento medico nella fase finale della sua esistenza»⁴⁸⁴.

D'altro canto, occorre anche tenere in considerazione l'opinione di chi nega l'efficacia vincolante delle DAT⁴⁸⁵. Secondo taluni, il valore non imperativo

valore preminente lo svolgimento della personalità dell'individuo. Pertanto, «alla concezione tipica del diritto privato» per cui la persona è vista come «portatrice di valori di difesa» è necessario contrapporre una nuova, in cui l'accento è posto sulle «manifestazioni attive dell'uomo» (P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Tratt. Rescigno*, I, Torino, 1982, 44). Secondo P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 142, la personalità non si riferisce solamente all'«attitudine ad essere titolare di situazioni soggettive», bensì deve essere tutelata soprattutto «la possibilità che quel soggetto sia titolare di situazioni soggettive di contenuto idoneo alla sua personalità». Il «rispetto della personalità del malato» si configura, quindi, non come un «limite alla potestà terapeutica», ma come lo stesso fine dell'attività del medico (P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. dir.*, 1986, 3, 430 ss.; conf.: P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'“infermo di mente”*. *A proposito dell'handicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 54 ss.).

⁴⁸⁴ Anche in questo caso, vi è una netta differenza rispetto al “d.d.l. Calabrò”, il cui art. 7 («Ruolo del medico») così dispone:

«1. Le volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono prese in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno.

2. Il medico non può prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica. Le indicazioni sono valutate dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza.

3. Nel caso di controversia tra il fiduciario ed il medico curante, la questione è sottoposta alla valutazione di un collegio di medici composto da un medico legale, un anestesista-rianimatore ed un neurologo, sentiti il medico curante e il medico specialista della patologia. Tali medici, ad eccezione del medico curante, sono designati dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero o della azienda sanitaria locale di competenza. Il parere espresso dal collegio non è vincolante per il medico curante, il quale non è tenuto a porre in essere prestazioni contrarie alle sue convinzioni di carattere scientifico e deontologico».

⁴⁸⁵ L'efficacia vincolante delle DAT trova una prima negazione da parte di chi fonda le proprie tesi su una certa interpretazione del concetto di indisponibilità della vita (per la questione, si rimanda al par. 1.4).

per il medico curante troverebbe la sua ragione d'essere essenziale nella «non attualità» della volontà del disponente nel momento in cui deve essere data attuazione alle disposizioni anticipate, nonché nella mutabilità dei pareri in merito⁴⁸⁶.

L'obiezione riguardante la non attualità⁴⁸⁷ si presenta criticabile, tuttavia, sotto due profili.

In primo luogo, nessun consenso informato può, a rigore, dirsi pienamente attuale, perché esso viene reso preventivamente rispetto all'intervento terapeutico⁴⁸⁸. Pertanto, una discriminazione delle DAT basata su un'affermata inattualità delle medesime non sarebbe giustificabile, poiché, anche in tipiche ipotesi di consenso considerato "attuale", il paziente, se fosse cosciente al momento dell'intervento, potrebbe teoricamente revocare il consenso⁴⁸⁹: solo lo stato di incapacità in cui egli si trova gli impedisce di prendere qualsiasi decisione di revoca o di conferma del consenso precedentemente espresso.

In secondo luogo, non è affatto da escludersi un meccanismo correttivo di

⁴⁸⁶ Si veda, per esempio: M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, loc. cit., il quale rileva che «altro è una scelta eseguita in un lontano momento di benessere (quando "la non incombenza dell'evento letale consente una valutazione astratta e distaccata dalle reali angosce della vita che fugge" e sull'onda magari "della suggestione di ventate di moda", scrive Mantovani); altro è una decisione sottesa invece da un imperioso istinto di conservazione di chi, ancora *compos sui*, prende più o meno acutamente conoscenza delle sue condizioni disperate. [...] Pare eccessiva [...] la vincolatività affermata, mentre più corretto appare intendere il testamento biologico nel senso di un *Anhaltspunkt*, cioè di un punto fermo, di cui tener conto nell'ambito di una decisione che però il curante deve assumere in libertà, dopo aver ben valutato se nel caso di specie si siano realizzate le condizioni cliniche previste nel documento».

La «non attualità» potrebbe tradursi in eccessiva astrattezza, ma, sul punto, si possono richiamare le considerazioni del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, cit., 6, secondo cui, pur non risultando «possibile stabilire in astratto quale sia il momento più appropriato per redigere le dichiarazioni anticipate, le preoccupazioni per l'astrattezza dovuta alla distanza di tempo e di situazioni possono essere mitigate dalla previsione che la persona può in ogni momento revocare le sue precedenti volontà, o modificarle in riferimento agli eventuali mutamenti nella percezione della propria condizione esistenziale determinati dall'esperienza concreta della malattia».

⁴⁸⁷ In alcuni ordinamenti si è cercato di superare tale problema attraverso la previsione di una "scadenza" per le disposizioni anticipate (come accade, ad esempio, in Francia, per la quale si rimanda al par. 3.3). Sul punto, si richiama pure quanto previsto dall'art. 4, comma 3, "d.d.l. Calabrò", secondo cui «Salvo che il soggetto sia divenuto incapace, la dichiarazione anticipata di trattamento ha validità per cinque anni, che decorrono dalla redazione dell'atto ai sensi del comma 1, termine oltre il quale perde ogni efficacia. La dichiarazione anticipata di trattamento può essere rinnovata più volte, con la forma e le modalità prescritte dai commi 1 e 2».

Diversa è la scelta del Legislatore tedesco, che ha previsto un'efficacia a tempo indeterminato per le *Patientenverfügungen* (v. par. 5.7).

Possono sorgere dubbi circa l'effettiva utilità di un obbligo di rinnovo periodico delle DAT; forse, come si considererà *infra* nel testo, già il medico curante è in grado, insieme ai congiunti del paziente, di operare la necessaria valutazione in merito alla perdurante attualità delle disposizioni anticipate.

⁴⁸⁸ V. quanto osservato *supra* nel par. 4.3.

⁴⁸⁹ Non è, questa, un'argomentazione *ab absurdo*, se si pensa che, soprattutto in situazioni di stress emozionale, si può essere soggetti a mutamenti anche repentini di opinione (e non si deve presupporre che la decisione presa prima dell'intervento, magari in uno stato d'ansia causato dalla necessità di procedere con urgenza, sia stata effettuata con sufficiente lucidità).

“attualizzazione” delle volontà precedentemente espresse, tenuto conto dei progressi della scienza medica o degli stessi cambiamenti di vita del paziente, che, come ogni individuo, può essere soggetto a mutamenti nella propria personalità.

Tuttavia, sostenere la possibilità di un adeguamento correttivo di disposizioni anticipate di trattamento che, per differenti ragioni, possano ritenersi non più attuali (perché superate dal punto di vista scientifico o a causa della sopravvenienza di elementi, anche di natura personalistica, non presenti nel momento della formulazione delle DAT) appare molto differente rispetto al negare aprioristicamente un’efficacia vincolante, con la conseguenza di sminuire il ruolo centrale delle disposizioni anticipate, subordinandole già in partenza a valutazioni esterne compiute da soggetti diversi dal paziente.

Obbligo di rispetto delle disposizioni anticipate non si traduce, peraltro, vincolatività assoluta, poiché ogni “disposizione” deve essere sempre interpretata, tenendo conto del contesto in cui è stata resa, e adattata alla situazione concreta in cui il paziente viene a trovarsi. Efficacia vincolante «non significa che il medico debba eseguire meccanicamente i desideri del paziente, né che il vincolo al rispetto di tali disposizioni vada inteso come obbligo meccanico di esecuzione di un “precetto”; al contrario, il medico ha piuttosto il dovere di sostanziale attuazione dell’intento del paziente in relazione alle circostanze concrete»⁴⁹⁰.

Sul punto, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha rilevato che «questo carattere non (assolutamente) vincolante, ma nello stesso tempo non (meramente) orientativo, dei desideri del paziente non costituisce una violazione della sua autonomia, che anzi vi si esprime in tutta la sua pregnanza; e non costituisce neppure (come alcuni temono) una violazione dell’autonomia del medico e del personale sanitario. Si apre qui, infatti, lo spazio per l’esercizio dell’autonoma valutazione del medico, che non deve eseguire meccanicamente i desideri del paziente, ma anzi ha l’obbligo di valutarne l’attualità in relazione alla situazione clinica di questo e agli eventuali sviluppi della tecnologia medica o della ricerca farmacologica che possano essere avvenuti dopo la redazione delle dichiarazioni anticipate o che possa sembrare palese che fossero ignorati dal paziente»⁴⁹¹. In sintesi, una questione di vincolatività non si pone nemmeno laddove risulti la perdurante attualità delle disposizioni anticipate⁴⁹².

⁴⁹⁰ P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, cit., 2.

⁴⁹¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, cit.

⁴⁹² V., ancora, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, cit., secondo cui «queste osservazioni dovrebbero togliere mordente alla questione del carattere più o meno vincolante delle dichiarazioni anticipate. La valenza etica di queste dichiarazioni dipende esclusivamente dal fatto che esse conservino la loro attualità nel processo di autonoma valutazione, operato dal medico, circa la corretta sussistenza nella fattispecie delle precise condizioni indicate dal paziente. Ne consegue che se il medico, in scienza e coscienza, si formasse il solido convincimento che i desideri del malato fossero non solo legittimi, ma ancora attuali, onorarli da parte sua diventerebbe non solo il compimento dell’alleanza che egli ha stipulato col suo paziente, ma un suo preciso dovere deontologico: sarebbe infatti un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare. È altresì ovvio che se il medico, nella sua autonomia, dovesse diversamente convincersi, avrebbe l’obbligo di motivare e giustificare in modo esauriente tale suo diverso convincimento, anche al

In ogni caso, il riconoscimento di un'efficacia diretta alle disposizioni anticipate richiede di risolvere il problema della forma che le stesse devono assumere⁴⁹³. In proposito, si possono citare le differenti soluzioni adottate nel "d.d.l. Calabrò" e nel d.d.l. S.13 - XVII Legislatura.

Nel primo (art. 4), si richiede la redazione in forma scritta con atto (manoscritto o dattiloscritto) avente data certa e firma autografa del soggetto interessato maggiorenne, con contestuale sottoscrizione da parte del medico di medicina generale; specularmente, la revoca, anche parziale, della dichiarazione deve essere sottoscritta dal soggetto interessato.

Nel secondo disegno di legge (art. 23), si ammette che le disposizioni anticipate di trattamento siano espresse: con atto pubblico o scrittura privata autenticata; con scrittura privata consegnata al medico responsabile della cura dal disponente, dal fiduciario o da chi legalmente rappresenta o sostiene il disponente, o dagli stessi depositata presso le strutture legittimate a riceverla; con scrittura olografa; con dichiarazioni orali o manifestazioni di volontà realizzate attraverso altre procedure adeguate ai mezzi espressivi del disponente, purché raccolte dal medico responsabile della cura o documentate attraverso registrazione video da cui risulti la data delle disposizioni⁴⁹⁴. Un profilo rilevante è costituito da quanto previsto all'art. 23, comma 2: «Le disposizioni espresse in forma divers[a] rispetto a quelle previste dal comma 1 del presente articolo, sono rilevanti ai sensi dell'articolo 21, comma 3».

Emerge, quindi, il condivisibile principio per cui ogni disposizione, indipendentemente dalla forma e dal fatto che sia qualificabile come espressione di una volontà o di un orientamento, possa produrre un'efficacia *erga omnes* (e, in particolare, nei confronti del personale sanitario).

Il dibattito sulla forma delle DAT è stato ampiamente affrontato in dottrina. In merito, vi è chi ha affermato la necessità della previsione della forma scritta, da un lato per via della delicatezza del contenuto negoziale⁴⁹⁵ e a garanzia del rispetto della volontà del disponente, dall'altro lato perché la negazione del vincolo formale sarebbe incompatibile col principio dell'art. 587, comma 2, c.c. per il quale il legislatore non ammette il testamento in forma orale (c.d. testamento nuncupativo)⁴⁹⁶.

In una differente prospettiva, si è osservato che la richiesta di una determinata forma per raccogliere la volontà del disponente «non deve mai comprometterne la realizzazione»⁴⁹⁷. Per garantire il rispetto della volontà del soggetto occorre, perciò, valorizzare le sue condotte reali nella varietà delle loro manifestazioni, superando l'inutile esigenza di uno specifico "formato" del testamento biologico. In applicazione di un principio di varietà e "realismo" di forme, in dottrina si è, così, suggerito di ammettere la possibilità di esprimere le

fine di consentire l'intervento del fiduciario o curatore degli interessi del paziente».

⁴⁹³ In proposito, v. quanto già osservato nel par. 1.3.

⁴⁹⁴ Per la revoca è prevista (art. 25) la libertà delle forme.

⁴⁹⁵ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 109 ss.

⁴⁹⁶ A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 457 ss., spec. 489, nt. 80.

⁴⁹⁷ S. ROSSI - M. FOGLIA, *op. cit.*, 676.

disposizioni anticipate sia in forma scritta che in forma verbale⁴⁹⁸.

Il problema della forma è, poi, strettamente connesso con quello della pubblicità delle disposizioni anticipate, anche se può ritenersi che, in questo caso, non si discute di validità delle medesime, quanto, piuttosto, di concreta possibilità di dare attuazione alle stesse.

In proposito, si è già trattato della soluzione accolta nella legislazione francese, che ha stabilito la necessità di un facile accesso per il medico: le DAT devono, quindi, essere conservate nella cartella clinica, oppure presso il disponente o, ancora, presso il fiduciario, un familiare o un parente⁴⁹⁹.

Nell'area di *common law* esistono i registri dei *living wills*⁵⁰⁰ e tale prassi si sta diffondendo anche in Italia (ad esempio, mediante l'adozione di provvedimenti amministrativi da parte dei singoli Comuni⁵⁰¹ o attraverso la creazione di Registri nazionali ad opera di organismi rappresentativi di categorie professionali⁵⁰²) e in altri Paesi di *civil law*⁵⁰³. A questo proposito, merita di essere

⁴⁹⁸ P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, cit., 2.

⁴⁹⁹ V. par. 3.3; il Legislatore tedesco ha, invece, taciuto sul punto (cfr. par. 5.7).

⁵⁰⁰ Cfr., *supra*, par. 1.3.

⁵⁰¹ In mancanza di fonti legislative che prevedano la creazione di registri per le DAT, la loro istituzione è normalmente deliberata dal Consiglio Comunale, che adotta un apposito regolamento. Il disponente provvede, secondo le modalità indicate nei regolamenti, a depositare le proprie DAT presso il Comune.

Sono possibili anche soluzioni alternative, come quella scelta dal Comune di Padova, il quale raccoglie le segnalazioni di cittadini residenti che hanno redatto disposizioni anticipate depositate presso un fiduciario (la deliberazione è consultabile all'indirizzo http://www.padovanet.it/allegati/C_1_Allegati_12808_Allegato.pdf - pagina consultata da ultimo in data 25 giugno 2015). Il dichiarante deve essere maggiorenne e residente nel Comune di Padova. Il modulo di segnalazione deve essere compilato dal dichiarante e sottoscritto presso Segreteria Generale; al modulo viene assegnato un numero progressivo e i dati contenuti nel modulo vengono inseriti nel programma che gestisce le registrazioni e che raccoglie una parte di informazioni anagrafiche del dichiarante e del fiduciario, residenti nel Comune di Padova. Al dichiarante viene rilasciata copia del documento con timbro di avvenuto deposito; in caso di variazione del fiduciario, il dichiarante si impegna a darne segnalazione al Comune.

Per quanto riguarda la città di Lecco, rilevante dal punto di vista simbolico in virtù della vicenda di Eluana Englaro, la proposta di istituzione del registro è stata ripetutamente respinta (da ultimo, in data 21 maggio 2014) da parte del Consiglio Comunale. È notizia recente che uno studio notarile di Lecco ha proceduto, in data 17 giugno 2015, alla predisposizione di un accordo di convivenza tra persone omosessuali, nel quale sono stati previsti: «il potere dell'altro convivente di assumere decisioni mediche, nonché accedere a cartelle cliniche, in caso di malattia e/o incapacità dell'altro convivente», nonché «le decisioni in tema di accanimento terapeutico (c.d. testamento di vita)» (cfr. la pagina all'indirizzo http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/newsStudiLegaliEOrdini/2015-06-23/studio-notarile-viggiani-accordo-convivenza-due-persone-stesso- sesso-162210.php?refresh_ce=1 consultata da ultimo in data 25 giugno 2015). Nonostante la mancanza di legislazione in materia, si può quindi notare come la nomina di un "fiduciario per la salute" (di cui ci si occuperà nel cap. 5) stia iniziando ad avere una certa diffusione.

⁵⁰² In proposito, si può ricordare la delibera Consiglio Nazionale del Notariato, 23 giugno 2006 («Testamento biologico»), reperibile all'indirizzo <http://www.notaio-busani.it/Handlers/Document.ashx?ID=2e021fe3-825f-46b6-951b-ea567434f5a1> (pagina consultata da ultimo in data 25 giugno 2015).

⁵⁰³ In Spagna, il Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, disciplina il *Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal*. All'art. 2 si prevede che: «El Registro nacional de instrucciones previas tiene por objeto la constatación, salvo prueba en contrario, de:

citato il censimento denominato «Mappa delle iniziative sul Registro del Testamento Biologico»⁵⁰⁴, che contiene le indicazioni di tutti i Comuni che hanno istituito registri o intrapreso altre iniziative per la conservazione delle DAT. Recentemente, inoltre, la regione Friuli Venezia Giulia ha adottato la legge 13 marzo 2015, n. 4 per l'istituzione di un registro regionale per le disposizioni anticipate di trattamento⁵⁰⁵. Tuttavia, la legge è stata impugnata dal Consiglio dei ministri, in quanto essa invaderebbe la competenza esclusiva dello Stato sia in materia di ordinamento civile di cui all'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., sia in materia di tutela della salute, i cui principi fondamentali sono riservati alla legislazione statale, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.⁵⁰⁶.

Abbandonando l'approccio teorico e le prospettive *de iure condendo* in favore di un atteggiamento maggiormente pragmatico, non si può fare a meno di rilevare che il problema della vincolatività delle DAT è già stato risolto in senso affermativo dalla Corte di Cassazione e difficilmente potrà essere compiuto un passo indietro così vistoso da smentire le argomentazioni della Suprema Corte⁵⁰⁷. Trattando la vicenda di Eluana Englaro, infatti, la Cassazione si è dovuta occupare dell'interruzione delle cure somministrate ad un paziente incapace che non aveva espresso in modo netto disposizioni anticipate di trattamento.

Tuttavia, laddove un soggetto abbia precedentemente fatto ricorso alle DAT, la Corte sembra dare per presupposto che tali disposizioni debbano essere rispettate. In proposito, illuminante appare un passaggio della più volte citata sentenza Cass. 21748/2007: «Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali,

a) La existencia de instrucciones previas inscritas en los distintos registros autonómicos únicos en los que estarán registradas con sus contenidos.

b) La localización y fecha de inscripción de la declaración que haya realizado la persona otorgante, así como de la eventual modificación, sustitución o revocación de su contenido, cualquiera que sea el registro autonómico en el que hayan sido inscritas.

c) El contenido de las instrucciones previas».

⁵⁰⁴ Visualizzabile all'indirizzo <http://www.associazionelucacoscioni.it/mappa-delle-iniziative-sul-registro-del-testamento-biologico> (pagina consultata da ultimo in data 25 giugno 2015).

⁵⁰⁵ Reperibile all'indirizzo <http://www.sanita24.ilsole24ore.com/pdf/ABpKQliD/b37ed8523dd73fdecadb556109e59dd1.pdf> (pagina consultata da ultimo in data 25 giugno 2015). Anche nella legge friulana è prevista la possibilità di nomina di un fiduciario (art. 3): «Nella dichiarazione anticipata di trattamento sanitario il soggetto interessato può nominare uno o più fiduciari o un amministratore di sostegno ai sensi dell'articolo 408 del codice civile con il compito di controllare il rispetto della volontà dal medesimo espressa nella dichiarazione e di contribuire a realizzarne la volontà».

⁵⁰⁶ Cfr. l'articolo pubblicato alla pagina <http://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/dal-governo/2015-05-19/dat-e-lea-governo-impugna-due-leggi-friuli-vg-e-molise-115053.php?uud=ABpKQID> (pagina consultata da ultimo in data 25 giugno 2015).

⁵⁰⁷ Tale affermazione risulta giustificata soprattutto tenendo conto di quanto rivelato dall'esame comparatistico, ovvero che, nella normalità dei casi, è la legislazione ad essersi adattata ai principi sanciti dalle corti, dopo che queste ultime si sono trovate ad affrontare un *leading case* in materia (v., in particolare, par. 3.4 e par. 5.7).

specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza».

Semmai, un problema può sorgere circa la definizione di disposizioni anticipate di trattamento, posto che la Corte sembra richiedere una specifica indicazione delle terapie cui si intende essere o non essere sottoposti. Si potrebbe quindi ipotizzare che alle “indicazioni” costituenti meri orientamenti (in quanto non dotate di sufficiente specificità) non debba essere riconosciuta un’efficacia vincolante, a differenza delle disposizioni anticipate compiutamente formulate.

Tale conclusione viene, però, smentita dalla stessa soluzione adottata dalla Suprema Corte. Gli interpreti più attenti, infatti, hanno fatto notare come la Cassazione abbia trattato sotto il profilo della ricostruzione di una “volontà presunta” ciò che poteva (e probabilmente doveva) essere affrontato sotto il profilo della ricostruzione dell’“identità” dell’individuo⁵⁰⁸. Se la pronuncia viene riletta alla luce di quest’ultima osservazione, allora, ci si rende conto che la Cassazione, nel caso di specie, ha ritenuto parimenti vincolanti anche manifestazioni del pensiero di Eluana Englaro pienamente riconducibili all’art. 19, comma 3, d.d.l. S. 13 - XVII Legislatura; quindi, una sorta di DAT risultanti da “comportamenti concludenti”, per usare un lessico caro al civilista.

Infatti, procedendo nella lettura della motivazione della sopra citata sentenza, si incontra la seguente affermazione: «All’individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l’inaccettabilità per sé dell’idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l’ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale». I “convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento” costituiscono quelle indicazioni comprese nella nozione più ampia di DAT accolta nell’art. 19, comma 3, d.d.l. S.13 - XVII Legislatura.

In conclusione, tenendo conto di tutti gli aspetti fin qui analizzati, può anche prospettarsi un interrogativo circa l’effettiva assenza di incentivi idonei ad assicurare il rispetto delle DAT. Si tratta di un tema non particolarmente approfondito, che si inserisce nel più ampio dibattito sui profili risarcitori della violazione del consenso informato.

In linea di principio, si può affermare che, se sussiste un diritto *erga omnes*, esiste parallelamente anche l’obbligo di rispettarlo da parte dei consociati; se il

⁵⁰⁸ Cfr. il pensiero (ribadito in occasione anche di recenti convegni, quali: «Dignità della persona, questioni di fine vita, testamento biologico: ordinamento interno e prospettive di diritto internazionale», tenutosi presso l’Università degli Studi di Bergamo in data 8 maggio 2015; «I confini dei territori alla fine della vita», organizzato dalla Fondazione Cortile dei Gentili e svoltosi a Roma presso la Camera dei Deputati in data 23 maggio 2014), che traspare da: P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, loc. cit.; ID., *La dignità dell’uomo e l’esperienza dell’indegno*, loc. cit.; ID., *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, loc. cit.; ID., «Parole tra noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, loc. cit.; ID., *Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore*, loc. cit.; ID., *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, loc. cit.

diritto viene violato, consegue una responsabilità quantomeno di carattere risarcitorio, salvo il caso in cui l'ordinamento preveda ulteriori strumenti di tutela.

Coerentemente, l'inosservanza dell'obbligo di acquisizione del consenso informato è, allo stato attuale, considerata quale fonte di responsabilità⁵⁰⁹. In proposito, occorre ricordare l'apertura compiuta nel 2010 dalla Cassazione⁵¹⁰, la quale ha sottolineato due aspetti essenziali. La prima statuizione della Suprema Corte si riferisce al fatto che «la mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico determina la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, da cui deriva, nella prevalenza dei casi, uno stato di turbamento di intensità correlata alla gravità delle conseguenze verificatesi e non prospettate come possibili, il quale è risarcibile, purché, in caso di reclamato danno non patrimoniale, varchi la soglia della gravità dell'offesa».

In altri termini, il medico risponde sempre della lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, qualora non ne abbia acquisito il consenso informato ed è responsabile a titolo di violazione di tale diritto, nei casi in cui il danno alla salute non sarebbe stato evitabile o, comunque, non si sarebbe verificato⁵¹¹. Il pregiudizio subito ha natura non patrimoniale⁵¹² ed è risarcibile se

⁵⁰⁹ Sul tema, v., in dottrina, per tutti: R. DE MATTEIS, *op. cit.*, 351 ss.

⁵¹⁰ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, I, 2113, nonché in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 781. La problematica era stata già affrontata in altre pronunce giurisprudenziali; si possono citare, in merito: Trib. Milano, 8 giugno 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 402 (che, pur includendo nell'ambito risarcitorio il diritto del paziente all'autodeterminazione, ha dato rilievo, oltre al diritto alla salute, anche alle *chances* connesse alle ipotesi terapeutiche alternative non prospettate al paziente, nonché allo stato di salute del paziente prima dell'intervento e, quindi, alla reale aspettativa di vita dell'interessato, qualora non avesse ritenuto di sottoporvisi); Trib. Rossano, 22 gennaio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 104 (con riferimento alla natura della responsabilità - contrattuale o extracontrattuale - ravvisabile in capo al medico); Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 751; Trib. Milano, 26 settembre 2005, in *Resp. e risarcimento*, 2006, I, 21 (secondo cui il danno da lesione del diritto di autodeterminazione va liquidato, oltre al danno biologico, come unica voce assieme al danno morale soggettivo); Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 863 (con specifico riferimento al danno esistenziale, in presenza di un peggioramento dello stato di salute legato alla concretizzazione dei rischi dell'intervento); Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 894 (nella specie era stato liquidato in tremila euro il pregiudizio non patrimoniale correlato alla privazione della possibilità di una scelta libera e consapevole, anche in assenza di un complessivo peggioramento della salute, a fronte della compromissione di un'attività appagante nel periodo immediatamente successivo all'intervento).

⁵¹¹ Pertanto, «anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio».

⁵¹² Sul pregiudizio morale dopo l'intervento di Cass., Sez. Un, 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975 (per le quali v. i commenti pubblicati in: *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102; *Foro it.*, 2009, I, 120; *Giust. civ.*, 2009, I, 913; *Dir. famiglia*, 2009, 73; *Famiglia e dir.*, 2009, 113; *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97; *Resp. civ. e prev.*, 2009, 38; *Resp. e risarcimento*, 2008, 11, 14), si segnalano: S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cassazione, sez. un.*, 26972, 26973, 26974, 26975/08, in *Danno e resp.*, 2009, 45; M. FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *La resp. civ.*, 2009, 581 ss.; D. CHINDEMI, *Danno morale: alla morte segue la resurrezione (nota a Cass. 12 dicembre 2008, n. 29191)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 814 ss.; M. LIGUORI, *Il danno morale del terzo millennio: storia, evoluzione e prospettive*, in *La resp. civ.*, 2009, 548 ss.; F. BILOTTA, *Il risarcimento del danno psichico non esclude il danno morale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 895 ss.; M. FABIANI, *Danno*

l'offesa arrecata supera una determinata soglia di gravità: «il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico».

Dal punto di vista del danno alla salute, la Corte ha ritenuto che «in caso di mancata acquisizione del consenso da parte del medico, quest'ultimo può essere chiamato a risarcire il danno alla salute verificatosi in capo al paziente, ancorché la prestazione sia stata correttamente eseguita, ma grava sul paziente l'onere di allegazione e prova che l'avrebbe rifiutata se adeguatamente informato»⁵¹³. La massima in questione meglio si comprende considerando quanto affermato dalla Corte in motivazione: «la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato»⁵¹⁴.

Nel solco di quanto stabilito nel 2010, la giurisprudenza più recente che ha avuto modo di esprimersi sulla questione tende, quindi, a distinguere nettamente il

morale: se, dove, come e quando dopo le sezioni unite, in *Civilista*, 2009, 5, 42 ss.

⁵¹³ In merito alla verifica del nesso causale fra l'omissione informativa e l'intervento, al fine di accordare il risarcimento del danno alla salute, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit. si discosta dalla precedente Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, perché, reintroducendo un profilo di natura aquiliana, riporta sul paziente l'onere della prova in merito alla circostanza che egli avrebbe rifiutato la prestazione laddove adeguatamente informato (già Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Foro it.*, 2010, I, 994, aveva disatteso l'indicazione delle Sezioni Unite in punto di onere della prova sul nesso di causalità, salvo presumere l'esistenza in caso di insuccesso di intervento di routine o con alte probabilità di successo, per essere connotata la valutazione del nesso causale in ambito civile dalla regola del «più probabile che non»; anche per Cass., 26 giugno 2007, n. 14759, in *Foro it.*, 2008, I, 2961, il nesso di causalità sussiste quando, in presenza di indici presuntivi, il danno sia conseguenza altamente probabile e verosimile, a tanto potendo pervenirsi sulla base dell'insuccesso o del parziale successo dell'intervento, ritenuto di *routine*, di riduzione chirurgica della frattura del femore; Cass., 29 settembre 2009, n. 20805, cit., riprende, invece, l'orientamento in base al quale l'insuccesso di un'operazione di routine fonda una presunzione di colpa a carico del medico, chiamandolo a fornire la prova della non imputabilità dell'inadempimento per l'insorgenza di un evento imprevedibile).

Sulla natura della valutazione causale in tema di illecito omissivo, v., in dottrina: R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 222 ss.; ID., *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 43 ss.; M. BARNI, *Nesso causale nella responsabilità contrattuale del medico: non se ne può prescindere, ma, ...*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1169 ss.; M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due «dimensioni di analisi»*, in *Corriere giur.*, 2008, 42 ss.; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005, 153 ss.

⁵¹⁴ Per un'analisi della sentenza citata, cfr. il puntuale commento di M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 278 ss. (il quale, pur sostanzialmente condividendo le osservazioni della Cassazione, rileva che, per qualche aspetto, la sentenza è contraddittoria: in particolare, nel punto in cui asserisce che l'intervento eseguito correttamente, cui non si associa un evento indesiderato, non è pregiudizievole per il paziente, sotto il profilo della salute; in verità, l'intervento attuato senza il consenso non risponde al bisogno di cure del paziente e, sotto tale profilo, si pone come fonte di danno).

risarcimento per mancata acquisizione del consenso informato e quello eventualmente derivante dall'esito negativo dell'intervento terapeutico effettuato⁵¹⁵.

Affrontando la questione con specifico riferimento al mancato rispetto delle disposizioni anticipate di trattamento, si può affermare che, laddove si riconosca efficacia vincolante alle stesse, l'inosservanza delle indicazioni formulate dal paziente comporterebbe responsabilità per il personale medico curante. Così ragionando, si dovrebbe quindi affermare la risarcibilità dell'autonomo danno non patrimoniale conseguente alla lesione del diritto di autodeterminazione esercitato tramite le DAT. Legittimato alla domanda di risarcimento sarebbe certamente il paziente, nell'eventualità che egli riacquistasse il proprio stato di capacità; nel perdurare della situazione di incapacità, la legittimazione spetterebbe al rappresentante legale nominato (tutore o amministratore di sostegno). Qualora, poi, subentrasse la morte del paziente (anche indipendentemente da un nesso causale con l'intervento medico), il diritto al risarcimento dovrebbe trasmettersi agli eredi, i quali, sotto questo profilo, agirebbero non *iure proprio*, ma *iure hereditario*.

⁵¹⁵ V., da ultima, Cass., 13 febbraio 2015, n. 2854, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Professioni intellettuali*, n. 7, secondo cui «in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, di talché l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione, anche in ragione della diversità dei diritti - rispettivamente, all'autodeterminazione delle scelte terapeutiche ed all'integrità psicofisica - pregiudicati nelle due differenti ipotesi (in forza di tale principio, la Suprema Corte ha cassato la decisione con cui il giudice di merito aveva ritenuto assorbito, nel risarcimento del danno da mancata acquisizione del consenso informato, anche il pregiudizio cagionato da un medico ortopedico per avere imprudentemente sottoposto ad intervento di artroscopia un paziente affetto da gotta, esponendolo al rischio - poi effettivamente concretizzatosi - di riacutizzazione flogistica)». Nella giurisprudenza di merito, v., tra le altre, le considerazioni di Trib. Sanremo, 26 aprile 2012, in *Riv. pen.*, 2012, 1011.

CAPITOLO 5

IL PROBLEMA DELLA SOSTITUZIONE NELLA PROTEZIONE DEL PAZIENTE INCAPACE

SOMMARIO: 5.1. La sostituzione rappresentativa. La distinzione tra rappresentante e *nuncius*. - 5.2. La sostituzione negli atti personalissimi. Il matrimonio per procura. - 5.3. (*Segue*) La sostituzione negli atti personalissimi. Il testamento. - 5.4. La sostituzione rappresentativa dell'incapace. - 5.5. La rappresentanza legale del tutore e il rifiuto delle cure. Il caso Englaro. - 5.6. La rappresentanza legale dell'amministratore di sostegno. Le problematiche italiane attinenti all'AdS. - 5.7. L'amministrazione di sostegno: l'esperienza tedesca. - 5.8. La tendenza verso la privatizzazione dei sistemi di protezione dell'incapace: *lasting power of attorney*, *mandat en prévision de l'incapacité* e *mandat de protection future*. - 5.9. L'attuazione delle DAT e l'autonomia privata: il ruolo della rappresentanza volontaria. - 5.10. La designazione del fiduciario. Il "mandato" e la procura sanitaria per l'attuazione delle DAT. - 5.11. Conclusioni.

5.1. La sostituzione rappresentativa. La distinzione tra rappresentante e nuncius.

In questo ultimo capitolo ci si occuperà del problema relativo all'ammissibilità di una sostituzione rappresentativa⁵¹⁶ per la prestazione del consenso informato. In particolare, si verificherà la compatibilità dell'istituto della

⁵¹⁶ In tema di rappresentanza la letteratura è, naturalmente, assai ampia; sulla rappresentanza in generale si vedano, almeno: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 53 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza in generale*, in *Il contratto in generale*, 6, in *Tratt. Bessone*, XIII, Torino, 2000, 3 ss.; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1989, 551 ss.; U. CARNEVALI, *La rappresentanza*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2010, 667 ss.; A. CHIANALE, *La rappresentanza*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. Gabrielli*, Torino, 1999; P. D'AMICO, voce *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 1 ss.; S. DELLE MONACHE, *Il problema della spendita del nome altrui nella rappresentanza*, in *Studium Iuris*, 2002, 726; ID., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001; V. DE LORENZI, *La rappresentanza*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012; G. DI ROSA, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica*, Milano, 1997; ID., *Il mandato*, I, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012, 71 ss.; C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957; U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977; ID., voce *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 463 ss.; A. NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910; P. PAPANTI PELLETTIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984; S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; ID., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica. Saggi*, Milano, 1951; ID., *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Dir. e giur.*, 1947, 1, 6; ID., *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 3, 813 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 2011, 243 ss.; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1982; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in N. LIPARI - P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 196; G. STELLA, *La rappresentanza*, in C. GRANELLI (a cura di), *Formazione*, in *Tratt. Roppo*, I, Milano, 2006, 721 ss.; M. TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, Milano, 2007; C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, 513 ss.; E. ZANELLI, *Rappresentanza e gestione*, in *Studi urbinati*, XXXIV, 1965-1966, 1 ss.

rappresentanza rispetto al compimento di atti cc.dd. personalissimi⁵¹⁷. Laddove si propenda per la soluzione affermativa, si aprirebbero nuovi scenari anche per l'attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento, la cui esecuzione potrebbe essere affidata ad un rappresentante del paziente⁵¹⁸.

Soffermandosi sull'orientamento giurisprudenziale che ha, di fatto, consentito il ricorso allo strumento rappresentativo nell'ambito degli istituti di protezione dell'incapace, si dovranno necessariamente valutare le conseguenze derivanti dalla soluzione della vicenda giudiziale Englaro⁵¹⁹. In questo contesto, si considereranno i profili più rilevanti dell'amministrazione di sostegno⁵²⁰, figura che è stata utilizzata per colmare, sotto il controllo giudiziale, il vuoto legislativo in materia di DAT. Sul punto, verrà richiamata l'esperienza tedesca, che è stata caratterizzata dall'introduzione di una disciplina delle *Patientenverfügungen* proprio nell'ambito di una riforma dell'amministrazione di sostegno⁵²¹.

Anticipando quanto si dirà *infra*, pare possibile ritenere che l'ammissibilità della sostituzione ad opera di un rappresentante legale sia il punto di partenza per lo sviluppo di strumenti che costituiscono espressione dell'autonomia negoziale e che si fondano sulla rappresentanza - non legale, bensì - volontaria⁵²². Appare

⁵¹⁷ V. par. 5.2 e par. 5.3.

⁵¹⁸ Sulla sostituzione del paziente incapace, v. par. 5.4.

⁵¹⁹ Cfr. par. 5.5.

⁵²⁰ Cfr. par. 5.6.

⁵²¹ Cfr. par. 5.7.

⁵²² Secondo parte della dottrina, mentre la rappresentanza volontaria costituisce uno strumento di ampliamento della sfera di attività giuridica dell'individuo e soddisfa l'esigenza che un soggetto si faccia sostituire da altri, la rappresentanza legale trova fondamento nella tutela dell'incapace (per cui la legge prevede un ufficio di diritto privato) e si caratterizza come necessaria, essendo l'unico strumento che evita la paralisi dell'attività giuridica di tale soggetto (C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 80; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *op. loc. ult. cit.*; R. SACCO - G. DE NOVA, *op. cit.*, 406). Quindi, in questa prospettiva, la rappresentanza legale costituisce una forma di rappresentanza impropria, dipendendo il potere del rappresentante non già da un potere di agire derivato dal rappresentato, bensì da un potere proprio dell'agente, che trova la sua fonte nella legge e in virtù del quale agisce indipendentemente dalla volontà del rappresentato. In tali ipotesi, la legge protegge un interesse superiore, che solo può giustificare l'invasione dell'altrui sfera giuridica. L'ordinamento tutela, infatti, talvolta, l'interesse dell'incapace, che non può agire da sé; altre volte, tutela un interesse sovraordinato, subordinando l'interesse individuale della persona capace (rappresentanza sindacale); altre volte protegge l'interesse di terzi, ove dall'attività del gerito potrebbero derivare a costoro dei pregiudizi (curatore nel fallimento); altre volte, ancora, viene tutelato l'interesse stesso del rappresentante, e, in tale ipotesi, il medesimo potere di agire si tramuta in un vero e proprio diritto soggettivo (azione surrogatoria). Per queste osservazioni, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 276.

Altra dottrina considera la rappresentanza legale e la rappresentanza volontaria, nonostante le evidenti differenze che le caratterizzano, alla stregua di un istituto unitario, in cui l'elemento qualificante è costituito dallo svolgimento di un'attività giuridica in nome e nell'interesse altrui (così, ad esempio: G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1993, 175; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, XXI, 1, Milano, 1987, 164; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 653 s.).

Indipendentemente dalla teoria cui si aderisca, è comunque innegabile che le due fattispecie sono accomunate dalla produzione degli effetti giuridici in capo ad un soggetto diverso da colui che rende la dichiarazione e, ai fini della trattazione del tema delle disposizioni anticipate di trattamento, alcune conclusioni che la giurisprudenza ha formulato in tema di rappresentanza

significativo, in proposito, che, in alcuni ordinamenti, si è assistito ad una tendenza verso la “privatizzazione” dei sistemi di tutela dell’incapace (attraverso l’introduzione di discipline legislative *ad hoc* quali quelle del *lasting power of attorney*, del *mandat en prévision de l’incapacité* e del *mandat de protection future*)⁵²³. In mancanza di una specifica disciplina, l’interprete deve però domandarsi se la nomina di un fiduciario sia soluzione praticabile anche per quanto riguarda l’ordinamento italiano⁵²⁴ e, in caso affermativo, se sia configurabile un istituto, analogo al mandato, con cui il fiduciario possa esprimere il consenso o il rifiuto alle cure in nome e per conto del paziente, una volta che quest’ultimo sia divenuto incapace.

Preliminarmente, tuttavia, è necessario un inquadramento del tema della rappresentanza, ricordando, dapprima, le differenze tra rappresentante e *nuncius* e, successivamente, analizzando l’atteggiarsi dell’istituto rappresentativo nelle ipotesi di due negozi personalissimi che sono tradizionalmente oggetto di studi da parte della dottrina civilistica, quali il matrimonio e il testamento.

Nella normalità dei casi, colui che rende una dichiarazione alla quale sono attribuiti effetti giuridici è il medesimo soggetto titolare dell’interesse regolato e nella cui sfera giuridica vengono ad incidere gli effetti che l’ordinamento ricollega alla dichiarazione. Tuttavia, come è noto, non è infrequente il fenomeno della cooperazione giuridica mediante l’impiego di un sostituto al fine di realizzare un’attività negoziale. In tali ipotesi, si verifica una non coincidenza tra l’autore della dichiarazione di volontà (rappresentante) e il soggetto interessato, portatore degli interessi verso cui sono rivolti gli effetti giuridici (rappresentato).

È ben conosciuta, a questo proposito, la distinzione tra rappresentanza diretta, in cui il rappresentante è investito del potere di spendere il nome del rappresentato, e quella indiretta, nella quale il rapporto rappresentativo ha rilevanza solamente interna, in quanto il rappresentante agisce in nome proprio, seppure per conto del rappresentato⁵²⁵.

legale sembrano potersi estendere anche alla rappresentanza volontaria (ovviamente laddove si consideri ammissibile una forma di rappresentanza volontaria).

⁵²³ Cfr. par. 5.8.

⁵²⁴ V. parr. 5.9 ss.

⁵²⁵ Celeberrimo è il contributo di F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, 90 ss. alla teoria della rappresentanza. Il fondatore della scuola storica è da considerarsi un precursore, in quanto per la prima volta attribuisce alla rappresentanza una considerazione autonoma, soprattutto dal punto di vista sistematico, inserendola nell’ambito delle dottrine generali. Viene così abbandonata, secondo una tendenza che diventerà via via più diffusa, la configurazione della rappresentanza caratteristica dell’epoca romana, nella quale essa era strettamente connessa con il mandato, nonché con le ipotesi di rappresentanza processuale e con l’esercizio delle *actiones adiecticiae qualitatis*. Per approfondimenti, si rimanda a M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell’età preclassica e classica*, in *Iura*, 2005, 65 ss.

In merito all’influsso delle fonti romane e della tradizione romanistica sulla rappresentanza, si vedano i contributi di: V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949; E. BETTI, *Diritto romano: parte generale*, Padova, 1955, 405; V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, Roma, 1950, 101 ss.; P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino, 1898, 3 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, 287 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1979, 373 ss.; S. SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, 277 s.; ID., *La definizione del procuratore*, in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, 557; ID., *Procuratori senza mandato*, in ID., *Scritti di*

Non è questa la sede per indagare se le due tipologie appena menzionate possano essere racchiuse all'interno della categoria unitaria della rappresentanza⁵²⁶, oppure se sia meglio considerare come vera e propria rappresentanza solo quella diretta⁵²⁷ (e, tra l'altro, difficilmente si potrebbe giungere a una conclusione appagante, dal momento che la migliore dottrina si è tradizionalmente divisa sul tema). Il profilo che interessa prendere qui in considerazione è, invece, la differenza sussistente tra le situazioni sopra enunciate e il diverso caso in cui un soggetto (*nuncius*) dichiara la volontà altrui, senza che intervenga in nessun modo una sua volizione⁵²⁸.

Il *nuncius*, ovvero colui che materialmente trasmette la volontà di altri, era figura ben nota nel diritto romano e aveva storicamente la funzione di mettere in relazione persone molto distanti tra loro, impossibilitate ad esprimersi direttamente, nei casi in cui il contratto non avesse solennità di forme o non richiedesse la contestuale fisica presenza delle parti. Attualmente, ci si riferisce al fenomeno dell'ambasceria relativamente alle ipotesi, sopra citate, nelle quali il soggetto formalmente agente non manifesta all'esterno una volontà propria, ancorché nell'interesse altrui, ma riferisce direttamente la volontà dell'interessato⁵²⁹.

diritto romano, II, cit., 569 ss.; ID., *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, in ID., *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 601 ss.

⁵²⁶ Per questa tesi, v., in particolare, S. PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta*, loc. cit., ID., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, 1953, III, 75 ss. e ID., *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, loc. cit., giacché anche nella rappresentanza indiretta verrebbe in rilievo l'aspetto sostanziale del meccanismo rappresentativo (l'agire per conto altrui) piuttosto che quello formale (l'agire in nome altrui) e, quindi, vi sarebbe comunque «una specie di *contemplatio domini*, attenuata solo per il fatto che non può farsi pienamente valere nei confronti del terzo contraente», cioè «una *contemplatio domini* che se pur non si risolve in una relazione tra soggetti, implica tuttavia una relazione tra sfere giuridiche» (ID., *Sulla rappresentanza indiretta*, loc. cit.). Per l'interpretazione in esame, v. anche S. FERRARI, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962, 118 ss.; P. PAPANTI PELLETIER, *op. loc. cit.*

⁵²⁷ In tal senso si è espressa la maggioranza degli Autori; per tutti, si vedano E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1943, 556 e F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 268 ss.

⁵²⁸ Al di là delle tradizionali definizioni utili a distinguere la rappresentanza dall'ambasceria, non numerosi sono gli approfondimenti dottrinali in materia di *nuncius*. Sul tema, si possono segnalare, oltre alle opere già indicate in materia di rappresentanza: F. CARNELUTTI, *L'intervento del "nuncius" e il contratto scritto*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, 349 ss.; G. CIAN, *L'intervento di un nuncius nella formazione delle fattispecie negoziali*, in *Studium Iuris*, 1996, 13 ss.; C. COSSU, voce *Nuncius*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 331 ss.; W. D'AVANZO, voce *Nuncius (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 515 ss.; D. VITTORIA, *Il "falsus nuncius"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 530 ss.; M. ORLANDI, *Falsus nuntius e falsus procurator*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 347 ss.; G. MUCCILLI, *Nuncius e mandato senza rappresentanza: quale differenza?*, in *Giur. it.*, 2014, 6, 1333 ss. Per quanto riguarda le rare pronunce giurisprudenziali, v. *infra*, nel testo.

⁵²⁹ Già G. BO, *Il matrimonio per procura*, Padova, 1934, 50 così riassume la distinzione rispetto alla rappresentanza: «la dottrina prevalente opina che la *differentia specifica* tra rappresentante nella volontà e nuncio risieda in questo: che la volontà del primo è necessaria, in più o meno larga misura, per dar vita al negozio rappresentativo, là dove l'intervento del secondo ha il solo ufficio di trasmettere una dichiarazione di volontà completamente formata». L'azione del *nuncius* consiste, quindi, in un intervento strumentale diretto alla trasmissione dell'altrui volontà (L. BIGLIAZZI GERI

Cercando di delineare i tratti caratteristici del *nuncius*, è stato osservato che l'attività di quest'ultimo si svolge solo dopo la formazione della volontà da parte del *dominus* e, quindi, il suo intervento si ha solo quando la volontà, già compiutamente formata, deve raggiungere un destinatario⁵³⁰. Inoltre, l'attività demandata al *nuncius* si esaurisce nel momento stesso in cui il destinatario riceve la dichiarazione⁵³¹.

Un aspetto che la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare è il seguente. L'art. 1391 c.c. prevede che il *dominus* possa predeterminare elementi della dichiarazione emessa dal rappresentante e si ammette che tale predeterminazione possa essere anche totale, senza che per questo venga meno la sussistenza di un agire rappresentativo⁵³².

Per distinguere il *nuncius* dal rappresentante, occorre, quindi, introdurre una specificazione ulteriore: si deve, cioè, considerare rappresentante colui che formula ed emette⁵³³ una dichiarazione negoziale in luogo del rappresentato (rappresentante attivo), ovvero la riceve in luogo di costui (rappresentante passivo). Nel primo caso, la dichiarazione viene ad esistenza solo in virtù dell'atto di emissione da parte del rappresentante, anche se questi è obbligato ad emetterla

- U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *op. cit.*, 552). Secondo taluno, essendo la dichiarazione del *nuncius* un atto comunicativo avente ad oggetto una volontà altrui (F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 349), risulterebbe inapplicabile la disciplina del falso rappresentante nelle ipotesi in cui la dichiarazione provenga da un falso *nuncius*, nei confronti del quale è soltanto ipotizzabile una responsabilità per falsa comunicazione, qualificabile come responsabilità aquiliana (D. VITTORIA, *op. cit.*, 530).

⁵³⁰ Il rappresentante emette una dichiarazione negoziale; il nunzio invece trasmette, portandola al suo momento di efficacia, una dichiarazione già esistente e già emessa prima del suo intervento (F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu - Messineo*, Milano, 1968, 277 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III. *Il contratto*, Milano, 1984, 76 ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992, 755; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1989, 591).

⁵³¹ C. COSSU, *op. loc. cit.*

⁵³² Per questa considerazione e per i rilievi di cui *infra* nel testo, si veda G. CIAN, *op. ult. cit.*, 14 ss., che richiama: C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*; L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961, 84 s.; (per la dottrina tedesca) W. FLUME, *op. cit.*, 759 ss.; non sembrano accettare questa impostazione, invece: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, XVI, Milano, 1988, 353 s.; C. COSSU, *op. loc. cit.*, il quale ritiene che «quando gli elementi del contratto (*rectius*, della dichiarazione) siano stati in tutto predeterminati dal rappresentato, quando il rappresentante si limita a dichiarare una volontà formata totalmente da altri, si è già fuori dal campo della rappresentanza e si entra nell'ipotesi della *nunciatio*. In questa prospettiva il confine tra le due figure è meno netto: si ha nuncio quando l'incarico, perché in questi termini è stato esplicitamente affidato ovvero perché il contenuto è stato predeterminato senza margine di autonomia, consiste nel ripetere una volontà da altri formata. Con la conseguenza che in nessun caso il *nuncius*, per la natura della funzione assegnatagli, può concorrere nella determinazione del contenuto della dichiarazione da lui resa. La dichiarazione rimane sempre soltanto del titolare dell'interesse, senza necessità di alcun sindacato sull'esistenza di una predeterminazione del suo contenuto, per verificare nei confronti di chi (autore materiale della dichiarazione ovvero il *dominus*) debba essere valutata l'esistenza dei vizi del consenso ovvero degli stati soggettivi rilevanti. Quando questo non accada, al contrario, si ricade in tema di rappresentanza».

⁵³³ La formulazione e l'emissione della dichiarazione da parte del rappresentante costituiscono i principali indici della sussistenza di un rapporto di rappresentanza, anziché di ambasceria (v., *amplius*, *infra* nel testo).

con un certo contenuto, prefissato appunto dal rappresentato: dipende, cioè, solo dalla decisione del rappresentante che la dichiarazione in questione venga posta in essere, per quanto tale decisione possa risultare vincolata sotto il profilo contenutistico. Nel caso di rappresentanza passiva, la dichiarazione si avrà per efficace nei confronti del *dominus* se nei riguardi del rappresentante si produrrà la fattispecie prevista dagli artt. 1334 e 1335 c.c.

L'intervento di un *nuncius* nella formazione di un negozio ha, invece, caratteri ed effetti diversi. A differenza della dichiarazione posta in essere da un rappresentante, quella realizzata attraverso l'operato del *nuncius* è, in primo luogo, una dichiarazione negoziale che necessariamente sorge fra persone non in presenza l'una dell'altra: solo in caso di non diretta comunicazione fra dichiarante e destinatario ha, infatti, senso il ricorso ad una persona che riproduca il contenuto della dichiarazione emessa dal primo e che lo porti a conoscenza del secondo. L'agire del *nuncius* si configura dunque necessariamente con riferimento a dichiarazioni recettizie fra persone lontane e non in comunicazione diretta fra loro.

Quando, dunque, un rappresentante formula (anche eventualmente secondo un contenuto prefissatogli) ed emette una dichiarazione, è lui a decidere sull'atto negoziale: dipende, cioè, dal suo volere quanto meno il fatto che tale dichiarazione venga in essere, e si comprende, quindi, che la legge richieda per lui al momento dell'emissione la capacità di intendere e di volere (artt. 1390 e 1391 c.c.). Il *nuncius*, invece, non decide mai circa il sorgere di una dichiarazione, ma opera in modo riproduttivo, cioè materiale, su una dichiarazione già emessa e indirizzata.

In questo senso, un orientamento dottrinale ritiene che nel *nuncius* vi sia un'assoluta assenza di discrezionalità⁵³⁴; secondo un autorevole parere, quindi, nelle ipotesi in cui il soggetto mantenga un'iniziativa (sia pure soltanto circa l'emissione della dichiarazione), si dovrebbe parlare di rappresentanza, mentre la figura del *nuncius* ricorrerebbe solo laddove non venisse richiesta neppure una volontà consapevole del fatto da compiere⁵³⁵.

La dichiarazione resa dal rappresentante rimarrebbe, in ogni caso, dichiarazione propria del rappresentato: tale circostanza spiegherebbe perché, ai fini della validità del contratto concluso tramite rappresentante, sia richiesta la capacità legale (non anche del rappresentante, ma soltanto) del rappresentato. Il rappresentante, ai sensi dell'art. 1389 c.c., deve solamente essere capace di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto.

Per quanto attiene alla capacità del *nuncius*, l'insegnamento tradizionale non richiede neppure la capacità d'intendere e di volere, perché sarebbe sufficiente la capacità di riprodurre la dichiarazione, essendo il *nuncius* un semplice mezzo di trasmissione della dichiarazione, ovvero un veicolo della

⁵³⁴ P. D'AMICO, *op. loc. cit.*: secondo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 545, l'indizio che consente di qualificare un soggetto come *nuncius* consiste nella semplicità dell'incarico affidatogli e nel fatto che questi non ha uno *spatium deliberandi* né in ordine all'opportunità di compiere l'atto né in ordine alla forma.

⁵³⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 275.

dichiarazione altrui, equivalente agli altri strumenti materiali⁵³⁶ attraverso i quali solitamente si fa conoscere ai terzi la propria volontà⁵³⁷.

Parte della dottrina ha criticato l'impostazione che equipara il *nuncius* a un mero mezzo materiale utilizzato per la trasmissione di una dichiarazione, alla pari del telefono o dello scritto: a queste ultime modalità si accosterebbe maggiormente la figura del "messo", cioè colui che, per l'oggetto dell'incarico affidatogli dal titolare dell'interesse (come, ad esempio, il consegnare a terzi uno scritto), non potrebbe nemmeno compiere opera di rielaborazione. In questa prospettiva, allora, il *nuncius* rimarrebbe libero rispetto al titolare della dichiarazione, nel senso che, nel riferire una dichiarazione altrui, egli conserverebbe un certo margine di autonomia: il *nuncius* sarebbe sì incaricato di ripetere l'altrui dichiarazione, a differenza del rappresentante, il quale elabora una sua dichiarazione, ma in tale ripetizione conserverebbe una minima autonomia⁵³⁸.

Chi si avvale del *nuncius* si assume anche il rischio che costui renda una dichiarazione con un contenuto divergente da quello inizialmente comunicato. In tali casi, troverà applicazione la disciplina dell'errore ostantivo (art. 1433 c.c.): pertanto, se la divergenza non comporta errore essenziale e riconoscibile dalla controparte, il negozio non potrà essere annullato e la parte interessata rimarrà vincolata; la dichiarazione ricevuta dal destinatario è, infatti, imputabile al *dominus* dichiarante⁵³⁹. In nessun modo può, pertanto, conferirsi autonoma rilevanza all'attività propria del *nuncius*⁵⁴⁰.

Con riferimento al luogo ed al tempo di conclusione del negozio, si osserva che la dichiarazione di volontà trasmessa dal *nuncius*, indipendentemente dal mezzo utilizzato⁵⁴¹, deve considerarsi emessa dal *dominus* nel momento e nel

⁵³⁶ Tuttavia, si vedano *infra* nel testo le osservazioni di parte della dottrina in merito all'inopportunità di equiparare il *nuncius* ad un mezzo materiale.

⁵³⁷ P. D'AMICO, *op. cit.*, 5; G. CIAN, *op. ult. cit.*, 16, secondo il quale per il *nuncius* «appare corretto dunque accontentarsi [...] della semplice capacità materiale di effettuare tale riproduzione, senza richiedere quella maturità psichica e quella assenza di turbe mentali che consentono di parlare, per un soggetto, di una sua capacità di intendere e di volere»; *contra*: W. D'AVANZO, *op. cit.*, 517.

⁵³⁸ C. COSSU, *op. loc. cit.*, il quale rileva quindi «la sostanziale irrazionalità della prospettata equivalenza tra *nuncius* e mezzo meccanico: mentre la volontà espressa con il mezzo meccanico è comunque, per forza di cose, destinata ad essere conosciuta così come è stata manifestata, nel *nuncius* la stessa decisione, anche nel quando, circa la manifestazione, è fatto che dipende dalla volontà di chi ha ricevuto l'incarico».

⁵³⁹ Cfr. G. CIAN, *op. ult. cit.*, 17.

⁵⁴⁰ Così C. COSSU, *op. loc. cit.*; nello stesso senso, v.: L. MOSCO, *op. cit.*, 94; W. FLUME, *op. cit.*, 457; K. LARENZ, *op. cit.*, 377; G. CIAN, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva che, anche in caso di «enorme o addirittura completa difformità della dichiarazione trasmessa al destinatario rispetto al contenuto di quella emessa dal *dominus*, sempre naturalmente che la difformità non sia intenzionale», non si possa giungere a diversa conclusione: quindi, «al dichiarante si può considerare imputabile il contenuto della dichiarazione quale risulta al destinatario a seguito dell'errore grave del nunzio, non diversamente da come ci si regolerebbe nel caso che tale evento dichiarativo fosse stato prodotto direttamente, per sua svista, dal dichiarante stesso». In senso contrario, v., tuttavia, recentemente, G. MUCCILLI, *op. loc. cit.*, per il quale l'estrema sanzione della nullità del negozio concluso a mezzo del *nuncius* potrebbe ravvisarsi nel caso in cui la dichiarazione divergente resa dal *nuncius* non corrispondesse a quella dell'incaricante, che non l'avrebbe mai formulata in quei termini: tale dichiarazione, infatti, dovrebbe ritenersi inesistente.

⁵⁴¹ Trib. Monza, 1° luglio 2002, in *Giur. merito*, 2002, 6.

luogo in cui la dichiarazione è stata effettivamente pronunciata da quest'ultimo, a differenza che nella rappresentanza, in cui la dichiarazione emessa dal rappresentante si considera proveniente dal *dominus* nel momento e nel luogo in cui il rappresentante stesso la emette⁵⁴².

In una recente pronuncia, la Suprema Corte ha avuto modo di evidenziare le differenze tra rappresentante indiretto e *nuncius*⁵⁴³. Secondo la Cassazione, «la figura del *nuncius* prescinde dall'esistenza di un qualsiasi potere di rappresentanza, limitandosi egli a trasmettere una dichiarazione altrui, già completa nei suoi elementi, cosicché è necessario solo che egli sia in grado di riferire quella dichiarazione e non anche che egli rappresenti alcuna delle parti interessate»⁵⁴⁴. Inoltre, «nei contratti non formali il *nuncius* non assume la qualifica di parte contrattuale, né in senso formale né in senso sostanziale, quando faccia presente al proponente che l'accettazione della proposta proviene da altro soggetto, così trasmettendone la dichiarazione, anche se non indichi le generalità del contraente effettivo, purché fornisca alla controparte elementi idonei alla sua identificazione»⁵⁴⁵.

Quest'ultima affermazione consente di individuare, pertanto, la differenza tra il rappresentante indiretto e il *nuncius* nel fatto che, mentre il primo riveste la qualità di parte, sia in senso formale che in senso sostanziale, il secondo non entra neppure a far parte del negozio, limitandosi unicamente a trasmettere una dichiarazione altrui già perfetta in tutti i suoi elementi. Da un punto di vista pratico, il *nuncius* deve far presente che la dichiarazione resa non è espressione della sua volontà, bensì della volontà di un'altra persona. In questo modo, il terzo, a cui viene riferita la volontà, è consapevole che la dichiarazione che gli viene resa proviene ed è stata compiutamente formata da un diverso soggetto⁵⁴⁶. Ciò presuppone che il dichiarante effettivo, cioè l'autore formale, nel momento in cui il *nuncius* rende la dichiarazione, sia identificato o quanto meno identificabile. Per pervenire a tale identificazione è necessario che il *nuncius* indichi alla controparte contrattuale, cui comunica la dichiarazione del contraente effettivo, elementi

⁵⁴² G. MUCCILLI, *op. loc. cit.*

⁵⁴³ Cass., 14 febbraio 2014, n. 3433, in *Giur. it.*, 2014, 1333. Nel caso trattato dalla Cassazione, un soggetto riceveva un preventivo di spesa per l'acquisto di un computer, lo trasmetteva per approvazione all'acquirente e, poi, comunicava alla società venditrice l'accettazione da parte di quest'ultimo; a fronte del successivo mancato pagamento del prezzo, la venditrice imputava l'inadempimento al soggetto che aveva trasmesso l'accettazione, in quanto, a detta della società, al momento dell'accettazione del preventivo egli non avrebbe comunicato le generalità dell'acquirente, agendo, quindi, in qualità di rappresentante indiretto ed assumendo il ruolo di contraente in proprio. La Corte ha applicato la disciplina del *nuncius* in luogo di quella del mandato senza rappresentanza, considerando che a) il soggetto che aveva trasmesso l'accettazione aveva espressamente manifestato la volontà contrattuale riferendola ad altro soggetto (il vicino di casa, parte acquirente), b) il primo non aveva partecipato alla formazione del contenuto del contratto, c) il preventivo era stato sottoscritto per accettazione dall'acquirente effettivo, d) la venditrice era effettivamente a conoscenza che il bene doveva essere consegnato a quest'ultimo.

⁵⁴⁴ Negli stessi termini si era già espressa Cass., 30 ottobre 1997, n. 10720, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 460.

⁵⁴⁵ Tuttavia, la Suprema Corte, riconoscendo la non indispensabilità della trasmissione dei dati anagrafici del contraente effettivo da parte del *nuncius*, omette di indicare, anche solo in via esemplificativa, cosa si intenda per «elementi idonei alla identificazione».

⁵⁴⁶ C. COSSU, *op. loc. cit.*

idonei alla individuazione dello stesso, anche ai fini dell'esecuzione del contratto⁵⁴⁷.

Delineati da un punto di vista teorico i caratteri dell'istituto dell'ambasceria, occorre pure sottolineare che una disciplina organica non è rinvenibile in alcuna codificazione moderna. I riferimenti legislativi alla figura del *nuncius* (comunque mai indicato con tale nome) sono sporadici; in proposito, si possono citare⁵⁴⁸: la persona e l'ufficio incaricati di trasmettere una dichiarazione, menzionati nella seconda parte dell'art. 1433 c.c.; il procuratore *ad nuptias* previsto dall'art. 111 c.c. (secondo la ricostruzione prevalente)⁵⁴⁹; probabilmente, il mediatore che non riveli ad una parte il nome dell'altro contraente (art. 1762 c.c.)⁵⁵⁰; l'agente sprovvisto di potere di rappresentanza (artt. 1742 ss. e 1752 c.c.); l'interprete, che si limita a tradurre alla controparte la dichiarazione di volontà interamente formata dalla parte assistita.

Una rivalutazione del ruolo del *nuncius* potrebbe forse proprio aversi in tema di disposizioni anticipate di trattamento. Infatti, l'esame qui condotto intorno alle figure del rappresentante e del *nuncius* consente di individuare già un primo punto fermo da tenere presente nell'analisi del fenomeno della cooperazione giuridica sostitutiva in caso di paziente incapace. Dal momento che la differenza tra rappresentanza e ambasceria si fonda essenzialmente sulla questione concernente il ruolo assunto dai vari soggetti giuridici nel processo di formazione della dichiarazione di volontà (processo rispetto al quale il *nuncius* è totalmente estraneo), si deve ritenere che, anche qualora non si riconoscesse la possibilità di una sostituzione rappresentativa nell'ambito delle DAT a causa di un'ipotetica incompatibilità tra rappresentanza e compimento di atti personalissimi, si profilerebbe comunque, in astratto, la possibilità di trasmissione della volontà a mezzo di un *nuncius*: naturalmente, in tali casi, le disposizioni anticipate dovrebbero essere dotate di particolare specificità, giacché - come si è visto - il *nuncius* non gode di margini discrezionali (o gode comunque di una discrezionalità assai ristretta).

⁵⁴⁷ G. MUCCILLI, *op. loc. cit.*, il quale rileva che, al momento della conclusione dell'accordo, le parti sostanziali del contratto devono essere determinate o, quantomeno, determinabili. L'identificazione del soggetto che sarà parte sostanziale del rapporto presuppone che sia conosciuta o conoscibile l'identità giuridica del soggetto contraente sostanziale. Sebbene la parte sostanziale del contratto coincida di solito con l'autore formale, il quale si identifica nel momento in cui trasmette la dichiarazione contrattuale, nei contratti per i quali non vi è onere di forma è pure possibile che il contraente non sia identificato al momento della stipulazione del contratto, ma sia identificabile in un momento successivo; al contrario, ciò non può verificarsi nei contratti formali, in cui la volontà di perfezionamento dell'accordo deve essere espressa con particolari modalità a pena di nullità.

Nel caso trattato da Cass., 14 febbraio 2014, n. 3433, cit., la soluzione è dipesa, quindi, dall'individuazione del soggetto che si era obbligato ad adempiere alla prestazione di pagamento del prezzo: si è considerato contraente, sostanziale e formale, non chi si era limitato a trasmettere la dichiarazione, bensì il soggetto da cui la volontà negoziale effettivamente proveniva.

⁵⁴⁸ Cfr. G. CIAN, *op. ult. cit.*, 14.

⁵⁴⁹ V. il successivo par. 5.2.

⁵⁵⁰ Così, M. STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1966, 55; A. MARINI, *La mediazione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992, 61 s.; G. CIAN, *Riflessioni per una rilettura dell'art. 1762 del c.c.*, in A. ZACCARIA (a cura di), *La mediazione*, Padova, 1992, 121 ss.; in tema, v. App. Torino, 15 novembre 1978, in *Dir. maritt.*, 1979, 240.

Al fine di meglio chiarire questi aspetti, è ora opportuno indagare sulla definizione di “atti personalissimi”, cercando di comprendere quali forme di sostituzione rappresentativa (o, in subordine, di ambasceria) siano configurabili nei negozi tradizionalmente qualificati come tali (ad esempio, matrimonio e testamento).

5.2. La sostituzione negli atti personalissimi. Il matrimonio per procura.

Prima di affrontare il problema della sostituzione negli atti c.d. personalissimi si rende necessario definire i connotati essenziali di tale categoria. Richiamando un tradizionale e autorevole insegnamento, è possibile notare che l'esperienza giuridica rivela l'esistenza di atti strettamente inerenti alla persona dell'autore, i quali implicano determinazioni e scelte insurrogabili: tali atti, denominati “personalissimi”, «o sono posti in essere dal titolare della situazione giuridica e perciò da chi sarà soggetto del relativo rapporto, o non possono venire compiuti»⁵⁵¹.

Parte della dottrina ha, poi, rilevato che, quando la legge esclude che l'atto di esercizio possa essere compiuto - in sostituzione del titolare incapace o in concorso col titolare parzialmente incapace - dal rappresentante legale o con l'intervento del curatore⁵⁵², si verificherebbe un fenomeno di conversione della incapacità di agire in incapacità giuridica, poiché il divieto colpirebbe, più che l'atto, il diritto di cui l'atto costituisce l'esercizio⁵⁵³. In altri termini, «quando, nell'ambito di una singola norma o di un campo definito di norme, non si consente se non l'esercizio personalissimo del diritto soggettivo o del potere o di quell'altra qualunque situazione soggettiva considerata dalla legge, la incapacità

⁵⁵¹ A. FALZEA, voce *Capacità (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 28, il quale osserva, a titolo esemplificativo, che «nessuno può essere sostituito da altri nella decisione di passare a nozze e nella scelta dell'altro coniuge, nella separazione personale, nell'adozione, nel riconoscimento del figlio naturale e via dicendo». Sul tema, v. pure F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 25 e 270 s.; R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Tratt. Rescigno*, IV, 3, Torino, 1997, 851 ss.

Osserva E. BETTI FERRAMOSCHE, *La nuova disciplina della capacità di agire. Il problema degli «atti personalissimi»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 121 che la locuzione «atto personalissimo» evoca «la dimensione esistenziale, la sfera della riservatezza e degli interessi privati, il delicato terreno ove non è consentito alcun indebito sconfinamento. Attraverso la conclusione di un simile atto, ogni individuo esercita la libertà, costituzionalmente protetta, di autodeterminazione, ponendo in essere le scelte decisive e sensibili che indirizzeranno la propria esistenza in un senso piuttosto che in un altro. Ed è proprio la natura “intimistica” ad imprimere a tali atti la caratteristica peculiare dell'insurrogabilità: non esiste individuo che al di fuori dell'interessato possa compiere un suo atto personalissimo. Dunque l'istituto della rappresentanza non trova alloggio in questa sede proprio al fine di evitare la vanificazione del prezioso bene dell'autodeterminazione»; tuttavia, abbandonando il campo delle situazioni tipiche e dei modelli consolidati, «gradualmente tutto viene a complicarsi».

⁵⁵² Non appare sempre corretto individuare direttamente nella legge l'affermato divieto di sostituzione per il compimento degli atti personalissimi, posto che mancano norme le quali sanciscano espressamente in modo netto tale regola, che viene invece ricavata da un'interpretazione sistematica.

⁵⁵³ F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Vassalli*, II, Torino, 1939, 4 s.

di agire - generale o speciale - del titolare comporta in quest'ultimo una incapacità giuridica speciale - relativa cioè alla singola norma o al complesso di norme del campo dato»⁵⁵⁴.

In una differente prospettiva, un Autore ha evidenziato l'errore in cui incorre la dottrina dominante allorché essa compie «una trasposizione di concetti e di categorie da un campo all'altro. Infatti, la dicotomia capacità giuridica - capacità d'agire è sorta ed opera nell'ambito dei rapporti patrimoniali: meglio, delle situazioni giuridiche soggettive patrimoniali. Se invece si vuole trasferirla da queste alle situazioni giuridiche che si è convenuto di denominare personali, allora le difficoltà diventano insormontabili»⁵⁵⁵.

Al contrario di quanto previsto con riferimento alle situazioni giuridiche patrimoniali, per le situazioni giuridiche personali si dovrebbe, quindi, adottare un'impostazione fedele alla seguente premessa: «se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (arg. ex artt. 2 e 3 Cost.) non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente». Infatti, «è opportuno tener presente [...] che una consolidata tradizione di pensiero pone accanto a queste situazioni, definite atti o negozi personalissimi, altre che prendono il nome, più in generale, di diritti personalissimi»⁵⁵⁶. Tuttavia, nello studio degli atti personalissimi, «più che porre in risalto la loro aderenza alla personalità del soggetto, si è voluto dare esclusivo rilievo all'aspetto strutturale, fermando l'attenzione sul fatto dell'esclusione della rappresentanza»⁵⁵⁷.

Invece, la constatazione della gravità delle conseguenze derivanti da un loro divieto, ossia l'assoluta irrealizzabilità di atti così importanti nel corso della

⁵⁵⁴ Le parole sono utilizzate da A. FALZEA, voce *Capacità (Teoria gen.)*, loc. cit. per descrivere la tesi, sopra riportata, della conversione dell'incapacità di agire in incapacità giuridica; detta tesi viene respinta dall'Autore, osservando che la ragione dell'impossibilità di sostituzione per il compimento di un atto personalissimo risiede non nella natura della situazione giuridica anteriore o successiva all'atto, ma nella natura personalissima dell'atto stesso: quindi, «se a parlo in essere fosse il rappresentante legale, l'atto sarebbe certamente nullo, perché il difetto di legittimazione opera in questo caso con effetti radicali. Ma se l'atto è compiuto dal titolare incapace è semplicemente annullabile, ed anzi la impugnabilità è di solito più limitata a confronto di quella relativa agli altri atti giuridici».

Sulla questione, v. anche, nel senso appena visto, G. ARENA, voce *Incapacità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 910, nt. 5: *contra*: E. ONDEI, *op. cit.*, 37 e 81, secondo cui, in ipotesi di atto personalissimo compiuto da persona diversa dall'interessato, si determina una situazione equivalente a quella dell'incapacità giuridica.

⁵⁵⁵ Così P. STANZIONE, voce *Capacità. I) Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1989, 23, il quale sottolinea che già in passato era possibile riscontrare una suddivisione tra capacità personale e capacità patrimoniale (v.: G. SCALAMANDRÈ, voce *Capacità civile*, in *Dig. it.*, VI, 1, Torino, 1929, 689, nonché M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, 203, il quale pare far cenno ad una separazione tra la capacità giuridica (presumibilmente intesa come capacità giuridica personale) e la capacità giuridica patrimoniale.

⁵⁵⁶ P. STANZIONE, *op. loc. ult. cit.*; sempre P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 131 definisce «esistenziali» le situazioni soggettive personali e personalissime, «dal momento che qui titolarità e realizzazione coincidono con l'esistenza stessa del valore» della personalità di cui il soggetto è portatore.

⁵⁵⁷ Così P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 232, il quale propone, quindi, di rivalutare la distinzione tra negozi personalissimi e diritti personalissimi attinenti alla sfera esistenziale.

vita umana, suggerirebbe una particolare delicatezza ed attenzione nel valutarne in maniera estensiva la loro preclusione nei confronti della persona soggetta a protezione; preclusione, pertanto, da operare esplicitamente e sulla base di una rigorosa prova della loro effettiva dannosità nei confronti dei soggetti coinvolti⁵⁵⁸.

Sulla base di questi ultimi condivisibili presupposti, si può, allora, ipotizzare una rimodulazione dell'approccio nei confronti dei fenomeni sostitutivi nell'esercizio dei diritti della personalità che implicano il compimento di atti cc.dd. personalissimi, al fine di evitare «gli inconvenienti legati alla non sufficiente meditazione sulle differenze tra “atti” e “diritti” personalissimi»⁵⁵⁹. La questione verrà affrontata nel prosieguo delle trattazioni, poiché l'indagine in questo senso richiede, in via preliminare, di approfondire brevemente i profili di alcuni negozi tradizionalmente considerati personalissimi, ovvero il matrimonio e il testamento.

Con riferimento al primo di tali istituti, va richiamato il disposto dell'art. 111 c.c. («Celebrazione per procura»), che, come è noto, stabilisce:

«I militari e le persone che per ragioni di servizio si trovano al seguito delle forze armate possono, in tempo di guerra, celebrare il matrimonio per procura.

La celebrazione del matrimonio per procura può anche farsi se uno degli sposi risiede all'estero e concorrono gravi motivi da valutarsi dal tribunale nella cui circoscrizione risiede l'altro sposo. L'autorizzazione è concessa con decreto non impugnabile emesso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero.

La procura deve contenere l'indicazione della persona con la quale il matrimonio si deve contrarre.

La procura deve essere fatta per atto pubblico; i militari e le persone al seguito delle forze armate, in tempo di guerra, possono farla nelle forme speciali ad essi consentite.

Il matrimonio non può essere celebrato quando sono trascorsi centottanta giorni da quello in cui la procura è stata rilasciata.

La coabitazione, anche temporanea, dopo la celebrazione del matrimonio, elimina gli effetti della revoca della procura, ignorata dall'altro coniuge al momento della celebrazione».

Nonostante la terminologia utilizzata dal Legislatore, l'orientamento prevalente riconduce la figura in esame all'ambasceria, già esaminata nel precedente paragrafo.

Si osserva, infatti, che, anche in ragione del carattere personalissimo del negozio matrimoniale, il c.d. procuratore non forma una volontà propria: infatti, la procura deve contenere l'indicazione della persona con cui il matrimonio deve essere concluso (art. 111, comma 3, c.c.)⁵⁶⁰. Il *procurator ad nuptias* dovrebbe

⁵⁵⁸ M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in *Notariato*, 2005, 4, 393.

Tra l'altro, l'affermazione di un divieto assoluto concernente il compimento di atti personalissimi che riguardano soggetti incapaci rende impossibile non solo la sostituzione rappresentativa, ma anche l'assistenza da parte di figure, che pur non sostituendo la persona soggetta a protezione, la affianchino nel compimento degli atti non patrimoniali che costituiscono espressione della propria personalità. A questo proposito, si vedano i richiami nel par. 5.4, nt. 618.

⁵⁵⁹ M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto “incapace”*: dalla sostituzione al sostegno, cit., 379.

⁵⁶⁰ Nel senso che il *procurator ad nuptias* sarebbe un mero *nuncius* si esprimono: M. GRONDONA,

quindi essere considerato, secondo parte della giurisprudenza, un mero veicolo di trasmissione della volontà dello sposo assente⁵⁶¹. L'attività del soggetto incaricato si esaurisce, infatti, in compiti limitati, come quelli di presenziare alla cerimonia, trasmettere la volontà del delegato a contrarre matrimonio con una determinata persona, apporre la firma richiesta per il perfezionamento formale dell'atto solenne⁵⁶². Egli non sarebbe, in sostanza, «un rappresentante vero e proprio, autorizzato, cioè, a costituire direttamente e con la propria volontà rapporti giuridici in nome e per conto di altra persona (rappresentante della volontà), ma semplicemente un *nuncius*, autorizzato solo a rendere nota a terzi la dichiarazione di volontà del *dominus*, da questi già manifestata con tutti gli elementi necessari per la celebrazione del matrimonio, compresa l'indicazione dell'altro sposo (rappresentante nella dichiarazione)»⁵⁶³.

L'art. 111 c.c. è stato oggetto di applicazione analogica in un'isolata pronuncia giurisprudenziale, secondo cui, qualora i coniugi intendano proporre ricorso congiunto di divorzio e uno dei due sia impossibilitato a comparire, il Tribunale, stante l'essenzialità della comparizione personale di entrambi i coniugi nel procedimento camerale, può autorizzare il coniuge impedito a farsi rappresentare da un procuratore speciale all'udienza dell'instaurando procedimento: infatti, se per un evento di straordinaria rilevanza, quale è il matrimonio, il Legislatore ha reputato possibile la celebrazione in assenza di uno dei coniugi, sostituito da un *nuncius*, portatore della volontà dell'assente, così un siffatto meccanismo potrebbe essere riprodotto per l'atto che scioglie il vincolo coniugale, avuto riguardo al fatto che, nel contesto di un procedimento giudiziario, il fattore prevalente è la volontà dei coniugi⁵⁶⁴.

In contrario, la dottrina ha sostenuto che l'art. 111 c.c. non sarebbe suscettibile di applicazione analogica. Si rileva che, se l'attività del *nuncius* deve essere predeterminata, non sembra possibile la sostituzione nell'ipotesi appena descritta, considerate le formalità, ulteriori rispetto alla dichiarazione di voler sciogliere il vincolo, alle quali il coniuge deve partecipare personalmente nel procedimento di divorzio (*in primis*, il tentativo di conciliazione che il Giudice deve operare). La presenza fisica non sarebbe, quindi, in nessun modo surrogabile, a causa dell'impossibilità di predeterminare un comportamento, che deve essere ad esito di una propria volizione⁵⁶⁵.

L'opinione che riconduce all'ambasceria la figura disciplinata dalla norma codicistica in esame non è, tuttavia, da considerarsi pacifica. Parte della dottrina sostiene l'infondatezza della qualifica di *nuncius*, in quanto il *procurator ad nuptias* «oltre a poter compiere operazioni preliminari alla celebrazione, quali la

Matrimonio per procura, in G. FERRANDO - M. FORTINO - F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Tratt. Zatti*, I, 1, 583 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, Milano, 2002, 354 ss.; F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio civile*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 826.

⁵⁶¹ Trib. Napoli, 24 settembre 1965, in *Foro pad.*, 1966, I, 1179.

⁵⁶² Cass., 14 febbraio 1975, n. 569, in *Giust. civ.*, 1975, I, 998 ed in *Foro it.*, 1976, 794.

⁵⁶³ Trib. Velletri, 24 giugno 1969, in *Foro it.*, 1970, I, 331. In senso conforme v. anche: App. Trieste, 9 febbraio 1963, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1469; App. Napoli, 5 ottobre 1970, in *Dir. giur.*, 565; App. Roma, 22 aprile 1985, in *Riv. dir. int. priv.*, 1986, 876.

⁵⁶⁴ Così Trib. Verona, decr. 2 aprile 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 2390.

⁵⁶⁵ C. COSSU, *op. loc. cit.*

richiesta di pubblicazione o della dispensa da esse, come destinatario di un'eventuale revoca della procura, deve essere in grado di comprendere il significato di tale atto»⁵⁶⁶. In base a tale osservazione, pertanto, il procuratore non sarebbe identificabile con la semplice figura del *nuncius*, ma sarebbe un vero e proprio rappresentante speciale dello sposo, che agirebbe per il compimento di un atto predeterminato⁵⁶⁷. Anche in giurisprudenza si sono registrate posizioni aderenti a questa ricostruzione: si è ritenuto, infatti, che, mentre il *nuncius* si limita a ritrasmettere materialmente la manifestazione di volontà dell'interessato, il *procurator ad nuptias* «esterna in piena consapevolezza e concordanza con il proprio, che ne è un riflesso, l'espressione del volere altrui»⁵⁶⁸.

In posizione intermedia si colloca un Autore⁵⁶⁹, secondo cui «storicamente» può apparire più fondata la tesi che ravvisa nel procuratore *ad nuptias* un vero e proprio rappresentante, ma «sul terreno dommatico è preferibile l'orientamento che lo considera un *nuncius*. Infatti, non si potrebbe ipotizzare in alcun modo che l'ordinamento rimetta alla volontà di un terzo la costituzione del vincolo matrimoniale. Inoltre, se è vero che il procuratore in questione non è un semplice strumento (un «puro portatore di un "sì"»), egli utilizza la propria intelligenza ed il proprio discernimento, ma non esprime una propria volontà⁵⁷⁰. Comunque, non risulterebbe agevole nemmeno considerare il procuratore come mero rappresentante nella dichiarazione: infatti, se non adempisse altra funzione rispetto a quella consueta del *nuncius*, sarebbe sufficiente che egli consegnasse la dichiarazione di procura al parroco o all'ufficiale di stato civile, oppure che ne riferisse oralmente il contenuto⁵⁷¹: «viceversa l'ordinamento positivo [...] non solo non consente che sia portata semplicemente la volontà scritta dello sposo, ma vuole che il procuratore emetta una nuova dichiarazione, si atteggi insomma come

⁵⁶⁶ Così L. BARBIERA, *Il matrimonio civile (artt. 79-142 c.c.)*, Bari, 2005, 49.

⁵⁶⁷ L. BOVE, *Matrimonio civile*, in *Tratt. Rescigno*, 2, 1999, 910; a favore della tesi della rappresentanza, v. già C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1945, 123. A proposito della figura in esame, osservava R. LUZZATTO, *Diritto familiare di guerra*, in *Nuova antologia*, marzo-aprile 1917, 83 ss. che il procuratore non è tenuto a compiere un'opera esclusivamente materiale, ma è l'esecutore di un mandato e deve porre tutta la sua intelligenza nell'adempimento del delicatissimo incarico affidatogli: egli deve provvedere alla tutela del militare lontano, verificando se gravi cause sopraggiunte non rendano impossibile e sconveniente il matrimonio.

In merito alla qualificazione in termini di rappresentanza oppure ambasceria delle ipotesi in cui il contenuto dell'atto sia predeterminato, si rinvia al par. 5.1.

⁵⁶⁸ App. Triste, 19.2.1963, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2478 (nel caso di specie, piuttosto curioso, un italiano emigrato in Australia s'aveva conferito procura speciale al proprio fratello, residente in Italia, per la celebrazione del proprio matrimonio. Immediatamente dopo la celebrazione del matrimonio il procuratore aveva affermato di essere il marito, chiedendo che si desse inizio alla convivenza coniugale; dopo pochi mesi, il procuratore veniva ricoverato presso un ospedale psichiatrico. Intanto il vero marito, fratello dell'infermo di mente, non aveva preso contatti con la moglie, procedendo anzi a contrarre matrimonio in Australia con un'altra donna).

⁵⁶⁹ Il riferimento è a G. BO, *Il matrimonio per procura*, Padova, 1934, 48 ss.

⁵⁷⁰ Rileva sempre G. BO, *op. cit.*, 49: «se, in fatto, il procuratore constata l'esistenza delle circostanze che lo sposo gli ha indicate come limiti del suo potere, egli è sempre così un semplice mezzo di manifestazione della volontà altrui: non v'è qui un apprezzamento o un atto di volontà del procuratore, una delegazione a deliberare, per quanto limitata, da parte del rappresentato».

⁵⁷¹ In tali ipotesi, tuttavia, secondo una certa impostazione esaminata nel par. 5.1, si sarebbe in presenza di un "messo" e non di un vero e proprio *nuncius*.

uno che dichiara la propria volontà: il procuratore non è concepito né come il latore di una lettera, né come un portavoce, ma costituisce (per raffigurarlo empiricamente) un mezzo per rendere presente la volontà dello sposo non comparso. Questo vuol dire che il procuratore *ad nuptias* assume una figura affatto particolare. [...] Se si vuole avvicinarsi al vero, bisogna confessare con schiettezza ch'egli appartiene a un terreno di confine ed è un tipo anomalo di nuncio o rappresentante nella dichiarazione. Forse in linguaggio figurato è lecito definirlo un nuncio, sotto le spoglie di un rappresentante nella volontà»⁵⁷².

In conclusione, benché non si possa fare a meno di ribadire che l'opinione prevalente considera il procuratore previsto dall'art. 111 c.c. come un mero *nuncius*, pare che lo stato di incertezza, derivante dalla non completa adesione degli interpreti alla ricostruzione menzionata, permetta di avanzare qualche legittimo dubbio su quello che, da più parti, viene considerato un dogma, ovvero l'impossibilità di sostituzione rappresentativa nell'ambito dei negozi personalissimi. L'esame di questo profilo proseguirà nel successivo paragrafo, ove ci si occuperà del testamento.

5.3. (Segue) *La sostituzione negli atti personalissimi. Il testamento.*

Secondo l'insegnamento tradizionale, il negozio testamentario si inserisce a pieno titolo nella categoria degli atti personalissimi⁵⁷³: da ciò deriverebbe l'esclusione «di ogni forma di rappresentanza nella volontà o nella manifestazione di essa»⁵⁷⁴. Pertanto, non vengono ritenute ammissibili né la rappresentanza legale, né quella di fonte volontaria, neppure nell'ipotesi in cui al rappresentante si sia inteso conferire il mero potere di manifestare in nome altrui una volontà dai contenuti già interamente predeterminati dal *dominus*⁵⁷⁵.

Inoltre, è opinione diffusa che nell'ambito della redazione del testamento

⁵⁷² Così, ancora, G. BO, *op. cit.*, 52 s. e 54, nt. 3, ove l'Autore sottolinea il «singolare e [...] ibrido carattere di questo procuratore». Richiamando la distinzione tra

⁵⁷³ Sul carattere personalissimo del testamento, v.: M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, 117 ss. e 255 s.; ID., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 113; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1960, 820; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 396 s.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, cit., 476; A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, 30; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 120, 130 e 132; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, 5 ss. e spec. 14 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 733; P. BOERO, *Il testamento*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, II, Napoli, 2009, 670; G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *Tratt. Bonilini*, II, cit., 36 s.; C. LOSANA, voce *Successioni testamentarie*, in *Dig. it.*, XXII, 4, Torino, 1925, 7. Per la giurisprudenza più recente v.: Cass., 15 marzo 1993, n. 3082, in *Corr. giur.*, 1993, 969 ss.; Cass., 13 maggio 2005, n. 10030, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 520 ss.; fra le meno recenti v.: App. Firenze, 8 agosto 1953, in *Foro it.*, 1953, I, 1757, a conferma di Trib. Siena, 30 aprile 1951, entrambe in *Foro it.*, 1951, I, 1307.

⁵⁷⁴ G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 119.

⁵⁷⁵ Cfr.: A. CICU, *Il testamento*, cit., 16; M. ALLARA, *Il testamento*, cit., 117; G. AZZARITI, voce *Successioni (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1957, 835; L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, cit., 66; C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., 50; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590 cod. civ.*, cit., 74.

non possa essere presa in considerazione nemmeno la figura del *nuncius*: «se anche il testatore, nel testamento segreto, può far scrivere da un terzo (art. 604 c.c.), chi scrive assume la medesima funzione del mezzo meccanico al quale la stessa previsione lo equipara»⁵⁷⁶.

Parte della dottrina pone particolare attenzione alla differenza tra principio della personalità e inapplicabilità della rappresentanza al negozio testamentario⁵⁷⁷, ritenendo che l'inapplicabilità non sia un corollario del carattere di personalità, ma uno dei suoi presupposti logici⁵⁷⁸.

L'inammissibilità della sostituzione rappresentativa e del ricorso alla nunciatura si pongono in stretta correlazione con il formalismo testamentario⁵⁷⁹. Come ha osservato un Autore, il testamento redatto in nome altrui (e quindi da chi assuma la veste di rappresentante), anche laddove sia stata effettivamente conferita una procura, «dovrà giudicarsi nullo in ragione del carattere personalissimo dell'atto (quale si desume, *in primis*, dalle disposizioni sulla forma dei testamenti); alla scheda testamentaria, poi, redatta da chi si qualificasse come mero portatore di una volontà manifestata da altri (*nuncius*) dovrebbe negarsi qualsiasi rilievo già a cagione della nullità (per difetto di forma) della dichiarazione in esso riprodotta»⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ C. COSSU, *op. loc. cit.*

⁵⁷⁷ V. NEPPI, *La rappresentanza nel diritto privato moderno (Saggio di una teoria generale)*, Padova, 1930, 48; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, loc. cit. sottolinea che la distinzione tra principio di personalità e inapplicabilità della rappresentanza risiederebbe nel fatto che la personalità concerne l'oggetto del negozio, mentre la rappresentanza riguarda il comportamento negoziale.

⁵⁷⁸ N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, cit., 9 ss., che si sofferma in modo particolare sulla questione, sviluppando le seguenti argomentazioni: «Il fenomeno della rappresentanza si rivela incompatibile con l'indole della fattispecie testamentaria e dei suoi effetti [...] La rappresentanza volontaria sarebbe applicabile solo se gli effetti del negozio si producessero in capo al testatore. Si avrebbe, in questo caso, il normale distacco tra centro di imputazione del negozio e centro di imputazione degli effetti, riportandosi l'uno al soggetto estraneo, gli altri alla sfera del testatore». Tuttavia, nel caso del testamento, «l'effetto successorio non riguarda la persona del defunto. [...] Dato che il testamento spiega efficacia con la morte del suo autore, sarebbe illogico che proprio questi, ormai uscito dal mondo dei fenomeni giuridici, fungesse da centro d'imputazione di quella efficacia. La morte, privando il testatore dell'esistenza, esclude che possano essergli riferiti ulteriori effetti giuridici. In breve, gli effetti del negozio testamentario, verificandosi al tempo della morte dell'autore, sono destinati alla sfera giuridica dei superstiti. [...] Si assiste così ad un singolare distacco tra posizione della fattispecie e riferimento degli effetti. [...] Nella rappresentanza volontaria, il soggetto rappresentato, il quale non è autore della fattispecie, costituisce il centro di riferimento degli effetti giuridici. [...] Se gli effetti del negozio testamentario si verificano in capo a soggetti diversi dal testatore, non si scorge il modo di applicare l'istituto della rappresentanza, che è ammissibile solo dove il soggetto, il quale conferisce il potere di porre la fattispecie, sia destinatario delle conseguenze giuridiche correlative».

⁵⁷⁹ Sul punto, v. M. MATTIONI, *Il testamento eterografo o per rappresentanza: un nuovo ritrovato giurisprudenziale*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, 597 ss., nt. 17.

⁵⁸⁰ S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590 cod. civ.*, cit., 73 ss., il quale osserva che, ammettendo la sostituzione rappresentativa anche nelle ipotesi in cui il contenuto dell'atto da compiere sia predeterminato dal rappresentato («così svincolando, da un lato, il riconoscimento della qualità di rappresentante dal grado di discrezionalità che al sostituto sia stato concesso e, dall'altro, riducendo la nunciatura alle sole ipotesi in cui l'incarico concerna la trasmissione al destinatario o, ad ogni modo, la riproduzione di una dichiarazione già emessa»),

In questa prospettiva, quindi, l'affermata inammissibilità della sostituzione rappresentativa e della nunciatura in ambito testamentario sono principalmente derivazione del principio formalistico ancor più che del riconosciuto carattere personalissimo del negozio.

La ragione del formalismo testamentario risiede nell'esigenza ultima di assicurare l'effettiva corrispondenza del contenuto documentale al volere del testatore⁵⁸¹, poiché «soltanto sul presupposto di questa garanzia il legislatore è disposto a riconoscere carattere vincolante alle norme che si rinvencono dopo la morte del *de cuius*»⁵⁸². Infatti, si è sottolineato che «la documentazione degli atti di ultima volontà assume una rilevanza centrale considerata l'inevitabile assenza dell'autore al momento della loro esecuzione. Il documento, in cui è incorporata la volontà testamentaria, diviene così lo strumento per conservare certa memoria degli intenti del *de cuius* in ordine alla propria successione»⁵⁸³.

La questione concernente il fenomeno della sostituzione nel testamento è venuta recentemente in rilievo in un caso di cui si è occupato il Giudice tutelare di Varese⁵⁸⁴. Occorre subito precisare che il provvedimento in questione ha suscitato talune critiche, non certo per il richiamo ad alcuni condivisibili principi in materia di disabilità ivi espressi⁵⁸⁵, quanto piuttosto perché - come correttamente rilevato dalla dottrina - il problema che si è posto innanzi al Giudice tutelare forse poteva essere risolto semplicemente tramite il ricorso al testamento pubblico, capace di offrire anche maggiori garanzie circa l'integrità del contenuto dell'atto⁵⁸⁶.

La vicenda concerneva un ricorso di volontaria giurisdizione proposto dalla sorella e amministratrice di sostegno di un individuo affetto da sclerosi laterale amiotrofica. Questi, bloccato da una completa tetraplegia e mantenuto in

diviene dubitabile che la figura del *nuncius* possa trovare un utile spazio con riguardo agli atti per i quali è dalla legge richiesta la forma scritta a pena di invalidità. Ciò perché «o la dichiarazione affidata al *nuncius* è stata emessa dal suo autore solo oralmente (salvo che vi si accompagni, semmai, la consegna di appunti o di un testo non firmato), nel qual caso se ne dovrà comunque affermare la nullità per difetto di forma (anche quando, cioè, il nuncio, in tale veste, provvedesse a trasfondere in uno scritto i contenuti della volontà manifestata dal *dominus*); o l'incarico ha per oggetto il semplice recapito del documento incorporante la dichiarazione già perfezionata, sembrando allora da escludere, però, che possa parlarsi di nunciatura, giacché l'opera del trasmittente prescinderebbe, nella specie, da qualsiasi apporto intellettuale e potrebbe anzi svolgersi anche in difetto di una sia pur minima consapevolezza circa il contenuto dell'atto trasmesso. [...] si può forse concludere, dunque, che la nunciatura sia inidonea ad operare, in relazione al testamento, già a motivo della natura solenne di quest'ultimo».

⁵⁸¹ Sul tema, v., tra le più recenti, Cass., 3 novembre 2008, n. 26406, in *Foro it.*, 2009, I, 792, che si occupa del particolare caso dell'alterazione del documento da parte dei terzi; con tale pronuncia, la Suprema Corte ha rilevato che il testamento olografo alterato da terzi può conservare il suo valore quando l'alterazione non sia tale da impedire l'individuazione della originaria, genuina volontà che il testatore intese manifestare nella relativa scheda, mentre l'effetto di annullamento per carenza di olografia è conseguenza di interventi di terzi, anche di una sola parola, ma a condizione che l'azione del terzo si sia svolta durante la confezione del testamento.

⁵⁸² A. LISERRE, *op. cit.*, 183 s.

⁵⁸³ S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 782.

⁵⁸⁴ G. tut. Varese, decr. 12 marzo 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 779.

⁵⁸⁵ Su cui v., in particolare, S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, cit., 784.

⁵⁸⁶ Cfr. M. MATTIONI, *op. loc. cit.*

vita attraverso sistemi meccanici di respirazione e alimentazione, era tuttavia capace di intendere e di volere, «perfettamente vigile, cosciente e ben orientato», come emerso da accertamenti medici. Nel caso di specie, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non era, quindi, stato minimamente intaccato nella propria capacità d'agire: la necessità di attivare un istituto di protezione si era posta esclusivamente in ragione del mero impedimento fisico a provvedere ai propri interessi. Il soggetto disabile riusciva ad esprimersi per mezzo di un comunicatore a puntamento oculare, sfruttando l'unico movimento di cui manteneva ancora il controllo. In questa situazione, il malato aveva maturato la volontà di fare testamento. Sulla base di quanto appena osservato, non sussisteva pertanto nessun problema in ordine alla sua capacità di testare; restava però il fatto che egli, paralizzato agli arti, non poteva apporre una sottoscrizione in calce alle proprie volontà⁵⁸⁷.

Come si è già osservato, si sarebbe potuto probabilmente utilizzare lo strumento del testamento pubblico⁵⁸⁸. Tuttavia, è stato rilevato che l'effettiva praticabilità di un tale rimedio può, a volte, risultare difficile, tenuto conto di una serie di circostanze. Ove, infatti, il provvedimento giudiziale di nomina dell'amministratore attribuisca a quest'ultimo poteri in modo generalizzato, si potrebbero incontrare resistenze da parte dei pubblici ufficiali, che scorgerebbero un'equiparazione del beneficiario all'interdetto (benché l'art. 411, comma 4, c.c. preveda, ai fini dell'estensione delle limitazioni stabilite per gli interdetti, la necessità di un'espressa menzione nel provvedimento). Inoltre, anche qualora si richiedesse un provvedimento *ad hoc* per ottenere la specificazione in ordine alla possibilità, per il beneficiario, di fare testamento pubblico, potrebbero comunque sorgere difficoltà pratiche nelle ipotesi in cui si fosse in presenza di una malattia degenerativa, dovendo il notaio procedere all'accertamento dello stato di capacità nel momento di ricezione delle volontà testamentarie e risultando, quindi, irrilevanti le precedenti attestazioni giudiziali⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Osserva M. MATTIONI, *op. loc. cit.*: «Ma è questo un problema? Ai fini della *testamenti factio* e, più in generale, dell'attività negoziale del soggetto, è evidente che non lo sia. Per quanto qui interessa, infatti, lo sfortunato beneficiario dell'amministrazione di sostegno si trova nella medesima situazione di chiunque, per qualsiasi ragione (artrite, mutilazione, lesione, paresi, ecc.), non sia in grado – momentaneamente o in via permanente – di sottoscrivere».

Secondo autorevole dottrina (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 924) «in ogni caso in cui il soggetto non sia in grado di sottoscrivere [...] dovrà farsi ricorso all'atto pubblico». L'atto pubblico deve contenere, in una situazione del genere, la menzione *ex art.* 603, comma 3, c.c. o *ex art.* 51, comma 2, n. 10, alinea 2, legge notarile (legge 16 febbraio 1913, n. 89) - a seconda che si tratti di testamento o di altro atto pubblico - della dichiarazione di parte in ordine alla causa impeditiva della sottoscrizione.

⁵⁸⁸ In casi simili, deve essere il notaio a recarsi presso il testatore (art. 27, comma 1, legge notarile) e l'incapacità di parlare del testatore impone l'applicazione dell'art. 57 legge notarile, con la necessità di intervento di un interprete di nomina giudiziale scelto «tra le persone abituate a trattare» con il testatore (art. 56, comma 2, legge notarile). Trovandosi il malato anche nell'impossibilità di scrivere, si ricadrà anche nell'ipotesi prevista dall'art. 57, alinea 2, legge notarile, con la conseguente necessità che almeno uno dei testimoni comprenda «il linguaggio a segni» della parte, o che, in alternativa, intervenga all'atto un secondo interprete avente le stesse caratteristiche del primo.

⁵⁸⁹ S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, cit., 782 s., cui si rinvia per richiami giurisprudenziali.

Ciò premesso, il Giudice tutelare, nella motivazione del proprio decreto, ha posto in rilievo che l'indagine in merito ai meccanismi di sostituzione giuridica attraverso i quali il rappresentante raccolga la volontà del titolare del diritto e la renda efficace nell'ordinamento (sottoscrivendo gli atti in nome e per conto del rappresentato, nel rispetto del volere raccolto) diventa particolarmente complessa «là dove venga in rilievo una situazione soggettiva attiva rientrante nella categoria dei cd. diritti personalissimi, rispetto ai quali l'insegnamento tradizionale è che non sia possibile alcuna forma di esercizio disgiunto dalla titolarità».

Sarebbe, perciò, opportuno valorizzare le osservazioni di parte della dottrina, la quale ha sottolineato la necessità di seguire un'impostazione che «incentra l'attenzione sull'esplicazione dei diritti fondamentali della persona [...] e sul mutamento di prospettiva che l'introduzione dell'istituto [dell'amministrazione di sostegno] comporta per la protezione dei soggetti deboli e per un'effettiva garanzia dei diritti della personalità»⁵⁹⁰.

Taluni si sono spinti perfino a sostenere che il Giudice tutelare possa consentire al beneficiario di fare testamento con l'intervento dell'amministratore: più precisamente, si tratterà, in questi casi, di un affiancamento, piuttosto che di un'assistenza in senso tecnico, in quanto il potere di compiere l'atto resterà in capo al beneficiario, mentre l'amministratore di sostegno lo coadiuverà nelle fasi che accompagnano la decisione e la formazione dell'atto di ultima volontà⁵⁹¹. In caso di beneficiario con menomazione psichica, questa dottrina vede addirittura nell'affiancamento in sede di *testamenti factio* una misura che dovrebbe sempre precedere, in via sperimentale, la misura estrema della sottrazione al beneficiario della capacità di testare (ai sensi dell'art. 411, comma 4, c.c.), nell'ottica della «minore limitazione possibile della capacità di agire» del beneficiario (art. 1, legge 9 gennaio 2004, n. 6)⁵⁹².

Ritornando al provvedimento del Giudice tutelare di Varese, questi, richiamando un suo stesso precedente, ha quindi osservato che «la giurisprudenza più garantista [...] ha ritenuto di dovere accedere alla più moderna concezione che

⁵⁹⁰ Si tratta di G. PAGLIANI, commento *sub* art. 411 c.c., in *Comm. Cendon*, Milano, 2009, 816 ss., Secondo tale orientamento, nei casi in cui «la legge conferisce al tutore specifici poteri in materie che riguardano interessi di carattere strettamente personale dell'interdetto [...] dovrà essere condotta una valutazione specifica di ogni singolo caso, per valutare, insieme alla concreta capacità residua del beneficiario, la possibilità e l'opportunità di esercizio del potere [giudiziale] di cui all'art. 411, ult. co., c.c.». La stessa dottrina, tuttavia, chiarisce che «ci sono atti per i quali la scelta è rimessa esclusivamente al soggetto, e il cui compimento è precluso anche al tutore», e fra questi atti vi è il testamento, con riferimento al quale «nemmeno l'amministratore di sostegno può svolgere attività sostitutiva del beneficiario»

⁵⁹¹ R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno ed esercizio dei diritti personalissimi* (intervento al convegno «Verso un nuovo diritto per i soggetti deboli» organizzato da "Persona e Danno" e tenutosi a Bologna il 5 maggio 2006), reperibile all'indirizzo http://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_004185_resource1_orig.doc (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015). Cfr., in senso analogo, ma dubitativamente, F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Schlesinger*, V, Milano, 2004, 4206 ss.

⁵⁹² R. ROSSI, *La destinazione di risorse economiche a favore del disabile. La successione ereditaria del disabile* (intervento del 7 giugno 2007 al ciclo d'incontri «Diventare amministratore di sostegno», Bologna, marzo-giugno 2007), cit. da G. PAGLIANI, *op. cit.*, 859.

non esclude la possibilità di una sostituzione anche nelle situazioni giuridiche soggettive con sostrato esistenziale (anche questo Ufficio, v. Trib. Varese, Ufficio V.G., decreto 20 aprile 2010)». L'argomentazione del Giudice si basa sul rilievo che gli istituti di protezione hanno il fine principale di rimuovere gli ostacoli che si frappongono tra il soggetto e la sua libera esplicazione della personalità: pertanto, è ipotizzabile che, oltre a poter costituire una figura che rappresenti il beneficiario/interdicendo, si crei «una persona che accompagna le scelte esistenziali». In sintesi, occorrerebbe «approdare ad un'interpretazione che valorizzi l'autonomia dei soggetti deboli in una prospettiva nel senso di rendere effettivo esercizio dei diritti laddove, come giustamente si è scritto, “se non vi è esercizio non vi è neppure titolarità”⁵⁹³».

Pertanto, il Giudice tutelare, nominando un curatore speciale per evitare il conflitto di interessi nascente dal fatto che l'amministratrice di sostegno avrebbe dovuto essere istituita erede, ha autorizzato il primo a recarsi a casa del beneficiario per domandargli di redigere a video il suo testamento con il comunicatore oculare, in presenza dell'amministratore di sostegno. Il curatore speciale, poi, avrebbe dovuto raccogliere una rappresentazione fotografica della schermata a video, riportando le volontà del beneficiario mediante atto scritto di suo pugno, secondo la forma di cui all'art. 602 c.c., e sottoscrivendo ogni foglio con la seguente formula: «il sottoscritto curatore in rappresentanza sostitutiva del beneficiario e per suo conto ai sensi dell'art. 409 c.c. giusta il decreto del Tribunale di Varese del 12.3.2012». Al termine, il testamento olografo avrebbe dovuto essere depositato in casa del beneficiario, in un luogo da lui indicato e una copia dello stesso, con le rappresentazioni fotografiche, inserita negli atti del procedimento.

La soluzione, giudicata «“barocca”, dispendiosa e [...] non esente da rischi di impugnativa»⁵⁹⁴, pone un problema per l'interprete circa la compatibilità con il

⁵⁹³ L'espressione ricorre in altri provvedimenti dell'estensore del decreto (v.: G. tut. Varese, 26 maggio 2009, in banca dati *DeJure*; G. tut. Varese, 18 giugno 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 1254 ss.) ed è da attribuirsi a R. Russo, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in *Fam. e dir.*, 2010, 287 ss.

Nel provvedimento in esame, la motivazione del Giudice tutelare continua nei seguenti termini: «Una interpretazione di segno diverso, dietro la difesa del diritto personalissimo, maschererebbe in realtà una sostanziale “espropriazione” di tal altri diritti, pure personalissimi e fondamentali: come quello alla separazione (cfr. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099) o al divorzio. Il problema, così, si sposta: non astratta configurabilità della sostituzione, ma modalità e limiti della sua effettiva consistenza (ecco perché, alcuni in Dottrina hanno parlato di “procura di sostegno”). La soluzione preferibile è, dunque, quella che salvaguarda il diritto dell'incapace a porre in essere i suoi atti personalissimi e gli fa dono di uno strumento flessibile e plastico perché ciò avvenga: se si sostenesse che l'incapace non può farsi sostituire dall'amministratore nel porre in essere gli atti personalissimi allora si dovrebbe accettare, di fatto, che i soggetti vulnerabili perdono, in concreto, quei diritti, in quanto non ne hanno più l'esercizio. Tesi non più accettabile alla luce del mutato quadro costituzionale, comunitario e internazionale. Certo: si tratta di atti che debbono essere oggetto di specifico provvedimento autorizzatorio motivato e che devono trovare giustificazione nella volontà del beneficiario, come percepibile all'attualità o ricostruibile guardando al passato. Ma non possono essere negati per il solo fatto della infermità».

⁵⁹⁴ S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, cit., 783, la quale rileva comunque l'importanza del diritto del diversamente abile a comunicare le proprie volontà. Sui profili critici del provvedimento, si

disposto di cui all'art. 602 c.c., dal momento che, nel caso di specie, l'autografia non è quella del testatore, ma del curatore speciale nominato dal Giudice. In proposito, si è osservato che, comunque, «non può parlarsi di negozio testamentario non documentato, dal momento che la volontà del testatore risulta registrata su un supporto durevole secondo modalità (rappresentazione fotografica della redazione a video) idonee a conferire certezza circa la provenienza di dette volontà dal beneficiario»: pertanto, «seguendo un orientamento interpretativo non formalistico, ma funzionale alle istanze perseguite dalle formalità del testamento olografo, ovvero la verificabilità dell'integrale provenienza delle dichiarazioni dal testatore e verificabilità della sua capacità attraverso la linearità della redazione [...], si potrebbe concludere nel senso dell'equipollenza delle formalità attuate rispetto all'olografia di cui all'art. 602 c.c.»⁵⁹⁵.

Il profilo che maggiormente rileva ai fini del presente lavoro concerne l'inquadramento giuridico dell'attività di sostituzione svolta dal curatore speciale. Con riferimento a questo aspetto, è certamente condivisibile l'opinione di chi ritiene che, nel caso in esame, non abbia luogo una vera e propria rappresentanza del beneficiario nel compimento dell'atto, poiché il curatore viene autorizzato unicamente a raccogliere la volontà espressa dal testatore a video: egli, quindi, pare rientrare più propriamente nella figura del *nuncius*⁵⁹⁶. Infatti, non si può dubitare che, in un'ipotesi come quella capitata all'attenzione del Giudice tutelare, la volontà espressa sia quella del testatore, il quale - solamente in virtù del proprio impedimento fisico - non può redigere per iscritto il testamento olografo.

La sommaria ricognizione circa le possibili configurazioni dei fenomeni sostitutivi nell'ambito di alcuni atti tradizionalmente considerati personalissimi ha rivelato che, accanto ad una non pacifica qualificazione del *procurator ad nuptias* previsto dall'art. 111 c.c., si sono recentemente aperti alcuni spiragli circa la possibilità di ricorrere, se non ad un vero rappresentante, comunque ad un *nuncius* anche nel negozio testamentario, il quale, sia per la natura di atto personalissimo, sia per le norme che impongono particolari requisiti formali, ha per lungo tempo costituito il prototipo degli atti personalissimi.

Come si è avvertito al principio di questa indagine, l'applicazione di categorie civilistiche tradizionali può entrare in crisi nel momento in cui si incontrano tematiche biogiuridiche. In particolare, l'esigenza di tutela di un soggetto debole sembra poter condurre ad una revisione di precetti ritenuti incontestabili, spingendo, in ultima analisi, all'affermazione dell'ammissibilità di forme di cooperazione con l'incapace che possano garantire il miglior soddisfacimento dei suoi interessi. Nei prossimi paragrafi si cercherà di verificare le modalità con cui i sistemi di protezione (in particolare, la tutela e l'amministrazione di sostegno) sono stati rimodulati a livello giurisprudenziale, al

vedano anche le notazioni di M. MATTIONI, *op. loc. cit.*, e A. SCALERA, *Testamento olografo e malato di SLA: una caso di rappresentanza in atti personalissimi?*, in *Fam. e dir.*, 2012, 5, 492 ss.

⁵⁹⁵ S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, *loc. cit.*, la quale ipotizza anche possibili vizi nel consenso *ex art. 624 c.c.*

⁵⁹⁶ Si vedano: S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, *cit.*, 784; A. SCALERA, *op. loc. cit.*; per le considerazioni a proposito del fenomeno dell'ambasceria, si richiama il precedente par. 5.1.

fine di consentire l'intervento sostitutivo di un soggetto diverso dall'incapace per la realizzazione delle esigenze nascenti dall'identità di quest'ultimo⁵⁹⁷.

5.4. La sostituzione rappresentativa dell'incapace.

Nelle precedenti pagine si è verificato che, nella civilistica tradizionale, alla sostituzione rappresentativa per il compimento di atti personalissimi sono stati riservati - se si eccettua qualche opinione discorde - spazi piuttosto limitati. In particolare, per quanto concerne il testamento *mortis causa*, si è (recentemente) riconosciuta, al più, la possibilità di ricorrere ad una forma di nunciatura. Occorre ora verificare se le medesime restrittive conclusioni possono essere estese alle situazioni che pongono particolari esigenze di tutela di un individuo incapace e, in particolare, all'ipotesi di prestazione del consenso informato⁵⁹⁸.

Nell'ambito appena citato, i problemi relativi alla sostituzione rappresentativa si presentano sia con riferimento al minore di età⁵⁹⁹ (in quanto

⁵⁹⁷ M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., 361, rileva che, nel caso di adulto incapace, si pongono due esigenze non sempre convergenti, ovvero, da un lato, quella di garantire spazi di autonomia su scelte esistenziali e, dall'altro, quella di proteggere un soggetto con una ridotta o assente autonomia decisionale: in sintesi, un problema bioetico concernente il rapporto tra autonomia e beneficiabilità nelle scelte mediche.

⁵⁹⁸ Per un'analisi critica sull'unitarietà del modello di soggettività giuridica, v. M.R. MARELLA, *La soggettività giuridica e le diversità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, 1998, 487 ss.

⁵⁹⁹ Sul punto, v., in particolare: M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007 e L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., 417 ss., ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Il potere-dovere di prestare il consenso in nome e per conto del minore spetta ai titolari della responsabilità genitoriale e la volontà del minore di consentire o meno al trattamento sembrerebbe, in linea di principio, irrilevante: tuttavia, il minore, così come l'adulto non pienamente capace di agire, ha il diritto di partecipare alla procedura decisionale e di vedere attribuito alla sua opinione un peso proporzionale alla sua età e al suo grado di maturità.

La già citata Convenzione di Oviedo stabilisce all'art. 6, comma 2, che «qualora secondo la legge un minore non abbia la capacità di dare il consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità, di una persona o di un'istanza indicata dalla legge»; «l'opinione del minore è presa in considerazione come fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità».

Anche il Codice di deontologia medica del 2014 prevede, all'art. 33, che «il medico garantisce al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale»; inoltre, ai sensi dell'art. 34, «il medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano».

Sul coinvolgimento decisionale del minore, v. anche il parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Bioetica con l'infanzia*, 22 gennaio 1994, 55 ss., pubblicato all'indirizzo <http://www.governo.it/bioetica/pdf/14.pdf> (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015), nonché L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà e autodeterminazione*, in *Minori giustizia*, 2009, 2, 149 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, 148 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, LVI, Milano, 2007, 622 ss.; F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. al n. 3, 95 ss.; E. PELLECCIA, *La salute dei minori tra autodeterminazione, potestà e intervento del giudice*, *ivi*, 103 ss.

anche i trattamenti sanitari a lui rivolti necessitano, naturalmente, di un consenso informato), sia per quanto riguarda l'adulto incapace. Con riferimento a quest'ultimo, la dottrina⁶⁰⁰ ha rilevato, tra l'altro, che la questione del consenso al trattamento medico dell'adulto non autonomo richiede una distinzione preliminare tra: 1) soggetto che sia al contempo «incapace legale di agire» e «naturalisticamente incapace»⁶⁰¹; 2) soggetto «naturalisticamente incapace»⁶⁰²; 3) soggetto con ridotta capacità di discernimento, indipendentemente dalla sussistenza di un'incapacità legale⁶⁰³.

A questo proposito, va innanzitutto evidenziato che la questione circa la possibilità di ricorrere a strumenti rappresentativi per il compimento di atti personalissimi relativi ad un soggetto in stato di incapacità non si può certamente considerare risolta; anzi, è indubitabile che si sia assistito ad una tanto recente quanto consistente evoluzione in materia, soprattutto nelle ipotesi concernenti l'espressione del consenso informato da parte di un paziente divenuto incapace.

Vi è, poi, da sottolineare che, nel nostro ordinamento già esistono da tempo norme che consentono al rappresentante legale di esercitare giudizialmente diritti personalissimi dell'incapace⁶⁰⁴, come ad esempio: l'art. 119 c.c., per l'impugnazione del matrimonio; l'art. 264 c.c., in tema di impugnazione del riconoscimento da parte del figlio minore che è stato riconosciuto; l'art. 273 c.c., disciplinante l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità nell'interesse del minore o dell'interdetto; l'art. 13 legge 22 maggio 1978, n. 194,

⁶⁰⁰ M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., 376 ss.

⁶⁰¹ La prima delle situazioni sopra enunciate è quella che si presenta più chiara sul piano giuridico e che verrà affrontata, nel presente paragrafo e nei successivi, rivolgendo l'attenzione al profilo della sostituzione dell'incapace da parte del suo rappresentante legale nell'espressione del consenso informato.

⁶⁰² Per quanto concerne il soggetto «naturalisticamente incapace», viene in rilievo il ruolo dei cc.dd. protettori naturali. Infatti, nella misura in cui si ammette che dalla situazione di fatto di prossimità ad un certo soggetto discendano doveri di protezione, deve sostenersi che siano attribuiti ai protettori anche poteri giuridicamente rilevanti che attengono alla *cura personae*. Nel caso in cui il soggetto incapace sia malato e non sia possibile risalire alla volontà del paziente né possa ottenersi l'autorizzazione di un suo rappresentante legale, il medico avrà una posizione di garanzia più estesa nei confronti del paziente: la responsabilità della decisione finale - e cioè la responsabilità che la soluzione adottata sia quella maggiormente corrispondente all'interesse del paziente - è, quindi, posta in capo al medico (sul punto, cfr. M. PICCINNI, *op. loc. ult. cit.*, spec. 384 s. e già M. DE ACUTIS - C. EBENE - P. ZATTI, *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato e occasionale*, in F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 101 ss., nonché U. NANNINI, *op. cit.*, 434).

⁶⁰³ Le ipotesi in cui un individuo presenti una capacità di fatto parziale generano particolari problemi poiché, se da una parte è necessario consentire a tale soggetto una partecipazione al processo decisionale che lo riguarda, dall'altra parte si pongono difficoltà nel determinare esattamente il grado di capacità residua e nel contemperare le esigenze del paziente con quelle di affidamento del medico (v. sempre M. PICCINNI, *op. ult. cit.*, 391, oltre a P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e di volere*, in G. FERRANDO - G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003, 59).

⁶⁰⁴ Sul rapporto tra rappresentanza legale e atti personalissimi, v.: L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi dell'amministratore del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, 659 ss.; F. MACIOCE, voce *Ufficio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 641 ss.; G. PETRELLI, *La rappresentanza legale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, 1 ss.

riguardante l'interruzione della gravidanza.

Tuttavia, proprio nelle disposizioni legislative da ultimo citate l'orientamento tradizionale ha potuto individuare gli elementi sintomatici della non configurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al rappresentante legale con riferimento agli atti personalissimi⁶⁰⁵.

Anche negli anni Duemila, quindi, non rari sono stati i provvedimenti giudiziali che, dichiarando inammissibili le richieste formulate dai rappresentanti legali di soggetti incapaci, hanno, nei fatti, attribuito a questi ultimi una forma di «incapacità speciale»⁶⁰⁶.

Con specifico riferimento al caso del consenso ai trattamenti terapeutici, significativo è, in questo senso, il decreto con cui il Tribunale di Lecco aveva ritenuto, nel corso della vicenda Englaro, che il tutore dell'interdetto ed il curatore speciale nominato *ex art. 78 c.p.c.* non avessero - al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge - il potere di compiere atti personalissimi nell'interesse dell'interdetto, né quello di esercitare azioni giudiziarie con riferimento ai diritti personalissimi: considerando quale atto personalissimo che non può essere demandato ad altro soggetto l'interruzione di un trattamento necessario a conservare la vita dell'interessato, il Tribunale aveva dichiarato inammissibile la domanda di interruzione dell'alimentazione avanzata dal tutore e dal curatore speciale dell'interdetto per difetto di rappresentanza sostanziale e processuale⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Cfr., ad es., Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291, in *Foro it.*, 2005, I, 2359 e in *Fam. e dir.*, 2005, 481, per quanto riguarda il tutore; in tale occasione, la Corte ha dapprima richiamato un precedente in cui era stata esclusa la proponibilità della domanda di divorzio per l'interdetto ad opera del tutore, riconoscendogli invece il potere di chiedere la nomina di un curatore speciale ai fini della proposizione della domanda di divorzio (Cass., 21 luglio 2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3145); successivamente, la Cassazione ha individuato la conferma dell'inesistenza, in capo al tutore, di una rappresentanza generale degli interessi dell'interdetto con riguardo agli atti personalissimi nelle previsioni codicistiche di cui agli artt. 346 (necessità della nomina, da parte del giudice tutelare, non appena avuta notizia del fatto da cui deriva l'apertura della tutela, oltre che del tutore, anche del protutore) e 360 c.c. (rappresentanza del protutore e nomina del curatore speciale in caso di conflitto d'interessi). Su tale pronuncia si ritornerà, a breve, *infra* nel testo.

In materia, v., per tutti, G. DE MARZO, *op. cit.*, 14 ss.

⁶⁰⁶ M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., 379, a cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁰⁷ Cfr. Trib. Lecco, 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 470. In detto provvedimento, il Collegio leccese ritiene che la rappresentanza negli atti personalissimi dell'interdetto è configurabile nei soli casi espressamente previsti dalla legge: «senza il supporto di referenti normativi tale potere non può essere riconosciuto ad alcun altro rappresentante dell'interdetto» e, di conseguenza, non si pone nemmeno un problema di conflitto di interessi.

Il Tribunale motiva la propria decisione osservando, in subordine, che, anche laddove il tutore e/o il curatore avessero la rappresentanza per domandare l'interruzione dell'idratazione e della nutrizione, la domanda andrebbe rigettata perché l'accoglimento sarebbe contrario all'ordinamento costituzionale. Il trattamento medico invasivo non sarebbe illegittimo in mancanza di consenso del paziente e risulterebbe anzi doveroso alla luce degli artt. 2 e 32 Cost.: «quando la persona non può esprimere alcuna volontà non vi è alcun profilo di autodeterminazione e di libertà da dover tutelare».

Inoltre, rileva il Giudicante, che, secondo quanto affermato dal Comitato Nazionale per la Bioetica, la nutrizione e l'idratazione vanno garantite nei pazienti in SVP e che, comunque, esse non sono

Tale decreto faceva seguito ad un'ordinanza della Suprema Corte con cui la medesima aveva considerato inammissibile il ricorso per cassazione proposto avverso il precedente decreto della corte d'appello con cui era stata rigettata la richiesta del tutore di interrompere l'alimentazione artificiale nei confronti dell'interdetto in stato vegetativo permanente⁶⁰⁸.

In tal modo, però, la mancata possibilità di sostituzione si risolve non solo nell'impedire all'incapace di soddisfare i propri diritti personalissimi, ma anche in un pregiudizio attuale per lo stesso⁶⁰⁹. Infatti, se il soggetto privo di capacità di agire, pur essendo a tutti gli effetti soggetto di diritto e titolare in astratto di ogni situazione giuridica soggettiva, non può compiere atti personalissimi e se tali atti non sono suscettibili di rappresentanza, si determina innanzitutto una notevolissima divergenza rispetto agli atti di natura patrimoniale, di regola sempre surrogabili; inoltre, ci si trova di fronte a un dilemma: l'incapace non può compiere atti personalissimi (perché incapace) e non può delegarne ad altri il compimento (perché trattasi di atti personalissimi)⁶¹⁰.

Si tratta di un problema che, a ben vedere, deriva direttamente dalla differenziazione tra capacità giuridica e capacità di agire, resasi necessaria anche al fine di superare le conclusioni eticamente inaccettabili cui aveva portato la filosofia del XVIII secolo, la quale aveva consegnato al diritto un Uomo «connubio di ragione e volontà», determinando l'automatica esclusione, dal novero dei soggetti di diritto, di *imbecilles, mostra, furiosi, dementes e mente capti*: «alla separazione delle due anime della capacità corrispose, poi, sul piano dell'idea di diritto soggettivo, la scissione tra titolarità ed esercizio, svuotandosi necessariamente di ogni senso la prima in difetto del secondo»⁶¹¹.

mai trattamento medico. Anche se si trattasse di trattamento medico, la richiesta nelle dichiarazioni anticipate di una sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione si configurerebbe come la richiesta di una vera e propria eutanasia omissiva, omologabile sia eticamente che giuridicamente a un intervento eutanasi attivo.

Infine, anche se si superassero questi argomenti, non vi sarebbe, secondo il Tribunale, un problema di lesione della dignità dell'incapace, in quanto non si può «operare una distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute». Porsi su questa strada darebbe la stura a infinite e pericolosissime discriminazioni in contrasto con l'art. 3 Cost.: «qualsiasi rappresentante di un portatore di handicap, che non possa alimentarsi autonomamente sarebbe legittimato a domandare l'interruzione del trattamento di alimentazione lamentando (...) la situazione poco dignitosa che la sua stessa vita esprime».

In ogni caso, il Tribunale sottolinea la mancanza, nel caso concreto, di una volontà espressa «seria, univoca e irrevocabile» da parte della persona interdetta.

⁶⁰⁸ Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291, cit., secondo cui «lo stabilire se sussista l'interesse (al provvedimento autorizzatorio) - prima che l'attuabilità dello stesso giuridicamente - presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive: con la conseguenza che giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, in difetto di specifiche risultanze, nella specie neppure analiticamente prospettate, possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta».

⁶⁰⁹ Cfr. M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., 380.

⁶¹⁰ E. BETTI FERRAMOSCHE, *op. cit.*, 122 s. e 139.

⁶¹¹ Così E. BETTI FERRAMOSCHE, *op. cit.*, 122, che riprende le parole di P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti, l'art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in G. ALPA - V. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di S. Rodotà*, Napoli, 2005, 443 ss.

Nella prospettiva della protezione del disabile e della sua diversità (più volte ricordata nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità⁶¹² come fonte del dovere di rispetto e di intervento degli Stati⁶¹³), la tradizionale impostazione che vieta ogni forma di sostituzione nel compimento degli atti personalissimi appare più fonte di discriminazione che di reale protezione, in quanto sembra condurre ad una situazione di stallo. Si impone, allora, la necessità di valorizzare, tanto con riferimento all'interdizione quanto con riguardo all'amministrazione di sostegno, il profilo della protezione degli interessi non patrimoniali della persona⁶¹⁴.

Il mutamento di tendenza con riguardo alla sostituzione rappresentativa dell'incapace si è avuto, a livello giurisprudenziale, con la già citata Cass. 21748/2007, nella quale, da un lato, si discorre apertamente di "funzionalizzazione del potere di rappresentanza" e, dall'altro lato, si riconosce al legale rappresentante (tutore o amministratore di sostegno) un compito delicatissimo che va al di là della mera esternazione formale dei *desiderata* del beneficiario e che consiste nell'accertamento dell'attuale volontà dell'incapace, mediante la valorizzazione del vissuto pregresso e, in particolare, degli orientamenti da lui manifestati prima della perdita della coscienza, della sua personalità, del suo stile di vita, delle sue inclinazioni, dei suoi valori di riferimento e delle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche⁶¹⁵.

Parte della dottrina ha giustificato le conclusioni a cui è approdata la giurisprudenza, ricostruendo la fattispecie non tanto in termini di sostituzione rappresentativa, quanto piuttosto come espressione del potere di cura⁶¹⁶. In questo senso si è affermato che «il potere di cura oper[a] al di fuori e a prescindere dal potere di rappresentare: nessun dubbio che non sia ammessa rappresentanza nell'esercizio dei diritti personalissimi, ma se non si vuole che l'esercizio di tali diritti sia precluso, occorre, da un lato, che ne sia consentito l'esercizio agli

⁶¹² La Convenzione è stata sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007 e con legge 3 marzo 2009, n. 18 il Parlamento ne ha autorizzato la ratifica, cui è seguito il deposito degli strumenti di ratifica.

⁶¹³ Cfr.: lett. i) del preambolo; art. 3, lett. d); art. 5.

⁶¹⁴ G. DE MARZO, *op. loc. cit.*; sul punto, osserva correttamente L. BALESTRA, *op. loc. cit.*, che «nella consapevolezza ormai da tempo acquisita della posizione di centralità che la persona umana, alla luce del dato costituzionale, assume nell'ordinamento e, segnatamente, nelle relazioni di diritto privato, occorre abbandonare la logica prettamente patrimonialistica, sottesa agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, per abbracciarne una più consona alla molteplicità e all'essenzialità dei valori che l'individuo è in grado di esprimere. Solo in tal modo si prenderà realmente coscienza che ciò di cui la persona destinataria della misura di protezione ha bisogno, quanto meno in misura pari all'esercizio di poteri rappresentativi nel compimento degli atti, è un soggetto che lo aiuti a districarsi in un percorso esistenziale connotato da difficoltà».

⁶¹⁵ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁶¹⁶ A. SANTOSUOSSO - G.C. TURRI, *op. loc. cit.*, i quali individuano una delle differenze tra potere di rappresentanza e potere di cura nel fatto che il primo si esercita compiendo atti giuridici al posto di un altro soggetto e facendo ricadere su di lui gli effetti dell'atto: quindi, il primo è «un potere che si esprime tutto all'interno della sfera del diritto, anche se gli atti compiuti possono avere ricadute formidabili sulla persona e sul corpo del rappresentato»; il secondo, invece «si esprime nell'assunzione di decisioni e nel compimento di azioni che operano direttamente nella sfera della persona di cui si ha la cura, per riacquistare l'integrità fisica e psichica o preservarla da aggressioni esterne, per assicurarne il benessere o rimediare al malessere, procurando la soddisfazione dei suoi bisogni materiali ed immateriali».

incapaci non appena conseguano sufficiente capacità di discernimento, e, dall'altro, ove tale possibilità non sia data [...]. Occorre conmetterlo al potere di cura. Questo deve essere un punto fermo. Non si può ammettere l'esclusione dell'incapace dall'esercizio dei diritti personalissimi in ragione dei limiti del potere di rappresentanza, pena la negazione sostanziale dei suoi diritti fondamentali e la violazione del principio di eguaglianza»⁶¹⁷.

Da ultimo, va ricordato che, anche al di fuori dell'ambito della prestazione del consenso ai trattamenti terapeutici si è, comunque, assistito ad un superamento dell'impostazione tradizionale relativamente al compimento di atti personalissimi.

Ad esempio, con riferimento ad una persona portatrice della sindrome di Down, si è ritenuto che essa, per il diritto, è una persona diversamente abile, da aiutare anche attraverso l'amministrazione di sostegno, ove detta diversità si frapponga al pieno esercizio dei diritti che l'ordinamento le riconosce: pertanto, tale persona ha il diritto di sposarsi civilmente, «accompagnata» dal suo amministratore di sostegno⁶¹⁸.

In un'altra fattispecie, si è affermato che nulla osta ad autorizzare l'amministratore di sostegno a proporre, in nome e per conto del beneficiario, il ricorso giudiziale o congiunto per separazione personale⁶¹⁹.

Con riguardo alla donazione⁶²⁰, poi, la giurisprudenza di merito ha

⁶¹⁷ A. SANTOSUOSSO - G.C. TURRI, *op. loc. cit.*; al fine di una migliore definizione della concezione di potere di cura accolta dagli Autori, pare opportuno riportare il seguente passo: «Potere formidabile, non c'è dubbio, e per ciò delicatissimo, che deve essere sottoposto a controllo ed a verifiche circa le modalità di esercizio. Vera e propria potestà nei confronti della persona e del corpo dell'altro, che l'ordinamento conferisce a un terzo, in considerazione della incapacità di provvedere a se stessi, a coloro che hanno una specialissima relazione con l'incapace: cioè, ai genitori (anche se non è detto espressamente) e ai tutori (oggi, anche all'amministratore di sostegno). [...] Normalmente il potere di cura si esercita con azioni materiali che coinvolgono immediatamente la persona dell'incapace ed il suo corpo, che costituiscono, in qualche modo, una sua esperienza diretta di vita, senza che occorran mediazioni e passaggi di sorta. Mediazioni e passaggi che sono, invece, talora necessari e che possono consistere in atti giuridici che vincolino il titolare del potere di cura, la persona sottoposta alla cura o i terzi che con la loro opera apprestano i mezzi necessari a porre in essere l'azione in cui si concretizza la cura».

⁶¹⁸ Trib. Varese, 24 ottobre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 287; sul tema dell'assistenza per i soggetti parzialmente capaci, si vedano le considerazioni che già a suo tempo furono espresse da P. CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 621 ss.

⁶¹⁹ Trib. Cagliari, 15 giugno 2010, reperibile all'indirizzo http://personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_018662_resource1_orig.pdf; Trib. Modena, 25 ottobre 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 277 (per cui «proprio in queste ipotesi [...] trova giustificazione la presenza sostitutiva o in affiancamento dell'amministratore di sostegno; ossia, la presenza, più che di un rappresentante inteso in senso stretto, (v. art. 1388 c.c.), di qualcuno che accompagni la persona nel processo che porta ad una decisione spesso sofferta e dolorosa, quasi un consigliere dell'amministrato, il quale sappia consigliare la scelta migliore e più conveniente, preservandolo da ricatti o tranelli che la controparte potrebbe tendere») e Trib. Modena, 26 ottobre 2007, *ibidem*.

⁶²⁰ La donazione è espressamente qualificata come atto personalissimo da Cass., 24 luglio 2012, n. 12991, in *Vita not.*, 2012, 1488, sulla base di quanto disposto dall'art. 778 c.c., il quale, come è noto, sancisce la nullità del mandato a designare la persona del donatario o a determinare l'oggetto della donazione e - per contro - la validità della scelta del donatario o della determinazione della cosa da donare fatta da un terzo entro particolari limiti prefissati dal donante (cfr. Cass., 12 novembre 1992, n. 12181, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 114). Secondo la Suprema Corte, «l'atto di donazione, al pari del testamento o del legato, è un atto cosiddetto personalissimo, un atto cioè che

sostenuto che, siccome il beneficiario di amministrazione di sostegno, per quanto possa venire limitato nella sua autonomia negoziale, mai diviene formalmente incapace e, quindi, conserva la capacità di donare: ciò vale sia nel caso di “amministrazione di affiancamento” (salvo che il giudice ritenga di dover inserire nel decreto la limitazione a tale facoltà *ex art. 411, ult. comma, c.c.*), sia nel caso di “amministrazione sostitutiva”, previa autorizzazione del giudice tutelare, qualora sia accertato con sicurezza l’intento liberale del beneficiario e non si ravvisi alcun pregiudizio per la tutela degli interessi personali e patrimoniali dello stesso⁶²¹.

A questo punto, pare possibile iniziare ad occuparsi più nello specifico della sostituzione rappresentativa nell’ambito delle misure di protezione della tutela e dell’amministrazione di sostegno⁶²², ripercorrendo - nel primo caso - il percorso giudiziale della vicenda Englaro e - nel secondo caso - affrontando quelle problematiche che appaiono più rilevanti ai fini della presente indagine e che sono emerse nel corso del primo decennio dall’introduzione dell’istituto dell’amministrazione di sostegno.

5.5. La rappresentanza legale del tutore e il rifiuto delle cure. Il caso Englaro.

Ogni osservazione in merito alla sostituzione rappresentativa del tutore non può prescindere da un pur sintetico richiamo alla vicenda di Eluana Englaro, che costituisce, ad oggi, il caso giudiziario italiano più noto in materia di diniego del consenso ad un trattamento terapeutico effettuato su un soggetto in stato di incapacità⁶²³. L’*iter* giudiziario, oltre che per l’eco mediatica da cui è stato

sorge esclusivamente in funzione dell’attitudine del soggetto al rapporto sociale che si stabilisce con il negozio stesso, con l’ulteriore conseguenza che la volontà deve essere espressa direttamente e che l’eventuale intervento di terzo, che si appalesa eccezionale, deve essere delimitato preventivamente in termini ben precisi sia in relazione al soggetto donatario che in relazione al bene da donare. Non a caso la violazione dell’art. 778 c.c. è sanzionata con la nullità, a differenza di quella di cui all’art. 1395 c.c., sanzionata con l’annullabilità, né in relazione alla violazione dell’art. 778 c.c. è prevista ratifica».

⁶²¹ Trib. La Spezia, 2 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 77.

⁶²² I due istituti, strutturalmente differenti, sono accomunati da analoghe questioni per quanto concerne la sostituzione rappresentativa di pazienti senza alcuna capacità residua.

Ritiene G. DE MARZO, *op. loc. cit.*, che, laddove si ponga il problema del consenso al trattamento terapeutico e il paziente non sia in grado di apprezzare l’esistenza della patologia né di esprimere una scelta consapevole in ordine alla cura da praticare, senza che sia nemmeno possibile ricostruire una sua pregressa volontà, non è opportuno distinguere tra interdizione e amministrazione di sostegno, perché si «finirebbe per giustificare l’adozione della misura totalizzante e recessiva dell’interdizione per la sola esistenza di un problema medico, laddove l’art. 411, 4° comma, c.c. impone una scelta di flessibilità contenutistica, nel quadro della prevalenza del secondo istituto protettivo».

⁶²³ È appena il caso di ricordare, ancora una volta, che ben diversa era la situazione in cui si trovava Piergiorgio Welby, perfettamente lucido ma fisicamente impossibilitato ad eseguire materialmente l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale. Sul caso Welby, v. par. 2.1 e par. 2.2.

In merito alla vicenda Englaro, si vedano, tra i molti: P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, cit., 20 ss.; R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al*

accompagnato (nonché per i risvolti anche politici, sui quali non ci si soffermerà), assume primaria importanza ai fini del presente lavoro, poiché i principi più netti che si possono ricavare all'interno del nostro ordinamento a proposito delle disposizioni anticipate di trattamento si fondano indubbiamente sulle argomentazioni sviluppate dalla Cassazione nella sentenza 21748/2007, che ha costituito il punto di svolta dell'intero percorso intrapreso dal tutore di Eluana, il padre Beppino Englaro.

La notte del 18 gennaio 1992, al ritorno da una festa, Eluana Englaro, che aveva da poco compiuto ventuno anni, perse il controllo dell'automobile a causa del fondo stradale gelato e si schiantò contro un palo, riportando un gravissimo trauma cranio-encefalico, da cui derivò dapprima una condizione di coma profondo e poi un persistente stato vegetativo con tetraparesi spastica e perdita di ogni facoltà psichica superiore, quindi di ogni funzione percettiva e cognitiva e della capacità di avere contatti con l'ambiente esterno⁶²⁴.

Consiglio di Stato, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, II, 9 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, II, 13 ss.; B. DEIDDE, *Etica e deontologia nei momenti finali dell'esistenza. In margine al caso di Eluana Englaro*, in *Questione Giustizia*, 2013, 1, 208 ss.; A. ABIGNENTE, *Il caso Englaro. Una riflessione frigidamente pacatoque animo*, in *Sociologia del diritto*, 2013, 3, 47 ss.; A. CHIZZINI, *Leggi sulla decisione, garanzie costituzionali e resistenza contro il giudicato? Note in margine alla vicenda giudiziaria Englaro*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 2, 361 ss.; S. CANESTRARI - F. MANTOVANI - A. SANTOSUOSSO, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Criminalia*, 2009, 331 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, 2-3, 380 ss.; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, 2009, 3, 483 ss.; P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. Internaz. di Filosofia del Diritto*, 2009, 3, 379 ss.; R. SAPIENZA, *Il caso Englaro e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 2, 345 ss.; C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul "caso Englaro" e la "cattiva battaglia" giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, in *Giur. it.*, 2009, 7, 1630 ss.; L. MINGARDO, *op. loc. cit.*; L. NIVARRA, *op. loc. cit.*; A. SANTOSUOSSO - G.C. TURRI, *op. loc. cit.*; A. SANTOSUOSSO, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 3, II, 127 ss.; R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 1, 91 ss.; C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 1, 99 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam., pers. succ.*, 2008, 12, 966 ss.; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 10, II 2, 331 ss.; E. CALÒ, *Caso Englaro: la decisione della Corte d'appello di Milano*, in *Corr. giur.*, 2008, 9, 1290 ss.; G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 2, 607 ss.; F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 1, I, 107 ss.; P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 2, I, 594 ss.

⁶²⁴ Così viene descritta da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. la condizione di Eluana: «pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, nè vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare.

Dopo circa quattro anni dall'incidente, il Tribunale di Lecco, con sentenza del 19 dicembre 1996, accertata l'assenza di qualsiasi modificazione del suo stato, dichiarò Eluana interdetta, nominando suo tutore il padre Beppino Englaro.

Trascorsi altri tre anni circa, prese avvio una lunga vicenda giudiziaria snodatasi in tre principali procedimenti consecutivi, nei quali il padre/tutore - deducendo l'impossibilità per Eluana di riprendere coscienza, nonché l'irreversibilità della sua patologia e l'inconciliabilità del suo stato e del trattamento di sostegno forzato che le consentiva artificialmente di sopravvivere (alimentazione/idratazione mediante sondino naso-gastrico) con le sue precedenti convinzioni sulla vita e la sua dignità individuale e, più in generale, con la sua personalità - ripetutamente chiedeva l'emanazione di un provvedimento che disponesse l'interruzione della terapia di sostegno vitale.

Nel primo procedimento, instaurato con ricorso *ex art.* 732 c.p.c. depositato il 19 gennaio 1999, l'istanza del tutore era dichiarata inammissibile dal Tribunale di Lecco, poiché ritenuta incompatibile con l'art. 2 Cost., inteso come norma implicante una tutela assoluta e inderogabile del diritto alla vita⁶²⁵.

Il provvedimento del Tribunale veniva poi confermato in sede di reclamo dalla Corte d'Appello di Milano, che affermava una situazione di incertezza normativa tale da non consentire l'adozione di una precisa decisione in merito all'istanza di interruzione del trattamento di alimentazione/idratazione forzata⁶²⁶.

Nel secondo procedimento, instaurato con ricorso depositato il 26 febbraio 2002, la medesima istanza veniva disattesa dal Tribunale di Lecco, il quale ribadiva il principio di necessaria e inderogabile prevalenza della vita umana anche innanzi a qualunque condizione patologica e a qualsiasi contraria

La sopravvivenza fisica di E., che versa in uno stato stabile ma non progressivo, è assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministrate attraverso un sondino nasogastrico».

⁶²⁵ Trib. Lecco, decr. 2 marzo 1999, cit. (un passo del provvedimento è già stato riportato nel par. 1.4). Come rilevato dal Tribunale, Beppino Englaro chiedeva che «ferma restando la somministrazione dei farmaci per l'epilessia e la somministrazione di quelli che fossero eventualmente necessari per i segni del disagio fisico dovuto alla mancanza di liquidi», fossero «interrotte le cure che consentono al corpo della stessa di protrarre lo stato vegetativo e pertanto l'interruzione dell'alimentazione artificiale, nonché di quelle medicine che, come le vitamine, aiutano la paziente solo nella sopravvivenza sul piano fisico». Nel proprio decreto, il Collegio giudicante dichiarava «inammissibile il ricorso», adducendo «che l'art. 2 della Costituzione tutela il diritto alla vita come primo fra tutti i diritti inviolabili dell'uomo, la cui dignità attinge dal valore assoluto della persona e prescinde dalle condizioni anche disperate in cui si esplica la sua esistenza».

⁶²⁶ App. Milano, decr. 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2022; la pronuncia, già richiamata nel par. 3.4, ha un contenuto complesso, in quanto: a) riconosce al padre-tutore il potere di esprimere il consenso o il rifiuto dei trattamenti medici, poiché titolare del «potere di cura» della figlia interdetta; b) rigetta il reclamo considerando ancora aperto il dibattito, in ambito medico e giuridico, sulla natura degli atti di alimentazione e idratazione artificiale, poiché, se essi fossero atti medici, sarebbero rifiutabili anche da parte del tutore, in quanto atti di accanimento terapeutico, ma, se fossero atti di cura della persona, sarebbero sempre doverosi; c) «ben consapevole che l'esigenza di imporre limiti-regole giuridiche si scontra nelle società pluralistiche con la mancanza di valori condivisi», auspica un «pubblico dibattito»; d) rigetta con scarna motivazione l'eccezione di incostituzionalità delle norme del codice civile, se implicanti la perdita dell'incapace del potere di disporre dei trattamenti sul proprio corpo.

espressione di volontà del malato⁶²⁷.

Il provvedimento veniva ancora una volta confermato in sede di reclamo dalla Corte d'Appello di Milano⁶²⁸.

Quest'ultimo provvedimento veniva successivamente impugnato dal tutore con ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost., dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte per difetto di partecipazione al procedimento del curatore speciale dell'incapace da nominarsi ai sensi dell'art. 78 c.p.c.⁶²⁹.

In data 30 settembre 2005 Beppino Englaro, nella sua qualità di tutore, chiedeva per la terza volta al Tribunale di Lecco, previa nomina di un curatore speciale *ex art.* 78 c.p.c., l'emanazione di un ordine di interruzione del trattamento di alimentazione forzata che teneva in vita Eluana.

Il Tribunale dichiarava inammissibile il ricorso, giudicando altresì manifestamente infondati i dubbi di costituzionalità prospettati in via subordinata dal tutore e dal curatore speciale⁶³⁰.

Avverso il provvedimento da ultimo enunciato Beppino Englaro proponeva reclamo davanti alla Corte d'Appello di Milano. In parziale riforma della decisione del Tribunale, la Corte giudicava il ricorso ammissibile, rigettandolo peraltro nel merito⁶³¹. Le dichiarazioni precedentemente rese da

⁶²⁷ Trib. Lecco, decr. 20 luglio 2002, cit., il quale ritiene ammissibile il ricorso, ma lo rigetta nel merito, richiamandosi al principio, sotteso all'ordinamento, di una «totale difesa della vita umana, che non concede spazio alla legittimità di contegni che, di fatto, portano alle medesime conseguenze» di morte.

⁶²⁸ App. Milano, decr. 17 ottobre 2003, in *Famiglia*, 2004, 1167, la quale rigetta il reclamo secondo il seguente percorso argomentativo: a) il principio di autodeterminazione è inutilizzabile con riferimento al paziente in SVP; b) l'espressione delle volontà dell'interessato rispetto ai trattamenti sanitari presenta numerosi problemi quando il paziente è in stato di irreversibile incapacità; c) è irrilevante ogni questione di legittimità costituzionale; d) sussistono perplessità derivanti dall'«opportunità/legittimità di un'interpretazione integrativa», che possa «valorizzare il principio di autodeterminazione» in un caso come quello di Eluana Englaro.

⁶²⁹ Cass., ord. 20 aprile 2005, 8291, cit. (cfr. i passi riportati, in nota, nel par. 5.4).

⁶³⁰ Trib. Lecco, decr. 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 470. Secondo il Tribunale, né il tutore né il curatore speciale potevano ritenersi investiti della rappresentanza sostanziale, e quindi processuale, dell'interdetta con riferimento alla situazione dedotta in giudizio, riguardando essa la sfera dei diritti personalissimi, per i quali il nostro ordinamento giuridico non ammette la rappresentanza, se non in ipotesi tassative previste dalla legge, nella specie non ricorrenti. Comunque, anche laddove il tutore o il curatore avessero potuto ritenersi investiti di tale potere, la domanda avrebbe dovuto essere rigettata alla luce di principi sanciti dalla Costituzione. Infatti, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., un trattamento terapeutico o di alimentazione, anche invasivo, indispensabile a tenere in vita una persona non capace di prestarvi consenso, non solo sarebbe lecito, ma dovuto, in quanto espressione del dovere di solidarietà posto a carico dei consociati, tanto più pregnante quando il soggetto interessato non sia più in grado di manifestare la sua volontà. In base agli artt. 13 e 32 Cost., ogni persona, se pienamente capace di intendere e di volere, può rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico o nutrizionale fortemente invasivo, anche se necessario alla sua sopravvivenza, ma, se la persona non è capace di intendere e di volere, il conflitto tra il diritto di libertà e di autodeterminazione e il diritto alla vita è solo ipotetico e deve risolversi a favore di quest'ultimo, in quanto, non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da tutelare. L'art. 32 Cost. porta ad escludere che si possa operare una distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute.

⁶³¹ App. Milano, 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 571, la quale osservava come, nel corso dell'istruttoria, fosse emerso dalle concordi deposizioni di tre amiche di Eluana che quest'ultima era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale ad un amico, entrato in coma a

Eluana non potevano, infatti, assumere «il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa». La posizione di Eluana sarebbe stata pertanto assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto incapace che nulla abbia detto in merito alle cure e ai trattamenti medici cui deve essere sottoposto⁶³².

Contro il decreto della Corte d'Appello Beppino Englaro e la curatrice speciale di Eluana, Avv. Franca Alessio, proponevano ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

La Cassazione accoglieva il ricorso⁶³³, affermando - all'esito di una complessa opera di ricostruzione della regola di giudizio sulla base dei principi enunciati nella Costituzione e nelle convenzioni internazionali (in particolare nella Convenzione di Oviedo), delle norme ordinarie e delle soluzioni adottate in altri ordinamenti - i seguenti principi:

a) il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario obbligatorio per legge o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi;

b) il consenso informato ha come corollari la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in

seguito di un incidente d'auto, e aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo che, in seguito allo stesso incidente, era morto sul colpo, manifestando poi analoga convinzione anche a scuola, nell'ambito di una discussione apertasi al riguardo con le sue insegnanti. Secondo i giudici del reclamo, tuttavia, si sarebbe trattato di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando Eluana era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nell'attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte, e non poteva neppure immaginare la situazione in cui sarebbe venuta a trovarsi.

⁶³² La Corte distingue tra soggetto capace - il quale, in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, può rifiutare anche le cure indispensabili a mantenerlo in vita - e soggetto incapace di cui non sia certa la volontà, per il quale sia in atto solo un trattamento di nutrizione che, se sospeso, ne provocherebbe la morte. In questo secondo caso, il Giudice non può non tenere in considerazione le irreversibili conseguenze cui porterebbe la sospensione, dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla Costituzione, quali quello alla autodeterminazione e dignità della persona e quello alla vita. Un tale bilanciamento, a giudizio della Corte, non può che risolversi a favore del diritto alla vita, ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati dagli artt. 13 e 32 Cost.) all'interno della Carta costituzionale, tanto più che, alla luce di disposizioni normative interne e convenzionali, la vita è un bene supremo, non essendo configurabile l'esistenza di un "diritto a morire".

⁶³³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale;

c) con particolare riguardo all'ipotesi in cui il soggetto adulto non sia in grado di manifestare la sua volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso disposizioni anticipate di trattamento, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica. Anche in ipotesi di incapacità tale processo deve avere luogo tra il medico, tenuto ad informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, ed il paziente che, attraverso il proprio legale rappresentante, può accettare o rifiutare i trattamenti prospettati;

d) la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, che deve essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi: 1) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; 2) sempre che tale condizione - tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso - sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al suo modo di intendere la dignità della persona.

Per tali ragioni, dunque, si imponeva la cassazione della decisione impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano. Con decreto 9 luglio 2008, quest'ultima autorizzava l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale⁶³⁴.

Avverso questa decisione proponeva ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Milano. Il ricorso veniva peraltro dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte per mancanza, in capo al p.m., della

⁶³⁴ App. Milano, decr. 9 luglio 2008, cit. (cfr. i passi riportati, in nota, nel par. 1.3). La Corte d'Appello ha così motivato: a) in ordine alla prima delle due condizioni indicate dalla Suprema Corte, ossia l'irreversibilità dello stato vegetativo, si era già formato, per effetto della mancata impugnazione *in parte qua* del provvedimento reso in sede di reclamo, un giudicato interno che precludeva ogni nuovo accertamento sulla questione; b) non esistevano plausibili dubbi di legittimità costituzionale del principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte; c) la ricostruzione effettuata dal padre-tutore in ordine alla presunta volontà di Eluana doveva considerarsi attendibile e non, quindi, espressione del giudizio sulla qualità di vita proprio del rappresentante né in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, e risultava d'altra parte confermata dagli elementi conoscitivi emersi dall'istruttoria.

legittimazione ad impugnare⁶³⁵.

Nel frattempo la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica avevano sollevato un conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale, affermando che tanto la sentenza 21748/2007 della Cassazione quanto il successivo decreto 9 luglio 2008 della Corte d'Appello di Milano avrebbero creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria, invadendo così l'area riservata al Legislatore. L'istanza veniva dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale⁶³⁶.

Con istanza del 19 agosto 2008 Beppino Englaro chiedeva all'Amministrazione regionale della Lombardia di indicare la struttura del Servizio sanitario regionale presso cui procedere all'esecuzione del decreto della Corte d'Appello di Milano. Con provvedimento del 3 settembre 2008, peraltro, la Direzione generale della sanità della Regione Lombardia rigettava la richiesta, negando che il personale del Servizio sanitario regionale potesse procedere in una delle sue strutture alla sospensione del sostegno vitale di cui godeva un ammalato in SVP, che tramite manifestazione di volontà del tutore ed autorizzazione del giudice tutelare, intendesse rifiutare tale trattamento. La Direzione generale affermava, anzi, che ponendo in essere una simile condotta, il personale sanitario sarebbe venuto meno ai propri obblighi professionali e di servizio, anche in considerazione del fatto che il provvedimento giurisdizionale, di cui si chiedeva l'esecuzione, non conteneva un obbligo formale a carico di soggetti o enti individuati.

Il 26 gennaio 2009 il T.A.R. Lombardia accoglieva il ricorso della famiglia Englaro contro la Regione Lombardia, annullando il provvedimento impugnato e imponendo a quest'ultima di individuare una struttura in cui dar corso al decreto della Corte d'Appello di Milano⁶³⁷.

Il 3 febbraio 2009 Eluana veniva trasferita presso la residenza sanitaria assistenziale «La Quiete» di Udine, che si era dichiarata disponibile a dare attuazione al provvedimento della Corte d'Appello.

Il venerdì successivo (6 febbraio) i sanitari che assistevano Eluana annunciavano l'avvio della progressiva riduzione dell'alimentazione artificiale. Nel primo pomeriggio, il Consiglio dei ministri approvava un decreto legge, nel quale si prevedeva che «In attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forma di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi». A seguito del rifiuto, da parte del Presidente della Repubblica, di emanare il decreto, il Consiglio dei ministri, in sessione straordinaria, approvava la sera stessa un disegno di legge con il medesimo contenuto del decreto, trasmettendolo immediatamente al Senato. Il lunedì successivo (9 febbraio), durante la

⁶³⁵ Cass., Sez. Un., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Foro it.*, 2009, I, 35, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 223, in *Dir. famiglia*, 2009, 115 e in *Giust. civ.*, 2009, I, 34.

⁶³⁶ Corte cost., ord. 8 ottobre 2008, n. 334, in *Foro it.*, 2009, I, 35.

⁶³⁷ T.A.R. Lombardia, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Foro it.*, 2010, III, 100.

discussione in Senato, si apprendeva della morte di Eluana⁶³⁸.

La Regione Lombardia impugnava innanzi al Consiglio di Stato la sentenza del T.A.R. e il Consiglio di Stato, nel settembre 2014, confermava la pronuncia di primo grado, mettendo fine al lungo *iter* giudiziale della vicenda⁶³⁹.

La sentenza del Consiglio di Stato, confermando i principi già affermati dalla Cassazione, sancisce in modo inequivocabile la supremazia del diritto all'autodeterminazione e l'inesistenza di un dovere di curarsi, come emerge dai seguenti passi: «43.5. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, ha chiarito ancora la Cassazione, c'è spazio - nel quadro della c.d. "alleanza terapeutica", che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale.

43.6. Ma, allorché il rifiuto abbia tali connotati, non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

43.7. Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 Cost., per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

43.8. Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire».

La migliore dottrina non ha mancato di sottolineare che, da tale impostazione, discende l'incontestabilità dell'affermazione circa l'esistenza di un diritto al rifiuto delle cure da parte della persona in grado di determinarsi⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Sotto il profilo penale, va ricordato che il 27 febbraio 2009 la Procura della Repubblica di Udine aprì un fascicolo ipotizzando l'accusa di omicidio volontario aggravato e iscrisse nel registro degli indagati Beppino Englaro, il primario Dott. Amato De Monte e gli infermieri che parteciparono all'attuazione del protocollo in conformità al decreto della Corte d'Appello di Milano. Il 28 novembre 2009 la stessa Procura della Repubblica di Udine chiese l'archiviazione dell'inchiesta, dopo che una perizia sull'encefalo della paziente confermò che i danni conseguenti all'incidente automobilistico del 1992 erano anatomicamente irreversibili. Il giorno 11 gennaio 2010 il G.I.P. del tribunale di Udine emise il decreto di archiviazione che pose fine all'inchiesta per omicidio a carico di Beppino Englaro e altre 13 persone.

⁶³⁹ Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, cit. (si vedano anche i passi della sentenza relativi alla qualificazione della nutrizione e della idratazione artificiali come trattamenti sanitari, già riportati in nota nel par. 3.4, e quelli relativi alla relazione di cura, riportati in nota nel par. 4.2).

⁶⁴⁰ P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, loc. cit., il quale aggiunge la seguente precisazione: «Insisto sul punto che non si tratta di un'inflazione del valore della volontà, ma della "sintesi" tra dignità, salute e libertà (cfr. art. 1. l. n. 833/1978): si tratta della prerogativa che la persona afferma, e che è inespropriabile, di valutare l'opportunità delle cure alla luce di una concezione del proprio bene che non ha altri interpreti autorizzati».

Il diritto in questione non trova un limite nemmeno nel diritto alla vita, come ribadito in un altro punto della sentenza: «58. Proprio per questa sua insopprimibile e inviolabile dimensione intima e individuale, che muove dalla pura coscienza di sé, del proprio corpo e della propria individualità, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non può incontrare un limite, di fatto o di diritto, nemmeno allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

59. La Suprema Corte, nella sentenza del 16.10.2007, n. 21748, ha chiarito che la salute dell'individuo non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva o di un astratto dovere di cura in nome di superiori principi.

60. All'obiezione di principio secondo cui tale concezione individualistica della salute sarebbe velleitaria e illusoria, non avendo in realtà l'individuo alcuna consapevolezza e, comunque, alcuna signoria, men che mai di natura medica, sul sé e sul proprio corpo, si può e deve rispondere che tale critica, quand'anche fondata, mai potrebbe costituire un motivo per espropriare l'individuo, ad opera dello Stato, dell'autorità sanitaria o del medico, di quel poco o tanto dominio, che pur gli sia concesso, sulla sua vita, sulla sua sofferenza e sulla speranza e sul bisogno di vivere secondo la propria visione dell'esistenza finanche l'esperienza più dolorosa della malattia»⁶⁴¹.

L'*excursus* compiuto attraverso i vari provvedimenti che hanno caratterizzato la complessa vicenda giudiziaria Englaro consente di evidenziare due punti fondamentali ai fini del presente lavoro:

- il tutore è dotato del potere rappresentativo di esprimere o negare il consenso ai trattamenti terapeutici per conto del rappresentato⁶⁴²;

- tale potere è vincolato, in quanto, secondo la Cassazione, il tutore «deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»⁶⁴³.

⁶⁴¹ Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, cit.

⁶⁴² Una ricostruzione differente è proposta da A. SANTOSUOSSO - G.C. TURRI, *op. loc. cit.*, secondo cui «l'atto in cui si concretizza il potere di cura del padre-tutore (la decisione di richiedere la sospensione del trattamento di alimentazione e idratazione forzata, in quanto atto di accanimento terapeutico che lede la dignità e la libertà di Eluana Englaro) interferisce con l'azione dello *staff* medico, che ha il controllo materiale del corpo della paziente, e richiede il previo controllo da parte del giudice della adeguatezza della decisione (assimilando tale decisione alla categoria degli atti patrimoniali di straordinaria amministrazione). È un atto di cura che richiede il compimento di atti giuridici attraverso cui il tutore attua, in via diretta e in proprio, il potere di cura dell'altrui persona, non il potere di agire in nome e per conto del rappresentato».

Quest'ultimo spunto consentirebbe di superare vari problemi relativi alla sostituzione dell'incapace nel compimento degli atti personalissimi, in quanto la questione verrebbe portata al di fuori dell'ambito della rappresentanza. Tuttavia, dal momento che è la stessa Cassazione a riferirsi alla rappresentanza legale del tutore, pare opportuno affrontare la materia ancora nella prospettiva della sostituzione rappresentativa, ripensandone però la struttura ed i limiti, nell'ottica della protezione dell'incapace (cfr., *supra*, par. 5.4 e *infra*, parr. 5.9 ss.).

⁶⁴³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.; per le criticità del ricorso al criterio della "volontà

Con riferimento al secondo profilo, la Corte ritiene che «la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita», ma, nello stesso tempo, «il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte»⁶⁴⁴.

In sintesi, nella prospettiva della Cassazione, la decisione terapeutica riguardante l'incapace è il risultato dell'applicazione di tre criteri⁶⁴⁵:

- volontà espressa dall'interdetto: occorre, in primo luogo, indagare se l'istanza del tutore sia conforme alle disposizioni eventualmente lasciate dall'interdetto quando era ancora capace e se tali disposizioni possano ritenersi attuali;
- volontà presunta dell'interdetto: in subordine, si deve verificare se il tutore abbia correttamente applicato il criterio del c.d. *substituted judgement test* (di matrice nordamericana⁶⁴⁶) che prevede un processo di ricostruzione della volontà dell'incapace a partire dal suo personale sistema di vita, e, quindi, tenendo conto della sua personalità, del suo stile di vita e dei suoi convincimenti;
- *best interest*: ove non sia possibile individuare la volontà espressa dell'incapace, il tutore deve orientare le sue scelte seguendo il criterio del miglior interesse del paziente⁶⁴⁷.

L'utilizzo composito di più criteri rende maggiormente complesso individuare il concreto equilibrio tra i contrapposti interessi; comunque, in tal modo, vi sono anche ricadute positive rispetto all'obiettivo di individuare la scelta che meglio risponda all'interesse dell'adulto incapace⁶⁴⁸.

presunta" v., *infra*, nel testo, oltre a quanto osservato nel par. 4.1.

⁶⁴⁴ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

Sulla questione del temperamento tra il principio del consenso - che ordinariamente prevale in virtù del rispetto della dignità umana - e la rilevanza oggettiva del benessere fisico e psichico della persona nelle scelte mediche, si veda U. NANNINI, *op. cit.*, 177 ss. e 261 ss.; per un'applicazione di tale prospettiva al problema del consenso al trattamento medico del minore v., più di recente, M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., 35 ss. e 213 ss.

⁶⁴⁵ Cfr., per queste osservazioni, A. SCALERA, *I trattamenti sanitari dell'interdetto: poteri del tutore e ruolo del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 791 ss.

⁶⁴⁶ Cfr. par. 3.4.

⁶⁴⁷ In merito alla determinazione del *best interest*, si ricorda che, secondo quanto sostenuto dalla giurisprudenza inglese, deve essere ricercata la soluzione corrispondente al miglior interesse del paziente secondo l'apprezzamento dei medici; si vedano, però, i criteri indicati dal *Mental Capacity Act*, che hanno condotto ad una "soggettivizzazione" del *best interest* (cfr., *supra*, par. 3.4).

⁶⁴⁸ E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 376. Sul punto, si richiama l'analisi di M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, cit., 217 (cui si rinvia anche per ulteriori richiami dottrinali), secondo la quale il miglior interesse «non è inteso in senso (meramente) oggettivo (miglior interesse di un paziente che si trovi in astratto in una determinata condizione clinica), ma in senso (anche) soggettivo: miglior interesse di quel determinato paziente, con i suoi bisogni (oggettivi e soggettivi), le sue aspirazioni e preferenze». Quanto alla "volontà presunta", «il riferimento alla complessiva personalità del paziente porta a ritenere che anch'essa non vada intesa nel senso talvolta adombrato nella riflessione dottrinale e giurisprudenziale in cui la stessa si determina facendo riferimento alla scelta che sarebbe stata posta in essere da una persona ragionevole, nascondendo una valutazione oggettiva basata sul «bene del paziente» astrattamente inteso. La ricostruzione proposta dal S.C. nel caso Englaro costringe ad intendere la «volontà presunta» nel

Qualora ciò non sia possibile (ad esempio «quando non vi siano elementi su cui basarsi o quando tali elementi risultino non significativi, ambigui o contraddittori»), pare più opportuno ammettere che «non è possibile utilizzare il paradigma volontaristico; e ragionare invece nell’ottica della protezione (miglior interesse) del paziente, protezione che deve pur sempre riferirsi agli interessi di quella determinata persona e che, in questo senso, non può prescindere dalla considerazione della sua personalità e dalla concreta situazione»⁶⁴⁹.

A questo proposito, si può notare che, negli U.S.A., una delle normative più recenti in tema di disposizioni anticipate, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, tende a ridurre il rilievo dell’operazione di ricerca della volontà (effettiva o presunta) del paziente, riconoscendo un’importanza sicuramente decisiva anche alla volontà del soggetto che agisce quale *surrogate*. Il testo normativo (*Alaska Health Care Decisions Act*) recita infatti: «g) A surrogate shall make a health care decision in accordance with the patient’s individual instructions or other advance health care directives, if any, and other wishes to the extent known to the surrogate. Otherwise, the surrogate shall make the decision in accordance with the surrogate’s determination of the patient’s best interest. In determining the patient’s best interest, the surrogate shall consider the patient’s personal values to the extent known to the surrogate»⁶⁵⁰.

In conclusione, si può affermare che l’approdo giurisprudenziale cui si è giunti a seguito della vicenda Englaro costituisce la base⁶⁵¹, allo stato attuale, dei

senso di «consenso ipotetico presumibile» del paziente, che si basi su presunzioni semplici in senso tecnico, e cioè su elementi di fatto costituiti da concrete e precise circostanze che portino a fare ritenere verosimile che quel particolare paziente, se fosse stato in grado di manifestare una volontà, avrebbe espresso un consenso o un rifiuto rispetto ad una determinata proposta terapeutica».

⁶⁴⁹ M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, cit., 218; EAD., *Relazione terapeutica e consenso dell’adulto “incapace”: dalla sostituzione al sostegno*, cit., 389.

⁶⁵⁰ *Section 13.52.030.: Surrogates*, lett. g), il cui testo è reperibile all’indirizzo internet: <http://codes.lp.findlaw.com/akstatutes/13/13.52./13.52.030>. (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015).

Pertanto, secondo il Legislatore dell’Alaska, la decisione terapeutica può essere assunta anche se le notizie sui desideri del paziente siano insufficienti (in mancanza di «individual instructions» o «other advance health care directives», gli «other wishes» vengono in rilievo «to the extent known to the surrogate», cioè nella misura nota al sostituto, il quale può, quindi, essere all’oscuro dei reali «wishes» del paziente. Sul tema, v.: R.M. VEATCH, *Abandoning informed consent*, in H. KUHSE - P. SINGER (a cura di), *Bioethics - An Anthology*, Oxford, 2007, 638.

Il sistema di controllo è affidato al *primary health care provider*, come risulta dalla *Section 13.52.030.*: «(h) If a patient’s primary health care provider observes that a surrogate is not abiding by the wishes, values, and best interest of the patient, the primary health care provider may decline to comply with a decision of the surrogate and shall notify the health care institution where the primary health care provider is providing health care to the patient.

(i) A health care decision made by a surrogate for a patient is effective without judicial approval».

⁶⁵¹ Nonostante qualche isolato *revirement* della giurisprudenza di merito; si veda, ad esempio: Trib. Parma, 7 giugno 2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 791, per il quale «Non sussiste un principio generale secondo cui al sostituto *ex lege* nell’attività giuridica (cioè al rappresentante “legale”) va riconosciuto sempre e comunque il potere di esprimere il consenso informato in nome e per conto del rappresentato; il consenso ad essere assoggettato a trattamenti terapeutici è atto c.d. personalissimo, non delegabile a soggetti diversi dallo stesso interessato».

Per una critica a tale provvedimento, v. A. SCALERA, *op. ult. loc. cit.*, secondo cui il potere sopra

sistemi di sostituzione rappresentativa dell'incapace per l'adozione delle decisioni a carattere terapeutico, unitamente all'istituto dell'amministrazione di sostegno, che ha assunto il ruolo di strumento principale per la protezione del soggetto debole, come meglio si osserverà nel seguente paragrafo.

5.6. La rappresentanza legale dell'amministratore di sostegno. Le problematiche italiane attinenti all'AdS.

Nel precedente paragrafo si è cercato di riassumere il percorso giurisprudenziale che ha condotto all'affermazione dell'ammissibilità di una sostituzione ad opera del rappresentante legale anche con riferimento ad atti considerati tradizionalmente personalissimi.

Il suddetto principio, enunciato dalla Cassazione nel caso Englaro e quindi riferito al sistema protettivo dell'interdizione (artt. 414 ss. c.c.), può considerarsi applicabile pure all'amministrazione di sostegno⁶⁵². Anzi, si osserverà meglio *infra* che la tendenza prevalente, allo stato attuale, è quella di considerare l'amministratore di sostegno come il soggetto più adatto per consentire la realizzazione della volontà del beneficiario e la tutela della sua identità personale anche nella delicata materia delle disposizioni anticipate di trattamento.

Preliminarmente, occorre richiamare i principi sanciti dalla giurisprudenza per la scelta della misura da adottare ai fini della protezione dell'incapace.

Rispetto agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno⁶⁵³ va individuato «con riguardo

menzionato, dopo la pronuncia di Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., «deve ritenersi ammesso nel vigente sistema giuridico, sebbene sia soggetto [...] ad una serie di vincoli, funzionali alla salvaguardia dell'interesse dell'incapace»: infatti, la «sentenza Englaro» ha segnato un momento di significativa discontinuità» rispetto al passato e «ha il pregio di essere pienamente conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione e che si estrinseca nei sopra richiamati principi di dignità della persona (art. 2 Cost.), di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di volontarietà dei trattamenti sanitari (art. 32 Cost.)».

⁶⁵² Osservano R. MASONI - A. FAROLFI, *op. cit.*, 429 ss. che, in virtù dell'approccio adottato dalla Cassazione, si prospettano interessanti applicazioni dell'istituto dell'amministrazione di sostegno anche agli atti personalissimi di natura familiare, in particolare nei casi in cui si debba garantire il rispetto degli interessi morali della persona priva dell'autonomia necessaria ad esprimere una valida e consapevole decisione attinente alla propria sfera familiare. In giurisprudenza, si veda, ad esempio, Trib. Roma, 10 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2009, 2098 (relativamente alla nomina di un amministratore di sostegno al fine di esprimere il consenso al divorzio da parte del beneficiario).

⁶⁵³ La letteratura in tema di amministrazione di sostegno è ormai sterminata. Oltre alle opere citate nelle seguenti note, si vedano, senza pretesa di esaustività: P. CENDON - R. ROSSI (a cura di), *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2009; G. FERRANDO (diretta da), *Amministrazione di sostegno. Interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Bologna, 2012; A. BORTOLUZZI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005; S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005; S. TRENTANOVI, *La protezione delle persone prive di autonomia*, Relazione presentata all'incontro di studio sul tema «La nuova legge sull'amministrazione di sostegno», organizzato dal C.S.M. in Roma, 11-12 aprile 2005, in www.personaedanno.it; A. TURCO, *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, Napoli, 2010; R. PESCARA, *Amministrazione di sostegno e minore età*, in *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti"*, Suppl. a n. 3 di *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 137 ss.

non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità e alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa»⁶⁵⁴. A seguito dell'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2004 n. 6, l'interdizione «è divenuta, nell'ambito delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, un provvedimento di portata residuale, occorrendo perseguire, nella individuazione della misura più conforme alle esigenze dell'interessato, l'obiettivo della minore limitazione possibile della sua capacità di agire»⁶⁵⁵. Pertanto, la scelta in favore dell'interdizione sarà limitata a quelle ipotesi in cui occorrono al rappresentante dell'incapace «poteri più forti ed univoci», come, ad esempio, nel caso di «un grave conflitto con la famiglia»⁶⁵⁶.

È chiaro, poi, che, qualora un soggetto mantenga una certa capacità decisionale, l'amministrazione di sostegno si configura come l'istituto più adatto alla conservazione del residuo margine di autonomia del beneficiario: in tal caso, l'amministratore può affiancare quest'ultimo nel compimento delle scelte terapeutiche. Laddove invece il paziente si ritrovi in stato di incapacità totale e vengano, quindi, in rilievo le sue disposizioni anticipate di trattamento espresse in un momento in cui non vi era difetto di capacità, l'amministratore di sostegno rappresenta la principale figura di riferimento (in mancanza di nomina di un

⁶⁵⁴ Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2807; Cass., 24 luglio 2009, n. 17421, in *Fam. e dir.*, 2009, 1085; Cass., 22 aprile 2009, n. 9628, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 963; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giur. it.*, 2009, 134.

In senso difforme si era pronunciata parte della giurisprudenza di merito; si vedano, ad esempio: Trib. Monza, sez. dist. Desio, 6 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005, 242, secondo cui «Presupposto per la nomina dell'amministratore di sostegno è la sussistenza, in capo al beneficiario, di una residua (seppur ridotta) capacità di compiere atti; sicché, ove la persona a cui favore sia chiesta la nomina dell'amministratore di sostegno risulti assolutamente non in grado di curare, neppure in minima parte, i propri interessi, la relativa istanza non può essere accolta, dovendo invece procedersi all'instaurazione del procedimento di interdizione»; Trib. Varese, 17 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 687, per cui «Non è applicabile a beneficio di un soggetto in stato vegetativo permanente l'amministrazione di sostegno, misura che, destinata a fornire protezione a chi sia quantomeno vigile e collocato nel contesto di un minimum di vita quotidiana, presuppone il conferimento all'amministratore del potere di compiere in nome e per conto del beneficiario solo taluni specifici atti».

Sulla questione, deve essere ricordato l'intervento di Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1101, secondo la quale, solo nel caso in cui non si ravvisino interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il Giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno *status* di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria; ne discende che, in nessun caso, i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore.

In dottrina, v., per tutti, U. ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, I, 275 ss.; ID., *Sunt certi denique fines (?): la Corte Costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 4-5, 851 ss.; ID., *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 5, 993 ss.

⁶⁵⁵ Cass., 1° marzo 2010, n. 4866, in *Giur. it.*, 2010, 2301.

⁶⁵⁶ Cass., 24 luglio 2009, n. 17421, in *Fam. e dir.*, 2009, 1085.

fiduciario⁶⁵⁷) per l'attuazione delle DAT.

Il riconoscimento di poteri attinenti alla *cura personae* in capo all'amministratore di sostegno non è stato, tuttavia, immediato tra gli interpreti all'indomani dell'entrata in vigore della novella del 2004. Infatti, la preoccupazione⁶⁵⁸ che il ricorso al nuovo istituto - preferito per la flessibilità, l'accessibilità, la prossimità dell'organo che lo attiva e gestisce, la semplicità delle forme - potesse «condurre ad effetti aberranti proprio rispetto ad un ambito così sacrale ed inviolabile qual è la *cura personae*»⁶⁵⁹ ha spinto parte della giurisprudenza ad assumere un atteggiamento prudente, negando la possibilità, per l'amministratore, di adottare decisioni terapeutiche concernenti la persona del beneficiario⁶⁶⁰.

L'orientamento prevalente si era, tuttavia, espresso nel senso della possibilità di ricorrere al nuovo istituto, anche al fine esclusivo di autorizzare l'amministratore di sostegno alla prestazione del consenso informato⁶⁶¹. Come

⁶⁵⁷ Cfr. par. 5.9 ss.

⁶⁵⁸ Cfr. G. GENNARI, *op. cit.*, 760 ss.

⁶⁵⁹ U. ROMA, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, in *Fam. e dir.*, 2007, 7, 721 ss., il quale evidenzia le perplessità di parte della dottrina sul punto, a causa della monocraticità dell'organo giurisdizionale, nonché della leggerezza e fluidità del rito, che talvolta hanno persino consentito di omettere la consulenza tecnica (Trib. Modena, 21 marzo 2005, in www.altalex.com) e l'audizione diretta dell'interessato (Trib. Cosenza, 24 ottobre 2004, in www.altalex.com). Per i problemi legati alla sostituzione del beneficiario nelle scelte di natura personale, cfr. *ex multis*: G. CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2004, 492 ss.; E. CALÒ, *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, cit., 52 ss.

⁶⁶⁰ Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Dir. famiglia*, 2007, 1237, secondo cui «la mancata estensione all'amministrazione di sostegno del disposto degli artt. 357, 358, 371 c.c., sui quali si fondano i poteri del tutore in ordine alla prestazione del consenso informato all'atto medico ed alla collocazione dell'interdetto in strutture protette, determina l'impossibilità per l'amministratore di sostegno e per il giudice tutelare - in quanto non legittimato da alcuna disposizione di legge - di autorizzare atti invasivi della sfera personale, senza il consenso del beneficiario; ciò vale sia in ordine alla collocazione sia in ordine al consenso ad interventi e trattamenti sanitari, pena la violazione dei principi costituzionali in materia di libertà personale e volontarietà della cura». V. anche Trib. Asti, 10 maggio 2012, in *Giur. it.*, 2012, 2279, per cui «La persona priva di discernimento - e quindi totalmente incapace di assumere decisioni in ordine a trattamenti sanitari invasivi della sua sfera personale - non può beneficiare dell'amministrazione di sostegno ma deve essere interdetta, giacché il consenso a ricevere simili trattamenti può essere manifestato in sua vece solamente dal tutore».

⁶⁶¹ Tra i primi provvedimenti in materia, si possono citare Trib. Roma, 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, 249 ss.; Trib. Pinerolo, 4 novembre e 9 novembre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 1; Trib. Cosenza, 24 ottobre 2004, entrambi in www.altalex.com; Trib. Modena, 15 settembre 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 85; Trib. Modena, 28 giugno 2004, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 185; Trib. Modena, 21 marzo 2005, e Trib. Cosenza, 24 ottobre 2004, entrambi in www.altalex.com; Trib. Milano, 5 aprile 2007, in www.personaedanno.it.

Sul punto, va poi ricordata Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., in motivazione, la quale evidenzia che la disposizione di cui all'art. 357 c.c., letta in connessione con l'art. 424 c.c., investe il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace; secondo la Corte, «poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno».

In dottrina, v. almeno: G. FERRANDO, *I diritti di natura personale. Compiti dell'amministratore ed autonomia dell'interessato*, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, 146 ss.; F. ANELLI, *Il nuovo*

osservato in giurisprudenza, «l'art. 411 c.c. non richiama, a proposito dell'amministrazione, l'art. 357 c.c., ma [...] la complessiva disciplina speciale dettata dagli artt. 404 ss. c.c. rende il rinvio superfluo. Al riguardo, può considerarsi sia l'art. 405, 4° comma, c.c., che consente l'adozione di provvedimenti urgenti per la cura della persona oltre che del suo patrimonio, sia l'art. 408, che impone di individuare la persona dell'amministratore avendo riguardo alla cura e agli interessi della persona, sia, infine, l'art. 410, che impone di tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario»⁶⁶².

L'amministrazione di sostegno viene, pertanto, sempre maggiormente utilizzata nell'*iter* delle decisioni di accompagnamento del malato morente non più in grado di autodeterminarsi⁶⁶³. Infatti, si è sottolineato in dottrina che

sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia, in *Jus*, 2005, 216 ss.; F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*, in *Fam. e dir.*, 2005, 89 ss.; G. SAVORANI, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Pol. dir.*, 2006, 129; E. SERRAO, *Poteri del tutore e dell'amministratore di sostegno in tema di cura della persona*, Relazione presentata all'incontro di studio sul tema «L'amministrazione di sostegno», organizzato dal C.S.M. in Roma, 4-6 aprile 2007, in www.personaedanno.it

⁶⁶² Trib. Varese, 30 aprile 2012, pubblicato all'indirizzo internet <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7586.pdf>

A. SCALERA, *I trattamenti sanitari dell'interdetto: poteri del tutore e ruolo del giudice*, loc. cit. evidenzia le distinzioni tra interdizione e amministrazione di sostegno con riferimento alla necessità di autorizzazione giudiziale: «nell'ambito di un'amministrazione di sostegno, non si applica l'art. 357 c.c. e, dunque, l'amministratore di sostegno non è dotato, in difetto di apposita autorizzazione giudiziale, del potere di esprimere il consenso/dissenso alle cure per conto dell'amministrato. Pertanto, il Giudice Tutelare, investito della richiesta dell'amministratore di sostegno, non si limita ad un sindacato sulla legittimità dell'istanza ma si spinge oltre, arrivando, in caso di esito positivo, ad attribuirgli il potere di esprimere il consenso/dissenso alle cure per conto dell'amministrato. Il decreto del Giudice Tutelare in questa materia è, dunque, un provvedimento necessario, nel senso che, in difetto, l'amministratore di sostegno rimarrebbe privo di poteri per quanto riguarda gli atti afferenti alla *cura personae*. Al contrario, l'analogo provvedimento autorizzatorio emesso, nel corso di una tutela, è meramente eventuale, dovendo essere richiesto soltanto nell'ipotesi in cui insorgano contrasti tra il tutore e i familiari del tutelato oppure tra il tutore e il personale sanitario circa le decisioni terapeutiche da assumere nell'interesse dell'incapace. In mancanza di contrasti, non occorre alcun provvedimento giudiziale. In tale ipotesi, invero, gli unici protagonisti della vicenda, che si svolge fuori dalle aule giudiziarie, sono, da un lato, il tutore e, dall'altro, i sanitari».

I rilievi appena formulati trovano una sostanziale conferma, ad esempio, nel suddetto provvedimento di Trib. Varese, 30 aprile 2012, cit., che così dispone: «L'amministratore ha il potere-dovere di assistere la persona beneficiaria nella prestazione del consenso informato ai trattamenti dei dati personali ed ai trattamenti terapeutici. Quanto alle cure e ai trattamenti sanitari, l'amministratore può prestare il consenso in luogo del beneficiario, alla presenza di questi. Il rifiuto alla cura non può essere prestato dall'amministratore se non su provvedimento del Giudice Tutelare. In caso di urgenza improcrastinabile o di impossibilità assoluta del beneficiario a dialogare con i medici, l'amministratore presterà il consenso informato in sua sostituzione riferendo al giudice tutelare successivamente».

⁶⁶³ In generale, sul ruolo dei soggetti coinvolti nella cura del paziente incapace, a seguito dell'entrata in vigore dell'amministrazione di sostegno, si rinvia a M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., 361 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. Nella giurisprudenza più recente, si segnala la decisione di Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 209 ss., in cui il Giudice - ammettendo che l'amministratore di sostegno di persona attualmente incapace, ed affetta da grave

l'istituto in esame facilita «la relazione tra équipe curante e paziente nel perseguimento del miglior interesse di quest'ultimo, considerato nella sua globalità e specificità di persona con i propri bisogni ed il proprio vissuto. È, [...] *in primis*, possibile modulare i poteri del “sostituto” (da mero *nuncius* a vero e proprio rappresentante) in ragione: a) della vicinanza con il malato: persona designata dal beneficiario, familiare, conoscente, persona estranea; b) delle eventuali volontà/preferenze espresse dallo stesso: dal caso più felice di pianificazione condivisa delle cure nel corso della malattia, a più generiche disposizioni anticipate espresse in forme giuridicamente rilevanti, fino al caso in cui vi siano sicuri elementi indiziari della personalità e delle preferenze della persona; c) dei bisogni oggettivi di cura: ad esempio, urgenza medica v. situazione programmata o prevedibile; progressivo peggioramento v. stazionarietà della situazione; reversibilità v. irreversibilità della malattia; non invasività v. invasività degli interventi possibili o ritenuti opportuni, ecc. In secondo luogo, è possibile fornire all'équipe curante una adeguata “certezza giuridica” di quale sia il soggetto legittimato a partecipare alle scelte nell'interesse del paziente»⁶⁶⁴.

Con specifico riferimento alle DAT, si è poi affermato che l'art. 408 c.c. si colloca in una «generalizzata logica garantistica dell'essere umano e delle sue esigenze di vita, salute, rapporti familiari e sociali»: «la lettera della disposizione, la sua *ratio*, l'enunciazione, infine, nell'ambito di una disciplina tutta incentrata sulla tutela della persona e delle sue esigenze esistenziali, autorizzano e legittimano la constatazione che l'amministrazione di sostegno è, nell'attualità, l'istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico»⁶⁶⁵.

A questo proposito, si può richiamare anche quanto previsto dall'art. 24, comma 1, del più volte citato disegno di legge S.13 - XVII Legislatura: «Le eventuali disposizioni contenute nell'atto di designazione dell'amministratore di sostegno di cui all'articolo 408, primo comma, del codice civile, sono da considerarsi disposizioni anticipate di trattamento ai sensi e per gli effetti di cui al presente capo».

Una delle questioni che ha diviso in modo significativo la giurisprudenza

ed irreversibile patologia, può esprimere, per suo conto ed in suo nome, il consenso informato a cure mediche con sole terapie palliative, alternative a procedure invasive - ha accertato, a mezzo dell'esame di informatori, i convincimenti della persona beneficiaria in tema di scelte di fine vita, verificando che la stessa si era sempre dichiarata contraria ad ogni accanimento terapeutico.

⁶⁶⁴ M. PICCINI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, cit., 214 s., la quale evidenzia come la giurisprudenza abbia riconosciuto la possibilità di diversificare la posizione dell'amministratore in base alle diverse esigenze del beneficiario.

⁶⁶⁵ Trib. Modena, 5 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 37; v., inoltre, Trib. Modena, 14 maggio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 2692.

Osserva M. PICCINI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, 220 che i casi relativi a decisioni di fine vita hanno, invero, per lo più riguardato beneficiari la cui volontà era accertabile o ricostruibile con chiarezza; pertanto, da ciò è seguito il conferimento all'amministratore di poteri limitati, vicini a quelli di mero *nuncius* (cfr.: Trib. Roma, 21 dicembre 2005, in *Fam. e dir.*, 2006, 523 ss.; Trib. Modena, 13 maggio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1296 ss.; Trib. Modena, 1° dicembre 2008, in www.personaedanno.it; App. Cagliari, 16 gennaio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 620 ss.

degli ultimi anni concerne la possibilità di nomina dell'amministratore di sostegno anche in mancanza di una situazione attuale di incapacità del beneficiario.

A fronte di quanti hanno ritenuto che l'attualità della condizione di disabilità costituisca un imprescindibile, per quanto implicito, presupposto di nomina dell'amministratore di sostegno⁶⁶⁶, si è contrapposto l'orientamento antitetico che si fonda sulle ampie motivazioni nonché sull'autorità morale dell'estensore del primo pronunciamento in materia⁶⁶⁷ (Dott. Guido Stanzani). Secondo questa concezione, l'attualità della condizione di disabilità costituirebbe mero presupposto di efficacia della misura e, pertanto, anche una persona sana e pienamente capace di discernimento potrebbe presentare ricorso per ottenere la nomina di un amministratore "ora per allora".

A dirimere la questione è intervenuta nel 2012 la Cassazione, la quale ha stabilito che l'amministrazione di sostegno può essere disposta solo nei confronti di una persona che versi in uno stato attuale di infermità o di incapacità, tale da comprometterne l'autonomia, e non nei confronti di chi la chieda in previsione di una propria incapacità, futura ed eventuale. Perciò, non è legittimata a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in proprio favore la persona che si trovi nella piena capacità psico-fisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale d'incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto⁶⁶⁸.

La pronuncia della Cassazione, pur premettendo «l'estraneità al *thema decidendum* e quindi l'irrilevanza ai fini della [...] decisione della problematica attinente alla natura ed agli effetti delle direttive anticipate di trattamento sanitario», ha precisato che «l'intervento dell'amministratore di sostegno designato, pur con i limiti operanti in materia di diritti personalissimi, è vincolato alle indicazioni manifestate nella condizione di capacità dal soggetto, occorre aggiungere sempre revocabili, ed ha il potere ed il dovere di esternarle, senza che si ponga la necessità di ricostruire la volontà attraverso atti e/o fatti compiuti in stato di capacità». La Corte sottolinea che «il valore della dignità riferito sia al soggetto capace sia all'incapace si esprime nella autodeterminazione, che a sua volta rappresenta l'asse portante del rapporto che si estrinseca nella "alleanza terapeutica" e che esplicita l'impostazione che ad essa la persona capace intende dare attraverso l'atto di designazione». Pertanto, tale atto: «1. - vincolerà l'amministratore di sostegno, seppur i suoi poteri non sono prestabiliti ma sono fissati dal giudice tutelare nell'esercizio del suo potere decisionale, nel perseguire la finalità della "cura" necessaria a garantire la protezione del beneficiario e nell'attuare le "aspirazioni", laddove ne venga in rilievo il diritto alla salute, prestando il consenso o il dissenso informato agli atti di cura che impongono

⁶⁶⁶ Trib. Roma, 1° aprile 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 51; Trib. Firenze, 8 aprile 2009, in *Dir. famiglia*, 2009, 1277; Trib. Pistoia, 8 giugno 2009, in *Foro it.*, 2011, I, 608.

⁶⁶⁷ Trib. Modena, 5 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 37; conf.: Trib. Modena, 23 dicembre 2008, in *Dir. famiglia*, 2009, 699; Trib. Modena, 14 maggio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 2692; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 429 ss.

⁶⁶⁸ Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Dir. famiglia*, 2013, 1316.

Su tale pronuncia, si veda l'approfondita analisi di M. PICCINI - U. ROMA, *op. loc. cit.*, cui si rinvia anche per ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza.

trattamenti sanitari; 2. - orienterà l'intervento del sanitario; 3. - ne imporrà la deliberazione da parte del giudice nell'esercizio dei suoi poteri, segnatamente nell'attribuzione di quelli da affidare all'amministratore di sostegno, ovvero in sede d'autorizzazione agli interventi che incidono sulla salvaguardia della salute del beneficiario in caso di sua incapacità»⁶⁶⁹.

In merito alla questione, va, infine, ricordato un recentissimo provvedimento della giurisprudenza di merito, che, rielaborando l'interpretazione della Cassazione, secondo cui la nomina dell'amministratore di sostegno non deve necessariamente essere contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, ben potendo essere disposta anche a favore di chi, nell'immediato futuro, assai plausibilmente verserebbe altrimenti in infermità tale da renderlo incapace di provvedere ai propri interessi⁶⁷⁰. Quindi, il concetto di "attualità dell'esigenza di protezione" dovrebbe essere mutato in quello di "concreta e attuale possibilità del verificarsi, nel prossimo futuro, dell'esigenza di protezione"⁶⁷¹.

Lo stretto legame che si è venuto ad instaurare nella prassi italiana tra amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento trova corrispondenza nella disciplina legislativa tedesca, che verrà esaminata nel prossimo paragrafo.

5.7. L'amministrazione di sostegno: l'esperienza tedesca.

In Germania, la discussione in tema di "diritto a morire" si è sviluppata in modo particolare a seguito del caso giudiziario del Dott. Herbert Wittig, che, nel novembre del 1981, aveva trovato incosciente, ma ancora in vita, una propria paziente (Charlotte Uhrmacher), la quale, avvelenatasi con i barbiturici, aveva scritto un messaggio contenente la propria volontà di morire; il medico aveva

⁶⁶⁹ Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, la quale sottolinea che, «nel solco della sentenza n. 21748/2007, questo scrutinio non potrà però prescindere dalla verifica circa l'attualità della volontà del soggetto in stato d'incapacità che, sino al momento della perdita della coscienza, ha il potere di revocare quella scelta, nonché, secondo quanto si è affermato nei precedenti nn. 4211/2007 e 23676/2008 in ordine al dissenso alla sottoposizione alle cure mediche trasfusionali da parte di un testimone di Geova, della sua univocità e specificità, in modo da fugare incertezze ricostruttive o interpretative».

⁶⁷⁰ Trib. Modena, 1° luglio 2015, in <http://www.personaedanno.it/attachments/article/48018/clicca%20per%20il%20testo%20del%20decreto.pdf> (pagina da ultimo consultata in data 15 luglio 2015).

⁶⁷¹ Così P. CENDON - I. BEDASCHI, *ADS, ora per allora: sì, quando vi siano giustificati timori di incombente accanimento terapeutico*, in www.personaedanno.it, i quali osservano: «L'obiezione, che ogni tanto si fa, che cioè si rischierebbe, con la soluzione stanziana/masoniana qui difesa, di avere davanti alla porta del GT centinaia persone sane come pesci che vogliono subito la nomina dell'amministratore di sostegno (e non si accontentano della designazione), non merita neanche risposta: solo un malato grave, che attualmente sia lucido ma che abbia oggettivi motivi per temere a breve un precipitare della situazione nell'oscurità, si trova – ecco il diritto ripetiamo!- nella condizione di poter pretendere "subito" dal GT l'emanazione del decreto di nomina».

Partendo da quest'ultimo rilievo, si può ipotizzare che, nelle ipotesi in cui non sussista il pericolo imminente di perdita della capacità, si apra la strada ad una sostituzione rappresentativa di fonte volontaria fuoriuscente dall'ambito dell'amministrazione di sostegno (sul punto, si rimanda alle considerazioni di cui ai parr. 5.9 ss.).

eseguito tale desiderio, non applicandole alcuna terapia rianimatoria, ed era stato poi prosciolto dal *Bundesgerichtshof* nel 1984⁶⁷².

Nell'ambito del 56. *Deutsche Juristentag* del 1986 si era trattato il tema del «Recht auf den eigenen Tod» (diritto alla morte propria); all'epoca, si presupponeva ancora che i vari problemi giuridici in materia potessero essere risolti senza la necessità di interventi legislativi⁶⁷³. Successivamente, nell'anno 2000, in occasione del 63. *Deutsche Juristentag*, si era discusso circa l'opportunità di regolamentazioni civilistiche volte ad assicurare l'autonomia di un soggetto malato con riguardo alla fine della vita⁶⁷⁴. Nel 2006, il dibattito veniva poi affrontato, in prospettiva penalistica, all'interno del 66. *Deutsche Juristentag*⁶⁷⁵.

Nel frattempo, la Corte Suprema tedesca (BGH) si pronunciava in un paio di occasioni, considerando vincolanti per il medico le disposizioni concernenti il fine vita, sulla base del principio dell'autodeterminazione⁶⁷⁶.

Anche il Ministro federale della giustizia instaurava un gruppo di lavoro denominato «*Patientenautonomie am Lebensende*» (Autonomia del paziente alla fine della vita), con l'incarico di valutare se, per la sicurezza dell'autonomia dei pazienti alla fine della vita, fossero necessarie regolamentazioni legislative. Contemporaneamente, la *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz* (Commissione di bioetica del Land Renania Palatinato), la *Enquête-Kommission* (Commissione di investigazione) denominata «*Ethik und Recht der modernen Medizin des Bundestags*» (Etica e diritto della medicina moderna del Parlamento federale) e il *Nationale Ethikrat* (Consiglio nazionale di etica) elaboravano delle prese di posizione dettagliate all'interno della problematica relativa alla *Sterbehilfe* (eutanasia)⁶⁷⁷.

⁶⁷² Cfr. T.R. PAYK, *Der beschützte Abschied: Streitfall Sterbehilfe*, München, 2009, K. 8, nonché l'articolo *Letzter Wille. Darf ein Arzt einen lebensmüden Patienten sterben lassen?*, apparso su *Der Spiegel* n. 28/1984 e reperibile anche sul web all'indirizzo: <http://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/13508489> (pagina consultata da ultimo in data 15 luglio 2015).

⁶⁷³ Su tale dibattito, si vedano, nella dottrina tedesca: J.J. BOCHNIK, *Verzweiflung und freie Willensbestimmung bei Suizidversuchen. Sondervotum zum Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe)*, in *MedR.*, 1987, 5 Jg., 5 H., 216 ss.; A. ESER, *Sterbewille und ärztliche Verantwortung. Zugleich Stellungnahme zum Urteil des BGH im Fall Dr. Witting*, in *MedR*, 3 Jg., 1 H., 6-17-1985; E.W. HANACK, *Strafrecht, Sterbehilfe und NichtVerhinderung freier Selbsttötung. Zu den Verhandlungen der Strafrechtl. Abteilung des 56. Dtsch. Juristentages. 1986*, in *MedR*: 1987, 5 Jg., 1 H., 96 ss.; H.D. HIERSCHKE, *Das Recht des Menschen auf seinen würdigen Tod*, in *MedR*, 1987, 5 Jg., 2 H., 83 ss.; M. LUTTEROTTI, *Sterbehilfe, lex artis und mutmasslicher Patientenwille. Ärztliche Überlegungen zu juristischen Vorschlägen*, in *MedR*, 1988, 6 Jg., 2 H., 55ss. e 4 H., 163 ss.; H. OTTO, *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht in Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung. Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages (Berlin, 1986)*, München, 1986, 10 ss.

⁶⁷⁴ C. BERGER, *Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, in *JZ*, 2000, 797 ss.; J. TAUPITZ, *Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?*, in *NJW*, 2000, B.H. 25, 6 ss.

⁶⁷⁵ T. VERREL, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, in *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages (Stuttgart, 2006), Band I: Gutachten / Teil C*, Bonn, 2006, 85.

⁶⁷⁶ BGH, 17 marzo 2003, in *NJW*, 2003, 1588 e BGH, 8 giugno 2005, in *NJW*, 2005, 2385.

⁶⁷⁷ Sul punto, si veda il contributo di V. LIPP, *Patientenautonomie und Lebensschutz, Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“*, Göttingen, 2005, consultabile

Le disposizioni anticipate di trattamento trovavano, infine, per la prima volta una compiuta disciplina normativa nel 2009. A questo proposito, è possibile rilevare che l'intervento del Legislatore tedesco ha assunto una configurazione peculiare, in quanto la materia è stata regolata attraverso una riforma delle norme in tema di amministrazione di sostegno («*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*» del 29 luglio 2009, in vigore dal 1° settembre 2009)⁶⁷⁸.

La normativa sulle disposizioni di fine vita si pone nel solco della continuità con il diritto giurisprudenziale sviluppatosi all'interno dell'ordinamento tedesco. Nelle occasioni in cui si è pronunciato in materia, il BGH ha infatti sancito che, qualora un paziente sia incapacitato ad esprimere il proprio consenso e la malattia abbia assunto un decorso letale irreversibile, ci si deve astenere da misure volte a conservare o prolungare la vita, sempre che tale astensione corrisponda alla volontà precedentemente manifestata dal paziente. Una affermazione di tale portata si pone quale conseguenza del principio di dignità umana (art. 1 *Grundgesetz*), che impone il rispetto del diritto all'autodeterminazione esercitata nel pieno possesso della propria capacità volitiva, anche nella fase in cui sia sopravvenuta l'incapacità ad assumere personalmente decisioni riguardanti i trattamenti sanitari. Nel caso in cui la volontà espressa dal paziente non possa essere accertata, l'ammissibilità delle misure terapeutiche si giudicherà sulla base della volontà presunta del paziente, da

all'indirizzo <http://www.univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-3-930457-74-1/lipp.pdf?sequence=1>; per la prospettiva penalistica, v. G. DUTTGE, *Preis der Freiheit*, in *Schreiber NSTZ*, 2006, 473 ss.

Gli studi condotti dalle istituzioni citate *supra* nel testo hanno portato ad un sostanziale accordo su tre punti centrali: a) la regolamentazione avrebbe dovuto prevedere la cd. *Patientenverfügung* e disciplinare le questioni connesse; b) la disciplina si sarebbe dovuta realizzare nell'ambito del *Betreuungsrecht* (diritto di assistenza giuridica); c) non si sarebbe dovuto procedere ad una modifica dello *Strafgesetzbuch* (codice penale tedesco).

Per una ricostruzione delle varie definizioni di eutanasia nell'ambito della dottrina tedesca, si richiama il par. 2.2.

⁶⁷⁸ La tecnica legislativa è stata, quindi, quella della novellazione. I §§ del BGB introdotti o riformati dall'intervento legislativo sono i §§ 1901a («*Patientenverfügung*», ovvero «disposizione del paziente»), 1901b («*Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens*»: «colloquio per l'accertamento della volontà del paziente») e 1904 («*Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen*»: «autorizzazione del tribunale dell'amministrazione di sostegno in caso di provvedimenti medici») BGB.

Gli aspetti più prettamente procedurali sono invece stati disciplinati riformando i §§ 287 e 298 della legge in materia di volontaria giurisdizione del 17 dicembre 2008 («*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*»).

Tra i commenti degli Autori italiani, si vedano: S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, 964 ss.; G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: Patientenverfügung und Sterbehilfe*, in *Fam. e dir.*, 2011, 12, 1167 ss.; A.L. LETTIERI, *La Patientenverfügung: il nuovo istituto per le disposizioni di fine vita in Germania*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 3, II, 1484 ss.; A. SCALERA, *La legge tedesca sulle dichiarazioni anticipate di trattamento (Patientenverfügung)*, in *Studium iuris*, 2009, 12, 1317 s.; per una comparazione anche con altri ordinamenti stranieri v.: F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, I 153 ss.; E. BERTRAND CATTINARI, *Amministratore di sostegno: quale futuro per le decisioni sanitarie? Alcuni rilievi alla luce del quadro legislativo internazionale e della recente giurisprudenza*, in *Sociologia del diritto*, 2014, 1, 203 ss.; G. CASABURI, *Le scelte di fine vita: una panoramica di diritto comparato*, in *Foro it.*, 2013, IV, 6, 296 ss.

determinarsi caso per caso valutando scelte di vita, giudizi di valore e convinzioni dello stesso⁶⁷⁹.

Sulla base di questi principi, il Legislatore tedesco, mediante la suddetta legge di riforma entrata in vigore il 1° settembre 2009, ha previsto la facoltà, per ogni soggetto maggiorenne, di redigere una *Patientenverfügung*, ovvero un documento scritto («*schriftlich festgelegt*»⁶⁸⁰, recita il nuovo § 1901a), indicante la sua volontà di subire un trattamento medico⁶⁸¹ o di rifiutarlo, nell'eventualità in cui, in qualsiasi ipotesi futura, egli si trovi nell'impossibilità di manifestare tale intenzione⁶⁸². Al *Betreuer* (amministratore di sostegno) spetta l'incarico di valutare se, nel caso concreto, le scelte espresse anteriormente dal paziente possano essere idonee all'attuale condizione di vita e salute dello stesso. Nel caso in cui il *Betreuer* le ritenga appropriate, egli si attiverà affinché la volontà del paziente venga rispettata. La dichiarazione è sempre revocabile e la revoca può avvenire in forma libera⁶⁸³.

⁶⁷⁹ L'intervento normativo è così commentato da S. PATTI, *op. loc. ult. cit.*: «Il *Bundesgerichtshof*, [...] sulla base dei primi articoli della legge fondamentale, in tema di personalità e di dignità della persona, aveva da tempo affermato, in almeno due occasioni, il carattere vincolante per il medico delle disposizioni di fine vita. Il significato e lo scopo dell'intervento legislativo devono essere quindi ravvisati nel tentativo di garantire maggiore certezza giuridica sulla efficacia della dichiarazione, ma anche su altre questioni, come l'individuazione dei soggetti legittimati a fare rispettare la volontà dell'interessato, la forma dell'atto e la sua efficacia temporale. La legge, infine, consente di tracciare le linee di confine tra il sistema di sanzioni previste dal codice penale tedesco a carico di chi favorisce la morte di una persona e l'ambito dei comportamenti da considerarsi leciti in base al diritto civile. L'uccisione di una persona a sua richiesta rimane in ogni caso punibile secondo quanto stabilito dal codice penale».

⁶⁸⁰ Per i presupposti della forma scritta, cfr. § 126 BGB.

⁶⁸¹ Per individuare l'ambito oggettivo della *Patientenverfügung* è stata utilizzata l'espressione «Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe», che è particolarmente ampia e può comprendere esaustivamente qualsiasi attività medica.

⁶⁸² È opportuno che gli interessati redigano le proprie disposizioni anticipate dopo avere raccolto le necessarie informazioni, in modo da utilizzare formule precise e dettagliate, riducendo così i dubbi interpretativi. Una dichiarazione che vieta «qualsiasi trattamento diretto a prolungare la vita» o qualsiasi «accanimento terapeutico» dovrebbe essere considerata sufficientemente determinata; tuttavia, formulazioni troppo generali circa un futuro trattamento non soddisfano i requisiti richiesti affinché le disposizioni possano ritenersi vincolanti e le stesse costituiranno, quindi, per l'amministrazione di sostegno solo un'indicazione di massima (cfr. S. PATTI, *op. loc. ult. cit.*).

⁶⁸³ Così prevede attualmente il § 1901a, comma 1, BGB: «Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden».

(Trad.: «Se un maggiorenne capace di volere ha stabilito in forma scritta per il caso della sua incapacità di volere che autorizza o vieta determinati esami del suo stato di salute, trattamenti o interventi medici, non ancora immediatamente da eseguire al momento della decisione (Disposizione del paziente), l'amministratore di sostegno verifica se tali decisioni sono adeguate rispetto alla attuale situazione di vita e di trattamento. In questo caso l'amministratore di sostegno deve fare in modo che la volontà del beneficiario trovi espressione e venga realizzata. Una disposizione del paziente può essere revocata in qualsiasi momento in forma libera»).

La tesi favorevole alla libertà di forma delle *Patientenverfügungen*, sostenuta durante i lavori preparatori, è stata respinta. In compenso, nella fase finale dell'elaborazione del testo normativo si è data preferenza alla mera forma scritta piuttosto che all'atto pubblico: in tal modo, si è cercato di facilitare la diffusione del nuovo istituto, a scapito della maggiore certezza che sarebbe derivata dall'intervento del pubblico ufficiale. È poi da sottolineare che non è stata richiesta, ai fini della validità delle disposizioni anticipate, una consulenza medica al momento della redazione dell'atto⁶⁸⁴.

In merito alla revoca v'è poi da osservare che l'amministratore di sostegno è tenuto ad aggiornare le dichiarazioni rese dal paziente, valutando eventualmente comportamenti del beneficiario idonei a far presumere che la volontà manifestata in forma scritta non può considerarsi attuale⁶⁸⁵.

Un'operazione di "aggiornamento" delle volontà del paziente (anche tenuto conto dell'evoluzione della scienza medica e delle maggiori possibilità di guarigione rispetto a quelle esistenti all'epoca della redazione della *Patientenverfügung*) è sempre indispensabile, poiché il Legislatore non ha previsto un termine di durata delle disposizioni anticipate (mentre nei lavori preparatori era stato proposto un periodo di validità massima pari a cinque anni)⁶⁸⁶.

Anche qualora le disposizioni anticipate siano assenti, il *Betreuer* può assumere la decisione, basandosi sulla volontà presunta del paziente, da ricercarsi attraverso precedenti dichiarazioni orali o scritte, convinzioni religiose, oppure

A parere di chi scrive, la possibilità di revoca in forma libera sembra fungere da contrappeso al carico di autoresponsabilità (su cui v. J. TAUPITZ, *op. loc. cit.*) connesso ad ogni disposizione anticipata: sussiste, infatti, sempre il rischio di non poterla modificare nel momento giusto (in tema, v. pure: U. DIEDERICHSEN, *Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung*, AA.VV., *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg, 2003, 635 ss. e spec. 648).

⁶⁸⁴ Cfr. S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, loc. cit.

⁶⁸⁵ W. HÖFLING, *Das neue Patientenverfügungsgesetz*, in *NJW*, 2009, 2849 ss., spec. 2950 s.

⁶⁸⁶ In passato, la dottrina aveva sostenuto che una *Patientenverfügung* non avrebbe potuto diventare giuridicamente inefficace per il mero decorso del tempo e, pertanto, non sarebbe stata necessaria alcuna conferma periodica (*ex multis*: C. BERGER, *op. cit.*, 802).

Si è quindi scelto di adottare una concezione diacronica del diritto di autodeterminazione (*Selbstbestimmungsrecht*), ammettendo che quest'ultimo tolleri una dilatazione temporale anche con riguardo al futuro, tanto da poter discorrere di «Zukunftsbezogenheit der Patientenverfügung», ovvero di "riferibilità al futuro" di una *Patientenverfügung*: sul punto, cfr. LAUFS - C. KATZENMEIER - F. LIPP, *op. cit.*, 209, i quali, già anteriormente all'entrata in vigore della riforma, avevano riconosciuto che «das Selbstbestimmungsrecht des Patienten umfasst gerade auch das Recht, es für die nahe oder fernere Zukunft auszuüben» (il diritto di autodeterminazione del paziente abbraccia anche il diritto di esercitarlo per il tempo prossimo o lontano): pertanto, se il paziente non è in grado di prestare il proprio consenso, né può discutere con il medico sulle misure suggerite o proposte, né può decidere sulla loro attuazione, l'incapacità sopravvenuta non comporta certamente il venire meno del diritto di autodeterminazione del paziente medesimo.

In senso contrario, parte della dottrina (M. CONRADI, *Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages. Eine Untersuchung zu Fragen der Sterbehilfe im Zeitalter der Intensivmedizin*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002, 575 ss.) aveva negato la legittimità giuridica di un consenso o di un rifiuto anticipati, basandosi sull'argomentazione per cui un uomo sano non potrebbe essere in grado di anticipare la previsione di una malattia grave e che lo pone in pericolo di vita: di conseguenza, egli non potrebbe nemmeno rifiutare la terapia per mezzo di una *Patientenverfügung*.

valori di riferimento⁶⁸⁷. Pertanto, se da un lato la forma scritta è prevista come requisito delle disposizioni anticipate, la mancanza delle stesse consente un'indagine volta a ricostruire la volontà del paziente basandosi, a questo punto, non più solo su scritti, ma su dichiarazioni orali e altre circostanze dai cui risulti l'identità del paziente⁶⁸⁸.

Come è stato sottolineato in dottrina⁶⁸⁹, la norma rappresenta una consolidazione dell'orientamento del BGH, che, in una sentenza degli anni Novanta, aveva posto il principio secondo cui trattamenti medici diretti unicamente a mantenere in vita il paziente non sono legittimi se il paziente (la cui guarigione è esclusa) sia ormai incapace di esprimere la propria volontà, ma è possibile presumere che l'interruzione del trattamento corrisponde ai suoi desideri⁶⁹⁰.

Le regole sino a qui esaminate trovano applicazione a prescindere dalla tipologia di malattia nonché dalla fase della stessa in cui il paziente si trovi⁶⁹¹ e anche nell'ipotesi in cui sia stato nominato un procuratore (*Bevollmächtigter*)⁶⁹².

Il Legislatore tedesco ha sottolineato che, naturalmente, vige un'assoluta libertà sotto il profilo dell'*an* circa l'adozione di disposizioni anticipate: in altri termini, dal rispetto della sfera individuale deriva che ogni soggetto è libero di non decidere alcunché in merito ai trattamenti sanitari cui dovrà essere sottoposto

⁶⁸⁷ § 1901a, comma 2, BGB: «Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten».

(Trad.: «se non esiste alcuna disposizione del paziente o le decisioni della disposizione del paziente non sono adeguate rispetto alla attuale situazione di vita e di trattamento, l'amministratore di sostegno deve decidere tenendo conto della presunta volontà del beneficiario se autorizzare o vietare un provvedimento medico secondo il comma 1. La volontà presunta deve essere ricostruita sulla base di indizi concreti. In particolare deve tenersi conto di precedenti esternazioni orali o scritte, convincimenti etici o religiosi, altre personali rappresentazioni di valori del beneficiario»).

⁶⁸⁸ Anche in questo caso, come già rilevato in precedenza (par. 4.1), si tende forse a sovrapporre volontà presunta e identità, confondendo i due profili.

⁶⁸⁹ Sul punto v., ancora, S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, loc. cit.

⁶⁹⁰ BGH, 13 settembre 1994, in *NJW*, 1995, 204 s.; la dottrina tedesca (A. SPICKHOFF, *Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sog. Patientenverfügungen?*, in *FamRZ*, 2009, 1949 ss.) rileva che dai lavori preparatori sembra emergere il principio «*in dubio pro vita*».

⁶⁹¹ § 1901a, comma 3, BGB: «I commi 1 e 2 si applicano indipendentemente dal tipo e dallo stadio della malattia del beneficiario».

(Trad.: «Die Absätze 1 und 2 gelten unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten»).

A questo proposito, deve essere sottolineato - come già avvenuto nel par. 1.2 e nel par. 1.3 di questo lavoro, osservando la non necessaria correlazione tra DAT e fase terminale della vita - che la *Patientenverfügung* non presuppone prognosi infauste.

⁶⁹² § 1901a, comma 3, BGB: «Die Absätze 1 bis 3 gelten für Bevollmächtigte entsprechend».

(Trad.: «I commi da 1 a 3 si applicano corrispondentemente per i procuratori»).

La figura del *Bevollmächtigter* è prevista dal BGB con riguardo all'incapacità di agire (*Geschäftsunfähigkeit*).

in futuro, di fatto rimettendosi così alla valutazione altrui⁶⁹³.

Nell'adempimento del proprio incarico, il *Betreuer* deve confrontarsi con il medico curante ed è tenuto a dare, eventualmente, anche ai parenti stretti la possibilità di pronunciarsi, ove sia possibile, purché ciò non comporti un'eccessiva dilatazione delle tempistiche⁶⁹⁴.

L'esercizio dell'amministrazione di sostegno è sottoposta al controllo giudiziale, nel senso che la prestazione, la revoca e il diniego del consenso informato devono essere autorizzati dal tribunale competente in tutti i casi in cui, a seguito del trattamento terapeutico o a causa della mancata somministrazione

⁶⁹³ § 1901a, comma 4, BGB: «Niemand kann zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf nicht zur Bedingung eines Vertragsschlusses gemacht werden».

(Trad.: Nessuno può essere obbligato a redigere una disposizione del paziente. La redazione o la produzione di una disposizione del paziente non può essere posta come condizione per la conclusione di un contratto).

Con riferimento al secondo periodo del comma in esame, si può comprendere che l'intento del Legislatore tedesco è quello di evitare che le *Patientenverfügungen* si trasformino in un mezzo a favore delle assicurazioni private, che potrebbero inserire clausole del genere nei contratti, allo scopo di ridurre la durata delle loro prestazioni (cfr. A. SPICKHOFF, *op. loc. cit.*).

Si può anche ipotizzare il caso di un contratto per l'accoglimento di un paziente in una casa di cura: esso non potrà contenere clausole che subordinino il ricovero alla redazione di una *Patientenverfügung*. Vi sarebbero, altrimenti, due coazioni: la prima, definita diretta, che consisterebbe appunto nell'imposizione della forma scritta ai fini dell'efficacia delle disposizioni anticipate; la seconda, indiretta, che si realizzerebbe ove il paziente non fosse ricoverato solo per non aver redatto una *Patientenverfügung*. Su tale "divieto di accoppiamento" (*Koppelungsverbot*) di forme di coazione, v.: J. GERNHUBER - D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 2010, 1002 s.

⁶⁹⁴ «Der behandelnde Arzt prüft, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Er und der Betreuer erörtern diese Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung.

Bei der Feststellung des Patientenwillens nach § 1901a Absatz 1 oder der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens nach § 1901a Absatz 2 soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betreuten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

Die Absätze 1 und 2 gelten für Bevollmächtigte entsprechend».

(Trad.: «Il medico curante verifica quale trattamento medico è indicato avuto riguardo alla situazione generale e alla prognosi del paziente. Egli e l'amministratore di sostegno esaminano tale trattamento tenendo conto della volontà del paziente come base per la decisione da prendere secondo il § 1901a.

Nell'accertamento della volontà del paziente secondo il § 1901a comma 1 o dei desideri di trattamento oppure della volontà presunta secondo il § 1901a comma 2 ai parenti stretti e alle altre persone di fiducia del beneficiario deve essere data possibilità di esprimersi, nella misura in cui ciò sia possibile senza rilevante ritardo.

I commi 1 e 2 si applicano corrispondentemente per i procuratori»).

Il concetto di parenti prossimi (*Angehörigen*) comprende coniugi, *Lebenspartner* (come definiti dalla *Lebenspartnerschaftsgesetz*, ovvero la legge del 16 febbraio 2001 vigente in Germania per le convivenze registrate relative alle unioni omosessuali), genitori, fratelli, sorelle e figli; le persone di fiducia (*Vertrauenspersonen*) possono essere, ad esempio, coloro che assistono il malato. Secondo la dottrina (G. FIRSCHING - K. DODEGGE, *Familienrecht 2. Halbband: Betreuungssachen und andere Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 2010, 7. Aufl., Rdn. 266, 123 s.), il rischio della grave perdita di tempo rispetto all'urgenza dell'intervento medico da porre in essere è ravvisabile, ad esempio, quando si deve ricercare il domicilio di tali persone oppure l'accessibilità di contattarle.

dello stesso, il paziente rischi la morte o una rilevante lesione di lunga durata alla propria salute⁶⁹⁵. D'altro canto, il Giudice è, in un certo qual modo, vincolato, dal momento che l'autorizzazione deve essere necessariamente concessa qualora si verifichi una corrispondenza tra la volontà del beneficiario e la decisione che dovrà essere manifestata dall'amministratore di sostegno⁶⁹⁶.

Da ultimo, la normativa tedesca si presenta particolarmente interessante sotto il profilo riconosciuto all'autonomia privata, aprendo a forme alternative di tutela della volontà del paziente non bisognose di controllo giudiziale. In Germania, infatti, si considera non necessaria l'autorizzazione da parte del tribunale nel caso in cui il medico curante e il *Betreuer* convengano sul fatto che la decisione da assumere è conforme alla volontà del paziente⁶⁹⁷.

La medesima possibilità - e qui la disciplina tedesca diventa di estrema importanza simbolica, in rapporto a quanto si osserverà *infra* nel presente lavoro⁶⁹⁸ - è riconosciuta al procuratore eventualmente nominato dal paziente⁶⁹⁹,

⁶⁹⁵ § 1904, commi 1 e 2, BGB: «Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet».

(Trad.: «Il consenso dell'amministratore di sostegno per un esame dello stato di salute, un trattamento di cura o un intervento medico necessita dell'autorizzazione del tribunale dell'amministrazione di sostegno, se sussiste il fondato pericolo che il beneficiario a causa del provvedimento muoia o subisca un grave danno alla salute di lunga durata. Senza l'autorizzazione il provvedimento può essere eseguito soltanto se il rinvio risulti pericoloso.

Il diniego del consenso o la revoca del consenso da parte dell'amministratore di sostegno relativo ad un esame dello stato di salute, un trattamento di cura o un intervento medico necessita dell'autorizzazione del tribunale dell'amministrazione di sostegno se il provvedimento è opportuno dal punto di vista medico e sussiste il fondato pericolo che il beneficiario a causa del provvedimento muoia o subisca un grave danno alla salute di lunga durata»).

⁶⁹⁶ § 1904, comma 3, BGB: «Die Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist zu erteilen, wenn die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht».

(Trad.: «L'autorizzazione secondo i commi 1 e 2 deve essere concessa se il consenso, il diniego del consenso o la revoca del consenso corrisponde alla volontà del beneficiario»).

⁶⁹⁷ § 1904, comma 4, BGB: «Eine Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a festgestellten Willen des Betreuten entspricht.

(Trad.: «Un'autorizzazione secondo i commi 1 e 2 non è necessaria se tra l'amministratore di sostegno e il medico curante sussiste accordo sul fatto che la prestazione, il diniego o la revoca del consenso corrisponde alla volontà del beneficiario accertata secondo il § 1901a.

⁶⁹⁸ V. par. 5.10, nel quale si esamineranno le possibilità di valorizzazione e tutela della volontà del soggetto, nell'ottica dell'impiego di strumenti flessibili come una procura sanitaria cui si accompagni il conferimento di un "mandato" ad un fiduciario.

⁶⁹⁹ La designazione preventiva del *Betreuer* può essere alternativa a quella del *Bevollmächtigter*, come si evince dal §1901c : sul punto, v. M. PICCINNI - U. ROMA, *Amministrazione di sostegno e*

purché la prestazione o il diniego del consenso rientrino nell'oggetto della procura e la stessa sia stata conferita in forma scritta⁷⁰⁰.

In sostanza, secondo il Legislatore tedesco, l'accertamento giudiziale non è superiore, sotto il profilo dell'efficacia, a quello condotto dal medico, dal *Betreuer* e dal *Bevollmächtigter*, in una prospettiva che vede il Giudice certamente non come autorità suprema, ma come collaboratore - insieme agli altri soggetti coinvolti nella relazione di cura - nell'attività rivolta alla migliore tutela del paziente⁷⁰¹.

disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, 727 ss., spec. 739.

⁷⁰⁰ § 1904, comma 5, BGB: «Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für einen Bevollmächtigten. Er kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist».

(Trad.: «I commi da 1 a 4 si applicano anche per un procuratore. Egli può prestare, negare o revocare il consenso per i provvedimenti di cui al comma 1 frase 1 o comma 2 soltanto se la procura si estende espressamente a tali provvedimenti ed è stata conferita in forma scritta»).

⁷⁰¹ A margine dell'analisi della normativa in materia di *Patientenverfügungen* si può citare un caso giudiziario che dimostra l'evoluzione culturale verificatisi a seguito dell'introduzione della legge di riforma.

Un'anziana signora, Erika Küllmer, era ricoverata in una casa di cura in Germania in coma irreversibile dal 2002, a seguito di *ictus*, e da quel momento costretta all'alimentazione artificiale. Prima di tale tragico avvenimento, la figlia aveva raccolto la confessione orale della volontà della madre di non essere mantenuta artificialmente in vita nell'eventualità di incidenti futuri che l'avrebbero potuta costringere allo stato vegetativo; tale dichiarazione era stata rilasciata dalla signora Küllmer dopo aver accudito il marito, colpito da emorragia cerebrale qualche tempo prima. Inizialmente, la tutela della volontà della signora Küllmer venne affidata ad un amministratore di sostegno professionale, al quale fu riportata la volontà della paziente espressa alla figlia, ma, a causa dell'assenza di elementi di prova a sostegno di tale tesi, l'amministratore respinse tale richiesta. La figlia si fece assistere per la tutela legale dall'avvocato bavarese Wolfgang Putz, il quale riuscì ad ottenere che la propria cliente diventasse l'amministratrice di sostegno della madre. A quel punto, la figlia chiese l'interruzione dell'alimentazione artificiale e la casa di cura dove la madre era ospitata, che inizialmente aveva acconsentito, manifestò il proprio dissenso. La figlia contattò immediatamente l'avvocato, il quale le consigliò di procedere celermente tagliando la sonda gastrica, attraverso la quale la madre era alimentata artificialmente. La clinica prontamente denunciò l'accaduto. Si aprì così un processo penale nei confronti della figlia e dell'avvocato con l'imputazione di tentato omicidio; la figlia venne prosciolta per difetto del requisito del dolo, mentre l'avvocato venne condannato in primo grado (nel 2007, anno in cui la disciplina sulle *Patientenverfügungen* non era ancora entrata in vigore) alla reclusione di 9 mesi e ad un'ammenda di 20.000 Euro.

A seguito del ricorso dell'avvocato, il BGH, con sentenza 25 giugno 2010, cassò la sentenza di primo grado, prosciogliendo Putz ed enunciando il principio per cui l'interruzione del mantenimento in vita, operata in conformità alla volontà espressa dal paziente, non è punibile, purché il soggetto interessato sia affetto da una malattia terminale ed i trattamenti sanitari effettuati nei suoi confronti non portino alla sua guarigione, ma semplicemente servano al suo mantenimento in vita in uno stato vegetativo. Nella propria pronuncia, il BGH ha ritenuto che tagliare un tubo dell'alimentazione artificiale o staccare un ventilatore rientrasse nella categoria delle forme accettabili di interruzione del trattamento medico, in presenza del consenso del paziente. Inoltre, l'accanimento terapeutico non avrebbe potuto essere esercitato nemmeno su pazienti che non avessero redatto disposizioni anticipate.

Sulla vicenda, si veda il contributo di A. BARAGGIA, *Interruzione di trattamenti di sostegno vitale e volontà del paziente incapace nella recente giurisprudenza tedesca: nuovi equilibri di una relazione problematica. Nota a Bundesgerichtshof, 25 Giugno 2010, 2 StR 454/09*, in *Riv. AIC*,

5.8. La tendenza verso la privatizzazione dei sistemi di protezione dell'incapace: *lasting power of attorney, mandat en prévision de l'incapacité e mandat de protection future.*

Si è già accennato, fin dall'inizio di questo lavoro⁷⁰², che, secondo una classificazione tipica del mondo anglosassone, le disposizioni anticipate possono suddividersi in *instructional directives* e in *proxy directives*. Queste ultime si ricollegano al tema della sostituzione rappresentativa affrontato nel presente capitolo e, pertanto, devono qui esserne delineati alcuni tratti essenziali, tenendo conto che, nelle esperienze di alcuni ordinamenti stranieri, l'intervento dell'autorità giudiziaria a protezione del soggetto non più autonomo procede spesso in via residuale rispetto agli strumenti privatistici che valorizzano l'autonomia della persona⁷⁰³.

Al fine di meglio comprendere il fenomeno in questione, è possibile richiamare la normativa di cui al *Mental Capacity Act* inglese⁷⁰⁴, ove si trova la disciplina del *Lasting Power of Attorney* (LPA), mediante il quale una persona fisica, maggiorenne e capace di agire, denominata *donor*, conferisce ad un'altra persona, dotata dei medesimi requisiti e denominata *donee*, il potere di prendere decisioni relative anche alla salute del *donor* per il tempo in cui egli avrà perso la propria capacità⁷⁰⁵.

2010, 0, 9 ss.

⁷⁰² Cfr. par. 1.2.

⁷⁰³ In questo senso, si è parlato di «privatizzazione dei regimi di protezione in Inghilterra e nel Canada francese» (così E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 537 ss., spec. 543).

Nel presente paragrafo verranno presi in considerazione, a titolo esemplificativo, gli istituti vigenti in Inghilterra, Québec e Francia.

⁷⁰⁴ L'Act, applicato in Inghilterra e Galles, risale, come ricordato, al 2005 e l'istituto del *Lasting Power(s) of Attorney* entra in vigore a partire dal 1° ottobre 2007. Già con l'*Enduring Powers of Attorney Act* del 1985 era stata introdotta la facoltà di conferire una procura «durabile», ovvero in grado di conservare efficacia nonostante la sopravvenuta incapacità del rappresentato; tuttavia, non era prevista la possibilità di compiere le decisioni, per conto del rappresentato, in materia di *personal care e welfare*. Sul punto, si veda E. CALÒ, «*Enduring Powers of Attorney*»: *il mandato come alternativa all'interdizione*, in *Notariato*, 1999, 385 ss.

⁷⁰⁵ Section 9 («Lasting powers of attorney»):

«(1) A lasting power of attorney is a power of attorney under which the donor (“P”) confers on the donee (or donees) authority to make decisions about all or any of the following -

(a) P's personal welfare or specified matters concerning P's personal welfare, and

(b) P's property and affairs or specified matters concerning P's property and affairs,

and which includes authority to make such decisions in circumstances where P no longer has capacity.

(2) A lasting power of attorney is not created unless -

(a) section 10 is complied with,

(b) an instrument conferring authority of the kind mentioned in subsection (1) is made and registered in accordance with Schedule 1, and

(c) at the time when P executes the instrument, P has reached 18 and has capacity to execute it.

(3) An instrument which -

(a) purports to create a lasting power of attorney, but

(b) does not comply with this section, section 10 or Schedule 1, confers no authority.

Affinché il *lasting power of attorney* possa esplicare effetti è necessario che vengano soddisfatti tre requisiti: a) deve mancare (o il rappresentante deve ragionevolmente credere che manchi) la capacità del rappresentato in ordine alla materia in questione; b) il rappresentante deve ragionevolmente credere che il compimento dell'atto sia necessario per evitare danni al rappresentato; c) l'atto deve essere una risposta proporzionata alla possibilità che il rappresentato subisca danni nonché alla serietà di tali danni.

La "procura persistente" può conferire il potere di assumere decisioni sui beni e sugli affari del rappresentato, oltre che sulla cura della persona (*personal welfare*) di quest'ultimo⁷⁰⁶. Nell'ipotesi di procura che attribuisca la rappresentanza in materia di *health and welfare* della persona, il potere conferito comprende, normalmente, la possibilità di prestare o rifiutare il consenso all'esecuzione o alla continuazione di trattamenti vitali (*life-sustaining treatment*), è soggetto alla disciplina prevista per le disposizioni anticipate⁷⁰⁷ e non si estende all'assunzione di decisioni in circostanze diverse da quelle in cui il rappresentato difetta di capacità⁷⁰⁸.

Il *Lasting Power of Attorney* può avere effetto solo previa registrazione

(4) The authority conferred by a lasting power of attorney is subject to -
(a) the provisions of this Act and, in particular, sections 1 (the principles) and 4 (best interests), and

(b) any conditions or restrictions specified in the instrument».

⁷⁰⁶ È, quindi, possibile distinguere tra LPA(PFA), relativo a *property and financial affairs*, e LPA(H&W), concernente *health and welfare*.

⁷⁰⁷ Le sections 24-26 del *Mental Capacity Act* sono già state prese in considerazione nel par. 3.4, al quale pertanto si rinvia.

⁷⁰⁸ Section 11 («Lasting powers of attorney: restrictions»):

«(1) A lasting power of attorney does not authorise the donee (or, if more than one, any of them) to do an act that is intended to restrain P, unless three conditions are satisfied.

(2) The first condition is that P lacks, or the donee reasonably believes that P lacks, capacity in relation to the matter in question.

(3) The second is that the donee reasonably believes that it is necessary to do the act in order to prevent harm to P.

(4) The third is that the act is a proportionate response to -

(a) the likelihood of P's suffering harm, and

(b) the seriousness of that harm.

(5) For the purposes of this section, the donee restrains P if he -

(a) uses, or threatens to use, force to secure the doing of an act which P resists, or

(b) restricts P's liberty of movement, whether or not P resists,

or if he authorises another person to do any of those things.

[abrogato]

(7) Where a lasting power of attorney authorises the donee (or, if more than one, any of them) to make decisions about P's personal welfare, the authority -

(a) does not extend to making such decisions in circumstances other than those where P lacks, or the donee reasonably believes that P lacks, capacity,

(b) is subject to sections 24 to 26 (advance decisions to refuse treatment), and

(c) extends to giving or refusing consent to the carrying out or continuation of a treatment by a person providing health care for P.

(8) But subsection (7)(c) -

(a) does not authorise the giving or refusing of consent to the carrying out or continuation of life-sustaining treatment, unless the instrument contains express provision to that effect, and

(b) is subject to any conditions or restrictions in the instrument».

presso l'ufficio del *Public Guardian*⁷⁰⁹, il quale tiene un apposito registro ed è dotato di compiti di amministrazione e controllo⁷¹⁰.

Un istituto analogo al *Lasting Power of Attorney* è il *mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant*⁷¹¹, introdotto in Québec nell'ambito di una

⁷⁰⁹ L'*Office of the Public Guardian* (OPG) ha sostituito il precedente *Public Guardianship Office*, che aveva compiti e responsabilità più limitati.

⁷¹⁰ Section 58 («Functions of the Public Guardian»):

«(1)The Public Guardian has the following functions -

- (a) establishing and maintaining a register of lasting powers of attorney,
- (b) establishing and maintaining a register of orders appointing deputies,
- (c) supervising deputies appointed by the court,
- (d) directing a Court of Protection Visitor to visit—
 - (i) a donee of a lasting power of attorney,
 - (ii) a deputy appointed by the court, or
 - (iii) the person granting the power of attorney or for whom the deputy is appointed (“P”),and to make a report to the Public Guardian on such matters as he may direct,
- (e) receiving security which the court requires a person to give for the discharge of his functions,
- (f) receiving reports from donees of lasting powers of attorney and deputies appointed by the court,
- (g) reporting to the court on such matters relating to proceedings under this Act as the court requires,
- (h) dealing with representations (including complaints) about the way in which a donee of a lasting power of attorney or a deputy appointed by the court is exercising his powers,
- (i) publishing, in any manner the Public Guardian thinks appropriate, any information he thinks appropriate about the discharge of his functions.

(2) The functions conferred by subsection (1)(c) and (h) may be discharged in co-operation with any other person who has functions in relation to the care or treatment of P.

(3) The Lord Chancellor may by regulations make provision -

- (a) conferring on the Public Guardian other functions in connection with this Act;
- (b) in connection with the discharge by the Public Guardian of his functions.

(4) Regulations made under subsection (3)(b) may in particular make provision as to -

- (a) the giving of security by deputies appointed by the court and the enforcement and discharge of security so given;
- (b) the fees which may be charged by the Public Guardian;
- (c) the way in which, and funds from which, such fees are to be paid;
- (d) exemptions from and reductions in such fees;
- (e) remission of such fees in whole or in part;
- (f) the making of reports to the Public Guardian by deputies appointed by the court and others who are directed by the court to carry out any transaction for a person who lacks capacity.

(5) For the purpose of enabling him to carry out his functions, the Public Guardian may, at all reasonable times, examine and take copies of -

- (a) any health record,
- (b) any record of, or held by, a local authority and compiled in connection with a social services function, and
- (c) any record held by a person registered under Part 2 of the Care Standards Act 2000 (c. 14), so far as the record relates to P.

(6) The Public Guardian may also for that purpose interview P in private.

⁷¹¹ Sul *mandat donné en prévision de l'inaptitude* in Québec, si vedano i contributi di: A. ROY, *Les régimes de protection du majeur inapte*, in CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit*, 1997, 9; E. DELEURY - D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, 1997, 491; C. BERNARD - D. SHELTON, *Les Personnes et les familles*, Montréal, 1995, 7, 45; G. GUAY, *Questions pratiques concernant le mandat donné dans l'éventualité de l'inaptitude et les régimes de protection aux majeurs inaptes* (Conférence donnée à la session de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec, 2-3 novembre 1990), in CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC,

più ampia riforma (ad opera della «Loi sur la curatelle publique» entrata in vigore il 15 aprile 1990) riguardante il Curatore Pubblico, cioè un'autorità di nomina governativa preposta al controllo di tutele e curatele specificamente indicate dall'art. 12 della predetta legge. Il Curatore può intervenire (*ex art.* 13) nelle istanze relative: all'apertura di un regime di protezione del maggiorenne; alla omologazione o alla revoca di un mandato in previsione della propria incapacità; alla sostituzione di un tutore o curatore di un minore o di un maggiorenne protetto o di un curatore dei beni dell'assente; all'omologazione o revoca di un mandato rilasciato in previsione dell'incapacità del mandante. Inoltre, il Curatore Pubblico può chiedere la revoca di ogni mandato rilasciato in previsione della propria incapacità, qualora il mandato non venga svolto fedelmente, oppure se ricorrono seri motivi (art. 22).

Il complessivo sistema di protezione degli incapaci configurato dal Legislatore del Québec prevede una tipologia di rappresentanza generale per l'incapace totale e permanente (*curatelle ex art.* 281 c.c.Q.), uno di rappresentanza settoriale per l'incapace parziale o temporaneo (*tutelle ex art.* 285 c.c.Q.), uno di semplice assistenza per il compimento di atti specifici (*conseiller au majeur ex art.* 291 c.c.Q.); a questi si è, poi, aggiunto il citato *mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant*, disciplinato dagli artt. 2166 ss. c.c.Q.

Il *mandat* deve essere concluso per atto pubblico o per scrittura privata innanzi a dei testimoni; la sua efficacia è subordinata alla sopravvenuta incapacità e all'omologazione da parte del Tribunale, su domanda proposta dal mandatario.

Il Curatore Pubblico ha poteri di vigilanza, istruttoria e impulso, al fine di compensare la gestione privatistica. Nella prospettiva del Legislatore del Québec, può sussistere un concorso tra un regime di protezione legale ed uno convenzionale, laddove il *mandat* risulti insufficiente a tutelare gli interessi del mandante (cfr. art. 2169 c.c.Q.). È, inoltre, previsto un sistema pubblicitario a mezzo di un apposito registro dei mandati, tenuto dal Curatore Pubblico.

Il negozio in esame si fonda sulla stessa *ratio* del *Lasting Power of Attorney*, ma si differenzia per alcuni correttivi. Infatti, il mandatario deve accompagnare la domanda di omologazione del mandato con una perizia medica e psicosociale idonea ad attestare le condizioni cliniche del mandante. Quest'ultimo deve, comunque, essere interrogato dal Giudice, che accerta l'effettiva incapacità nonché l'esistenza del mandato e la sua validità, se stipulato davanti a testimoni. Verificati i presupposti, viene pronunciata la sentenza di omologazione, che è poi notificata agli interessati: da tale momento, il mandato assume l'efficacia necessaria allo svolgimento della funzione per cui è stato predisposto.

A seguito della legge di modifica sulle funzioni notarili, entrata in vigore il

Cours de perfectionnement en Notariat, Montréal, 1990, 153; P. LAMARCHE, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant*, in CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Actes du Congrès*, Montréal, 1994, 130 ss.; P. DUCHAINE, *Réflexion sur le "Living Will" de common law dans le contexte du droit civil québécois*, in *La Revue du Notariat*, 2000, 417.

Per la dottrina italiana, cfr.: E. CALÒ - L. IAPICHINO, *Appunti sulla disciplina nel Québec del mandato in previsione della propria incapacità*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 969 ss.; E. CARBONE, *op. cit.*, 544; E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, cit., 169 ss.

Per una rassegna delle discipline vigenti nelle altre province del Canada, v., ampiamente, F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 473 ss.

13 maggio 1999, la domanda di omologazione del *mandat* può essere presentata ad un notaio accreditato, il quale acquisisce la perizia e interroga il mandante in luogo del Giudice. In questo modo, si è ipotizzata una completa “degiurisdizionalizzazione” del sistema di protezione, che viene in sostanza affidato all’operato del notaio⁷¹².

Infine, occorre segnalare che anche un Paese della tradizione di *civil law* come la Francia ha recentemente introdotto uno strumento di protezione che ricalca quelli sino a qui esaminati. Infatti, con la legge 2007-308 del 5 marzo 2007, entrata in vigore il 1° gennaio 2009, il Legislatore francese ha previsto un particolare istituto per la tutela del soggetto incapace, ovvero il *mandat de protection future*.

Come è stato osservato, «le mandat de protection [...] est une figure libre d’assistance abutie. Il représente un terme à une série d’avancées significatives qui donnent véritablement aujourd’hui un caractère subsidiaire au régime légal du protection, incarné dans la mesure de la tutelle, de la curatelle, et de la sauvegarde de justice»⁷¹³.

La dottrina francese ha espressamente riconosciuto l’influsso esercitato da quegli ordinamenti stranieri che «connaissent également ce même mécanisme, privilégiant ainsi l’autonomie de la volonté et la liberté de l’individu»⁷¹⁴. Apprezzando l’innovazione francese, alcuni commentatori italiani hanno ritenuto che «un’attenzione maggiore di quella finora dedicata dal nostro legislatore alla libertà negoziale delle persone fisiche nella prospettiva di affermazione del principio sottolineato dalla dottrina francese - e ripreso dall’ammonizione del Filosofo: “Traiter l’être humain comme une fin en soi et non pas comme un moyen” - potrebbe indicare la via per un superamento dell’ipostatizzazione di stati di eliminazione o riduzione della capacità d’agire qualora siano possibili vie

⁷¹² Cfr. E. CALÒ, *Mandat en prévision de l’inaptitude: un message dal Québec*, in *Familia*, 2002, 53 ss.

⁷¹³ P. POTENTIER, *Le domaine du mandat de protection future*, in *ICP Sem. jur. Not.*, 2007, 42, 1262, 22 s.; sul *mandat de protection future* v. anche: T. FOSSIER, *La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007*, in *ICP Sem. jur. Not.*, 2007, 11, 1128, 17 ss.; A. DELFOSSE - N. BAILLON-WIRTZ, *Le mandat de protection future*, in *La Semaine Juridique*, 30 marzo 2007, 1140, 16; per quanto riguarda il progetto della riforma, cfr. T. FOSSIER, *L’objective de réforme du droit des incapacités: protéger sans jamais diminuer*, in *Rep. not.*, 2005, I, 1, *Doctr. et jur.*, 38076, 27, 31 ss., il quale sottolineava, anteriormente all’entrata in vigore della *loi 5 mars 2007*, che «un majeur, même en tutelle, n’est pas un enfant; les articles 389 et suivantes du Code civil doivent procéder d’une philosophie spécifique, faite de prudence et de respect des libertés». In materia di istituti per la protezione degli incapaci prima della riforma, cfr.: M. ABBATE, *Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia*, in E.V. NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall’interdizione all’amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 129 ss.; E.V. NAPOLI, *Il sistema francese dell’incapacità d’agire quale modello per una riforma in Italia (in margine alla proposta di legge sull’amministratore di sostegno)*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione* (Atti del Convegno del Consiglio Nazionale del Notariato su «Capacità ed autonomia delle persone. La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione», svoltosi a Roma il 20 giugno 2002), Milano, 2002, 89 ss.

⁷¹⁴ P. POTENTIER, *op. cit.*, 23. Il medesimo Autore (ID., *op. cit.*, 22) considera che «De fait, de nombreuses législations étrangères utilisent avec un certain succès ce mécanisme du mandat qui personnalise au plus haut puis la mesure de protection, puisqu’elle est de source volontaire».

alternative per il raggiungimento dei fini di protezione dell'individuo»⁷¹⁵.

L'introduzione del *mandat de protection future* ha avuto effettivamente la finalità di superare i tradizionali strumenti di protezione dell'incapace, consentendo l'intervento di un soggetto che sostituisca o assista la persona bisognosa di protezione. La volontà del soggetto viene valorizzata attraverso il riconoscimento della possibilità di scelta in merito all'assistenza per la propria protezione futura⁷¹⁶.

Il *mandat* in esame si può suddividere, sotto il profilo del soggetto mandante, in due tipologie: il *mandat de protection future pour soi-même* e il *mandat de protection future pour autrui*. Nella prima ipotesi, il mandante è ogni persona maggiorenne o minore emancipato, che non sia soggetto a tutela, oppure una persona sotto curatela assistita dal curatore; beneficiario è lo stesso mandante, che per una delle cause di cui all'art. 1425 *code civil* (alterazione di facoltà mentali o di facoltà corporali che impediscano l'espressione della propria volontà), non può provvedere ai propri interessi. Nel secondo caso, il mandato è invece previsto a favore di una terza persona, consentendo ai genitori di un figlio maggiorenne portatore di handicap di designare il soggetto che assumerà l'incarico di protezione del figlio nel momento in cui essi non saranno in grado di farlo⁷¹⁷. Per le due figure di *mandat* sono previsti requisiti formali differenti, dal

⁷¹⁵ E.V. NAPOLI, *La prodigalità nell'inabilitazione*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 3027 ss., spec. 3032.

⁷¹⁶ P. POTENTIER, *op. cit.*, 22 evidenzia la diversità di *ratio* sottostante al *mandat* per la protezione futura rispetto agli altri preesistenti istituti di protezione dell'incapace: «Le mandat de protection future est en opposition avec les dispositions de l'article 2003 du code civil qui énonce que la mandat finit, entre autres, par la tutelle des majeurs. Précisément, le mandat de protection future commence, là où le mandat ordinaire finit».

⁷¹⁷ Article 477 *code civil*: «Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.

Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié».

(Trad.: «Ogni maggiorenne o minore emancipato che non sia oggetto di misura di tutela può incaricare una o più persone, con uno stesso mandato, a rappresentarlo nel caso in cui, per una delle cause previste dall'art. 425, non fosse più in grado di provvedere da solo ai propri interessi.

La persona in curatela può concludere un mandato di protezione futura soltanto con l'assistenza del suo curatore.

I genitori o l'ultimo genitore superstite, che non sia oggetto di misura di curatela o di tutela, che esercitino la potestà parentale sul loro figlio minore o assumano la responsabilità materiale e affettiva del loro figlio maggiorenne possono, nel caso in cui il figlio non fosse più in grado di provvedere da solo ai propri interessi per una delle cause previste all'art. 425, designare uno o più mandataria a rappresentarlo. Tale designazione produce i suoi effetti a partire dal giorno in cui il mandante decede o non si può più prendere cura dell'interessato.

Il mandato può essere concluso tramite atto notarile o scrittura privata. Tuttavia, il mandato

momento che il secondo deve essere necessariamente stipulato con atto notarile, mentre per il primo è sufficiente una scrittura privata con determinate caratteristiche.

La forma in cui è concluso il mandato determina l'applicabilità di regole differenti. Il mandato in forma pubblica⁷¹⁸ è sottoposto al controllo notarile e conferisce al mandatario maggiori poteri: infatti, esso consente, con certe modalità, di porre in essere atti di disposizione del patrimonio⁷¹⁹. Il mandato concluso per scrittura privata (che può essere controfirmato da un avvocato) è sottoposto a controllo giudiziario e a maggiori limitazioni per quanto riguarda l'attività avente natura patrimoniale⁷²⁰.

previsto al terzo comma dovrà essere concluso necessariamente con atto notarile»).

⁷¹⁸ Article 489 *code civil*: «Lorsque le mandat est établi par acte authentique, il est reçu par un notaire choisi par le mandant. L'acceptation du mandataire est faite dans les mêmes formes.

Tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandant peut le modifier dans les mêmes formes ou le révoquer en notifiant sa révocation au mandataire et au notaire et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire».

(Trad.: «Se il mandato è stipulato con atto pubblico, esso è sottoscritto da un notaio scelto dal mandante. L'accettazione del mandatario avviene nella stessa forma.

Finché il mandato non ha prodotto i suoi effetti, il mandante può modificarlo nelle stesse forme o revocarlo notificandone la sua revoca al mandatario e al notaio e il mandatario può rinunciare notificandone la sua rinuncia al mandante e al notaio»).

⁷¹⁹ Article 490 *code civil*: «Par dérogation à l'article 1988, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation.

Toutefois, le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles».

(Trad.: «In deroga all'articolo 1988, il mandato, anche se concepito in termini generali, include tutti gli atti patrimoniali che il tutore ha il potere di compiere da solo o con autorizzazione.

Tuttavia, il mandatario può compiere un atto di disposizione a titolo gratuito solo con l'autorizzazione del giudice tutelare»).

Article 491 *code civil*: «Pour l'application du second alinéa de l'article 486, le mandataire rend compte au notaire qui a établi le mandat en lui adressant ses comptes, auxquels sont annexées toutes pièces justificatives utiles. Celui-ci en assure la conservation ainsi que celle de l'inventaire des biens et de ses actualisations.

Le notaire saisit le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat.

(Trad.: «Per l'applicazione del secondo comma dell'articolo 486, il mandatario rende conto al notaio che ha stipulato l'atto di mandato sottoponendogli i suoi conti, ai quali sono allegati tutti i documenti giustificativi utili. Costui assicura la conservazione dei conti, quella dell'inventario dei beni e degli aggiornamenti.

Il notaio informa il giudice tutelare di tutti i movimenti dei fondi e di tutti gli atti non giustificati o che non appaiano conformi ai contenuti del mandato»).

⁷²⁰ Article 492 *code civil*: «Le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'État.

Le mandataire accepte le mandat en y apposant sa signature.

Tant que le mandat n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant».

(Trad.: «Il mandato stipulato per scrittura privata è datato e firmato dal mandante. Può essere sia controfirmato da un avvocato, sia posto in essere secondo un modello definito con decreto in Consiglio di Stato.

Il mandatario accetta il mandato apponendovi la propria firma.

Per quanto concerne l'incarico che il mandatario è tenuto ad eseguire, il negozio può prevedere che egli svolga i compiti che il *Code de la santé publique*⁷²¹ e il *Code de l'action sociale et des familles* affidano al rappresentante della persona sotto tutela o alla *personne de confiance* (persona di fiducia)⁷²². È quindi naturale ritenere che il mandato di protezione futura sia lo strumento giuridico ottimale per l'attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento o, prendendo a prestito un'espressione utilizzata dalla dottrina, «un luogo di espressione privilegiata» per le medesime⁷²³.

Non pare potersi dubitare che il *mandat de protection future* sia considerato dal Legislatore francese quale vero e proprio mandato⁷²⁴, sebbene con

Finché il mandato non ha avuto esecuzione, il mandante può modificarlo o revocarlo con le stesse forme e il mandatario può rinunciarvi notificando la sua rinuncia al mandante»).

Article 492-1 *code civil*: «Le mandat n'acquiert date certaine que dans les conditions de l'article 1328».

(Trad.: «Il mandato acquisisce data certa soltanto alle condizioni di cui all'articolo 1328»).

Article 493 *code civil*: «Le mandat est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation.

Si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation ou qui n'est pas prévu par le mandat s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner».

(Trad.: «Il mandato è limitato, quanto alla gestione del patrimonio, agli atti che un tutore può compiere senza autorizzazione.

Se il compimento di un atto che è sottoposto ad autorizzazione o che non è previsto dal mandato si dimostra necessario nell'interesse del mandante, il mandatario si rivolge al giudice tutelare perché sia ordinato»).

Article 494 *code civil*: «Pour l'application du dernier alinéa de l'article 486, le mandataire conserve l'inventaire des biens et ses actualisations, les cinq derniers comptes de gestion, les pièces justificatives ainsi que celles nécessaires à la continuation de celle-ci.

Il est tenu de les présenter au juge des tutelles ou au procureur de la République dans les conditions prévues à l'article 416».

(Trad.: «Per l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 486, il mandatario conserva l'inventario dei beni e i suoi aggiornamenti, gli ultimi cinque conti di gestione, i documenti giustificativi e quelli necessari alla continuazione di esso.

Egli è tenuto a presentarli al giudice tutelare o al procuratore della Repubblica alle condizioni previste dall'articolo 416»).

⁷²¹ Per il quale si rimanda al par. 3.3.

⁷²² Article 479 *code civil*: «Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance.

Le mandat fixe les modalités de contrôle de son exécution».

(Trad.: «Quando il mandato si estende alla protezione della persona, i diritti e gli obblighi del mandatario sono definiti dagli articoli 457-1 a 459-2. Ogni contraria disposizione si ritiene non scritta.

Il mandato può prevedere che il mandatario eserciti i compiti che il codice della salute pubblica e il codice dell'azione sociale e delle famiglie affidano al rappresentante della persona in tutela o alla persona di fiducia.

Il mandato stabilisce le modalità di controllo della sua attuazione».

⁷²³ E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, cit., 186.

⁷²⁴ Sul dibattito in merito all'inquadramento nella figura del mandato di un ipotetico negozio per

sue peculiari caratteristiche. L'article 478 stabilisce infatti che «Le mandat de protection future est soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 qui ne sont pas incompatibles avec celles de la présente section»⁷²⁵.

Quanto alla persona del mandatario, il ruolo di quest'ultimo può essere rivestito sia da una persona fisica che da una persona giuridica (in tal caso deve essere iscritta in uno speciale elenco); è anche possibile la nomina di un sostituto, ma il mandatario risponde dell'operato del soggetto che lo sostituisce⁷²⁶.

Il mandato inizia a dispiegare pienamente i suoi effetti nel momento in cui viene constatato, tramite certificato medico, che si è verificata un'alterazione della capacità. In tale fase, non è necessario l'intervento del Giudice, in quanto è il certificato medico a stabilire la sussistenza di una delle situazioni che rendono il mandante incapace di provvedere ai propri interessi⁷²⁷.

Un aspetto che merita di essere sottolineato in merito alla disciplina

l'attuazione delle disposizioni anticipate in Italia, v. par. 5.9 e par. 5.10.

⁷²⁵ (Trad.: «il mandato di protezione futura è sottoposto alle disposizioni degli articoli 1984 a 2010 che non siano incompatibili con quelli della presente sezione»).

⁷²⁶ Article 480 *code civil*: «Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles.

Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445 du présent code.

Il ne peut, pendant cette exécution, être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

(Trad.: «Il mandatario può essere qualunque persona fisica scelta dal mandante o una persona giuridica iscritta nella lista dei mandatori giudiziari per la protezione dei maggiorenni prevista dall'articolo L. 471-2 del codice dell'azione sociale e della famiglia.

Il mandatario deve, durante tutta l'esecuzione del mandato, godere della capacità civile e assolvere alle condizioni previste, per gli incarichi tutelati, dall'articolo 395 e dall'ultimo comma dell'articolo 445 del presente codice.

Il mandato può essere revocato soltanto con l'autorizzazione del giudice tutelare».

Article 482 *code civil*: «Le mandataire exécute personnellement le mandat. Toutefois, il peut se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine mais seulement à titre spécial.

Le mandataire répond de la personne qu'il s'est substituée dans les conditions de l'article 1994.

(Trad.: «Il mandatario esegue personalmente il mandato. Tuttavia, una terza persona può sostituirlo per gli atti di gestione del patrimonio ma soltanto a titolo speciale.

Il mandatario risponde della persona che lo sostituisce secondo le condizioni previste dall'articolo 1994»).

⁷²⁷ Article 481 *code civil*: «Le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le code de procédure civile.

A cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal d'instance le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425. Le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire».

(Trad.: «Il mandato produce i suoi effetti nel momento in cui viene stabilito che il mandante non è in grado di provvedere da solo ai propri interessi. Costui ne riceve notifica secondo le condizioni previste dal codice di procedura civile.

A tal fine, il mandatario fornisce alla cancelleria del tribunale d'istanza il mandato e un certificato emesso da un medico scelto sulla lista menzionata all'art. 431 e che certifichi che il mandante si trovi in una delle situazioni previste dall'articolo 425. Il cancelliere del tribunale visa il mandato, determina la data della sua entrata in vigore, e indi lo restituisce al mandatario»).

francese è la possibilità prevista dall'art. 484 *code civil*: «Tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution»⁷²⁸.

La flessibilità dello strumento negoziale non impedisce quindi l'inserimento, nel processo di protezione del soggetto debole, di un controllo giudiziale sollecitato da qualsiasi interessato⁷²⁹.

Altro profilo rilevante è l'eventualità di convivenza tra più misure di protezione dell'incapace, secondo un principio di sussidiarietà, nel senso che, ove il mandato non permetta la migliore tutela della persona o del patrimonio di questa, il giudice può attivare ulteriori misure protettive: «Le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique dans les conditions et selon les modalités prévues aux sections 1 à 4 du présent chapitre.

Lorsque la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.

Le mandataire de protection future et les personnes désignées par le juge sont indépendants et ne sont pas responsables l'un envers l'autre ; ils s'informent toutefois des décisions qu'ils prennent»⁷³⁰.

Particolari regole sono, infine, dettate in materia di estinzione del mandato (che può verificarsi per il venir meno dello stato di incapacità, decesso della persona protetta o passaggio alla curatela o tutela, decesso o sopravvenuta incapacità del mandatario, revoca pronunciata dal Giudice)⁷³¹, inventario dei beni

⁷²⁸ (Trad.: «Qualsiasi persona interessata può rivolgersi al giudice tutelare al fine di contestare l'attuazione del mandato oppure perché si esprima sulle condizioni e modalità della sua esecuzione»).

⁷²⁹ In questo senso, si veda anche la disposizione di cui all'Article 483 in tema di revoca.

⁷³⁰ (Trad.: «Il giudice che pone fine al mandato può varare una misura di protezione giuridica alle condizioni e con le modalità previste alle sezioni 1-4 del presente capitolo.

Quando l'attuazione del mandato non permetta, per il suo ambito di applicazione, la sufficiente protezione degli interessi personali o patrimoniali della persona, il giudice può decidere una misura di protezione giuridica complementare affidandola, se del caso, al mandatario della protezione futura. Egli può anche autorizzare quest'ultimo o un mandatario *ad hoc* a compiere uno o più atti determinati non compresi nel mandato.

Il mandatario di protezione futura e le persone designate dal giudice sono indipendenti e non sono responsabili l'uno verso l'altro; tuttavia essi s'informano a vicenda delle decisioni prese»).

⁷³¹ Article 483 *code civil*: «Le mandat mis à exécution prend fin par:

1° Le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire, dans les formes prévues à l'article 481;

2° Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure;

3° Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture;

4° Sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, lorsque les règles du droit commun de la représentation ou celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ou lorsque l'exécution du mandat est de

e rendimento del conto⁷³², nonché rescissione degli atti compiuti da una persona beneficiaria di mandato di protezione⁷³³.

nature à porter atteinte aux intérêts du mandant.

Le juge peut également suspendre les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice.

(Trad.: «Il mandato in vigore si conclude per:

1° Recupero delle capacità personali dell'interessato verificate su domanda del mandante o del mandatario, secondo le forme previste dall'articolo 481;

2° Decesso della persona protetta o il suo passaggio in curatela o in tutela, salvo decisione contraria del giudice che ha emesso il provvedimento;

3° Decesso del mandatario, o assoggettamento ad una misura di protezione o il suo fallimento;

4° revoca pronunciata dal giudice tutelare su domanda di qualsiasi persona interessata, qualora si verifichi che le condizioni previste dall'articolo 425 non siano assolte, quando le regole di diritto comune della rappresentanza o quelle relative ai diritti e doveri dei coniugi e ai regimi matrimoniali appaiano sufficienti perché il coniuge con il quale la comunione di vita non sia cessata provveda agli interessi della persona oppure quando l'attuazione del mandato sia tale da recare nocumento agli interessi del mandante.

Il giudice può anche sospendere gli effetti del mandato per il tempo di una misura di salvaguardia di giustizia»).

⁷³² Article 486 *code civil*:

«Le mandataire chargé de l'administration des biens de la personne protégée fait procéder à leur inventaire lors de l'ouverture de la mesure. Il assure son actualisation au cours du mandat afin de maintenir à jour l'état du patrimoine.

Il établit annuellement le compte de sa gestion qui est vérifié selon les modalités définies par le mandat et que le juge peut en tout état de cause faire vérifier selon les modalités prévues à l'article 511».

(Trad.: «Il mandatario incaricato dell'amministrazione dei beni della persona protetta fa procedere al loro inventario al momento in cui la misura entra in vigore. Egli cura il suo aggiornamento nel corso del mandato al fine di seguire nel tempo lo stato del patrimonio.

Egli stabilisce annualmente il conto della sua gestione che viene verificato secondo le modalità definite dal mandato e che il giudice può far verificare in ogni tempo secondo le modalità previste dall'articolo 511»).

Article 487 *code civil*:

«A l'expiration du mandat et dans les cinq ans qui suivent, le mandataire tient à la disposition de la personne qui est amenée à poursuivre la gestion, de la personne protégée si elle a recouvré ses facultés ou de ses héritiers l'inventaire des biens et les actualisations auxquelles il a donné lieu ainsi que les cinq derniers comptes de gestion et les pièces nécessaires pour continuer celle-ci ou assurer la liquidation de la succession de la personne protégée».

(Trad.: «Alla scadenza del mandato ed entro i cinque anni successivi, il mandatario mette a disposizione della persona che è designata a succedere nella gestione della persona protetta - se essa ha recuperato le proprie capacità - o dei suoi eredi, l'inventario dei beni e gli aggiornamenti eseguiti così come gli ultimi cinque conti di gestione e la documentazione necessaria per la sua continuazione o assicurare la liquidazione della successione della persona protetta»).

⁷³³ Article 488 *code civil*: «Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304».

(Trad.: «Gli atti compiuti e gli impegni contratti da una persona oggetto di un mandato di protezione futura eseguito, durante la durata del mandato, possono essere rescissi per semplice lesione o ridotti in caso d'eccesso anche quando possano essere annullati ai sensi dell'articolo

Dagli esempi citati si può notare che una parziale privatizzazione dei sistemi di protezione dell'incapace non rappresenta certamente un'utopia. Gli strumenti giuridici utilizzabili a tal fine possono assumere varie configurazioni, comunque riconducibili ad una tipologia particolare di "mandato" e/o di procura⁷³⁴: se, da un lato, i modelli inglese e del Québec riconoscono un ruolo rilevante ad autorità quali il *Public Guardian* ed il *Curateur public*, il modello francese pare valorizzare in modo ancora maggiore il ricorso alle figure professionali (notaio e medico). Nella parte conclusiva del presente lavoro si cercherà di valutare le alternative percorribili per l'impiego di un analogo istituto anche in Italia, pur in assenza di una specifica regolamentazione mediante la quale verrebbero superate sia eventuali obiezioni circa l'inammissibilità di una siffatta forma di sostituzione rappresentativa, sia le difficoltà pratiche derivanti dalla ricostruzione di una disciplina basata sull'applicazione analogica di altre norme o di principi generali dell'ordinamento.

5.9. L'attuazione delle DAT e l'autonomia privata: il ruolo della rappresentanza volontaria.

Come accennato al termine del precedente paragrafo, è ora necessario considerare le prospettive concernenti la configurabilità, nell'ordinamento italiano, di strumenti di sostituzione rappresentativa, quali potrebbero essere un c.d. "mandato in previsione dell'incapacità" (per utilizzare un'espressione che ricalca quella del Legislatore del Québec) o una "procura sanitaria".

La necessità di affrontare tale problematica sorge dal fatto che la sostituzione rappresentativa di fonte legale non è stata certamente progettata al fine di costituire un mezzo di attuazione delle disposizioni anticipate. Come ha rilevato la dottrina più attenta, anche un istituto di recente introduzione, quale è l'amministrazione di sostegno, è stato adattato «per dare veste di giuridica certezza alle disposizioni anticipate di trattamento. Tra "direttiva anticipata" ed "amministrazione di sostegno" persiste però una tensione che solo un intervento legislativo *ad hoc* potrebbe sanare. L'amministrazione di sostegno è, infatti, un ufficio attribuito dall'autorità giudiziaria, da svolgersi nei limiti preventivamente individuati dal giudice e sotto il suo costante controllo successivo. Quando un soggetto, invece, nell'esercizio della propria autonomia privata, procede alla stesura formale di dichiarazioni anticipate di cura con contestuale nomina di un fiduciario, la soluzione più opportuna sembrerebbe che l'attuazione dei suoi interessi fosse direttamente ed esclusivamente affidata alla persona nominata, con un controllo solo successivo ed eventuale da parte dell'autorità giudiziaria. In questo caso l'amministrazione di sostegno potrebbe risultare ultronea o addirittura

141-1. I tribunali in particolare prendono in considerazione l'utilità o l'inutilità dell'operazione, l'importanza o la consistenza del patrimonio della persona protetta e la buona o mala fede di coloro con i quali essa ha contrattato.

L'azione appartiene soltanto alla persona protetta e, dopo la sua morte, ai suoi eredi. Essa si estingue nel termine di cinque anni di cui all'articolo 1304»).

⁷³⁴ Cfr. par. 5.10.

inadeguata rispetto alla tutela degli interessi del disponente»⁷³⁵.

È evidente che, al fine di ammettere uno strumento di sostituzione rappresentativa di fonte volontaria, si rende necessario ripensare il rapporto tra incapacità e compimento di atti personalissimi, nonché la rivisitazione di alcuni postulati tradizionali in materia di rappresentanza⁷³⁶.

A questo proposito, occorre comunque considerare quella che sembra essere la naturale linea evolutiva dell'interpretazione concernente gli atti dispositivi del corpo. Come è stato fatto notare, «reso oggetto dell'atto di disposizione, il corpo muta la portata» del negozio giuridico, per cui quest'ultimo «non è più soltanto lo strumento di attribuzione ad altri di un proprio diritto come ancora appare nell'art. 5 c.c.», ma acquista «un significato aggiuntivo di disponibilità unisoggettiva, che non attribuisce a un soggetto antagonista il diritto del disponente, e però conferisce un potere di decisione a un soggetto che non per questo ne diventa titolare»⁷³⁷. Il negozio, quindi, «inaspettatamente ma sempre più», «conquista territori in quell'area delle situazioni soggettive personali tradizionalmente pensate come aliene dall'ambito assegnato all'autonomia privata»⁷³⁸.

Con riferimento alla rappresentanza, poi, si può ricordare l'opinione di chi ha ravvisato lo sviluppo, nei tempi più recenti, di una nuova forma di «attribuzione delle azioni alla persona»: più precisamente, si potrebbe configurare una tipologia di rappresentanza con cui il rappresentante compie l'attività decisionale in base ad un fondamentale criterio di conformazione all'identità personale del rappresentato⁷³⁹.

Ciò premesso, pare opportuno evidenziare preliminarmente ancora due aspetti ritenuti rilevanti ai fini della presente analisi.

In primo luogo, la più volte ricordata assenza di legislazione specifica in materia di DAT pone inevitabilmente dei problemi di analisi e interpretazione. Si è già sottolineato che incorrerebbe in un grave errore chi equiparasse l'assenza di legislazione alla mancanza di principi giuridici regolatori. Tuttavia, mentre per

⁷³⁵ M. PICCINNI - U. ROMA, *op. cit.*, 739, i quali sottolineano che, tuttavia, allo stato attuale dell'ordinamento, peraltro, validità ed efficacia di una procura che rimetta alla mera autonomia privata l'attuazione degli interessi del disponente divenuto incapace, sono molto dubbie.

⁷³⁶ Gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in questo senso sono stati illustrati nella prima parte del presente capitolo

⁷³⁷ Così C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 102.

⁷³⁸ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 100.

⁷³⁹ Cfr. F. VIOLA, *op. cit.*, 14 s., il quale osserva: «Già Hobbes aveva notato che vi sono due modi di attribuire le azioni ad una persona: un'azione appartiene a chi la compie o appartiene a chi torna utile. La rappresentanza politica rende possibile attribuire azioni a persone che non l'hanno compiute, ma che hanno autorizzato il sovrano a compierle al loro posto e per conto loro. Invece, il secondo tipo di attribuzione di azioni, quello sulla base dell'utilità, si verifica secondo Hobbes quando si rappresenta qualcosa o qualcuno che non è in grado di autorizzare, come nel caso di beni materiali o di esseri non razionali o di minori. Gli sviluppi attuali stanno mettendo in luce un terzo modo di rappresentare, quello di agire per conto di altri sulla base di criteri che questi stessi seguirebbero se fossero capaci d'intendere e di volere. Si dà mandato al rappresentante di decidere non secondo i suoi criteri, che sarebbero volti a definire l'interesse oggettivo del rappresentato, ma secondo i criteri del rappresentato stesso, cioè secondo la sua visione della vita. Potremmo considerarla come una forma di rappresentanza ideologica per cui si richiede conoscenza intima della persona rappresentata e, preferibilmente, condivisione dei suoi ideali di vita».

l'individuazione dei principi generali che costituiscono il fondamento delle disposizioni anticipate si può fare riferimento direttamente alle norme costituzionali⁷⁴⁰, la ricerca di strumenti giuridici concretamente idonei all'attuazione delle volontà del paziente può richiedere al giurista di fare ricorso all'interpretazione analogica prevista dall'art. 12, comma 2, preleggi, qualora i suddetti strumenti non siano *prima facie* rintracciabili nell'ordinamento⁷⁴¹.

Pur senza rifarsi alla concezione giuspositivistica della completezza dell'ordinamento giuridico⁷⁴², occorre ricordare che l'interprete deve trovare sempre una soluzione di fronte al problema giuridico: anche per le fattispecie nuove o complesse, quali sono, ad esempio, le disposizioni anticipate di trattamento, è indispensabile ricostruire una disciplina regolatrice. Tale aspetto è posto in evidenza dalla Suprema Corte nella sentenza n. 21748/2007, con la quale è stato sancito che, nell'ipotesi in cui il paziente si trovi in uno stato di incapacità di intendere e di volere e non abbia precedentemente espresso il suo consenso - o il suo dissenso - informato, «pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali»⁷⁴³.

Gli spunti che verranno di seguito sviluppati, pertanto, devono essere letti nell'ottica di individuare i principi generali e gli indici normativi utilizzabili - mediante il ricorso, rispettivamente, all'analogia *iuris* e all'analogia *legis* - per delineare una disciplina delle DAT che tenda ad evitare forzature derivanti dalla rigida riconduzione delle medesime all'interno di istituti tipici quali l'amministrazione di sostegno, il mandato o la procura.

Ciò che si vuole mettere in risalto, in via conclusiva, non è tanto l'astratta

⁷⁴⁰ V., *supra*, par. 3.2.

⁷⁴¹ Come richiamato nel par. 4.3, una considerazione in parte simile è stata svolta in dottrina da F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 221 ss., il quale sostiene «la “doverosità” costituzionale di un'interpretazione estensiva delle norme del codice civile relative all'autonomia negoziale», al fine di creare un istituto atipico (le DAT) per la protezione di interessi tutelati dalla Costituzione. Ferma restando la condivisibilità di tale opinione, si può notare che forse sarebbe più corretto riferirsi ad un'interpretazione analogica, anziché estensiva, di tali norme.

⁷⁴² Tra i numerosi contributi sul principio di completezza dell'ordinamento, si segnalano in particolare: G. BRUNETTI, *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico: contributo alla dottrina dell'interpretazione della legge con particolare riguardo al diritto privato*, Firenze, 1924; S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in *Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Modena*, VII, Modena, 1925; A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962; F. CANFORA, *Lacune e completezza dell'ordinamento giuridico*, in *Iustitia*, 1973, 2, 127 ss.; R. MENEGHELLI, *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e le fonti extra ordinem: spunto critico*, in *Dir. e soc.*, 1992, 2, 249 ss.; M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, in *Rass. parlam.*, 2006, 3, 685 ss.

⁷⁴³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., che richiama la motivazione di Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, 3042 e in *Giust. civ.*, 1998, I, 2409, la quale si era così espressa: «L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

possibilità di legiferare introducendo istituti come la procura o il mandato in previsione dell'incapacità (la strada è già stata percorsa, come visto, da diversi ordinamenti), quanto piuttosto il fatto che, attraverso l'applicazione dell'analogia (*legis e iuris*), uno spazio per uno strumento fondato sul sistema della rappresentanza volontaria già sussiste. Il problema che sorge - e che invece non si porrebbe nel caso dell'esistenza di un'apposita normativa in materia - è quello di definire la struttura, la portata e l'efficacia di un tale ipotetico istituto.

Al fine di ricercare i modelli utili per la configurazione di uno strumento negoziale finalizzato all'attuazione di disposizioni anticipate di trattamento, si deve necessariamente risolvere la questione preliminare circa la struttura unilaterale oppure bilaterale delle DAT⁷⁴⁴. Proprio da quest'ultimo aspetto, che non molti studiosi hanno affrontato compiutamente, conviene quindi iniziare per perseguire lo scopo di analisi precedentemente enunciato.

Alcuni Autori che si sono occupati della questione circa l'unilateralità o la bilateralità delle disposizioni anticipate di trattamento ritengono che esse costituiscano un atto unilaterale (più specificamente, un negozio unilaterale, qualora si aderisca alla tesi sopra esaminata che comprende le disposizioni anticipate nel novero dei negozi giuridici)⁷⁴⁵.

Riprendendo la suddivisione tra le DAT "di istruzioni" e quelle "di delega", un Autore ha sottolineato che, nel caso di disposizioni del primo tipo, non sarebbe sicuramente possibile ravvisare la formazione di un accordo fra più parti differenti. Infatti, come già considerato in precedenza⁷⁴⁶, il consenso informato non avrebbe, secondo quanto sembra emergere dalla tradizionale giurisprudenza della Cassazione, il ruolo di consentire il perfezionamento di un contratto tra medico e paziente, bensì consisterebbe in un atto autorizzativo avente ad oggetto il trattamento terapeutico. A maggior ragione si dovrebbe propendere, allora, per la natura unilaterale delle disposizioni anticipate con le quali si intende regolare una relazione di cura futura, che potrebbe anche non venire mai ad esistenza; tali disposizioni sono, tra l'altro, destinate ad operare nei confronti di una pluralità indistinta di professionisti non ancora determinati nel momento in cui esse vengono espresse. Pertanto, le DAT "di istruzioni" dovrebbero necessariamente essere considerate manifestazioni di un solo centro di interessi⁷⁴⁷.

Per quanto riguarda le disposizioni anticipate "di delega" con le quali il disponente indica una persona di propria fiducia per rappresentarlo nel rapporto

⁷⁴⁴ Nel par. 4.3 le DAT sono state considerate come aventi una natura "ibrida". In quella sede si discuteva intorno alla qualifica delle stesse come negozio giuridico; in questa sede ci si sofferma, invece, sulla struttura delle disposizioni anticipate, le quali, si vedrà, pur essendo senza dubbio unilaterali, possono anche costituire il momento iniziale di una più complessa fattispecie bilaterale, nel caso in cui si provveda alla nomina di un fiduciario.

⁷⁴⁵ In questo senso, v.: G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, cit., 75 s.; ID., "Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno, cit., 191; L. MILONE, *Testamento biologico (Living will)*, in *Vita not.*, 1997, 108; G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, Fisciano, 2003, 146 s.; A. SASSI, *L'atto eutanasi al vaglio della Cassazione civile: nessuna decisione nel merito*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 56 ss.; S. VOCATURO, *La volontà del soggetto nell'ambito dell'advance health care planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico*, in *Riv. not.*, 2007, 917.

⁷⁴⁶ V., *supra*, par. 3.2.

⁷⁴⁷ F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 188 ss.

con il personale curante, si potrebbe porre qualche incertezza in merito all'esistenza di un incontro fra la volontà del fiduciario e quella della persona rappresentata. Tuttavia, la dottrina in esame esclude la configurabilità di una struttura bilaterale e, conseguentemente, anche di un contratto di mandato tra disponente e fiduciario. Infatti, si osserva, la rappresentanza non si sovrappone né concettualmente né sul piano della disciplina positiva ai contratti di cooperazione giuridica, fra i quali rientra il mandato⁷⁴⁸: avendo riguardo alla sostituzione del fiduciario nel rapporto terapeutico fra medici e malato incapace, ciò che assume rilevanza non sarebbe tanto il rapporto intercorrente tra il "fiduciario per la salute" e il paziente incapace, quanto piuttosto, essenzialmente, il conferimento, in capo al primo, di un potere rappresentativo da parte del secondo⁷⁴⁹.

Vi è stato poi taluno che, senza sostanzialmente valorizzare i profili distintivi tra le due menzionate tipologie di DAT ("di istruzioni" e "di delega"), ha parimenti negato la riconducibilità al mandato delle disposizioni contenenti la nomina di un fiduciario. In questo senso, si è osservato che il richiamo al mandato ridurrebbe alla categoria del contratto la complessa vicenda dell'esercizio del potere di autodeterminazione sanitaria e ne costringerebbe i contenuti in una logica essenzialmente patrimonialistica.

Una ricostruzione in termini di mandato implicherebbe, poi, un incontro tra proposta ed accettazione, mentre la designazione del fiduciario sarebbe solo eventuale⁷⁵⁰.

Ulteriori problemi sorgerebbero in fase di revoca, la quale dovrebbe essere sottoposta ai limiti del mutuo consenso, con la conseguente sottrazione all'iniziativa individuale del disponente. La sussunzione delle DAT entro le maglie degli artt. 1703 ss. c.c. rischierebbe, inoltre, di tradursi in una pericolosa e discrezionale sostituzione del soggetto designato (fiduciario) al mandante ormai impossibilitato ad esprimersi per effetto del disposto dell'art. 1711 c.c., che autorizza il mandatario a discostarsi dalle istruzioni ricevute al verificarsi di

⁷⁴⁸ Sulla procura, v. *infra*, nel testo. Per una generale disamina dell'istituto della sostituzione nel mandato, si rimanda a: F. SANTI, commento *sub* art. 1717 c.c., in *Comm. Cendon*, Milano, 2009, 452 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1178 ss.; G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, II, Milano, 2002, 115 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. it. disc. priv. - sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 176 ss.

⁷⁴⁹ F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 190 ss., il quale aggiunge che non sarebbe neppure ammissibile un eventuale rapporto gestorio, di natura bilaterale, fra malato e fiduciario con esclusione del conferimento di una procura sanitaria (mandato senza rappresentanza): la conseguenza sarebbe, infatti, quella - inaccettabile - che gli atti giuridici riguardanti la salute del paziente dovrebbero teoricamente ricadere nella sfera giuridica del fiduciario; tuttavia, trattandosi di manifestazione del consenso o del dissenso a terapie mediche che incidono soltanto sulla salute del rappresentato, tale prestazione non può, per sua natura, concernere la posizione del fiduciario.

⁷⁵⁰ Per queste critiche, v. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, cit., 148. Anche F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 204 ritiene che lo schema del contratto di mandato, prevedendo necessariamente una "controparte", rappresentata dal mandatario, sia del tutto inadeguato ogni qual volta il soggetto intenda semplicemente formulare le proprie istruzioni di cura senza avere l'intenzione di nominare, al contempo, un fiduciario.

A queste osservazioni, tuttavia, si può replicare che le DAT, pur avendo struttura unilaterale, possono costituire anche la prima fase nell'*iter* di perfezionamento di un negozio bilaterale tra disponente e fiduciario (anche non volendo qualificare necessariamente tale negozio come mandato): sul punto, v. *infra* nel testo.

circostanze ignote al mandante e tali che non gli possano essere comunicate in tempo⁷⁵¹.

Infine, la previsione contenuta nell'art. 1722, n. 4 c.c. (in forza del quale è causa di cessazione del rapporto giuridico fra mandante e mandatario, oltre alla morte, anche l'interdizione o l'inabilitazione del mandante) comporterebbe «l'inaccettabile paradosso in forza del quale il contratto si estinguerebbe proprio nel preciso momento in cui dovrebbe invece diventare produttivo di effetti, nell'ottica dei contraenti, essendo specificamente voluto e preordinato per attribuire al mandatario l'incarico di assumere le decisioni sanitarie in nome e per conto del mandante in caso d'incapacità sopravvenuta di quest'ultimo»⁷⁵².

Di diverso avviso è quella parte della dottrina che, sulla base dell'implicito presupposto della sussistenza di due tipologie di DAT strutturalmente differenti, ha ravvisato nelle disposizioni anticipate «una dichiarazione di volontà unilaterale da eseguirsi in una situazione data, e, nel caso di una delega ad un esecutore, di un mandato determinato, qual è previsto dall'art. 1710 c.c. (e, per la rinuncia, dal 1727 c.c.)»⁷⁵³. Laddove il fine in concreto perseguito fosse legittimo (rimanendo nell'ambito del rifiuto di un accanimento terapeutico) ed i mezzi applicati risultassero adeguati, si tratterebbe di un contratto certamente lecito, perché esso: a) non sarebbe contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume; b) non eluderebbe l'applicazione di una norma cogente; c) non verrebbe concluso per un motivo illecito comune a mandante e mandatario; d) non incorrerebbe in particolari divieti della legge relativamente alla prestazione di cose future⁷⁵⁴.

In questa prospettiva⁷⁵⁵, si potrebbe allora invocare l'ampia formula utilizzata dall'art. 1703 c.c., che fa riferimento al compimento di “atti giuridici”: nel caso di specie, si tratterebbe di atti non aventi carattere patrimoniale, bensì qualificabili come atti di cura di interessi non patrimoniali del mandante. Il mandatario assumerebbe, cioè, l'incarico di provvedere alla “cura” del mandante, trasmettendo le intenzioni di quest'ultimo in merito alle scelte concernenti la salute e i trattamenti terapeutici praticabili.

⁷⁵¹ V., ancora, G. SALITO, *op. loc. cit.*

⁷⁵² F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 203; v. anche G. SALITO, *Esperienze straniere*, in AA.VV., *Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie*, in *Quaderni del notariato*, XIII, Assago, 2005, 48 s.

In contrario, si deve fin da subito evidenziare che la norma di cui all'art. 1722, n. 4, c.c. è, secondo l'opinione prevalente, derogabile dalle parti. Se poi, anziché ricondurre la nomina e l'accettazione del fiduciario allo schema del contratto di mandato, si preferisse fare riferimento alla figura di una figura negoziale distinta (“mandato in previsione dell'incapacità” o “mandato sanitario”), la stessa finalità di tale negozio implicherebbe la necessità di discostarsi dalle regole del mandato *ex art.* 1703 ss. c.c. meno compatibili con le esigenze di protezione del “mandante”.

⁷⁵³ V., in particolare, M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, cit., 9.

⁷⁵⁴ M. PORTIGLIATTI BARBOS, *op. loc. cit.*

⁷⁵⁵ In tema di mandato, per le considerazioni di cui *infra* nel testo, cfr. F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 200 ss., il quale rileva, tuttavia, una serie di criticità nella ricostruzione in esame, rigettando la tesi del mandato e giungendo - come si è visto - alla conclusione dell'unilateralità delle disposizioni anticipate. Il medesimo Autore ipotizza, infatti, la configurazione di una “procura sanitaria”, avente natura di atto unilaterale non recettizio, per la cui efficacia non dovrebbe occorrere l'accettazione da parte del fiduciario (in proposito, v., *amplius*: F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 312 ss., spec. 316 s.).

Un tale mandato dovrebbe essere necessariamente accompagnato dal conferimento di un potere di rappresentanza, ai sensi dell'art. 1704 c.c., risultando di fatto impossibile l'applicazione dell'art. 1705 c.c., in forza della quale il mandatario che agisce senza spendita del nome acquista in nome proprio i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti nei confronti dei terzi. Il fiduciario acquisterebbe, pertanto, un potere di rappresentanza fondato sulla volontà dell'interessato *ex art.* 1387 c.c. e gli atti giuridici compiuti dal "mandatario per la salute" produrrebbero effetto direttamente in capo al rappresentato, conformemente alla disciplina di cui all'art. 1388 c.c.⁷⁵⁶.

Il compito fondamentale del mandatario sarebbe quello di interpretare e adattare la volontà espressa dal paziente divenuto incapace, tenendo conto dello specifico caso clinico, nonché dell'eventuale progresso delle scienze e delle tecniche mediche nel frattempo intervenuto. A tal fine, verrebbe in rilievo la disposizione di cui all'art. 1711, comma 2, c.c., la quale consente al mandatario di discostarsi dalle istruzioni ricevute, «qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione».

Tenuto conto della non uniformità di interpretazioni sulla struttura (unilaterale oppure anche bilaterale) delle DAT, si evidenzierà, nel prossimo paragrafo, che, indipendentemente dalla ricostruzione che si preferisce accogliere, sono individuabili, sia in tema di mandato che in tema di procura, norme che potrebbero essere oggetto di applicazione analogica al fine di disciplinare le DAT contenenti la nomina di un fiduciario.

5.10. La designazione del fiduciario. Il "mandato" e la procura sanitaria per l'attuazione delle DAT.

La possibilità di designazione di un fiduciario da parte del disponente sembra trovare il suo indice normativo più rilevante nell'art. 408, comma 1, secondo periodo c.c., il quale, come è noto, prevede che «L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata».

Giacché l'amministratore di sostegno, deputato ad occuparsi della cura della persona, può essere autorizzato ad esprimere o negare il consenso informato relativamente ai trattamenti terapeutici cui dovrebbe essere sottoposto il beneficiario⁷⁵⁷, sembra corretto trarre dall'art. 408 c.c. una regola di generale

⁷⁵⁶ Sarebbero perciò ravvisabili due differenti rapporti: uno interno, sussistente tra il disponente-mandante ed il fiduciario, che verrebbe regolato dal contratto di mandato stipulato fra questi soggetti; un altro, invece, si profilerebbe, all'esterno, tra il fiduciario (mandatario-rappresentante) e il personale sanitario che ha in cura il rappresentato: a tale rapporto si applicherebbero i principi relativi alla formazione del consenso informato.

⁷⁵⁷ Cfr. quanto osservato nel par. 5.6 e, in particolare, da Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit., per la quale la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, è espressione del principio di autodeterminazione della persona ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato.

ammissibilità della scelta di un fiduciario per l'attuazione delle DAT. La norma citata costituisce, quindi, la base normativa per la costruzione di meccanismi di sostituzione rappresentativa di fonte volontaria nell'ambito delle disposizioni anticipate.

È facile osservare che la scelta dell'amministratore di sostegno è, comunque, effettuata dal Giudice, che può discostarsi dalle indicazioni del beneficiario in presenza di gravi motivi (art. 408, comma 1, terzo periodo c.c.). Ci si può domandare, allora, se l'art. 408 c.c. costituisca anche un limite al potere di designazione di un fiduciario e se, quindi, sia sempre necessario un controllo giudiziale. La risposta potrebbe essere negativa laddove si considerasse che l'amministratore di sostegno ha compiti particolarmente ampi, che si estendono alla tutela degli interessi patrimoniali del beneficiario: ciò non varrebbe, invece, per il fiduciario nominato con le disposizioni anticipate di trattamento, poiché il suo incarico sarebbe limitato agli aspetti concernenti la relazione di cura intercorrente tra paziente incapace e personale sanitario. Si potrebbe così ipotizzare un controllo giudiziale successivo alla designazione e meramente eventuale, da attivare qualora gli altri soggetti interessati (parenti del beneficiario, medici, ecc.) avessero fondate ragioni per dubitare della correttezza delle decisioni assunte dal fiduciario per conto del disponente divenuto ormai incapace⁷⁵⁸.

Una volta riconosciuta l'astratta ammissibilità della nomina di un fiduciario, diviene necessario individuare gli istituti giuridici attraverso i quali la sostituzione da parte del rappresentante possa avere concretamente luogo. A questo proposito, prima di considerare più nello specifico il potenziale impiego della procura o del mandato per l'attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento, è opportuno svolgere qualche considerazione, esaminando le conclusioni cui è giunta l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale in merito ad alcune questioni riguardanti il rapporto tra procura e mandato.

Secondo opinione pacifica, la procura è un negozio unilaterale con il quale l'interessato investe, di fronte ai terzi, un soggetto del potere di rappresentarlo (in tutti gli atti di ordinaria amministrazione che lo concernono, se è generale, oppure in determinati atti, se è speciale). Dal momento che essa costituisce fonte di rappresentanza, la sua funzione si risolve e si esaurisce nella mera autorizzazione del rappresentante ad agire, in nome ed in vece del rappresentato, nei confronti dei terzi. La procura non deve, quindi, essere confusa con il sottostante rapporto di gestione, che lega l'agente all'interessato; tale rapporto può essere di mandato, ma anche, ad esempio, di società oppure di lavoro. La procura è caratterizzata dalla sua indipendenza ed astrattezza, in quanto, come atto concettualmente a se stante, è idonea a conferire il potere di rappresentanza, qualunque sia il rapporto interno che intercede tra il rappresentante ed il rappresentato⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Una tale soluzione sarebbe analoga a quella prevista dall'art. 484 *code civil* (v. *supra* par. 5.8).

⁷⁵⁹ Cfr., in giurisprudenza, tra le molte: Cass., 29 agosto 2014, n. 18450, in *Mass. Foro it.*, 2014, 619; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1388, in *Rep. Foro it.*, voce *Mandato*, n. 18; Cass., 4 dicembre 1996, n. 10819, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Mandato*, n. 10. In dottrina, per tutti, v.: A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, 51; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 261.

Con riferimento al problema della c.d. “procura isolata” (cioè la procura non accompagnata dalla contestuale conclusione di un contratto di mandato tra rappresentato-mandante e rappresentante-mandatario), si rileva, innanzitutto, che il procuratore non ha alcun obbligo di compiere l’atto giuridico per cui è stata rilasciata la procura e, pertanto, non sarà nemmeno responsabile laddove si astenga da qualsiasi attività giuridica nell’interesse del rappresentato⁷⁶⁰.

La procura, poi, oltre a essere la fonte del potere rappresentativo, costituirebbe la proposta di un mandato suscettibile di essere concluso *ex art.* 1327 c.c., cioè indipendentemente da una preventiva risposta⁷⁶¹. La valenza dell’atto di conferimento del potere sarebbe, quindi, duplice: da un lato, si tratterebbe di un negozio unilaterale di procura; dall’altro, esso troverebbe collocazione nella fase iniziale di un *iter* negoziale avviato da una proposta contrattuale idonea a determinare la successiva conclusione di un contratto di mandato⁷⁶².

Tuttavia, considerate l’indipendenza e l’autonomia del rapporto rappresentativo rispetto a quello gestorio, viene ipotizzata da taluni l’ammissibilità, per il rappresentante, di operare senza l’assunzione di vincoli contrattuali nei confronti del rappresentato; nondimeno, nel caso in cui il rappresentante agisca in nome del rappresentato, il primo sarà comunque sottoposto ad obblighi nei confronti del secondo⁷⁶³. Questa ricostruzione presenta però l’inconveniente di lasciare i rapporti tra rappresentante e rappresentato senza una compiuta disciplina, che deve comunque essere attinta, almeno in parte, dai principi in tema di mandato. Per tale motivo, parte della dottrina ritiene che, pur

⁷⁶⁰ Per tutti, v. S. DELLE MONACHE, commento *sub art.* 1392 c.c., in E. NAVARRETTA - A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale (artt.1387-1424)*, III, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 92 ss.

⁷⁶¹ In questo senso, v.: S. PUGLIATTI, *Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in diritto privato*, in ID., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 529; L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, 185 ss.; S. FERRARI, *op. cit.*, 118 ss., spec. 121; U. NATOLI, *La rappresentanza*, cit., 43 ss.; sul punto v. pure l’opinione di L. BIGLIAZZI GERI, voce *Procura*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 999 s., che però preferisce considerare la procura non tanto quale proposta di mandato, ma come «situazione preliminare, che ricorda quella relativa all’esistenza di una *condicio iuris* sospensiva, risultando [...] l’effettiva assunzione della gestione rappresentativa (e, perciò, del suddetto obbligo) subordinata alla risposta e, quindi, alla volontà del soggetto»: in altri termini, la procura sarebbe un «negozio sottoposto alla “*condicio iuris*” (sospensiva) della decisione positiva del destinatario dell’atto di assumere la gestione di un affare altrui».

⁷⁶² Cfr. G. DI ROSA, *Il mandato. La nozione*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Torino, 2011, 54, il quale descrive la procura come un «atto propositivo dell’assunzione di un obbligo la cui nascita è da ricondurre all’inizio dell’attività da parte del rappresentante, per cui la conclusione del mandato può avvenire [...] per *facta concludentia* (accettazione tacita) rispetto a cui l’esecuzione *ex art.* 1327 c.c. costituisce il modello di accettazione tacita (salvo verificare in quest’ultimo caso la sussistenza dei relativi presupposti, ossia la richiesta del proponente, la natura degli affari o gli usi)».

⁷⁶³ Cfr. S. DELLE MONACHE, commento *sub art.* 1392 c.c., cit., 93, il quale precisa che l’insussistenza di un rapporto gestorio «non significa, peraltro, che il rappresentante, libero di decidere se avvalersi o no dei poteri ricevuti, sia altrettanto libero, una volta avviata l’attività che gli è richiesta, in ordine al modo della gestione e al compimento dell’affare. Piuttosto, deve assumersi che il rappresentante sia gravato dall’obbligo, se esercita i poteri che gli sono stati conferiti, di tenere un comportamento improntato a diligenza, onde il suo intervento non si traduca in un danno per il *dominus*».

nel riconoscimento dell'autonomia della procura, sia indispensabile la sussistenza di un rapporto (di mandato, di società, ecc.) che fissi termini e modalità dell'agire rappresentativo⁷⁶⁴.

Si comprende, allora, perché nell'ipotesi di disposizioni anticipate contenenti la nomina di un fiduciario sia da più parti avvertita la necessità di ravvisare il fondamento di un negozio bilaterale, che - come precedentemente si è visto - viene qualificato come mandato.

Sotto il profilo in esame, è evidente il parallelismo con la diffusa ricostruzione (sopra ricordata) della procura quale atto unilaterale avente anche natura di proposta di mandato. Le DAT in cui è inserita la designazione di un fiduciario, pur mantenendo una struttura unilaterale, costituirebbero il primo momento dell'*iter* di perfezionamento di un negozio⁷⁶⁵ bilaterale tra disponente e fiduciario.

In linea generale, potrebbe essere applicato uno schema analogo a quello previsto dall'art. 1327 c.c., il quale consente la conclusione del negozio senza una preventiva risposta in base alla «natura dell'affare» o «secondo gli usi». Proprio la circostanza che le disposizioni anticipate sono volte a regolare uno specifico interesse di natura non patrimoniale consentirebbe di individuare una peculiare «natura» dell'«affare» in questione.

Quanto agli aspetti di criticità derivanti dal fatto che l'accettazione del fiduciario potrebbe giungere nel momento in cui la capacità del disponente sia venuta meno, l'ostacolo costituito dall'art. 1722, n. 4, c.c.⁷⁶⁶ può essere superato affermando la derogabilità della disposizione, come riconosciuto

⁷⁶⁴ C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, 150 s.

⁷⁶⁵ Si preferisce utilizzare il termine «negozio», anziché «contratto», per i motivi che verranno *infra* esposti nel testo.

⁷⁶⁶ Dall'estinzione del mandato discende - secondo alcuni - anche il venir meno dell'efficacia della procura conferita in forza di un sottostante rapporto di mandato.

In proposito, si è osservato che un'ipotetica separazione tra estinzione della procura ed estinzione del mandato «non è possibile, perché venendo meno il secondo la prima perde la propria ragion d'essere in quanto sua realizzazione» e deve quindi essere evitato «il rischio che il rappresentante mantenga la procura, ma non abbia più il mandato» (L. NANNI, *La revoca del mandato*, Padova, 1992, 186).

Sul punto, va ricordato che la giurisprudenza non è giunta a soluzioni sempre univoche. Ad esempio, Cass., 11 febbraio 1998, n. 1388, in *Contratti*, 1999, 120, ha stabilito che «la natura irrevocabile del mandato *in rem propriam* non impedisce gli effetti della revoca della procura e la conseguente pronuncia di inefficacia del contratto di compravendita concluso dal mandatario come rappresentante senza poteri. La natura irrevocabile del mandato rileva infatti esclusivamente nei rapporti interni tra mandante e mandatario, e non ai fini della «validità» del contratto concluso con il terzo, subordinato alla permanenza del potere di rappresentanza in capo al mandatario»; in senso contrario, Trib. Monza, 16 ottobre 2003, in *Giur. milanese*, 2004, 99, ha considerato il mandato con rappresentanza non quale unione di due negozi distinti e scindibili (mandato e procura), ma come «una figura autonoma e a sé stante, alla quale sono applicabili non solo le norme sulla rappresentanza ma anche quelle sul mandato, ai sensi dell'art. 1704 c.c.», con la conseguenza che «la revoca del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario (salvo che sia diversamente pattuito o ricorra una giusta causa di revoca), oltre a non determinare l'estinzione del mandato, non comporta nemmeno il venir meno dei poteri rappresentativi in capo al mandatario, atteso il rapporto di inscindibile funzionalità che si crea tra mandato e procura, tale da impedire l'autonoma sopravvivenza dell'uno senza il persistere dell'altra».

dall'orientamento prevalente⁷⁶⁷. Si deve poi ricordare che tale previsione è ritenuta, secondo un'interpretazione diffusa (e condivisibile, considerato il tenore letterale della norma), inapplicabile alle ipotesi di sola incapacità naturale⁷⁶⁸. Numerose sono, tra l'altro, le eccezioni alla regola che si rinvencono nella stessa disciplina codicistica.

In tema di mandato, si possono ricordare lo stesso art. 1722, n. 4, secondo periodo, c.c. («Tuttavia il mandato che ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa non si estingue, se l'esercizio dell'impresa è continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi»)⁷⁶⁹ e l'art. 1723, comma 2, c.c. («Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi [...] non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante»)⁷⁷⁰.

Guardando poi alla nomina del fiduciario come proposta negoziale, è possibile fare riferimento ad alcune norme che prevedono l'irrevocabilità della proposta contrattuale, ovvero l'art. 1329 c.c. («Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto. Nell'ipotesi prevista dal comma precedente, la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia») e l'art. 1330 c.c. («La proposta o l'accettazione, quando è fatta dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa, non perde efficacia se l'imprenditore muore o diviene incapace prima della conclusione del contratto, salvo che si tratti di piccoli imprenditori o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze»). Da tutte le disposizioni citate si può, quindi, ricavare il principio generale per cui l'ordinamento non priva di effetti una proposta contrattuale quando sussiste uno specifico interesse⁷⁷¹ da tutelare mediante il riconoscimento di un'efficacia

⁷⁶⁷ Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, 1613; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, in *Foro it.*, 1965, I, 1001; Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Foro it.*, 1964, I, 329; Cass., 4.10.1962, n. 2804, in *Foro it.*, 1963, I, 49; *contra*: in tema di mandato *post mortem* (su cui v. *infra* nel testo), G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, 556 ss., che, da un lato, sottolinea come il carattere imperativo di tale previsione si ricavi proprio dalla combinazione con l'art. 458 c.c., e, dall'altro, osserva che la finalità *mortis causa* costituirebbe un dato imprescindibile ed immanente al mandato *post mortem*, essendo tale contratto diretto a disciplinare una «situazione che trova la ragione della sua autonoma considerazione nella morte del mandante», la quale costituirebbe la ragione della creazione del negozio; v. pure G. NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, 240.

⁷⁶⁸ Cfr.: A. FUSARO, *Gli strumenti negoziali alternativi e complementari all'amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO (a cura di), *Amministrazione di sostegno, inabilitazione, incapacità naturale*, Bologna, 2012, 546; L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, 20; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 452; in giurisprudenza, v. la risalente App. Caltanissetta, 13 giugno 1959, in *Mass. App. Giust. civ.*, 1959, 15.

⁷⁶⁹ In proposito, in particolare per quanto riguarda l'inapplicabilità di tale previsione al piccolo imprenditore, v.: W. BIGIAMI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, 15 ss.; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, VIII, 1, Torino, 1952, 207; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, 129.

⁷⁷⁰ Sul mandato *in rem propriam*, v., ancora, A. FUSARO, *op. loc. cit.*, 546.

⁷⁷¹ Nelle ipotesi di cui agli artt. 1329 e 1330 c.c. tale interesse sembra essere riferibile innanzitutto al proponente, ma la conservazione dell'efficacia della proposta può rispondere anche ad esigenze

ultrattiva della proposta.

Oltre ai dati normativi appena richiamati devono essere ricordate anche particolari fattispecie a struttura bilaterale, nelle quali è possibile cogliere una sorta di “incontro di consensi”, uno dei quali viene manifestato dopo la morte di uno dei soggetti coinvolti nella vicenda negoziale. Una volta accettata l’ammissibilità di tali ipotesi, risulta evidentemente meno problematico consentire il perfezionamento di determinate fattispecie negoziali anche nel momento in cui una delle parti sia divenuta semplicemente incapace.

Il primo caso cui si fa riferimento riguarda una certa tipologia di “mandato *post mortem*”⁷⁷² e, specificamente, l’ipotesi in cui il *de cuius* nomini un soggetto per l’esecuzione di una determinata attività senza che l’accettazione del designato sia manifestata durante la vita del *de cuius*. Sul punto, è indispensabile una precisazione terminologica, posto che la medesima espressione è utilizzata con significati differenti in dottrina e giurisprudenza. Innanzitutto, occorre differenziare il contratto stipulato *inter vivos* tra mandante e mandatario, avente ad oggetto un trasferimento di beni da attuarsi dopo la morte del *dominus*, rispetto agli incarichi gestori a contenuto non patrimoniale, conferiti dal *de cuius* ad un terzo, mediante un testamento o un contratto di mandato. Mentre nel primo caso viene in rilievo l’interferenza con le norme che regolano l’estinzione del contratto e con i principi che stanno alla base del divieto dei patti successori, nell’ipotesi di incarichi a contenuto non patrimoniale *ex testamento* o *ex mandato* i profili problematici riguardano essenzialmente la compatibilità con i principi che disciplinano le disposizioni testamentarie ed i rapporti esistenti tra loro e il contenuto atipico del testamento⁷⁷³.

della controparte, che è avvantaggiata dalla stabilità di effetti della proposta, o perfino all’interesse economico generale di continuazione dell’attività di impresa (nel caso previsto dall’art. 1330 c.c.).

⁷⁷² Sul mandato *post mortem*, v.: G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, 19 ss.; ID., *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, 1102; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 360 ss.; ID., *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. Rescigno*, XII, 4, Torino, 1985, 36 ss.; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all’arbitrio altrui. Problemi generali*, cit., 222 ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 408 ss.; G. MINERVINI, *op. cit.*, 201 ss.; F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, 134 s.; G. GIORDANO - D. IANNELLI - G. SANTORO, *Mandato. Commissione. Spedizione*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1969, 470; U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato «post mortem»*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694; F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990, 825 ss.; A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, 453 ss.; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 688; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 56 ss.; A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, 57, ss.; R. CALVO, *Il divieto dei patti successori*, in R. CALVO - G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, 21; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 304; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, Milano, 1954, 122 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1978, 137 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, I, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 51 ss. e 152 s., ove richiami bibliografici ulteriori.

⁷⁷³ Così V. PUTORTÌ, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 11, 737 e ID., *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, 202 ss.; cfr. altresì: A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita not.*, 1993, 1249.

Sulla base di tale premessa, la dottrina ha proceduto ad una tripartizione all'interno della generica categoria del mandato *post mortem*, distinguendo il mandato *post mortem exequendum*, il mandato *mortis causa* e il mandato *post mortem* in senso stretto⁷⁷⁴.

Il mandato *post mortem exequendum* è un normale contratto di mandato concluso durante la vita del mandante, con il quale le parti stabiliscono che l'esecuzione sarà differita dopo la morte del mandante e consisterà nel compimento di attività meramente materiali e non dispositive di diritti⁷⁷⁵.

Il mandato *mortis causa*, o *post mortem* con oggetto illecito, è invece il contratto concluso in vita dal mandante e avente quale oggetto il compimento di atti giuridici dispositivi di diritti da parte del mandatario dopo la morte del mandante: esso ha, quindi, lo scopo di attuare un'attribuzione patrimoniale *mortis causa*⁷⁷⁶.

Infine, il mandato *post mortem* "in senso stretto" - che maggiormente rileva in questa sede - viene impropriamente definito mandato, poiché è in realtà un atto unilaterale con il quale il *de cuius* conferisce ad un soggetto l'incarico di svolgere un'attività giuridica o materiale alla sua morte. In questa tipologia possono essere ricomprese, a titolo esemplificativo, la nomina del terzo arbitratore (artt. 630, 631, 632 c.c.), la nomina dell'esecutore testamentario (art. 700 c.c.) e la designazione del terzo incaricato di redigere il progetto di divisione fra i coeredi (art. 733, comma 2, c.c.). Un'analoga situazione si può poi individuare nell'incarico affidato nel testamento ad un soggetto che debba curare la sepoltura o la cremazione⁷⁷⁷. Tutte queste ipotesi sono accomunate dall'assenza, per il

⁷⁷⁴ Per tutti, v. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., I, 62 ss.

⁷⁷⁵ Osserva V. PUTORTÌ, *op. loc. cit.* che l'aggiunta del termine *exequendum*, spesso ricorrente nel lessico dottrinale e giurisprudenziale, vale soltanto a individuare il negozio bilaterale la cui esecuzione, differita alla morte del mandante, si estrinsechi in un'attività materiale o in uno o più atti meramente esecutivi rispetto ad un'attribuzione patrimoniale già realizzata, *inter vivos*, dal *dominus*: in tal modo, si caratterizza tale figura, distinguendola dal mandato a causa di morte che ha per oggetto, invece, un'attività dispositiva di beni compresi nell'asse ereditario (v. *infra* nel testo).

⁷⁷⁶ G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 127 ritiene che «per giudicare della validità del mandato, o anche del semplice incarico, *post mortem exequendum*, ferma sia pure restando in linea di principio l'astratta ammissibilità di tali figure, si debba aver riguardo all'oggetto specifico dell'attività commessa al terzo, e in conseguenza dove appunto per essa venga a realizzarsi un intento *mortis causa* del mandante, sia da negare validità all'atto»; sul punto, v. anche R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, 147 ss.; in generale, sui criteri da utilizzare per distinguere una convenzione valida da una che viola il divieto di patti successori, si faccia riferimento alla giurisprudenza di: Cass., 29 luglio 1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1536; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1501; Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, 227; Cass., 1° ottobre 2003, n. 14590, in *Riv. not.*, 2004, 1037; Cass., 3 marzo 2009, n. 5119, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1261; Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 556; Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Giur. it.*, 2011, 559.

⁷⁷⁷ La giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi in favore della validità di un mandato avente ad oggetto l'esecuzione della sepoltura secondo le indicazioni espresse dal *de cuius*: tuttavia, si trattava di ipotesi di mandato concluso in vita dal *de cuius* e qualificabile, quindi, come mandato *post mortem exequendum* (secondo la tripartizione citata nel testo). Sul punto, v. Cass., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 496 e in *Riv. not.*, 2007, 689 («In assenza di testamento, è valido il mandato *post mortem*, conferito, anche senza rigore di forme ed in contrasto alla volontà del coniuge superstite, dal *de cuius* ai prossimi congiunti o a terzi legati da particolari

soggetto designato, di vincoli in merito all'accettazione e, specularmente, dall'obbligo di operare secondo la volontà del testatore, nel momento in cui il soggetto nominato accetti l'incarico.

Pur registrandosi opinioni discordanti in dottrina, non è mancato chi ha sostenuto la sussistenza, in circostanze del genere, di un mandato *post mortem* (nel senso - è bene precisarlo nuovamente - di contratto di mandato concluso dopo la morte del proponente) eccezionalmente consentito⁷⁷⁸.

Del resto, alle critiche di chi oppone la necessaria bilateralità del mandato, che sarebbe difficilmente riscontrabile nella combinazione di un atto di nomina posto in essere dal testatore e di una accettazione che necessariamente segue in esito alla morte di costui⁷⁷⁹, si può rispondere osservando che la situazione non appare dissimile da quella che si verifica nell'ipotesi di proposta contrattuale irrevocabile e, quindi, efficace anche dopo la morte del proponente (art. 1329 c.c.).

Non pare nemmeno condivisibile l'affermazione secondo cui «se l'atto

rapporti ed avente ad oggetto la propria sepoltura»); Trib. Palermo, 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, 1101 («Il diritto all'*electio sepulchri* del coniuge defunto spetta principalmente al coniuge superstite, tranne il caso di diversa volontà espressa in vita dal defunto con mandato *post mortem* ai fratelli perché provvedano alla tumulazione in un proprio loculo cimiteriale»). Per quanto riguarda la cremazione, v. la pronuncia di Cass., 29 aprile 2006, n. 10035, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 524, secondo cui «L'atto di iscrizione a società di cremazione costituisce mandato oneroso *post mortem*, lecito e vincolante per gli eredi».

Sulla distinzione tra mandato *post mortem* exequendum concluso in vita dal testatore e "mandato" *post mortem* (unilaterale) con cui il testatore dà istruzioni ad un soggetto in merito alla propria sepoltura cfr., recentemente, L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, 2, 144, spec. nt. 18.

⁷⁷⁸ Con riferimento alla designazione dell'esecutore testamentario, cfr.: C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964, 535; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 130; F. GIARDINO, *Un istituto che sta scomparendo. Brevi riflessioni in tema di esecuzione testamentaria*, in *Riv. not.*, 1971, 315. Secondo la giurisprudenza, «l'investitura dell'ufficio di esecutore testamentario è genericamente collegata ad una fattispecie complessa a formazione progressiva, rivestita da forme richieste "ad substantiam", sia per la nomina che per l'accettazione» (Cass., 27 aprile 1993, n. 4930, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2984).

Sempre a proposito della natura giuridica dell'incarico dell'esecutore sono state formulate altre teorie: alcuni Autori (G. AZZARITI - G. MARTINEZ, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 656), facendo riferimento al concetto di autorizzazione, hanno ritenuto che l'esecutore sarebbe investito, da parte del testatore, del potere di agire disponendo dei beni ereditari nell'interesse di costui, ma *nomine proprio*; secondo un altro orientamento (U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968, 340; P. TRIMARCHI, voce *Esecutore testamentario*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 393; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. Utet*, II, Torino, 1978, 387), l'esecutore sarebbe invece titolare di un ufficio di diritto privato non rappresentativo: verrebbe, al proposito, in esame quella che è stata definita in chiave di "amministrazione pubblica di interessi prevalentemente privati". La natura pubblica del *munus* deriverebbe sia dall'interesse al rispetto ed alla conseguente esecuzione della volontà testamentaria, sia dal controllo che l'autorità giudiziaria è comunque chiamata ad esercitare sull'attività dell'esecutore (tanto in relazione alla durata dell'incarico *ex art. 703, comma 3, c.c.*, quanto al merito degli atti di alienazione ai sensi dell'art. 70, comma 4, c.c., fino a giungere al provvedimento di esonero a cagione del compimento di fatti di particolare gravità a mente dell'art. 710 c.c.).

⁷⁷⁹ M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, 432.

volesse considerarsi una proposta di mandato, al mandatario non sarebbe consentita l'accettazione dopo la morte del mandante per il principio dell'intrasmissibilità della proposta (arg. contr. art. 1329, comma 2)»⁷⁸⁰. Poiché l'art. 1329 c.c. prevede ipotesi di efficacia *post mortem* della proposta, pare incoerente negare che proprio una proposta negoziale formulata nel testamento possa produrre effetti dopo la morte del testatore (tale è la sua funzione "naturale" derivante dal contesto in cui è contenuta); pertanto, quanto alla disciplina applicabile, tale proposta dovrebbe essere equiparata a quella irrevocabile, una volta che si sia aperta la successione (non prima, essendo il testamento revocabile *usque ad vitae supremum exitum*)⁷⁸¹.

Ancora di maggiore rilievo, ai fini della presente indagine, è poi la ricostruzione giurisprudenziale della *datio in solutum* testamentaria, da intendersi quale legato con cui il testatore, al fine di adempiere un'obbligazione nei confronti del suo creditore, prevede che una nuova prestazione (oggetto del legato) sostituisca la prestazione precedentemente dovuta. Trattasi, dunque, di un legato *satisfaciendi causa* a favore del creditore. Tale disposizione testamentaria determina l'estinzione dell'obbligazione preesistente, purché sia seguita dalla successiva manifestazione di volontà del legatario (convergente con la volontà del testatore); secondo l'orientamento della Cassazione, il consenso del creditore è rinvenibile nella mancata rinuncia al legato: siffatto comportamento manifesterebbe, infatti, l'intenzione di rinunciare ad ogni pretesa relativa all'obbligazione preesistente⁷⁸².

⁷⁸⁰ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., I, 65.

⁷⁸¹ R. CALVO, *Il trust testamentario*, in R. CALVO - A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. Rescigno - Gabrielli*, XIX, Torino, 2014, 427: «Se l'autonomia privata permette ai consociati di tener ferme le proposte contrattuali per un certo tempo (art. 1329, comma 1, c.c.), ragioni di coerenza suggeriscono ai protagonisti della circolazione giuridica la facoltà di far decorrere gli effetti della proposta a partire dalla morte del suo autore. Tale volontà - per evidenti ragioni - è immanente là dove la proposta medesima sia documentata nel testamento. Nello stesso tempo, non viene meno la revocabilità dell'offerta perché il testamento è a sua volta sempre revocabile; se così, l'atto unilaterale estintivo del negozio di ultima volontà finisce con il travolgere inevitabilmente la succitata proposta».

⁷⁸² Cass., 12 luglio 2001, n. 9467, in *Giust. civ.*, 2002, I, 90 e in *Riv. not.*, 2002, 1245; Cass. 7 luglio 1971, n. 2132, in *Foro it.*, 1972, I, 1756; Cass., 2 febbraio 1990, n. 706, in *Foro it.*, 1990, I, 1532 e in *Giust. civ.*, 1990, I, 1526 (nella pronuncia da ultimo citata, la Corte osserva, in motivazione, che il consenso del creditore «si intende reso sempre in un momento successivo all'apertura della successione, poiché la rinuncia al legato non può essere fatta prima, altrimenti, a norma dell'art. 458 c.c., sarebbe nulla per il divieto dei patti successori, mentre l'accettazione per sua natura è comportamento che interviene successivamente a tale evento»; nel caso di specie, «posto che la situazione giuridica in cui versava la legataria contemplava l'acquisto di diritto del legato al momento della delazione, la funzione del consenso, desumibile dalla mancata rinuncia, espressa in un tempo successivo alla morte della testataria, aveva la funzione di assicurare il definitivo conseguimento della disposta attribuzione [...], svolgendo il ruolo di conferma di effetti estintivi già verificatisi del debito, in dipendenza dell'attribuzione patrimoniale *solvendi causa* fatta dal *de cuius* col testamento»).

In dottrina, v., nello stesso senso, R. PENNAZIO, *Legato e «datio in solutum» tra autonomia testamentaria e rapporto contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1561 ss., il quale considera ammissibile una proposta di *datio in solutum* contenuta in un testamento, dal momento che una proposta contrattuale dovrebbe poter essere inserita nel testamento qualora il testatore voglia che essa sopravviva alla sua morte: tale evento non fungerebbe quindi da causa del negozio, ma

Sulla scia della predetta interpretazione, si è ritenuto allora ammissibile realizzare attraverso il testamento (atto unilaterale) fattispecie che tradizionalmente hanno struttura bilaterale, come ad esempio la compensazione volontaria⁷⁸³. Sia qualora il consenso del legatario venga implicitamente individuato nel mancato rifiuto del legato, sia laddove si ritenga necessario che il legato sia sottoposto alla condizione sospensiva dell'accettazione del beneficiario⁷⁸⁴, diviene possibile "recuperare" la struttura bilaterale della fattispecie *inter vivos* considerando la duplice manifestazione di volontà da parte del testatore e da parte del legatario.

Il meccanismo in questione apre la strada ad ulteriori ipotesi, come quella del legato di posizione a contenuto contrattuale, con il quale il testatore costituisce direttamente una posizione contrattuale nuova in favore del legatario⁷⁸⁵.

La menzionata tipologia di legato si distingue dal legato di contratto⁷⁸⁶,

avrebbe la sola funzione di termine iniziale.

Per una critica a queste posizioni, v.: G. GIULIANO, *L'adempimento anomalo*, in P. FAVA (a cura di), *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, Milano, 2008, 602; S. RUPERTO, *Sul legato di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 311; G. DE MARZO, *Note in tema di datio in solutum testamentaria*, in *Foro it.*, 1990, I, 1532 ss.

Parte della dottrina (G. CASSISA, *A proposito di un caso di datio in solutum testamentaria*, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1650; N. DI MAURO, *Legato di debito e datio in solutum*, in *Riv. not.*, 1990, 835 ss.; ID., *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, 279) ha proposto uno schema diverso, ritenendo che un mero comportamento omissivo (l'astensione dalla rinuncia) non possa rivestire valore confermativo dell'acquisto *ex legato*. Pertanto, qualora si volesse realizzare una *datio in solutum* tramite testamento, il legato dovrebbe essere sottoposto alla condizione sospensiva dell'accettazione da parte del legatario, non sussistendo un generale divieto di modificare l'ordinario meccanismo acquisitivo del legato. Obbligando il beneficiario del lascito a manifestare espressamente il proprio assenso, si garantirebbe una maggiore certezza delle vicende successorie, tutelando al contempo anche la posizione degli onerati (cfr.: M. GRAZIANO, *La compensazione per testamento*, in *Notariato*, 2009, 5, 551).

⁷⁸³ Invece, la compensazione legale - considerata dalla prevalente dottrina (P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 273; P. SCHLESINGER, voce *Compensazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 724; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999, 403) come fattispecie complessa, costituita da un elemento di carattere oggettivo (coesistenza dei debiti) ed uno di carattere soggettivo (dichiarazione con cui far valere la compensazione) - si realizza per effetto di un negozio unilaterale e non pone quindi problemi.

⁷⁸⁴ Propone per questa seconda soluzione M. GRAZIANO, *op. loc. cit.*

⁷⁸⁵ Sul legato di posizione a contenuto contrattuale, che si è sviluppato in modo particolare nell'ambito della fideiussione, si rimanda a: M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., 155; G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 162, nt. 17 e 368; M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, in *Tratt. Grosso - Santoro Passarelli*, Milano, 1961, 25; M. FRAGALI, *Della fideiussione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 22 ss.; G. GIONFRIDA, *Divagazioni su vecchi e nuovi casi giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1970, 234 ss.; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati cosiddetti atipici*, Milano, 1990, 76.

⁷⁸⁶ Nella vigenza del codice del 1865 si vedano: C. FADDA, *Legato del diritto di continuare una locazione*, in *Filangieri*, 1894, I, 228 ss.; C. SCUTO, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, I, 77 ss.; A. BRUNETTI, *Legato di un contratto*, in *Foro Veneto*, 1926, 49 ss.; per i contributi più recenti, v.: E.V. NAPOLI, *Il legato di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 738 ss.; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati cosiddetti atipici*, cit., 18 ss. e 108 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*,

poiché nel secondo caso il legatario acquista il diritto a pretendere la stipulazione di un dato contratto (fonte delle rispettive posizioni contrattuali) con il soggetto onerato, mentre nel primo caso tale ultimo risultato è raggiunto in via diretta e immediata, in quanto non è richiesto che l'onerato e il legatario manifestino la loro volontà per concludere il contratto. Per effetto della semplice accettazione dell'eredità da parte dell'onerato e il mancato rifiuto del legato da parte del legatario, tali soggetti, infatti, assumono i diritti e gli obblighi corrispondenti alla posizione contrattuale determinata dal testatore.

Il legato di posizione a contenuto contrattuale non deve nemmeno essere confuso con il legato di posizione contrattuale, il quale ha ad oggetto il complesso dei rapporti giuridici di cui è investita la parte del rapporto contrattuale e che può, quindi, essere definito come quella disposizione testamentaria che attribuisce al legatario il diritto di succedere nell'intera posizione contrattuale, comprensiva sia dei diritti che degli obblighi, derivante da un contratto concluso in vita dal *de cuius*⁷⁸⁷.

Il precedente *excursus* rivela, quindi, che la volontà espressa in un atto unilaterale da un soggetto, il quale successivamente non possa più interagire con i destinatari cui la propria volontà è rivolta, può combinarsi con la volontà di questi ultimi, realizzando fattispecie giuridiche bilaterali in senso lato⁷⁸⁸.

Ancora una volta, il riferimento al testamento di cui agli artt. 587 ss. c.c. non è stato casuale nell'esame fino a qui condotto, poiché nel presente lavoro si è voluto stabilire - per quanto possibile e con tutte le necessarie cautele di cui più volte si è dato conto - un confronto costante tra testamento *mortis causa* e "testamento biologico".

Sulla base dei rilievi sopra formulati, pare pertanto ammissibile che la nomina di un fiduciario contenuta nelle disposizioni anticipate di trattamento (unilaterali) dia origine ad un rapporto sostanzialmente bilaterale, congiungendosi

II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 793 ss.; G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 154 ss.; G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. De Martino*, Novara, 1973, 338 ss.; C. GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, I, Padova, 1933, 157; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 248 ss.

⁷⁸⁷ In tema di legato di posizione contrattuale, si faccia riferimento a: C. MARTONE, *Legato di posizione contrattuale*, in *Studium Iuris*, 1998, 53; F. PADOVINI, *op. cit.*, 115 ss.; F. GRADASSI, *Clausole testamentarie in tema di legato di posizione contrattuale*, in *Notariato*, 1999, 1, 43 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 790. Sul legato di posizione contrattuale previsto dagli artt. 6 e 37 della legge 392/1978, v.: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., 34, nt. 99; M. VIETTI, *La successione mortis causa nel contratto di locazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1050 ss.; E. MANDRIOLI, *Successioni legittime anomale: un fenomeno sempre meno anomalo*, in *Vita not.*, 2003, II, 1100 ss.; A. NATALE, *La successione nei rapporti di locazione*, in *Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, in *Tratt. Bonilini*, Torino, 2004, 341 ss.; ID., *L'abitazione dell'immobile quale presupposto della successione nel rapporto locatizio*, in *Fam., pers. e succ.*, 2005, 527 ss.

⁷⁸⁸ Secondo parte della dottrina, sussisterebbe invero il concorso di due negozi giuridici unilaterali (il testamento da una parte e l'accettazione del legato o la mancata rinuncia allo stesso dall'altra parte) «tra di loro convergenti verso la realizzazione del medesimo ed unico interesse» (così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., II, 1188, con riguardo alla *datio in solutum* testamentaria). Il fatto che si tratti di una combinazione di negozi unilaterali oppure di una fattispecie bilaterale, a ben vedere, poco incide sugli effetti pratici, tanto che la giurisprudenza equipara, di fatto, la predetta situazione a quella derivante dallo scambio di consensi nei negozi *inter vivos* (v. giurisprudenza in materia di *datio in solutum* testamentaria, sopra citata).

con l'accettazione, da parte del fiduciario, dell'incarico ricevuto (accettazione che, prescindendo da rigidi formalismi, può derivare implicitamente dalla mera esecuzione dell'incarico, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1327 c.c. e tenuto conto della particolare "natura" della fattispecie). La designazione del fiduciario contenuta nelle DAT fungerebbe, quindi, sia quale "procura sanitaria", sia quale proposta negoziale nei confronti del fiduciario (secondo la ricostruzione, sopra esaminata, della duplice natura della procura)⁷⁸⁹.

Ciò considerato, si può tornare alla questione affrontata nella parte iniziale del presente paragrafo, ovvero se, in ipotesi del genere, si realizzi effettivamente un contratto di mandato tra disponente e fiduciario, oppure se il richiamo al mandato sia fuorviante ed erroneo.

Molte delle critiche rivolte alla tesi del mandato non appaiono insuperabili, come si è visto. Probabilmente la maggiore difficoltà che si incontra nella qualificazione in termini di mandato è costituita dal fatto che la prestazione dedotta nell'obbligazione in capo al "mandatario per la salute" non appare, di primo acchito, suscettibile di valutazione economica, requisito indispensabile perché possa sostenersi la sussistenza di un'obbligazione in senso tecnico: tale circostanza impedirebbe, quindi, la classificazione come mandato e, più in generale, come contratto.

Per chiarire il punto appena evidenziato, è necessario richiamare quanto previsto dall'art. 1321 c.c.: a norma di tale articolo, il "mandato" di cui si discute dovrebbe «costituire, regolare o estinguere [...] un rapporto giuridico patrimoniale», altrimenti non sarebbe qualificabile come contratto e, pertanto, nemmeno come mandato. In questo senso, non sembra rilevante, a fini classificatori, il fatto che l'atto giuridico da compiere (ovvero la prestazione del consenso alle cure o il rifiuto alle stesse) non riguardi interessi patrimoniali: non è questo il rapporto giuridico a cui fare riferimento⁷⁹⁰. Si deve, invece, guardare al rapporto giuridico che il negozio crea tra le parti ("mandante" e "mandatario"), verificando se esso abbia natura patrimoniale: in sintesi, verificando se dal "mandato" nascono obbligazioni (le quali si distinguono dai semplici obblighi perché sono appunto caratterizzate dalla suscettibilità di valutazione economica delle prestazioni in esse dedotte). Se si ritiene che la prestazione consistente nella manifestazione del consenso informato sia suscettibile di valutazione economica, *nulla quaestio*, dal momento che si potrà ritenere sussistente un vero e proprio mandato; in caso contrario, difficilmente potrà ravvisarsi la figura del mandato nella fattispecie in esame, ma occorrerà riferirsi più genericamente ad una fattispecie negoziale bilaterale avente ad oggetto la cura del paziente divenuto incapace.

Tenuto conto che, secondo una tendenza manifestata dalla dottrina più

⁷⁸⁹ A fini di precisazione terminologica, si può affermare - in conformità alla tradizionale distinzione tra *instructional directives* e *proxy directives* - che anche la nomina di un fiduciario è, a tutti gli effetti, una "disposizione anticipata": si è già vista l'estrema flessibilità contenutistica delle DAT nei parr. 1.1, 4.3. e 4.4, ai quali pertanto si rimanda.

⁷⁹⁰ Il mandatario può compiere un atto giuridico patrimoniale o non patrimoniale, a seconda di quanto stabilito nel mandato: ciò determina solo la qualifica - in termini di patrimonialità o meno - del rapporto tra mandante e terzi nei cui confronti il mandatario ha agito, ma non incide sul rapporto giuridico tra mandante e mandatario.

autorevole, la patrimonialità deve essere intesa come obiettivo requisito della prestazione in sé considerata⁷⁹¹, sembra forse preferibile la seconda soluzione prospettata. Si può, infatti, dubitare circa la possibilità di prevedere un corrispettivo per il fiduciario affinché quest'ultimo manifesti, quale rappresentante del disponente, il consenso o il rifiuto ai trattamenti terapeutici: la natura del particolare incarico - di per sé avente carattere non patrimoniale - affidato al fiduciario farebbe propendere per l'essenziale gratuità (e non solo per la normale gratuità) di un tale "mandato", che quindi non consisterebbe propriamente in un contratto di mandato.

Tuttavia, di fronte alla difficoltà di qualificazione di una tale fattispecie sostanzialmente bilaterale in termini di mandato e ai conseguenti ostacoli nella definizione di una disciplina alla stessa applicabile, viene in soccorso il principio analogico. Anche negando la natura di mandato, infatti, l'ordinamento impone di delineare alcuni tratti regolatori e il *corpus* più completo di regole a cui attingere è costituito da quelle relative al mandato⁷⁹².

In sintesi, pare che si giunga ad un risultato pressoché identico, sia mediante l'applicazione diretta (con gli opportuni adattamenti, considerate le particolari caratteristiche del negozio di cui si discute) delle norme sul mandato, sia - in alternativa - mediante l'applicazione analogica di quelle norme in tema di

⁷⁹¹ Tale requisito oggettivo della prestazione deve essere ciò inteso nel senso che, nella società del tempo in cui l'obbligazione è assunta, gli individui appaiono disposti ad un sacrificio economico per ottenere una prestazione di quel tipo e sempre che ciò possa avvenire senza violare i principi della morale e del costume sociale, oltre che della legge (M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 581 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*. a) *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979). In dottrina si è pure ritenuto che, laddove si sia rinunciato al requisito di un effettivo scambio con denaro o altro bene patrimoniale e al criterio del prezzo di mercato, occorrerebbe riconoscere che la patrimonialità sfuma nel concetto della "negoziabilità" del comportamento, di cui la valutabilità pecuniaria della prestazione potrebbe, al massimo, costituire un indice (G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 251 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 1991, 49 ss.). Quindi, ad esempio, l'apposizione di una clausola penale o la pattuizione di una controprestazione patrimoniale, se non potrebbero valere ad attribuire il carattere di patrimonialità ad una prestazione che ne sia in sé priva, costituirebbero un indice della volontà delle parti di assumere il vincolo sul piano giuridico (cfr. M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 38).

La giurisprudenza ha, invece, considerato la patrimonialità della prestazione sia da un punto di vista soggettivo che da uno oggettivo, concludendo pertanto che le prestazioni non aventi carattere patrimoniale lo acquistano se dedotte in un contratto a prestazioni corrispettive (Cass., 9 marzo 1971, n. 649, in *Riv. it. prev. soc.*, 1972, 462), dal momento che in tali casi la possibilità di valutazione economica della prestazione di per sé non patrimoniale sarebbe data dalla controprestazione di carattere patrimoniale che sia stata convenuta, in quanto attraverso tale ultima controprestazione le parti dimostrerebbero di voler attribuire all'altra un equivalente valore economico (Cass., 10 aprile 1964, n. 835, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1604). Tale interpretazione trova fondamento nella Relazione al codice civile, che così si esprimeva (n. 557): «la possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceva di riflesso dalla natura della controprestazione, ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale».

⁷⁹² Nondimeno, laddove non si aderisca alla ricostruzione in chiave di mandato o di negozio bilaterale configurato sul modello del mandato, possono essere richiamate norme che trovano la loro collocazione nella disciplina codicistica della rappresentanza, come quelle in tema di abuso del potere rappresentativo (artt. 1394 - 1395 c.c.), su cui v. *infra* nel testo.

mandato compatibili con la peculiare fattispecie in esame⁷⁹³.

Una particolare situazione si può, infine, verificare nel caso (raro, ma non impossibile) in cui le disposizioni anticipate di trattamento abbiano un grado di precisione e determinatezza tale da non lasciare alcun margine di interpretazione al fiduciario. In proposito, ci si può ricollegare a quanto osservato durante l'esame dei profili differenziali tra rappresentanza e nunciatura⁷⁹⁴, di cui ora si può cogliere appieno la funzione all'interno della presente analisi.

In ipotesi come quelle sopra ricordate, pare corretto ritenere che si esuli dall'ambito della rappresentanza, dovendo invece il fiduciario essere considerato come mero *nuncius*. Egli si limiterà a trasmettere la volontà espressa dal paziente nell'epoca in cui quest'ultimo era ancora capace di manifestare le proprie intenzioni. Assumerà la qualifica di *nuncius*, ad esempio, il soggetto nominato semplicemente per garantire la conoscibilità, da parte del personale medico curante, delle disposizioni anticipate di trattamento, depositate presso un professionista o iscritte nei registri dei testamenti biologici, che abbiano già di per sé un sufficiente grado di precisione e che non generino dubbi interpretativi.

Benché ci si sia occupati finora della nomina di un fiduciario contenuta nelle disposizioni anticipate, nulla vieta, in astratto, che un accordo per la manifestazione del consenso in sostituzione del rappresentato sia concluso "accanto" alle disposizioni anticipate di trattamento, le quali conterrebbero così solo indicazioni sui trattamenti praticabili. Il futuro paziente potrebbe, cioè, concludere con un altro soggetto, che immediatamente presta il proprio consenso, un negozio finalizzato alla prestazione del consenso informato nel caso di sopravvenuta incapacità del soggetto "mandante". In questi casi, a parte i dubbi (identici a quelli sopra formulati) sulla qualificazione di un tale negozio in termini di contratto, non si porrebbero i problemi relativi all'individuazione della bilateralità dell'accordo, giacché essa risulterebbe pacificamente dallo scambio dei consensi nella fase in cui il futuro paziente è ancora capace⁷⁹⁵.

Da ultimo, occorre soffermarsi su un aspetto fondamentale, che costituirebbe anche la critica più incisiva alla ricostruzione sin qui operata in tema di sostituzione rappresentativa di fonte volontaria nell'ambito delle disposizioni anticipate di trattamento. Vi è da chiedersi, infatti, se, una volta ammessa la possibilità di ricorrere all'istituto della rappresentanza volontaria attraverso il rilascio di una procura sanitaria, il rapporto di "mandato" non possa cadere sotto la censura dell'indeterminatezza dell'oggetto, qualora le DAT non forniscano sufficienti elementi entro cui delimitare l'azione del fiduciario: un conto è, infatti, adattare al caso concreto le volontà espresse dal "mandante"; un altro è quello di

⁷⁹³ A fini di comparazione, si ricorda quanto osservato nel par. 5.8 a proposito del *mandat de protection future* in Francia: l'art. 478 *code civil* prevede espressamente l'applicazione delle disposizioni in tema di mandato (artt. 1984 - 2010 *code civil*), salvo che le stesse siano incompatibili con quelle appositamente dettate per il *mandat de protection future*.

⁷⁹⁴ V., *supra*, da par. 5.1 a par. 5.3.

⁷⁹⁵ L'ipotesi sembra ricalcare, da un punto di vista strutturale, quella del mandato *post mortem exequendum*, che si perfeziona immediatamente e la cui esecuzione è differita ad un momento futuro (ed eventuale, nel caso di specie, mentre dotato di certezza, nel caso di mandato *post mortem exequendum*).

spingersi a formulare compiutamente tali decisioni⁷⁹⁶.

In realtà, negando che il fiduciario possa in tali casi operare quale rappresentante dell'incapace, si porrebbe la necessità, nel perseguimento del fine di tutela del paziente, di attivare uno strumento giuridico di protezione (amministrazione di sostegno o tutela) che condurrebbe alla nomina di un rappresentante legale: quest'ultimo si troverebbe così nella stessa identica posizione del fiduciario nominato dal paziente e riproporrebbe il medesimo problema. Si è visto come tale questione sia stata risolta dalla Cassazione, attraverso - cioè - la ricostruzione della volontà presunta (*rectius*: identità) del paziente⁷⁹⁷.

Già questa osservazione consente, quindi, di escludere la censura della nullità per indeterminatezza dell'oggetto nel negozio in esame. Infatti, se di indeterminatezza si discute, è necessario intendersi su quale sia l'oggetto di un tale "mandato". L'oggetto negoziale consisterebbe nell'esercizio del consenso (o dissenso) informato per conto del disponente: oggetto non è la manifestazione di uno "specifico" consenso informato con un "certo" contenuto (nel senso di contenuto totalmente predeterminato; altrimenti, si ricadrebbe nell'ipotesi, sopra esaminata, di fiduciario-*nuncius*)⁷⁹⁸.

Persino nell'ipotesi estrema di incarico affidato ad un fiduciario cui sia conferita, da parte dello stesso mandante in previsione della propria futura incapacità, la possibilità di compiere la scelta ritenuta più opportuna nell'interesse del paziente, in conformità all'identità personale di quest'ultimo⁷⁹⁹, non si porrebbe un problema di indeterminatezza del contenuto di detto incarico. Piuttosto, in tali casi, si porrebbe in modo ancora più evidente l'esigenza di controllo della scelta effettuata dal fiduciario.

La ricostruzione in chiave di "mandato" o negozio bilaterale del meccanismo di sostituzione rappresentativa di fonte volontaria si rende necessaria laddove si ritenga indispensabile la sussistenza di un rapporto gestorio sottostante che si accompagni al conferimento di un potere di rappresentanza. Qualora, invece, si sostenga l'autosufficienza di una procura c.d. isolata (non bisognevole, cioè, della costituzione di alcun rapporto interno sottostante, né contestuale né successivo al conferimento), la problematica si semplifica notevolmente.

In caso di procura isolata, il fiduciario agirebbe per conto altrui in base ad un potere conferitogli e tale situazione soggettiva sarebbe riconducibile al

⁷⁹⁶ Eventuali obiezioni circa la nullità del "mandato" per illiceità della causa derivante dalla presunta natura indisponibile dei diritti da esercitare possono essere superate proprio attraverso la negazione del principio di indisponibilità della propria vita (cfr. le considerazioni di cui al par. 1.4).

⁷⁹⁷ V., *supra*, par. 4.1.

⁷⁹⁸ Ricorrendo ad un paragone esemplificativo, certamente l'indeterminatezza dell'oggetto di un contratto di mandato per l'acquisto di un immobile non potrebbe derivare dalla mancanza di una specifica indicazione del prezzo: il mandatario resterebbe libero sotto questo profilo, rimanendo vincolato alle altre istruzioni ricevute dal mandante.

⁷⁹⁹ Il vincolo derivante dal rispetto dell'identità personale deve ritenersi inviolabile, anche se non esplicitato nella disposizione di nomina del fiduciario. Tale limite invalicabile deriva direttamente dai principi giuridici fondamentali che si sono presi in considerazione nella prima parte del presente lavoro.

concetto di potestà, nella quale è insita la funzionalizzazione del potere all'interesse altrui. L'esercizio del potere è dunque libero, ma - una volta che se ne sia intrapreso l'esercizio - il titolare dello stesso non può che agire nell'interesse del soggetto di riferimento. Nella conformazione stessa del potere attribuito al fiduciario, dunque, risiederebbe la fisionomia di un tale fenomeno giuridico.

L'utilizzo di una procura sanitaria⁸⁰⁰ per l'attuazione delle DAT ha trovato - seppur in un *obiter dictum* - l'appoggio della Cassazione, la quale si è così espressa con riguardo al problema del rifiuto alle trasfusioni da parte dei testimoni di Geova: «è innegabile [...] l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari»⁸⁰¹. Sulla base di questa affermazione, parte della dottrina ha allora osservato che «la procura sembrerebbe, [...] allo stato, utilizzabile anche in guisa di testamento biologico»⁸⁰².

Per la qualificazione di un tale procuratore come *nuncius* oppure come vero e proprio rappresentante paiono valere le medesime considerazioni già compiute in tema di “mandato”: la qualifica dipenderà, cioè, dal grado di determinatezza delle disposizioni medesime⁸⁰³.

Da ultimo, si può notare che l'utilizzo di una procura come strumento di attuazione delle DAT consentirebbe probabilmente di richiamare il principio

⁸⁰⁰ Sulla procura in materia sanitaria quale alternativa all'amministrazione di sostegno cfr., tra gli altri: G. BONILINI - A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, 71 s.; E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, II, 537 ss.; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, 106 s.; L. MILONE, *Gli strumenti di tutela della persona debole*, in *Vita not.*, 2008, 95 ss.; il Consiglio Nazionale del Notariato ha anche formulato una «Proposta di istituzione della procura in previsione della incapacità del rappresentato», consultabile in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2002, 167 s.

⁸⁰¹ Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36.

⁸⁰² A. FUSARO, *Gli strumenti negoziali alternativi e complementari all'amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO (a cura di), *Amministrazione di sostegno. Interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Bologna, 2012, 545, nt. 1.

⁸⁰³ Ritiene, invece, che il fiduciario per la salute non possa essere mai un *nuncius* F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 320 s., in quanto egli «non può essere visto semplicemente come un mero “esecutore materiale” delle volontà del malato», quale sarebbe, invece, il *procurator ad nuptias*: «il procuratore sanitario, [...] fermo restando che il suo delicatissimo ufficio, umano prima ancora che giuridico, è quello di far emergere e rappresentare ai medici la più autentica e genuina voce del malato incapace, non può ragionevolmente essere accostato ad un semplice strumento trasmissivo di volontà, a un puro “*nuncius*” o “portavoce” che riporta pedissequamente (come, al limite, potrebbe farlo uno strumento inanimato) una dichiarazione. Il fiduciario, infatti, è destinato a inserirsi in una complessa relazione dialogica col personale curante, caratterizzata da un procedimento composto a sua volta da una molteplicità coordinata di atti interlocutori che debbono portare alla decisione finale».

Pur rilevando la correttezza delle osservazioni circa la complessità della relazione di cura, non pare che si possa escludere *a priori* in capo al fiduciario l'attribuzione di un incarico di natura meramente ripetitiva dell'altrui volontà già espressa con sufficiente grado di precisione.

espresso dall'art. 1395 c.c.⁸⁰⁴: come un contratto concluso in potenziale conflitto di interessi dal rappresentante (perché stipulato con se stesso) è valido a determinate condizioni, così una predeterminazione del contenuto delle DAT tale da lasciare minimi margini di discrezionalità al fiduciario o, in alternativa, un'autorizzazione espressa al compimento delle scelte terapeutiche anche in mancanza di precisi criteri cui il fiduciario deve attenersi⁸⁰⁵ potrebbero consentire di salvaguardare la validità e l'efficacia delle DAT.

5.11. Conclusioni.

L'esame fino a qui condotto rivela l'impossibilità di giungere a risultati interpretativi univoci nella materia delle disposizioni anticipate di trattamento nell'attuale ordinamento italiano.

Tuttavia, le decisioni di cui si è resa protagonista la giurisprudenza e le riflessioni di parte della dottrina conducono all'affermazione della vincolatività delle DAT, nonché ad un più ampio ripensamento della relazione di cura, che deve essere ispirata alla tutela dell'identità personale del paziente.

La sostituzione rappresentativa diviene, in questo ambito, uno strumento giuridico utilizzabile ai fini della protezione del soggetto che, a causa di una sopravvenuta incapacità, non possa più esprimere o negare il proprio consenso ai trattamenti terapeutici. Una volta riconosciuta la possibilità di sostituzione ad opera del rappresentante legale, si aprono spiragli anche per quanto riguarda la rappresentanza volontaria e, a tal proposito, non sono da sottovalutare i principi generali e le singole norme in tema di amministrazione di sostegno, mandato e procura, che consentono di ricostruire in via analogica una disciplina delle DAT contenenti la nomina di un fiduciario.

Nell'affrontare le tematiche da ultimo citate, viene sempre in rilievo la delicatissima questione intorno a cui sostanzialmente verte il problema della sostituzione rappresentativa del paziente incapace avente fonte volontaria: essa, infatti, implica necessariamente dei rischi, in quanto non è soggetta ad un controllo preventivo da parte dell'autorità giudiziaria.

Nondimeno, il pericolo di una scelta terapeutica non conforme all'identità del paziente è insito in ogni meccanismo sostitutivo e non solo in quello della rappresentanza volontaria. Allora, in ottica di garanzia della preservazione della vita del paziente, la soluzione migliore sarebbe senza alcun dubbio quella di non riconoscere poteri rappresentativi a nessun soggetto⁸⁰⁶: in caso di incapacità del paziente, il rifiuto al trattamento terapeutico potrebbe trovare spazio solo qualora

⁸⁰⁴ Gli artt. 1394 e 1395 c.c. non possono trovare piena applicazione nell'ambito in esame, poiché la sanzione dell'annullabilità (prevista per il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi) non è conferente alla relazione di cura in cui il fiduciario è chiamato a svolgere la propria attività.

⁸⁰⁵ La possibilità che il disponente si affidi completamente al fiduciario, senza fornirgli alcuna indicazione, verrà considerata nel par. 5.11.

⁸⁰⁶ È facile rilevare che, però, vi sarà sempre un soggetto deputato ad assumere le decisioni terapeutiche: in mancanza di un sostituto, si tratterà del medico investito del potere-dovere di cura.

emergesse in modo assolutamente certo ed inconfutabile la sua precisa volontà⁸⁰⁷.

Tuttavia, nel momento in cui si ammette la sostituzione ad opera di un rappresentante legale, si intraprende un percorso che conduce alla possibilità - remota, ma concreta - che la volontà espressa sia quella di un altro soggetto, il quale agisce nell'interesse dell'incapace.

È pur vero che la Corte di Cassazione ha sottolineato come il rappresentante legale debba agire «non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace». Ci si domanda, però, come sia possibile, nei casi in cui sussista obiettiva incertezza non solo in merito a manifestazioni di volontà o ad orientamenti precedentemente espressi, ma anche in merito all'identità del paziente, decidere “con” quest'ultimo, nel senso specificato dalla Cassazione. Il caso più evidente è quello di soggetti incapaci dalla nascita, per i quali non è possibile individuare non solo una volontà, ma neppure un'identità da cui si ricavano criteri cui le scelte terapeutiche espresse dal sostituto debbano conformarsi. Pur affermando con vigore la necessità di compiere ogni sforzo possibile perché la volontà espressa dal sostituto sia effettivamente quella del paziente, pare inevitabile constatare che, in dette ipotesi, la scelta è compiuta dal rappresentante⁸⁰⁸, il quale cerca di perseguire quello che egli ritiene, nel dialogo con il personale medico, il miglior interesse del paziente. Nell'ambito della rappresentanza legale, il controllo sulla scelta è esercitato dall'autorità giudiziaria, mentre la rappresentanza volontaria non è soggetta a controlli preventivi.

In conclusione, emerge quindi un interrogativo, che sembra costituire uno dei punti centrali intorno a cui si dovrà sviluppare in futuro la discussione in tema di disposizioni anticipate di trattamento. La domanda che ci si pone è se un controllo giudiziale sia sempre la soluzione migliore, oppure se, a volte, esso non sia in grado di offrire maggiori garanzie o persino risulti lesivo per il paziente⁸⁰⁹,

⁸⁰⁷ Quindi, ancora una volta, si sottolinea che, in situazioni del genere, il soggetto che eventualmente trasmettesse tale volontà espressa dal paziente non sarebbe altro che un mero *nuncius* e non certo un rappresentante.

⁸⁰⁸ Tornando alla teoria generale della rappresentanza, si rammenta che la dichiarazione è da considerarsi sempre atto del rappresentante (sul punto, v. la ricostruzione e le osservazioni di S. DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini» Contributo alla teoria della rappresentanza*, cit., 167 s. e 221, secondo cui «il *proprium* della rappresentanza sta nel fatto che non tanto gli effetti, quanto la stessa fattispecie, cui essi si ricollegano, è giuridicamente imputata ad un soggetto diverso da colui che ha posto in essere gli accadimenti che valgono ad integrarla. Più precisamente, l'ordinamento valuta la dichiarazione negoziale resa in nome altrui, sebbene essa dal punto di vista della formazione ed esternazione della volontà che ne costituisce il contenuto sia da riferire alla persona del rappresentante, come dichiarazione del rappresentato: ond'è che, sotto il profilo degli effetti, non costituisce un'anomalia la circostanza che essi si riflettano in capo a quest'ultimo (in quanto autore giuridico del negozio). [...] Quel che si suppone [...] è che la conseguenza giuridica che si riconnette alla manifestazione di una volontà non per sé, ma in nome di altri, la conseguenza, più precisamente, che l'ordinamento ricollega alla c.d. *contemplatio domini*, consista [...] nella imputazione giuridica alla persona del rappresentato di una dichiarazione, che dal punto di vista psicologico e materiale rimane atto del rappresentante». Pertanto, in questa prospettiva, il negozio rappresentativo è «costituito da una dichiarazione di volontà dai contenuti determinati dal rappresentante, ma della quale deve considerarsi autore in senso giuridico il rappresentato».

⁸⁰⁹ In questo senso, emblematica è la vicenda Englaro: se il sistema giudiziario ha impiegato anni per affermare la legittimità delle istanze del tutore Beppino Englaro perché ritenute espressioni conformi alla personalità del paziente, allora, si pone il dubbio che un istituto maggiormente

anche laddove quest'ultimo abbia demandato ogni scelta ad un altro soggetto⁸¹⁰.

Precisando che la problematica non si presta a soluzioni univoche né a poco opportune semplificazioni, dovendosi tenere conto di tutte le variabili del caso concreto, due aspetti sembrano costituire argomenti decisivi a difesa dell'attuazione della sostituzione predisposta dal paziente in epoca antecedente al proprio stato di incapacità.

In primo luogo, il ruolo del personale sanitario non può essere sottovalutato, perché, comunque, una verifica in merito alle scelte effettuate dal fiduciario è, in ultima analisi, compiuta anche dai medici, i quali sono innanzitutto tenuti a fornire l'informazione necessaria per assumere la decisione terapeutica e realizzano, quindi, il presupposto per la formazione di un consenso consapevole.

In secondo luogo, il rapporto tra disponente e fiduciario è basato, come la stessa terminologia rivela, sulla fiducia. In sostanza, il futuro paziente pone il proprio destino nelle mani di un'altra persona, che, tra tutte, viene da lui ritenuta la più meritevole e affidabile. Un sistema eccessivamente rigido rischia di impedire la valorizzazione di tale rapporto di natura affettiva e morale, prima ancora che giuridica: forse, allora, si potrebbe ritenere che, in linea di massima, il miglior giudice dei propri interessi sia proprio il disponente stesso, perché, nell'estrema complessità di ogni individuo umano, egli solo può riuscire a comprendere nel modo più esatto quali siano le proprie necessità e decidere a quale soggetto affidare la tutela della propria persona.

Un'analoga situazione di affidamento consapevole si verifica, in modo particolare, quando è lo stesso paziente a decidere, insieme al personale sanitario, la pianificazione condivisa delle cure: in tali casi, egli, concordando la pianificazione, si rimette - una volta che sia sopravvenuto il suo stato di incapacità - all'operato del medico, il quale aveva precedentemente reso conscio il paziente in merito alla condizione patologica e alle alternative terapeutiche percorribili.

Non è però inverosimile che, nel diverso caso in cui un soggetto non si trovi in alcuno stato patologico, egli percepisca l'inadeguatezza di qualsiasi decisione preventiva circa eventuali trattamenti cui potrà essere sottoposto in futuro e preferisca, dunque, delegare le decisioni in materia di cure alla persona che, secondo la sua valutazione, gli sarà più vicina nel momento della malattia. Tale fiduciario dovrà agire, quindi, rispettando l'identità del paziente, ma non è

flessibile basato sulla rappresentanza di fonte volontaria, adeguatamente attuato nella relazione di cura, potrebbe a volte risultare, nell'ottica di consentire la migliore tutela della personalità dell'individuo, più efficiente rispetto alla rigidità di un sistema imperniato su un necessario controllo giudiziale.

Occorre anche riconoscere che, all'epoca, molti aspetti della materia non erano ancora stati delineati in giurisprudenza (e sono stati definiti proprio all'esito di tale vicenda giudiziaria). Attualmente, inoltre, in casi analoghi si può fare ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno, che, pur garantendo un controllo giudiziale, è caratterizzato da procedure più snelle e da un maggiore grado di flessibilità.

⁸¹⁰ Ci si sta, quindi, sempre riferendo al caso in cui le disposizioni anticipate contengano, ad esempio, solo la nomina di un fiduciario o siano comunque a tal punto generiche da creare, nello stesso fiduciario, forti incertezze circa la prestazione del consenso informato. Nel caso di disposizioni anticipate che consentono minore discrezionalità al fiduciario, emerge in misura ancora maggiore l'opportunità di ammettere l'operatività dello strumento sostitutivo adottato dal disponente.

escluso che si potrà trovare in situazione di difficoltà nel compimento della decisione sostitutiva a causa di oggettive incertezze⁸¹¹. In siffatte circostanze dovrà considerarsi che il fiduciario è stato designato dal paziente nel momento in cui quest'ultimo era ancora capace e - nonostante i rischi impliciti in ogni sostituzione rappresentativa - tale sostituzione è stata giudicata dal disponente come la scelta più opportuna da compiere per la tutela della propria persona⁸¹².

In ultima analisi, il superamento della necessità di autorizzazioni giudiziali sembra porsi come concreta possibilità laddove, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, risulti una sostanziale identità di vedute tra personale sanitario e fiduciario in merito all'interesse del paziente, che abbia consapevolmente scelto di rimettersi alla prudente valutazione altrui⁸¹³.

In prospettiva *de iure condendo*⁸¹⁴, compito del Legislatore è quello di disciplinare le modalità di accertamento della designazione volontariamente effettuata dal disponente, come è accaduto in altri ordinamenti⁸¹⁵, dovendosi

⁸¹¹ Si pensi al caso di cui si è occupato Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, cit., (v. par. 4.2. e par. 5.6) ove, se per ipotesi fosse stato nominato dalla paziente un fiduciario senza disposizioni anticipate specifiche, l'assunzione di decisioni terapeutiche da parte di quest'ultimo sarebbe stata senz'altro problematica, concorrendo, da una parte, «la negazione della irreversibilità della malattia» da parte della paziente nonché il tentativo di «prova[re] tutte le cure possibili», anche con l'ausilio di uno «stregone» e, dall'altra, l'opinione manifestata in occasione della morte del padre e la personalità «volitiva» e «vivace». In un tale contesto, «nessuna delle persone sentite» aveva saputo «riferire quali fossero le volontà della sig.ra Za. in ordine all'evoluzione della sua patologia e alla fase terminale della vita» e l'opera di ricostruzione dei «convincimenti in ordine al tema del fine vita» ai fini della concessione dell'autorizzazione all'amministratore di sostegno è stata compiuta dal Giudice valutando tutte le circostanze del caso.

⁸¹² Si vedano, sul punto, le considerazioni nel par. 5.10 relative al principio ricavabile dall'art. 1395 c.c.

⁸¹³ Può essere utile richiamare, in proposito, un aspetto già trattato nell'ambito delle *Patientenverfügungen* tedesche, ovvero la soluzione prevista dai commi 4 e 5 del § 1904 BGB in merito alla superfluità dell'autorizzazione giudiziale in presenza di determinate circostanze (cfr. par. 5.7). Sia il *Betreuer* che il *Bevollmächtigter* (al quale sia stata conferita una procura in forma scritta) possono evitare di richiedere l'autorizzazione al giudice quando sussiste accordo tra questi ultimi e il medico curante circa la conformità della decisione alla volontà del paziente: in tal modo, il controllo da parte del sistema giudiziario diventa quindi successivo al compimento delle scelte e, soprattutto, meramente eventuale.

Sul punto, si faccia riferimento anche all'art. 484 *code civil* francese, che consente a qualsiasi soggetto interessato di rivolgersi al giudice tutelare al fine di contestare l'attuazione del mandato oppure perché si esprima sulle condizioni e modalità della sua esecuzione (v. par. 5.8), nonché alla legislazione dell'Alaska (v. par. 5.5).

Le esperienze straniere rivelano, quindi, che la scelta dello strumento negoziale non significa eliminazione della supervisione giudiziale, ma solo attivazione di tale controllo nel caso patologico in cui non venga effettivamente soddisfatto l'interesse dell'incapace.

⁸¹⁴ L'opportunità di una riforma degli istituti di protezione dell'incapace in chiave di valorizzazione degli strumenti negoziali è percepita dalla dottrina più attenta (in particolare, v.: M. PICCINI - U. ROMA, *op. cit.*, 739 s., secondo cui «Una riforma che valorizzi gli strumenti dell'autonomia privata anche con riferimento agli interessi di natura personale per il caso di sopravvenuta incapacità potrebbe rendere il sistema più flessibile ed adatto a rispondere alle mutevoli esigenze delle persone non più in grado di decidere»).

⁸¹⁵ V. in particolare par. 5.7 e par. 5.8.

altrimenti fare riferimento ai principi generali in tema di forma della procura⁸¹⁶ e del mandato⁸¹⁷, da applicarsi all'atto di designazione del fiduciario in considerazione dell'attività che quest'ultimo andrà a compiere⁸¹⁸. È evidente che, in mancanza di adozione di forme di per sé idonee ad offrire un immediato grado

⁸¹⁶ Come è noto, l'art. 1392 c.c. sancisce che «la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere».

⁸¹⁷ Benché il principio generale previsto dall'ordinamento sia quello della libertà delle forme, la questione inerente al mandato conferito per compiere atti giuridici soggetti alla forma scritta *ad substantiam* è, da sempre, oggetto di dibattito. Ci si limiterà a richiamare qui gli orientamenti principali della giurisprudenza, in quanto il problema esula dall'ambito della presente trattazione. Secondo una recente pronuncia (Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Foro it.*, 2014, I, 522), «non è necessaria la forma scritta per il mandato ad acquistare beni immobili che sia stato conferito senza rappresentanza».

In senso contrario, si segnalano, tuttavia: Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Indebito*, n. 6, in motivazione; Cass., 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Mandato*, n. 12, secondo la quale il mandato, con o senza rappresentanza, così ad acquistare come a vendere beni immobili, richiede la forma scritta *ad substantiam*; Cass., 9 luglio 2001, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2002, 5, I, 1355 («Il mandato senza rappresentanza avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili richiede la forma scritta *ab substantiam*, la cui assenza rende nullo il negozio, impedendo che si costituisca il rapporto giuridico e che, conseguentemente, sorgano legittimamente obbligazioni tra le parti»); Cass., 18 giugno 1998, n. 6063, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Mandato*, n. 12 («Il mandato ad acquistare beni immobili richiede la forma scritta *ad substantiam*»).

Con specifico riferimento all'ipotesi di mandato a vendere immobili, si vedano, invece, nel senso della libertà delle forme: Cass., 30 maggio 2006, n. 12848, in *Vita not.*, 2006, 1424 (sulla base della distinzione tra procura e mandato, dalla quale deriverebbe la conseguenza che gli effetti traslativi si producono non già in forza del rapporto interno di mandato, ma in forza del rapporto di rappresentanza); Cass., 10 novembre 2000, n. 14637, in *Foro it.*, 2001, I, 941.

Per una panoramica della dottrina sulla forma del mandato avente per oggetto il trasferimento di beni immobili si rimanda a F. ALCARO, commento *sub* art. 1707 c.c., in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti II*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 358; per le varie posizioni in materia, cfr. anche; B. CARPINO, *I contratti speciali - Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2007, 21; A. LUMINOSO, *Il mandato*, in *Tratt. Rescigno*, Milano, 2007, 426; N. VISALLI, *In tema di acquisti del mandatario (art. 1706 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 107; C. SANTAGATA, *op. cit.*, 280; F.M. DOMINEDÒ, *op. cit.*, 112.

⁸¹⁸ L'obbligo di espressione del consenso informato per iscritto è previsto in alcuni specifici casi: donazioni di sangue e emoderivati, trasfusioni ematiche e terapie con emoderivati (D.M. 15 gennaio 1991); donazione di midollo osseo (Legge 6 marzo 2001, n. 52); accertamento diagnostico dell'infezione da HIV (Legge 5 giugno 1990, n. 135); trapianti di organi e tessuti tra persone viventi (D.P.R. 16 giugno 1977, n. 409); prelievo ed innesto di cornea (Legge 12 agosto 1993, n. 201); sperimentazione scientifica (D.M. 27 aprile 1992); utilizzo della terapia elettroconvulsivante (circolare Min. Salute 15 febbraio 1999, oltre alle normative regionali in materia); uso di medicinali al di fuori delle indicazioni autorizzate (Legge 8 aprile 1998, n. 94); interruzione volontaria di gravidanza (Legge 22 maggio 1978, n. 194); procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004, n. 40).

Al di fuori di questi casi, la forma scritta (per l'informazione o per la manifestazione del consenso) non è obbligatoria, ma assolutamente opportuna, tanto che, «nei fatti, [...] i moduli si diffondono, per ragioni essenzialmente organizzative, al fine di precostituire e conservare una documentazione nel caso di contenzioso» (M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 249).

Infine, si deve considerare quanto previsto dal Codice di Deontologia Medica, che richiede la raccolta del consenso informato in forma scritta in varie situazioni, come per l'ipotesi di prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche «prevedibilmente gravate da elevato rischio di mortalità o di esiti che incidano in modo permanente sull'integrità psico-fisica» (art. 35).

di certezza circa la nomina⁸¹⁹, potrebbe rendersi necessario un accertamento giudiziale relativo alla legittimazione del fiduciario e ciò frustrerebbe le esigenze di maggiore flessibilità cui sarebbe invece preposta la sostituzione rappresentativa di fonte volontaria per l'attuazione delle DAT.

⁸¹⁹ Il problema della forma, incidendo sull'efficacia delle DAT, concerne - si ricorda - tutte le disposizioni anticipate di trattamento e non solo quelle di nomina del fiduciario (v. par. 4.4).

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007
- AA.VV., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014
- AA.VV., *Do-not-resuscitate Orders for Critically Patients in Hospitals. How Are They Used and What is Their Impact?*, in *Journal of Medicine*, 1986, 256, 233 ss.
- N. ABBAGNANO, *Il relativismo culturale*, in *Quad. sociol.*, 1962, 5 ss.
- M. ABBATE, *Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia*, in E.V. NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 129 ss.
- F. ABEL, voce *Accanimento terapeutico*, in S. LEONE - S. PRIVITERA, *Dizionario di Bioetica*, Bologna, 1994, 3 ss.
- A. ABIGNENTE, *Il caso Englaro. Una riflessione frigidamente pacatoque animo*, in *Sociologia del diritto*, 2013, 3, 47 ss.
- G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005
- M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958
- M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957
- M. ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955
- M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934
- G. ALY, *Aktion T4. Die „Euthanasie“-Zentrale in der Tiergartenstraße 4*, Berlin, 1987
- G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 1, 83 ss.
- G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 39 ss.
- G. ALPA, *La persona fisica (Parte prima)*, in G. ALPA - G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco (dir. civ.)*, I, *Le persone e la famiglia*, Assago, 2006, 252
- S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita*, Torino, 2011
- S. AMATO, *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005, 284
- A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 304

- I. AMBROSI - M. D'AURIA, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 5 ss.
- R. ANDORNO, *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, 34, 223
- I. ANDRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015
- F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, 216 ss.
- I. ANRÒ - M. CONDINANZI, *Testamento biologico. La posizione delle organizzazioni europee* (Relazione al Convegno "Testamento biologico", Stresa, 25 maggio 2013), in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 3, 547 ss.
- G.J. ANNAS, *Transferring the Ethical Hot Potato*, in *Hastings Center Report*, 1987, 17, 20 ss.
- G.J. ANNAS, *Patients' Rights Movement*, in *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1978, 3, 1201 ss.
- D. ANTISERI - V. CAGLI, *Dialogo sulla diagnosi*, Roma, 2008
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1992
- G. AQUARO, *Onere testamentario e legato tra accessorietà e autonomia*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 541 ss.
- M. AQUINO - R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 2-3, II, 641 ss.
- V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949
- G. ARENA, voce *Incapacità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 909 ss.
- P. ARIÈS, *Storia della morte in Occidente*, Milano, 1998
- D. ATIGHETCHI, *Islam ed eutanasia*, in *Medicina e morale*, 2007, 1, 61 ss.
- J.L. AUSTIN, *How To Do Things with Words*, Oxford, 1975 (trad. it.: J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987)
- M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in *Notariato*, 2005, 4, 393 ss.
- M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 10, II 2, 331 ss.
- G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990
- G. AZZARITI, voce *Successioni (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1957

- G. AZZARITI - G. MARTINEZ, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982
- S. BALBUSSO, *Difetto di informazione o consenso: problemi di autodeterminazione al trattamento medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 10, I, 10 ss.
- G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012
- L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi dell'amministratore del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, 659 ss.
- T. BALLARINO, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 1, I, 69 ss.
- A. BARAGGIA, *Interruzione di trattamenti di sostegno vitale e volontà del paziente incapace nella recente giurisprudenza tedesca: nuovi equilibri di una relazione problematica. Nota a Bundesgerichtshof, 25 Giugno 2010, 2 StR 454/09*, in *Riv. AIC*, 2010, 0, 9 ss.
- R. BARATTA, *Il diritto alla vita privata nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Pretty*, in *Legalità e giustizia*, 2003, I, 247 ss.
- L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947
- L. BARBIERA, *Il matrimonio civile (artt. 79-142 c.c.)*, Bari, 2005
- M. BARNI, *Nesso causale nella responsabilità contrattuale del medico: non se ne può prescindere, ma, ...*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1169 ss.
- P. BARTLETT, *Blackstone's Guide to The Mental Capacity Act 2005*, Oxford, 2005
- M.P. BATTIN, *Age Rationing and the Just Distribution of Health Care: Is There a Duty to Die?*, in *Ethics*, 1987, 97, 2, 317 ss.
- M.D. BAYLES, *The Price of Life*, in *Ethics*, 1978, 89, 1, 20 ss.
- M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Bologna, 2009
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- J.-L. BAUDOUIN, *Quelque réflexions sur la reconnaissance du droit à la santé dans les systèmes internationaux et régionaux des droits de la personne*, in *Journal International de Bioéthique*, 1998, IX, 3, 69 ss.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene (1764)*, Milano, 1973
- P. BECCHI, *Morte celebrale e trapianto di organi*, Brescia, 2008
- P. BECCHI, *Morti cerebrali = cadaveri? La legislazione e la giurisprudenza italiane*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 451 ss.
- P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in

- Riv. Internaz. di Filosofia del Diritto*, 2009, 3, 379 ss.
- R. BECKMANN, *L'accertamento del decesso: la morte cerebrale è affidabile?*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 25 ss.
- M. BEDJAOU, *De la dignité humaine aux principes de bioéthique: décliner l'universalisme dans le respect du pluralisme*, in C. BYK, *Bioéthique et droit international. Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Paris, 2007, 67 ss.
- C. BERGER, *Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, in *JZ*, 2000, 797 ss.
- C. BERNARD - D. SHELTON, *Les Personnes et les familles*, Montréal, 1995, 7, 45;
 G. GUAY, *Questions pratiques concernant le mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité et les régimes de protection aux majeurs inaptes* (Conférence donnée à la session de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec, 2-3 novembre 1990), in CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Cours de perfectionnement en Notariat*, Montréal, 1990, 153
- P. BERNARDINI, *Dal suicidio come crimine al suicidio come malattia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 81 ss.
- G. BERT, *Medicina narrativa. Storie e parole nella relazione di cura*, Roma, 2007
- E. BERTRAND CATTINARI, *Amministratore di sostegno: quale futuro per le decisioni sanitarie? Alcuni rilievi alla luce del quadro legislativo internazionale e della recente giurisprudenza*, in *Sociologia del diritto*, 2014, 1, 203 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994
- E. BETTI, voce *Atti giuridici*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1958, 2 ss.
- E. BETTI, *Diritto romano: parte generale*, Padova, 1955
- E. BETTI FERRAMOSCHE, *La nuova disciplina della capacità di agire. Il problema degli «atti personalissimi»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 121 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005
- W. BIGIAMI, *La piccola impresa*, Milano, 1947
- L. BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza in generale*, in *Il contratto in generale*, 6, in *Tratt. Bessone*, XIII, Torino, 2000
- L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1993
- L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile, I, 2, Fatti e atti giuridici*, Torino, 1989

- L. BIGLIAZZI GERI, voce *Procura*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 999 ss.
- L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto*, I, Milano, 1976
- F. BILOTTA, *Il risarcimento del danno psichico non esclude il danno morale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 895 ss.
- P. BINETTI, *Il consenso informato. Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*, Roma, 2010
- B. BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949, I, 566 ss.
- G. BO, *Il matrimonio per procura*, Padova, 1934
- J.J. BOCHNIK, *Verzweiflung und freie Willensbestimmung bei Suizidversuchen. Sondervotum zum Alternativ-En-twurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe)*, in *MedR.*, 1987, 5 Jg., 5 H., 216 ss.
- G. BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e omicidio assistito*, in *Corr. giur.*, 2001, 6, 705 s.
- P. BOERO, *Il testamento*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, II, Napoli, 2009
- A. BOMPIANI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Bologna, 2008
- A. BOMPIANI (a cura di), *Formare un buon medico. Prospettive a confronto*, Milano, 2006
- M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due «dimensioni di analisi»*, in *Corriere giur.*, 2008, 42 ss.
- T. BONAMINI, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento*, in *Fam.e Dir.*, 2014, 12, 1077 ss.
- P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino, 1898, 3 ss.
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933.
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1979
- G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009
- G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010
- G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti i funerali, la sepoltura, le ceneri*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009
- G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009
- G. BONILINI, *“Testamento per la vita” e amministrazione di sostegno*, in *AA.VV.*,

- Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 189 ss.
- G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, 1102 ss.
- G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati cosiddetti atipici*, Milano, 1990
- G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995
- A. BORTOLUZZI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005
- L. BOVE, *Matrimonio civile*, in *Tratt. Rescigno*, 2, 1999
- G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1986
- C. BRIGNONE, *Testamento biologico: il Ddl licenziato al Senato rischia di modificare un quadro di riferimento*, in *Guida al dir.*, 2009, 18, 101
- D. BRUNELLI - S. SANTARELLI, *Tutela della religione e tutela del corpo: rapporti penalistici*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 231 ss.
- G. BRUNETTI, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico: contributo alla dottrina dell'interpretazione della legge con particolare riguardo al diritto privato*, Firenze, 1924
- G.B. BRUNO, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giust. civ.*, 2000, 3307 ss.
- E. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 468 ss.
- E. BURCHIA, *Olanda, la «dolce morte» ora arriva a domicilio*, in *Corriere della Sera*, 1° marzo 2012
- F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam., pers. succ.*, 2008, 12, 966 ss.
- F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, I 153 ss.
- F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979
- C. BYK, *The history of the right to health as a human right*, in *Journal International de Bioéthique*, 1998, IX, 3, 15 ss.
- E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Assago, 2008
- E. CALÒ, *Mandat en prévision de l'inaptitude: un messaggio dal Québec*, in *Familia*, 2002, 53 ss.

- E. CALÒ, “*Enduring Powers of Attorney*”: *il mandato come alternativa all’interdizione*, in *Notariato*, 1999, 385 ss.
- E. CALÒ - L. IAPICHINO, *Appunti sulla disciplina nel Québec del mandato in previsione della propria incapacità*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 969 ss.
- R. CALVO, *Il divieto dei patti successori*, in R. CALVO - G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008
- R. CALVO, *Il trust testamentario*, in R. CALVO - A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. Rescigno - Gabrielli*, XIX, Torino, 2014
- E. CALÒ, *Caso Englaro: la decisione della Corte d’appello di Milano*, in *Corr. giur.*, 2008, 9, 1290 ss.
- E. CALÒ, *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in S. PATTI (a cura di), *L’amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 52 ss.
- L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell’intento negoziale*, Milano, 1958
- L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962
- S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 5, I, 751 ss.
- S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - M. PAPA, *Trattato di diritto penale*, I, *Reati contro la vita e l’incolumità individuale*, Torino, 2007, 118 ss.
- S. CANESTRARI - F. MANTOVANI - A. SANTOSUOSSO, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Criminalia*, 2009, 331 ss.
- F. CANFORA, *Lacune e completezza dell’ordinamento giuridico*, in *Iustitia*, 1973, 2, 127 ss.
- M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico nel Magistero della Chiesa cattolica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 1, II, 335 ss.
- N. CANTOR, *Legal Frontiers of Death and Dying*, Bloomington, 1987
- M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005
- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, ed. riv. e agg. a cura di A. FERRUCCI - C. FERRENTINO, Milano, 2009
- G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, II, Milano, 2002
- G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Familia*, 2004, 1059 ss.
- E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell’incapacità di agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 537 ss.

- L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966
- L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977
- L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, L'ordinamento sanitario, I, L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 107 ss.
- F. CARNERIE, *Euthanasia and Self-Determinism: Is There a Charter Right to Die in Canada?*, in *Mc Gill Law Journal*, 1987, 32, 2, 299 ss.
- F. CARNELUTTI, *L'intervento del "nuncius" e il contratto scritto*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, 349 ss.
- U. CARNEVALI, *La rappresentanza*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2010, 667 ss.
- U. CARNEVALI, voce *Modo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 687 ss.
- U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato «post mortem»*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694
- F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Firenze, 1924
- F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, XXI, 1, Milano, 1987
- G. CASABURI, *Le scelte di fine vita: una panoramica di diritto comparato*, in *Foro it.*, 2013, IV, 6, 296 ss.
- G. CASCIARO - P. SANTESE, *Il consenso informato*, Milano, 2012
- M. CASINI - N. COMORETTO - F. PERSANO - A. SPAGNOLO - E. TRAISCI, *La riflessione sul "fine vita". Aspetti giuridici ed etico-clinici dell'eutanasia*, in *Medicina e morale*, 2010, 6, 987 ss.
- C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006
- C. CASONATO, *Stato di derivazione liberale e fine vita: fra regola ed eccezione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 2, 15 ss.
- C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 1, 99 ss.
- G. CASSANO, *Note di attualità in tema di eutanasia*, in *Ragiusan*, 2004, 243 ss.
- G. CASSANO, *L'eutanasia nella legge olandese ed in un recente caso giurisprudenziale italiano*, in *Fam. e dir.*, 2001, 5, 573 ss.
- G. CASSANO, *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici: ancora in tema di eutanasia*,

- in *Fam. e dir.*, 2005, 5, 483 ss.
- G. CASSISA, *A proposito di un caso di datio in solutum testamentaria*, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1650
- M. CASTELLANI - F. CEMBRANI - G. CIRAULO, *Sulla legge belga che ha esteso anche ai minori (che si trovano in particolari condizioni) il diritto di morire*, in *Riv. BioDiritto*, 2014, 2, 11 ss.
- C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1037 ss.
- C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1, 87 ss.
- C. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 949 ss.
- M. CECCHETTI - L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 785 ss.
- R. CECCHI, *Unicità del concetto di morte: orientamenti etici, deontologici e legislativi*, *Giust. pen.*, 1991, I, 274
- P. CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 621 ss.
- P. CENDON - I. BEDASCHI, *ADS, ora per allora: sì, quando vi siano giustificati timori di incombente accanimento terapeutico*, in www.personaedanno.it
- P. CENDON - R. ROSSI (a cura di), *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2009
- K. CERMINARA - A. MEISEL, *The Right to Die. The Law of the End-of-life Decisionmaking*, New York, 2004
- M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 84 ss.
- A. CHIANALE, *La rappresentanza*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. Gabrielli*, Torino, 1999
- D. CHINDEMI, *Danno morale: alla morte segue la resurrezione (nota a Cass. 12 dicembre 2008, n. 29191)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 814 ss.
- A. CHIZZINI, *Leggi sulla decisione, garanzie costituzionali e resistenza contro il giudicato? Note in margine alla vicenda giudiziaria Englaro*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 2, 361 ss.
- G. CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2004, 492 ss.
- G. CIAN, *L'intervento di un nuncius nella formazione delle fattispecie negoziali*, in

Studium Iuris, 1996, 13 ss.

G. CIAN, *Riflessioni per una rilettura dell'art. 1762 del c.c.*, in A. ZACCARIA (a cura di), *La mediazione*, Padova, 1992, 121 ss.

A. CICU, *Testamento*, Milano, 1945

A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951

G. CIMBALO, *Osservazioni al Parere del Consiglio di Stato Olandese sulla legge per l'eutanasia e l'aiuto al suicidio*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, 3, 655 ss.

G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, 2003, 36 ss.

F. CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in P. RESCIGNO, *Successioni e donazioni*, I, 1994, 1084 ss.

K.D. CLOUSER, *The Sanctity of Life: An analysis of a Concept*, in *Ann. of Internal Med.*, 1973, 78, 119 ss.

C.H. COLEMAN, *Legal Oversight of End-of-life Treatment Decisions in United States Law*, in S. NEGRI (a cura di), *Self-determination, Dignity International and Comparative Perspective*, Leiden, 2011, 155 ss.

B.D. COLEN, *Le droit à la mort*, Paris, 1978

COLLECTIF DE PROFESSIONNELS, *Dix ans d'euthanasie: un heureux anniversaire?*, in *La Libre Belgique*, 18 giugno 2012

G. COLOMBO, *Cura, lavoro di cura, relazione: parole, immagini, concetti in evoluzione*, in G. COLOMBO - E. COCEVER - L. BIANCHI, *Il lavoro di cura. Come si impara, come si insegna*, Roma, 2004, 17 ss.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, consultabile all'indirizzo http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, parere del 24 ottobre 2008, consultabile all'indirizzo: http://www.governo.it/bioetica/pubblicazioni_comitato/3_rifiuto_rinuncia_trattamento_sanitario_it.pdf

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992, consultabile all'indirizzo <http://www.governo.it/bioetica/pdf/9.pdf>

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, consultabile all'indirizzo <http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/PEG.pdf>

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Bioetica con l'infanzia*, 22 gennaio 1994,

consultabile all'indirizzo <http://www.governo.it/bioetica/pdf/14.pdf>

COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE, *Avis n° 1 du 12 mai 1997 concernant l'opportunité d'un règlement légal de l'euthanasie*, pubblicato all'indirizzo http://www.health.belgium.be/filestore/7946414_FR/avis1-site_7946414_fr.pdf

M. CONRADI, *Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages. Eine Untersuchung zu Fragen der Sterbehilfe im Zeitalter der Intensivmedizin*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002

F. CONSORTE, *Il rifiuto delle cure mediche, l'eutanasia ed il suicidio medicalmente assistito: stato dell'arte ed istanze innovative nei paesi di common law*, in D. FONDAROLI (a cura di), *I principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, 75 ss.

A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962

R. CONTE, *Per l'eutanasia. Note minime sul diritto a decidere della vita e della salute*, in *Questione Giustizia*, 2013, 1, 169 ss.

R. CONTE, *Per l'eutanasia. Note minime sul diritto a decidere della vita e della salute*, in *Questione Giustizia*, 2013, 1, 169 ss.

R. CONTI, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti* (Relazione all'incontro di studio organizzato in occasione della Giornata europea della giustizia civile dai Referenti distrettuali per la formazione decentrata della Corte di Appello di Torino, 25 ottobre 2012), in *Politica del diritto*, 2012, 4, 555 ss.

C. COSSU, voce *Nuncius*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ., XII*, Torino, 1995, 331 ss.

M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in M. BIANCA, *Le successioni testamentarie*, in *Giur. Bigiavi*, 1983, 153 ss.

A. COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Catania, 2002

S. COTTA, *Aborto ed eutanasia. Un confronto*, in ID., *Diritto Persona Mondo umano*, Torino, 1989, 213 ss.

D. CRANE, *The Sanctity of Social Life: Physicians' Treatment of Critically Ill Patients*, New York, 1975

G. CRISCUOLI, *Sul diritto di morire naturalmente*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 84 ss.

G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965

E. CRIVELLI, *Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*, in *Riv. AIC*, 2012, 4, 5 ss.

E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, in *Riv. AIC*, 2013, 3, 5 ss.

- B. CZAPEK, *Das faschistische Euthanasieprogramm im Dritten Reich*, Frankfurt am Main, 1982
- F. D'AGOSTINO, *Bios, Zoé, Psyché*, in ID., *Parole di bioetica*, Torino, 2004, 27 ss.;
A. COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Catania, 2002
- F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1994
- P. D'AMICO, voce *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 1 ss.
- L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 47 ss.
- L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato dal Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 1281 ss.
- W. D'AVANZO, voce *Nuncius (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 515 ss.
- M. DE ACUTIS - C. EBENE - P. ZATTI, *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato e occasionale*, in F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 101 ss.
- A. DE CUPIS, *La morte umana e il diritto*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 245
- C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 581 ss.
- S. DE FLAMMINEIS, *Il consenso all'atto medico attraverso il profilo del diritto al rifiuto delle cure (e dell'eutanasia)*, in *Corr. giur.*, 2009, 2, 185 ss.
- M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1978
- F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Vassalli*, II, Torino, 1939
- B. DEIDDE, *Etica e deontologia nei momenti finali dell'esistenza. In margine al caso di Eluana Englaro*, in *Questione Giustizia*, 2013, 1, 208 ss.
- G.A. DEI TOS, *Un approccio all'idea di persona: dalla vulnerabilità al prendersi cura*, in G.A. DEI TOS - A.L. DEL FAVERO (a cura di), *Etica, qualità e umanizzazione in Sanità*, Milano, 2006, 37 ss.
- E. DELEURY - D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, 1997, 491
- A. DELFOSSE - N. BAILLON-WIRTZ, *Le mandat de protection future*, in *La Semaine Juridique*, 30 marzo 2007, 1140, 16
- S. DELLE MONACHE, commento *sub art. 1392 c.c.*, in E. NAVARRETTA - A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale (artt.1387-1424)*, III, in *Comm.*

- Gabrielli, Torino, 2011, 92 ss.
- S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590 cod. civ.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, 2 ss.
- S. DELLE MONACHE, *Il problema della spendita del nome altrui nella rappresentanza*, in *Studium Iuris*, 2002, 726 ss.
- S. DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001
- V. DE LORENZI, *La rappresentanza*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012
- M.C. DEL RE, *La scelta per la vita o per la morte. Dal divieto d'ogni azione contro la vita, all'eutanasia richiesta dalla persona sofferente o di iniziativa altrui*, in *Riv. polizia*, 2014, 8-9, 679 ss.
- G. DE MARZO, *Incapaci e atti personalissimi, tra criteri di valutazione e problemi processuali*, in *Foro it.*, 2012, I, 14 ss.
- G. DE MARZO, *Note in tema di datio in solutum testamentaria*, in *Foro it.*, 1990, I, 1532 ss.
- R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Tratt. Galgano*, XLVI, Padova, 2007
- M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2000
- M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, I-II-III, Milano, 2006-2007
- P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani. Aspetti penalistici*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 657 ss.
- M. DE TILLA, *Verso il testamento biologico*, in *Dir. e lav. nelle Marche*, 2007, 207 ss.
- M. DE TILLA, *Introduzione*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, XI ss.
- E. DI CEGLIE, *Pluralismo contro Relativismo*, Milano, 2004
- U. DIEDERICHSEN, *Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung*, AA.VV., *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg, 2003, 635 ss.
- L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, 2, 144
- N. DI MAURO, *Legato di debito e datio in solutum*, in *Riv. not.*, 1990, 835 ss.
- N. DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del*

- rapporto obbligatorio*, Milano, 2005
- N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999
- G. DI ROSA, *Il mandato*, I, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012
- G. DI ROSA, *Il mandato. La nozione*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Torino, 2011
- G. DI ROSA, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica*, Milano, 1997
- N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 688 ss.
- A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Firenze, 2009
- M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno, Persone e famiglia*, II, 1, Torino, 1982, 87 ss.
- A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, 453 ss.
- F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964
- M. DONNELLY, *Best Interests, Patient Participation and The Mental Capacity Act 2005*, in *Medical Law Review*, 17, 2009, 1 ss.
- M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, in *Tratt. Grosso - Santoro Passarelli*, Milano, 1961
- P. DUCHAINE, *Réflexion sur le "Living Will" de common law dans le contexte du droit civil québécois*, in *La Revue du Notariat*, 2000, 417
- V. DURANTE, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Pol. dir.*, 2004, 4, 563 ss.
- V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 579 ss.
- G. DUTTGE, *Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe*, in D. KETTLER - A. SIMON - R. ANSELM - V. LIPP - G. DUTTGE, *Selbstbestimmung am Lebensende*, Göttingen, 2006, 36 ss.
- G. DUTTGE, *Preis der Freiheit*, in *Schreiber NStZ*, 2006, 473 ss.
- R. DWORKIN, *Il dominio della vita - tit. orig.: Life's Dominion*, Milano, 1996
- W.J. EIJK, *Il porre fine alla vita di neonati handicappati. Dal Protocollo di Groningen al regolamento nazionale olandese*, in *Medicina e morale*, 2007, 6,

1165 ss.

A. ESER, *Sterbewille und ärztliche Verantwortung. Zugleich Stellungnahme zur Urteil des BGH im Fall Dr. Witting*, in *MedR*, 3 Jg., 1 H., 6-17-1985

L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, 508;

L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 89 ss.;

D.W. EVANS, *Che cosa è la "morte cerebrale"? L'opinione di un medico britannico*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 125 ss.

J.C. EVERS, *Testimonianza personale sulla comprensione della morte cerebrale*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 135 ss.

M. FABIANI, *Danno morale: se, dove, come e quando dopo le sezioni unite*, in *Civilista*, 2009, 5, 42 ss.

R.R. FADEN - T.L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford, 1986

F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 1801 ss.

A. FALZEA, voce *Capacità (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 22 ss.

A. FALZEA, *Diritto alla vita, diritto alla morte*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo nell'ambito della Medicina Legale*, Milano, 1981, 119 ss.

A. FALZEA, *Il diritto alla vita, il diritto alla morte e la sopravvivenza terapeutica*, Messina, 1980

M. FARNETI, commento *sub art. 5 c.c.*, in G. CIAN - A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 2014

C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul "caso Englaro" e la "cattiva battaglia" giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, in *Giur. it.*, 2009, 7, 1630 ss.

FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI, *Codice di deontologia medica*, 18 maggio 2014, consultabile all'indirizzo <http://www.fnomceo.it/fnomceo/downloadFile.dwn?id=115163&version=8>

FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI, *Codice di deontologia medica*, 16 dicembre 2006, consultabile all'indirizzo <http://www.fnomceo.it/fnomceo/downloadFile.dwn?id=60474&version=0>

- E. FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, in *Giur. merito*, 1998, 4-5, II, 735 ss.
- L.C. FENTIMAN, *Privacy and personhood revisited: a new framework for substitute decisionmaking for the incompetent, incurably ill adult*, in *George Washington L. Rev.*, 1989, 801 ss.
- G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, in *Ann. Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, 987 ss.
- G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 37 ss.
- G. FERRANDO, *Il matrimonio*, Milano, 2002
- G. FERRANDO (diretta da), *Amministrazione di sostegno. Interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Bologna, 2012
- G. FERRANDO, *I diritti di natura personale. Compiti dell'amministratore ed autonomia dell'interessato*, in G. FERRANDO - L. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, 146 ss.
- R. FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss.
- R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, II, 9 ss.
- S. FERRARI, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962
- E. FERRI, *L'omicidio-suicidio*, Torino, 1982
- F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio civile*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 826 ss.
- G. FIRSCHING - K. DODEGGE, *Familienrecht 2.Halbband: Betreuungssachen und andere Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 2010
- G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire*, relazione in occasione del convegno «I confini dei territori alla fine della vita», organizzato dalla Fondazione Cortile dei Gentili e svoltosi a Roma presso la Camera dei Deputati in data 23 maggio 2014, pubblicata all'indirizzo <http://www.gmflick.it/wp-content/uploads/2014/06/Il-Cortile-dei-Gentili-mag14.pdf>
- W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992
- E. FORTUNA, *Il consenso informato e l'eutanasia nella casistica giudiziaria di Stati Uniti, Europa e Italia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 4-5, 991 ss.
- T. FOSSIER, *La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007*, in *ICP Sem. jur. Not.*, 2007, 11, 1128, 17 ss.
- T. FOSSIER, *L'objectif de réforme du droit des incapacités: protéger sans jamais*

- diminuer*, in *Rep. not.*, 2005, I, 1, *Doctr. et jur.*, 38076, 27, 31 ss.
- M. FRAGALI, *Della fideiussione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964
- G. FRANCOLINI, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 2005, 11, 1149 ss.
- G. FRANCOLINI, *Il dibattito sull'eutanasia tra Corte Europea e giurisprudenza interna*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 4, 813 ss.
- M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. e impr.*, 2009, 2, 255 ss.
- M. FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *La resp. civ.*, 2009, 581 ss.
- G. FRAVOLINI - E. MAZZEO - A. MENCARELLI, *L'eutanasia in Olanda: risposta legislativa ad una prassi iniqua*, in *Medicina e morale*, 1994, 6, 1093 ss.
- L.M. FRIEDMAN, *La società orizzontale*, Bologna, 2002
- P. FUNGHI - P.G. MACRÌ, *Obiezioni del medico e del cittadino*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 2119 ss.
- A. FUSARO, *Gli strumenti negoziali alternativi e complementari all'amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO (a cura di), *Amministrazione di sostegno, inabilitazione, incapacità naturale*, Bologna, 2012
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, XVI, Milano, 1988
- F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine gen., dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.
- C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964
- M. GARUTTI, *Il modus testamentario*, Napoli, 1990
- L. GAUDINO, *Il caso "Pretty": il problema del "right to die with dignity" davanti alle grandi Corti di common law*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 4-5, 1238 ss.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009
- F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 1, I, 107 ss.
- G. GENNARI, *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Familia*, 2006, 767 ss.
- E.M. GERSON, *On Quality of Life*, in *Amer. Sociol. Review*, 1976, 41, 793 ss.
- G. GIACOMELLI - S. BACHERINI, *La relazione con il paziente*, Roma, 2006,

- G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954
- C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. Utet*, II, Torino, 1978
- F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. al n. 3, 95 ss.
- F. GIARDINO, *Un istituto che sta scomparendo. Brevi riflessioni in tema di esecuzione testamentaria*, in *Riv. not.*, 1971, 315
- G.R. GILLET, *Why let people die?*, in *Journal of Medical Ethics*, 1986, 12, 83 ss.
- K. GINA - G. GILL - E. FUKUSHIMA - R.B. ABU-LABAN - D.D. SWEET, *Prevalence of advance directives among elderly patients attending an urban Canadian emergency department*, in *Canadian Journal of Emergency Medicine*, 2012, 14, 90 ss.
- G. GIONFRIDA, *Divagazioni su vecchi e nuovi casi giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1970, 234 ss.
- G. GIORDANO - D. IANNELLI - G. SANTORO, *Mandato. Commissione. Spedizione*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1969
- C. GIORLANDINO, *Introduzione*, in A. ROBERTI - C. BELOTTI - L. CATERINO, *Comunicazione Medico-Paziente. La comunicazione come strumento di lavoro del medico*, Ugnano, 2006, 11 ss.
- G.A. GITTER - D.I. MOSTOFKY, *The Social Indicator. An Index of the Quality of Life*, in *Social Biology*, 1973, 20, 289 ss.
- G. GIULIANO, *L'adempimento anomalo*, in P. FAVA (a cura di), *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, Milano, 2008
- F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 89 ss.
- G. GIUSTI, *L'eutanasia*, Padova, 1982
- G. GIUSTI, *La legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 6, II, 1103 ss.
- G. GIUSTI, *La legge belga sull'eutanasia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 6, III, 1572 ss.
- A. GORASSINI, *Appunti sparsi sul testamento biologico*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 41 ss.
- G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1963
- F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990, 825 ss.
- C. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino

- M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 191 ss.
- M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. it. disc. priv. - sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 176 ss.
- M. GRAZIANO, *La compensazione per testamento*, in *Notariato*, 2009, 5, 551
- D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 5 ss.
- M. GRONDONA, *Matrimonio per procura*, in G. FERRANDO - M. FORTINO - F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Tratt. Zatti*, I, 1, 583 ss.
- T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, 2009, 3, 483 ss.
- G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977
- A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2012
- H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: an Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge, 1946
- G. GUZZO, *Eutanasia, mass media e consenso sociale*, in *Medicina e morale*, 2011, 1, 43 ss.
- E.W. HANACK, *Strafrecht, Sterbehilfe und NichtVerhinderung frender Selbsttötung. Zu den Verhandlungen der Strafrechtl. Abteilung des 56. Dtsch. Juristentages. 1986*, in *MedR*: 1987, 5 Jg., 1 H., 96 ss.
- L.C. HANSON - E. RODGMAN, *The use of living wills at the end of life. A national study*, in *Arch. Intern. Med.*, 1996, 156, 1018 ss.
- M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1976
- H.D. HIERSCHE, *Das Recht des Menschen auf seinen würdigen Tod*, in *MedR*, 1987, 5 Jg., 2 H., 83 ss.
- D.J. HILL, *Morte cerebrale. L'opinione di un anestesista britannico*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 191 ss.
- H.L. HIRSH - M.K. CUNEO, *Who Shall Live, Who shall Die. Who Decides?*, in *Medical Law*, 1986, 5, 111 ss.
- W. HÖFLING, *Das neue Patientenverfügungsgesetz*, in *NJW*, 2009, 2849 ss.
- A. HUGHES, *State Advance Directive Registries: A Survey and Assessment*, in *Bifocal. Bar Associations in Focus on Aging and the Law*, 2009, 31, 2, consultabile all'indirizzo <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/adminis>

trative/law_aging/2011/aging_2012_alison_art_advdirreg.authcheckdam.pdf

D. HUMPHRY - A. WICKETT, *The Right To Die. Understanding Euthanasia*, London, 1986

G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed anatomia della disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 577 ss.

G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993

G. IADECOLA, *Il consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, Padova, 1989

G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 2, 607 ss.

L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, in G. LAURINI (diretto da), *Letture notarili*, Assago, 2000, 5 ss.

F. INTRONA, *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 1, 9 ss.

F. INTRONA, *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?*, in *Riv. it. medicina legale*, 2000, 2, 576 ss.

F. INTRONA, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso di Diane Pretty c / Governo Britannico (Strasburgo 24 aprile 2002)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 6, I, 1561 ss.

N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007

N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967

V.C. JACKSON, *World Habeas Corpus*, in *Cornell Law Review*, 2006, 91, 303 ss.

S.M. JAMIESON, *The Effect of Incarceration of the Right to Die*, in *New England Journal on Crim. and Civil Confinement*, 1985, 11, 2, 395 ss.

J. KATZ, *Experimentation with Human Beings*, Russell Sage Foundation, New York, 1972

H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. a cura di M. LOSANO, Torino, 1952

E.W. KEYSERLINGK, *Sanctity of Life and Quality of Life*, in *Ethics, Medicine and Law. Their Relevance to the Right to Die. Ins. Medicum n. 7*, in *Acta 5th World Congress On Medical Law, Centrum voor Medisch Recht, Rijksuniversiteit Gent*, I, Gent, 1982, 185 ss.

E.W. KEYSERLINGK, *Sanctity of Life or Quality of Life in the Context of Ethics, Medicine, and Law: A Study*, Ottawa, 1979

- M. KIRBY, *Human Rights and Bioethics: The Universal Declaration of Human Rights and Unesco Universal Declaration of Bioethics and Human Rights*, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 2009, 25, 309 ss.
- E. KLEE, „Euthanasie” im NS-Staat. Die „Vernichtung lebensunwerten Lebens”, Frankfurt am Mein, 1986
- H. KUHSE - P. SINGER (a cura di), *A companion to bioethics*, Chichester, 2009
- H. KÜNG - W. JENS, *Della dignità del morire. Una difesa della libera scelta*, Milano, 2010
- P.C. KUSZLER, *The History of the Health and Human Right Movement*, in F. ANFASA MOELOEK - A. PURWADIANTO - A. SUHARTO (a cura di), *Health & Human Rights*, Jakarta, 2003, 79 ss.
- L. KUTNER, *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*, in *Indiana Law Journal*, 1969, 44 (1), 539 ss.
- G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993
- L. LA BATTAGLIA, *Fedecommesso e sostituzione volgare implicita*, in *Corr. giur.*, 2005, IV, 524 ss.
- P. LAMARCHE, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant*, in CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Actes du Congrès*, Montréal, 1994, 130 ss.
- D. LAMB, *Il confine della vita* (trad. it.), Bologna, 1987
- B.S. LAMBA, *Human Rights, A Global Perspective*, in F. ANFASA MOELOEK - A. PURWADIANTO - A. SUHARTO (a cura di), *Health & Human Rights*, cit., 11 ss.
- S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 782 ss.
- S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cassazione, sez. un., 26972, 26973, 26974, 26975/08*, in *Danno e resp.*, 2009, 45 ss.
- K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1989
- A. LAUFS - C. KATZENMEIER - V. LIPP, *Arztrecht*, München, 2009
- D. LE BRETON, *L'appartenance du corps*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 77 ss.
- E. LECALDANO, *La questione della morte. Definizioni tra etica e filosofia*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 2025 ss.
- L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt.*

- biodiritto*, Milano, 2011, 417 ss.
- S. LEONE, *Etica della vita affettiva*, Bologna, 2006
- S. LEONE, *Nuovo manuale di bioetica*, Roma, 2007
- A.L. LETTIERI, *La Patientenverfügung: il nuovo istituto per le disposizioni di fine vita in Germania*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 3, II, 1484 ss.
- M. LIGUORI, *Il danno morale del terzo millennio: storia, evoluzione e prospettive*, in *La resp. civ.*, 2009, 548 ss.
- A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966
- C. LOSANA, voce *Successioni testamentarie*, in *Dig. it.*, XXII, 4, Torino, 1925
- S. LUBERTO - S. PIETRALUNGA, *La medicina legale di fronte all'esperienza del morire*, in *Studi Parmensi*, XXXIV, Milano, 1983, 238 ss.
- M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.
- A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984
- A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. Rescigno*, XII, 4, Torino, 1985
- M. LUTTEROTTI, *Sterbehilfe, lex artis und mutmasslicher Patientenwille. Ärztliche Überlegungen zu juristischen Vorschlägen*. in *MedR*, 1988, 6 Jg., 2 H., 55ss. e 4 H., 163 ss.
- C. LUZZATI, *Matters of Identity*, in *Ratio Juris*, 2005, 18, 107 ss.
- R. LUZZATTO, *Diritto familiare di guerra*, in *Nuova antologia*, marzo-aprile 1917, 83 ss.
- F. MACIOCE, voce *Ufficio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 641 ss.
- B. MAGNI, *I confini del corpo*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 29 ss.
- M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001
- C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957
- V. MANES, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011
- G. MANIACI, *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Ragion pratica*, 2013, 1, 241 ss.
- MANITOBA LAW REFORM COMMISSION, *Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment*, Report # 109, Winnipeg, 2003, 99 ss.

- A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 57 ss.
- F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. IV ed., Disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 422 ss.
- F. MANTOVANI, voce *Morte (generalità)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 82 ss.
- F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974
- V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, I, Torino, 1987
- V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1987
- P. MARANO, *Ritorno al paziente. Una sfida per la formazione medica del nuovo millennio?*, Milano, 2010
- A. MARINI, *La mediazione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992
- A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976
- G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 361 ss.
- R. MARRA, *Suicidio e scienze sociali. Il panorama italiano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 195 ss.;
- R. MARRA, *La percezione sociale del suicidio*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1991, 21 ss.
- R. MARRA, *Suicidio e diritti. Un'alternativa a costruzioni eziologiche e programmi terapeutici*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, 211 ss.
- R. MARRA, *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte nella cultura occidentale*, Napoli, 1987
- D. MARRANI, *Genetica, tutela della salute e diritti umani: il Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo relativo ai test genetici a fini medici - Genetics, Health and Human Rights: the Additional Protocol to the Oviedo Convention concerning Genetic Testing for Health Purposes*, in *La Comunità Intern.*, 2012, 2, 303 ss.
- R. MASONI - A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, I, 437 ss.
- C.I. MASSINI CORREAS, *La eutanasia activa voluntaria: existe un derecho a morir?*, in *Riv. internaz. Filosofia del Diritto*, 2003, 3, 379 ss.
- R.T. MASUCCI, *Attribuzione disgiunta di usufrutto e nuda proprietà:*

- fedecommesso vietato?*, in *Giur. it.*, 1996, VII, 1005 ss.
- M. MATTIONI, *Il testamento eterografo o per rappresentanza: un nuovo ritrovato giurisprudenziale*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, 597 ss.
- M. MAZZIOTTI, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss.
- I. MC COLL KENNEDY, *Alive or dead? The Lawyer's view*, in *Curr. Leg. Problems*, 1969, 22, 102 ss.
- C. MCCRUDDEN, *Human Rights and Judicial Use of Comparative Law*, in E. ÖRÜCÜ, *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, London, 2003, 1 ss.
- R. MENEGHELLI, *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e le fonti extra ordinem: spunto critico*, in *Dir. e soc.*, 1992, 2, 249 ss.
- C. MERKEL, „*Tod den Idioten*”. *Eugenik und Euthanasie in juristischer Rezeption vom Kaiserreich zur Hitlerzeit*, Berlin, 2007
- F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu - Messineo*, Milano, 1968
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962
- M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, in *Rass. parlam.*, 2006, 3, 685 ss.
- M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in *Iura*, 2005, 65 ss.
- L. MILONE, *Testamento biologico (Living will)*, in *Vita not.*, 1997, 108 ss.
- G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, VIII, 1, Torino, 1952
- L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. CASONATO - C. PICIOCCHI - P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008, Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 399 ss.
- G. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.
- G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, Napoli, 1955
- V. MOLASCHI, *Le decisioni di fine vita in Canada: spunti di riflessione per il dibattito sul testamento biologico in Italia*, in *Sanità Pubbl. e Priv.*, 2011, 5, 5 ss.
- F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 56 ss.
- G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, 2008
- C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *ID., Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 433 ss.

- L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961
- G. MUCCILLI, *Nuncius e mandato senza rappresentanza: quale differenza?*, in *Giur. it.*, 2014, 6, 1333 ss.
- A. MURRAY, *Suicide in the Middle Ages*, II, *The Curse on Self-Murder*, Oxford, 2000
- M. MURTAS, *Brevi osservazioni in tema di eutanasia e suicidio assistito nella legislazione olandese e belga*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2003, 4, 1864 ss.
- L. NANNI, *La revoca del mandato*, Padova, 1992
- L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994
- U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989
- L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà e autodeterminazione*, in *Minori giustizia*, 2009, 2, 149 ss.
- E.V. NAPOLI, *La prodigalità nell'inabilitazione*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 3027 ss.
- E.V. NAPOLI, *Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia (in margine alla proposta di legge sull'amministratore di sostegno)*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione (Atti del Convegno del Consiglio Nazionale del Notariato su «Capacità ed autonomia delle persone. La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione»*, svoltosi a Roma il 20 giugno 2002), Milano, 2002, 89 ss.
- M. NARDOZZA, *Idee vecchie e nuove sul modus testamentario*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1703 ss.
- B. NASCIMBENE - F. ABRUZZO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002
- U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977
- U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968
- U. NATOLI, voce *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 463 ss.
- A. NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910
- V. NEPPI, *La rappresentanza nel diritto privato moderno (Saggio di una teoria generale)*, Padova, 1930
- D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 1785 ss.

- G. NICOLAS, *Sept années d'application de la loi Kouchner: réflexions autour de l'expérience française*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, 2010, 471 ss.
- R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, 147 ss.
- A. NICOLUSSI, *Consenso informato e cosiddetto diritto a morire. Spunti comparatistici per il diritto italiano*, in S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione*, Roma, 2014, 59 ss.
- A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 457 ss.
- I. NICOTRA GUERRERA, *Vita e sistemi di valori nella Costituzione*, Milano, 1997
- M. NISTICÒ, *Il suicidio come "indifferente giuridico" fra diritto alla vita e tutela della libertà di autodeterminazione*, in *Foro it.*, 2009, IX, 490 ss.
- N. NITTI, *L'eutanasia come fatto antiggiuridico e i motivi di pietà e solidarietà umana nel dolore*, in *Nuova rass. leg. dottr. e giur.*, 2005, 7, 876 ss.
- L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2009, 3, 356 ss.
- A. NOVOTNEY, *The living will needs resuscitation*, in *Monitor on Psychology*, 2010, 41, 9, 66
- P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica giuridica del suicidio*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (a cura di), *Suicidio e tentato suicidio in Italia*, Milano, 1967, 399 ss.
- A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 65 ss.
- A. OKSENBERG RORTY, *The Identities of Persons*, Berkeley, 1976
- E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1965
- G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943
- M. ORLANDI, *Falsus nuntius e falsus procurator*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 347 ss.
- L. ORSI, *Le cure palliative*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 603 ss.
- L. ORSI, *Quale informazione e quale consenso nella terminalità? Decidere insieme costruendo la fiducia*, in *Riv. it. cure palliative*, 2009, 3-4, 10 ss.
- H. OTTO, *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht in Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung. Verhandlungen des 56. Deutschen*

- Juristentages (Berlin, 1986)*, München, 1986, 10 ss.
- F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990
- G. PAGLIANI, commento *sub art. 411 c.c.*, in *Comm. Cendon*, Milano, 2009
- L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002
- L. PALAZZANI - C. SARTEA, *Cura-cure*, in A. TARANTINO - E. SGRECCIA, *Enciclopedia di bioetica e scienze giuridiche*, Napoli, 2009
- A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, LVI, Milano, 2007
- A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000
- A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, 57, ss.
- A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita not.*, 1993, 1249
- E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, II, 13 ss.
- E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 363 ss.
- E. PALOMBI, voce *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 1020
- F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4811 ss.
- R. PANNAIN, voce *Omicidio (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 887 ss.
- R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965
- B. PANNAIN - F. SCLAFANI - M. PANNAIN, *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988
- P. PAPANTI PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984
- M.J. PAREJO GUZMAN, *Disponibilidad de la vida y eutanasia en el ordinamiento jurídico español*, in *Riv. internaz. Filosofia del Diritto*, 2008, 3, 425 ss.
- D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984
- E. PARIOTTI, *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'Uomo e la Medicina*, in *Studium iuris*, 2002, 5, 561 ss.
- B. PARKE - A. KRAYEWSKY, *Successful Advance Directives through Quality Disease Management*, in *Healthcare Quaterly*, 2010, 13, 4, 74 ss.

- A. PARRULLI, *Lineamenti di legislazione sanitaria*, Rimini, 1987
- P. PASSAGLIA, *In tema di eutanasia nel diritto belga*, in *Foro it.*, 2004, 7-8, IV, 403 ss.
- P. PASSAGLIA - R. ROMBOLI (a cura di), *L'eutanasia tra bioetica e biodiritto*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 345 ss.
- T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009
- S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, 964 ss.
- S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005
- I.R. PAVONE, *La convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009
- T.R. PAYK, *Der beschützte Abschied: Streitfall Sterbehilfe*, München, 2009
- E. PELLECCIA, *La salute dei minori tra autodeterminazione, potestà e intervento del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. al n. 3, 103 ss.
- S. PELLEGRINO, "Koch c. Germania": *in tema di suicidio assistito*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, 910 ss.
- R. PENNAZIO, *Legato e «datio in solutum» tra autonomia testamentaria e rapporto contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1561 ss.
- P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'handicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 54 ss.
- P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972
- R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Tratt. Rescigno*, IV, 3, Torino, 1997, 851 ss.
- P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975
- R. PESCARA, *Amministrazione di sostegno e minore età*, in *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei «giovani adulti»*, Suppl. a n. 3 di *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 137 ss.
- G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato*, in *Tratt. Bonilini*, VII, 1, Milano, 2011
- G. PETRELLI, *La rappresentanza legale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, 1 ss.
- M. PETRONE, voce *Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 37 ss.
- B. PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 31 ss.
- P. PICCIALLI, *Il «consenso informato» e la responsabilità del medico*, in *Corr. merito*, 2009, 303 ss.

- M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 3, 209 ss.
- M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 361 ss.
- M. PICCINNI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 11, I, 296 ss.
- M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007
- M. PICCINNI - U. ROMA, *Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, 727 ss.
- C. PICCOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 3, 1301 ss.
- G. PIETERS, *Le droit de vivre, le droit de mourir, l'acharnement thérapeutique*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo nell'ambito della Medicina Legale*, Milano, 1981, 185 ss.
- G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 297 ss.
- F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008
- A. PIZZOFERRATO - F. MONACO, *Direttive anticipate e delega al fiduciario*, in *Bioetica*, 1998, 2 ss.
- C. POMARA - E. TURILLAZZI, *La direttiva "no blood" come paradigma del processo di autonomia del paziente v. responsabilità medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, 650 ss.
- G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, 291 ss.
- M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. IV ed., Disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 1 ss.
- M. PORTIGLIATTI-BARBOS, *Diritto alla vita, qualità della vita e le frontiere delle scelte*, in *Riv. di Filosofia*, 1983, 25-27, 170 ss.
- M. PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 103 ss.
- V. POSSENTI - A. MASSARENTI, *Nichilismo, Relativismo, Verità. Un dibattito*, Soveria Mannelli, 2001
- P. POTENTIER, *Le domaine du mandat de protection future*, in *ICP Sem. jur. Not.*, 2007, 42, 1262, 22 s.
- PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of*

Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics, Washington, 2008, pubblicato all'indirizzo: <https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559343/Controversies%20in%20the%20Determination%20of%20Death%20for%20the%20Web.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983

S. PRIVITERA, *Sul relativismo nella cultura contemporanea*, Palermo, 2003

D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 1969 ss.

R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010

R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 43 ss

R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007

G.F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877

S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965

S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica. Saggi*, Milano, 1951

S. PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Dir. e giur.*, 1947, 1, 6 ss.

S. PUGLIATTI, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 3, 813 ss.

S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, 1953, III, 75 ss.

S. PUGLIATTI - A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945

G. PUPPINCK - C. DE LA HOUGUE, *The right to assisted suicide in the case law of the European Court of Human Rights*, in *The International Journal of Human Rights*, 2015, 735 ss.

V. PUTORTÌ, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 11, 737 ss.

V. PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, 202 ss.

P.M. PUTTI (a cura di), *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (appellant) v. Director of Public Prosecutions (respondent) and Secretary of State for the Home Department (interested party)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 4-5, 1219 ss.

J. RACHELS, *The End of Lige. Euthanasia and Morality*, Oxford, 1986

- G. RAGONE, "Gross c. Svizzera": un'ulteriore sentenza in tema di eutanasia della Corte di Strasburgo, in *Quad. cost.*, 2013, 3, 663 ss.
- P. RAMSEY, *Ethics at the Edges of Life. Medical and Legal Intersections*, New Haven-London, 1978
- W.T. REICH, *How Bioethics got its name*, in *Hastings center Report*, 1993, 23/6, 49; ID., *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995
- P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 15 ss.
- P. RESCIGNO, voce *Morte*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 458 ss.
- P. RESCIGNO, voce *Atto giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988
- P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Tratt. Rescigno*, I, Torino, 1982
- E. RESTA, *L'identità nel corpo*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 3 ss.
- G. RESTA, *La dignità*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 259 ss.
- P. RICCA (a cura di), *Eutanasia. La legge olandese e commenti*, Torino, 2002
- P.L. RICCI, *Libertà metodologiche sull'accertamento della morte*, in *Zacchia*, 1978, 331 ss.
- R. RICCIOTTI, commento *sub art. 580 c.p.*, in A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992
- N.R. RICE, *Orders Not to Resuscitate*, in *New England Journal of Medicine*, 1976, 295, 364 ss.
- N. RIVA, *Legalizzare l'eutanasia neonatale?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 1, 237 ss.
- G. ROCCHI, *Eutanasia. Accanimento terapeutico o infanticidio?*, in *Studi cattolici*, 2006, 543, 362 ss.
- S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 169 ss.
- S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 51 ss.
- S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in IID., *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, XLIII ss.

- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006
- S. RODOTÀ, *The Charter of Fundamental Rights*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2001, 7 ss.
- U. ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, I, 275 ss.
- U. ROMA, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, in *Fam. e dir.*, 2007, 7, 721 ss.
- U. ROMA, *Sunt certi denique fines (?): la Corte Costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 4-5, 851 ss.
- U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 5, 993 ss.
- S. ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 3 ss.
- S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in *Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Modena*, VII, Modena, 1925
- R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 1, 91 ss.
- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 2011, 243 ss.
- R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno ed esercizio dei diritti personalissimi* (intervento al convegno «Verso un nuovo diritto per i soggetti deboli» organizzato da “Persona e Danno” e tenutosi a Bologna il 5 maggio 2006), consultabile all'indirizzo http://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_004185_resource1_orig.doc
- S. ROSSI - M. FOGLIA, voce *Testamento biologico*, in *Dig. IV ed., Disc. Priv., Sez. civ.*, Agg. IX, Torino, 2014, 638 ss.
- A. ROY, *Les régimes de protection du majeur inapte*, in *CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, Répertoire de droit*, 1997, 9
- J. RUBENFELD, *The right of privacy*, in *102 Harv. L. Rev.*, 1989, 737 ss.
- A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, 2009, consultabile all'indirizzo internet: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0117_ruggeri.pdf
- E. RUGGIERO, *Interpretazione delle disposizioni testamentarie: natura del criterio previsto dal comma 2° dell'art. 588 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1973, 4, 228
- S. RUPERTO, *Sul legato di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 311
- F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*,

in *Fam. e dir.*, 2005, 89 ss.

C. RUSSO - P.M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006

R. SACCO, voce *Negoziato giuridico (circolazione del modello)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990

R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco (dir. civ.)*, Torino, 2005

R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1982

G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012

G. SALITO, *Esperienze straniere*, in AA.VV., *Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie*, in *Quaderni del notariato*, XIII, Assago, 2005, 48 s.

G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, Fisciano, 2003

B. SALVATORE, *Per uno studio sul consenso informato*, in *Dir. e giur.*, 2009, 33 ss.

C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985L. NANNI, *La revoca del mandato*, Padova, 1992

F. SANTI, commento *sub art. 1717 c.c.*, in *Comm. Cendon*, Milano, 2009

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1997

F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 207 ss.

A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia fra diritto e scienza*, Milano, 2001

A. SANTOSUOSSO, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 3, II, 127 ss.

A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996

A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, 1991, 66 ss.

A. SANTOSUOSSO - G.C. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 5,477 ss.

R. SAPIENZA, *Il caso Englaro e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 2, 345 ss.

C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012

A. SASSI, *L'atto eutanasi al vaglio della Cassazione civile: nessuna decisione nel merito*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 56 ss.

- C. SAUNDERS, *The Right To Live and The Right To Die and Hospice Care*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo nell'ambito della Medicina Legale*, Milano, 1981, 227 ss.
- F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, III, Torino, 1891
- F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840
- G. SAVORANI, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Pol. dir.*, 2006, 129
- G. SCALAMANDRÈ, voce *Capacità civile*, in *Dig. it.*, VI, 1, Torino, 1929, 689
- A. SCALERA, *Direttive anticipate di trattamento e disabilità*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, 413 ss.
- A. SCALERA, *Testamento olografo e malato di SLA: una caso di rappresentanza in atti personalissimi?*, in *Fam. e dir.*, 2012, 5, 492 ss.
- A. SCALERA, *I trattamenti sanitari dell'interdetto: poteri del tutore e ruolo del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 791 ss.
- A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. e dir.*, 2010, 6, 627 ss.
- A. SCALERA, *La legge tedesca sulle dichiarazioni anticipate di trattamento (Patientenverfügung)*, in *Studium iuris*, 2009, 12, 1317 s.
- L. SCARAFFIA, *I segni della morte*, in *Osservatore romano*, 3 settembre 2008
- M. SCHELER, *La posizione dell'uomo nel cosmo. Traduzione dall'edizione originale del 1928*, Milano, 2013
- P. SCHEPENS, *Dimensioni culturali e tematiche del movimento pro-eutanasia: il caso particolare dell'Olanda*, in *Medicina e morale*, 2001, 4, 677 ss.
- P. SCHLESINGER, voce *Compensazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 724
- V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, Roma, 1950
- C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in N. LIPARI - P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Negoziio giuridico. I) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1956
- J. SEIFERT, *Sulla "morte cerebrale" in breve. Argomentazioni filosofiche a favore e contro l'equivalenza fra morte cerebrale e morte di fatto*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 247 ss.

S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 189 ss.

S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 670 ss.

C. SEPULVEDA - A. MARLIN - T. YOSHIDA - A. ULLRICH, *Palliative care: the WHO's global perspective*, in *Journal of Pain and Symptom Management*, 2002, 24, 91 ss.

E. SERRAO, *Poteri del tutore e dell'amministratore di sostegno in tema di cura della persona*, Relazione presentata all'incontro di studio sul tema «L'amministrazione di sostegno», organizzato dal C.S.M. in Roma, 4-6 aprile 2007, in www.personaedanno.it

M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 163 ss.

E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Milano, 2007

W.R. SHEA - J. KING FARLOW, *Values and the Quality of Life*, New York, 1976

J.C. SHEATHER, *Should we respect precedent autonomy in life-sustaining treatment decisions?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39 (9), 547 ss.;

J.C. SHEATHER, *Withdrawing and withholding artificial nutrition and hydration from patients in a minimally conscious state - re: M and its repercussions*, in *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39 (9), 543 ss.

R. SHERLOCK, *Preserving Life: Public Policy and the Life not Worth Living*, Chicago, 1987

D.A. SHEWMON, *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 277 ss.

SIAARTI - GRUPPO DI STUDIO BIOETICA, *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative? "Documento condiviso" per una pianificazione delle scelte di cura*, consultabile all'indirizzo <http://www.siaarti.it/?wpdmdl=5598>

A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Santarcangelo di Romagna, 2015

M.J. SILVEIRA - W. WIITALA - J. PIETTE, *Advance directive completion by elderly Americans: a decade of change*, in *Journal of the American Geriatrics Society*, 2014, 62, 706 ss.

P. SINGER, *One World: l'etica della globalizzazione*, Torino, 2003

P.A. SINGER - D.K. MARTIN - M. KELNER, *Quality end-of-life care: patients' perspectives*, in *Journal of the American Medical Association*, 1999, 281, 163 ss.

- G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2007, 7, 37 ss.
- H. SMYTH, *The Value of Human Life*, London, 1979
- SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE (SICP), *Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale / sedazione palliativa*, in *Riv. it. cure palliative*, 2008, 1, 16 ss.
- S. SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, 277 ss.
- S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, 557 ss.
- S. SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, 569 ss. S. SOLAZZI, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, in ID., *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 601 ss.
- A. SPICKHOFF, *Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sog. Patientenverfügungen?*, in *FamRZ*, 2009, 1949 ss.
- L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992
- R. SPAEMANN, *La dignità dell'uomo e la natura umana*, in ID., *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, Torino, 2011
- R. SPAEMANN, *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 333 ss.
- G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte italiane*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 4, 1178 ss.
- P. STANZIONE, voce *Capacità. I) Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1989
- P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975
- F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med leg.*, 1984, 1007 ss.
- G. STELLA, *La rappresentanza*, in C. GRANELLI (a cura di), *Formazione*, in *Tratt. Roppo*, I, Milano, 2006, 721 ss.
- G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961
- M. STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1966
- J. SUAUDEAU, *La futilità delle terapie: aspetti scientifici, questioni etiche e giuridiche*, in *Medicina e Morale*, 2006, 625 ss.

- A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, 2005
- A. SZERLETICS, *Paternalism and Euthanasia: The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2010, 19 ss.
- S. TAGLIAGAMBE, *Identità personale e neuroscienze*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2010, 323 ss.
- M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976
- D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in S. CANESTRARI - G. CIMBALO - G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003, 101 ss.
- D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *L'Indice penale*, 2003, 1, 291 ss.
- R. TATARELLI - E. DE PISA - P. GIRARDI, *Curare con il paziente. Metodologia del rapporto medico-paziente*, Milano, 2002
- J. TAUPITZ, *Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?*, in *NJW*, 2000, B.H. 25, 6 ss.
- V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, 2-3, 380 ss.
- V. TONINI, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina secondo la giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 1, 116 ss.
- S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 1819 ss.
- A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1960
- S. TRENTANOVI, *La protezione delle persone prive di autonomia*, Relazione presentata all'incontro di studio sul tema «La nuova legge sull'amministrazione di sostegno», organizzato dal C.S.M. in Roma, 11-12 aprile 2005, in www.personaedanno.it
- C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, 324, nt. 137
- C. TRIPODINA, *Primavera 2002: la "questione eutanasia" preme sull'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 1, 351 ss.
- C. TRIPODINA, *Profili comparatistici dell'eutanasia. Itinerari giuridici alla*

- scoperta di un “diritto” in via di riconoscimento, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 4, 1733 ss.
- M. TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, Milano, 2007
- P. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940
- P. TRIMARCHI, voce *Esecutore testamentario*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966,
- C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011
- A. TURCO, *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, Napoli, 2010
- G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: Patientenverfügung und Sterbehilfe*, in *Fam. e dir.*, 2011, 12, 1167 ss.
- R. VAN DER GRAAF - J.J.M. VAN DELDEN, *Clarifying Appeals to Dignity in Medical Ethics From an Historical Perspective*, in *Bioethics*, 2009, 23, 151 s.
- O. VANNINI, *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 1958
- A.C. VARZI, *Parole, oggetti, eventi e altri argomenti di metafisica*, Roma, 2001
- R.M. VEATCH, *Death, Dying and Biological Revolution*, New Haven, 1989
- C. VENDITTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e autodeterminazione*, in F. PREITE (diretto da), *Trattato notarile*, IV, 1, Torino, 2011, 183 ss.
- P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 137 ss.
- T. VERREL, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, in *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages (Stuttgart, 2006), Band I: Gutachten / Teil C*, Bonn, 2006, 85
- C. VIAFORA, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2006
- N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita tra testo costituzionale e applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. e soc.*, 2011, 1, 59 ss.
- E. VILLANUEVA, *Il dibattito in bioetica: ¿Es la eutanasia un acto médico?*, in *Medicina e morale*, 2007, 1, 141 ss.
- VIOLA, *La disponibilità della vita umana. Linee Generali*, in S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione*, Roma, 2014, 14 ss.
- L. VIOLANTE, voce *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 986
- P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente*

- al dovere di uccidere*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 2, I, 594 ss.
- G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1993
- D. VITTORIA, *Il "falsus nuncius"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 530 ss.
- S. VOCATURO, *La volontà del soggetto nell'ambito dell'advance health care planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico*, in *Riv. not.*, 2007, 917 ss.
- M. VOVELLE, *La Mort et l'Occident de 1300 à nos jours*, Paris, 1983
- Y. WATANABE, *Controversie sulla morte cerebrale in Giappone e i nostri sette anni di esperienza dall'entrata in vigore della legge sul trapianto di organi*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 365 ss.
- R. WEBER, *Il concetto di morte cerebrale e la morte dell'uomo*, in R. DE MATTEI (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Catanzaro, 2007, 423 ss.;
- A. WEIBEL, *Das Euthanasieprogramm des Dritten Reiches: Die Ereignisse in Heggbach und Ingerkingen; Eine Dokumentation*, Filderstadt, 1984
- L.E. WEINRIB, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, in S. CHOUDHRY (a cura di), *The migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006, 84 ss.
- C.H. WIJMARK, *La morte moderna*, trad. it. a cura di C. GIORGETTI CIMA, Milano, 2008
- E. WILLEM, *Il Rapporto 2001-2002 sulla prassi dell'eutanasia nei Paesi Bassi: considerazioni critiche*, in *Medicina e morale*, 2003, 6, 1137 ss.
- G.L. WILLIAM, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, 1957
- B.J.H. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, trad. it. a cura di C. FADDA e P.E. BENZA, Torino, 1930
- S.J. YOUNGER, *Do-not-resuscitate Order: No Longer Secret, But Still a Problem*, in *Hastings Center Report*, 1987, 17, 24 ss.
- ULPIANO, *Digesto*, 24.1.32
- A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1, 185 ss.
- C. VIAFORA, *La proporzionalità delle cure: orizzonte normativo dell'etica dell'accompagnamento*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 565 ss.
- E. VIGATO, *Il suicidio medicalmente assistito in Germania. Il Tribunale*

- amministrativo di Berlino riapre la questione tra (presunti) divieti assoluti ed (alcune) eccezioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 3, 940 ss.
- E. VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera. La Corte europea dei diritti dell'uomo "invita" a prendere posizione anche sull'eutanasia delle persone sane*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 3, 940 ss.
- F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, 1997
- D. VISENTIN, *La legge olandese sull'eutanasia: un esempio da seguire*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 2-3, II, 663 ss.
- V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in P. STANZIONI - S. SICA (diretta da), *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, Bologna, 2006, 1028 ss.
- N. ZAMPERETTI, *Le direttive anticipate tra clinica e bioetica. Il punto di vista del rianimatore*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 2005 ss.
- G. ZANCHINI, *Stati Uniti: la Corte Suprema non ferma l'eutanasia nell'Oregon*, in *I diritti dell'uomo*, 2006, 2, 57 ss.
- E. ZANELLI, *Rappresentanza e gestione*, in *Studi urbinati*, XXXIV, 1965-1966, 1 ss.
- M. ZANICHELLI, *L'aiuto al suicidio può essere un obbligo degli Stati?*, in *Quad. cost.*, 2011, 2, 428 ss.
- R. ZANON, *Elementi di etica per operatori socio-sanitari*, Santarcangelo di Romagna, 2010,
- P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 20 ss.
- P. ZATTI, *Diritto e medicina in dialogo: il logos della proporzione*, 11 aprile 2014, pubblicato all'indirizzo internet: http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=45085&catid=115&Itemid=362&mese=04&anno=2014
- P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, II, 1 ss.
- P. ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 6, II, 377 ss.;
- P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 3, II, 143 ss.
- P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. CANESTRARI - G.

- FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Tratt. biodiritto*, Milano, 2011, 99 ss.
- P. ZATTI, *Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 7-8, II, 313 ss.
- P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009
- P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, II, 403 ss.
- P. ZATTI, *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Suppl. a n. 4 di Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1 ss.
- P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, II, 1 ss.
- P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti, l'art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in G. ALPA - V. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di S. Rodotà*, Napoli, 2005, 443 ss.
- P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e di volere*, in G. FERRANDO - G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003
- P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, 1 ss.
- P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. dir.*, 1986, 3, 430 ss.
- A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. Sacco (dir. comp.)*, Torino, 2002

ABSTRACT

Lo studio è finalizzato a fornire un'analisi delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT, più comunemente conosciute con il nome di "testamento biologico") nell'esperienza giuridica contemporanea.

Il lavoro è diviso in due parti, che corrispondono ai differenti approcci adottati nella ricerca: nella prima, si esaminano le questioni biogiuridiche connesse alle disposizioni anticipate; nella seconda, ci si sofferma sui profili più specificamente civilistici delle DAT e sulle possibilità di attuazione all'interno dell'ordinamento italiano.

Il primo capitolo, che include anche un'introduzione sul biodiritto, è dedicato ad alcune precisazioni terminologiche e all'illustrazione delle principali differenze tra disposizioni anticipate e testamento *mortis causa*.

Il secondo e il terzo capitolo trattano, rispettivamente, le tematiche relative al "diritto a morire" (in particolar modo, il suicidio assistito e l'eutanasia nell'ambito delle decisioni della CEDU e nelle legislazioni di Paesi Bassi e Belgio) e al consenso informato. Una particolare importanza viene attribuita all'analisi del *Code de la santé publique* francese e dei casi giudiziari (Quinlan, Cruzan, Bland) di cui si sono occupate le corti di *common law*.

La seconda parte dell'elaborato offre una ricostruzione degli strumenti legali che possono essere impiegati per tutelare la volontà e l'identità personale del paziente. Innanzitutto, un principio fondamentale che emerge dalla giurisprudenza italiana è che le disposizioni anticipate, nonostante la mancanza di una specifica disciplina legislativa in materia, sono normalmente vincolanti. Comunque, pare che la scelta migliore per garantire l'intangibilità della sfera corporea del paziente in mancanza del suo consenso al trattamento terapeutico sia quella di ricorrere alla pianificazione condivisa delle cure, al fine di stabilire una relazione bilanciata con il medico curante.

Un problema complesso, che viene considerato nell'ultimo capitolo, riguarda la possibilità di sostituzione del paziente nelle scelte riguardanti la salute, laddove la sua capacità venga meno. Questa possibilità è stata riconosciuta, negli ultimi anni, dalla Suprema Corte di Cassazione con riferimento agli istituti dell'interdizione e dell'amministrazione di sostegno. I paragrafi conclusivi sono finalizzati a dimostrare che una simile sostituzione potrebbe essere attuata, senza la necessità di un costante controllo giudiziale, attraverso l'applicazione in via analogica dei principi generali e delle disposizioni normative disciplinanti il mandato e la procura.

The study aims to provide an analysis of advance directives (ADs, more commonly known as “living wills”) in the contemporary legal experience.

The paper is divided in two parts, which correspond to the different approaches adopted in the research: the issues related to advance directives are examined in the first part; in the second one, the attention is focused on the civil profiles of advance directives and on the possibilities for their implementation in the Italian legal system.

The first chapter, which includes an introduction about biolaw, is dedicated to give some terminological clarifications and to show the main differences between advance directives and last wills.

The second and the third chapters, respectively, deal with the topics connected to the “right to die” (especially the assisted suicide and euthanasia in the decisions of the ECHR and in the legislations of the Netherlands and Belgium) and with the informed consent. A particular importance is given to the analysis of the French *Code de la santé publique* and of the U.S. and British case law (Quinlan, Cruzan, Bland).

The second part of the paper offers a reconstruction of the legal instruments which can be used to protect the will and the personal identity of the patient. First of all, a fundamental principle which emerges from the Italian jurisprudence is that advance directives, despite the lack of a specific legislation, are normally binding. However, it seems that the best choice in order to guarantee the intangibility of the patient’s body is to adopt advance care planning and to establish a balanced relationship with the doctor.

A complex problem, which is considered in the last chapter, regards the possibility for a patient to be substituted in his health care decisions when he lacks capacity. In the last years, this possibility has been acknowledged by the Italian Supreme Court of Cassation referring to the institutes of the interdiction and of the “amministrazione di sostegno”. The concluding paragraphs aim to demonstrate that a similar substitution could be implemented, without the necessity of a constant judicial control, through the analogical application of general principles and the regulations concerning the mandate and the power of attorney.