

IL DISEGNO DI LEGGE GOVERNATIVO SUI “DICO” E IL TESTAMENTO BIOLOGICO: SPUNTI DI RIFLESSIONE

FEDERICO GUSTAVO PIZZETTI (*)

© 2007 (†)

SOMMARIO: 1. I “DICO” in ambito sanitario. – 2. Profili di connessione fra l’istituto della designazione del convivente come “fiduciario” per la salute contenuto nella disciplina dei “DICO” e il testamento biologico. – 3. Designazione del “fiduciario” per la salute e stato di malattia del dichiarante. – 4. I limiti del concorso del “fiduciario” per la salute nelle decisioni sanitarie, con particolare riguardo a quelle di “fine-vita”. – 5. La forma della dichiarazione.

1. I “DICO” in ambito sanitario.

Al termine di una seduta straordinaria, appositamente convocata, il Consiglio dei ministri ha approvato, l’8 febbraio 2007, il disegno di legge sui *Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi* ⁽¹⁾ – definiti “DICO” non soltanto dalla stampa, ma anche da alcuni membri dell’Esecutivo ⁽²⁾ – predisposto dal Ministro senza portafoglio per le politiche per la famiglia e dal Ministro senza portafoglio per i diritti e le pari opportunità, dopo che la Camera dei deputati,

(*) Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Scienze politiche.

(†) In corso di pubblicazione negli Atti dell’Incontro di studio dal titolo “*Decisioni di fine vita a confronto: fra medicina, etica e diritto*”, svoltosi nell’ambito del Ciclo di seminari “*Nuovi soggetti, nuovi diritti, nuovi conflitti*”, organizzato e coordinato dalla Sezione di Filosofia e teoria del diritto del Dipartimento Giuridico-Politico dell’Università degli Studi di Milano (Milano, Giuffrè, 2007).

⁽¹⁾ A.S. n. 1339. Il testo del provvedimento è stato pubblicato sulla Rivista telematica “*Nel diritto*” (www.neldiritto.it), n. 10/2007 e sulla Rivista telematica “*Federalismi.it*” (www.federalismi.it), n. 3/2007. L’autorizzazione alla presentazione del disegno di legge al Parlamento è stata data dal Presidente della Repubblica il 16 febbraio 2007. Il disegno di legge è stato successivamente presentato al Senato della Repubblica il 20 febbraio 2007, ed annunziato nella seduta pomeridiana n. 111 tenutasi in pari data.

⁽²⁾ Così B. POLLASTRINI, R. BINDI e G. AMATO, nel corso della conferenza stampa tenutasi a Palazzo Chigi per la presentazione del d.d.l. governativo. In qualche modo, *contra* P. BINETTI, *E la Binetti propone i «Didoco»*, in *Corriere della Sera*, 11 febbraio 2007, p. 8, la quale preferirebbe invece (a prescindere dalle valutazioni di merito sul contenuto del progetto) l’acronimo “DIDOCO”, per meglio sottolineare non soltanto il profilo “attivo” (diritti), ma anche quello “passivo” (doveri) delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal nuova disciplina *de iure condendo*.

con propria mozione del precedente 31 gennaio, aveva impegnato il Governo a «presentare [...] un disegno di legge [...] in attuazione del programma dell'Unione, sul tema del "riconoscimento giuridico di diritti, prerogative e facoltà alle persone che fanno parte delle unioni di fatto"», entro il successivo 15 febbraio ⁽³⁾.

Fermo restando che l'*iter legis* del provvedimento non si annunzia agevole, il testo predisposto costituisce pur sempre una prima ⁽⁴⁾, solida base di discussione, confronto e chiarificazione ⁽⁵⁾ sulla quale si può avviare vuoi il di-

⁽³⁾ Cfr. Camera dei deputati, mozione 1-00087, presentata dall'on. Franceschini (Ulivo) nella seduta del 25 gennaio 2007, n. 98. La mozione prosegue indicando che: «Al fine di definire natura e qualità di un'unione di fatto, non è dirimente il genere dei conviventi, né il loro orientamento sessuale. Va considerato piuttosto, quale criterio qualificante, il sistema di relazioni (sentimentali, assistenziali e di solidarietà), la loro stabilità e volontarietà». Si osservi, peraltro, che nonostante la mozione impegnasse il Governo a presentare il progetto di legge alla Camera, la successiva scelta dell'Esecutivo è stata quella di presentarlo al Senato.

⁽⁴⁾ Invero, in Parlamento risultano già depositati altri progetti di legge, di iniziativa parlamentare, in materia. Cfr. A.C. n. 2177, *Riconoscimento giuridico di diritti, prerogative e facoltà alle persone che fanno parte di unioni di fatto*, presentato il 26 gennaio 2007 dagli on.ri Lucà e Lenzi (Ulivo); A.C. n. 2148, *Disciplina del patto civile di solidarietà e norme in materia di tutela giuridica delle coppie di fatto e dei nuclei stabili di persone*, presentato il 19 gennaio 2007, dall'on. Calducci (Verdi); A.C. n. 1730, *Disciplina del contratto di convivenza*, presentato il 28 settembre 2006, dall'on. Rivolta (Forza Italia) *et alii*; A.C. n. 1563, *Disciplina delle unioni civili*, presentato il 2 agosto 2006, dall'on. De Simone (Rifondazione comunista-Sinistra europea); A.C. n. 1562, *Norme in materia di unione registrata, di unione civile, di convivenza di fatto, di adozione e di uguaglianza giuridica tra i coniugi*, presentato dall'on. De Simone (Rifondazione comunista-Sinistra europea); A.C. n. 1246, *Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di unione civile*, presentato il 29 giugno 2006 dall'on. Capezzone (Rosa nel Pugno) *et alii*; A.C. n. 1155, *Disciplina delle unioni di fatto*, presentato il 16 giugno 2006, dall'on. Buemi (Rosa nel Pugno); A.C. 1060, *Istituzione del patto civile di solidarietà e disciplina della famiglia di fatto*, presentato il 9 giugno 2006, dall'on. Moroni (Forza Italia); A.C. n. 580, *Disciplina dell'unione civile*, presentato il 9 maggio 2006, dall'on. Grillini (Ulivo); A.C. n. 33, *Disciplina del patto civile di solidarietà*, presentato il 28 aprile 2006, dall'on. Grillini (Ulivo); A.S. n. 1227, *Disciplina delle unioni civili*, presentato il 19 dicembre 2006, dal sen. Russo Spina (Rifondazione Comunista-Sinistra europea) *et alii*; A.S. n. 1225, *Norme in materia unione registrata, unione civile, di convivenza di fatto, di adozione e di uguaglianza giuridica tra i coniugi*, presentato il 19 dicembre 2006, dal sen. Russo Spina (Rifondazione comunista-Sinistra europea) *et alii*; A.S. n. 1224, *Disciplina del patto di solidarietà*, presentato il 19 dicembre 2006, dal sen. Manzione (Ulivo); A.S. n. 1208, *Normativa sulle unioni civili e sulle unioni di mutuo aiuto*, presentato l'11 dicembre 2006, dalla sen. Boccia (Rifondazione Cominista-Sinistra europea) *et alii*; A.S. n. 589, *Disciplina del contratto d'unione solidale*, presentato l'8 giugno 2006, dal sen. Biondi (Forza Italia); A.S. n. 481, *Disciplina del patto civile di solidarietà*, presentato il 22 maggio 2006, dal sen. Silvestri (IU-Verdi-Com); A.S. n. 472, *Disposizioni in materia di unioni civili*, presentato il 19 maggio 2006, dal sen. Ripamonti (IU-Verdi-Com); A.S. n. 62, *Norme in materia di unione registrata, di unione civile, di convivenza di fatto, di adozione e di uguaglianza giuridica tra i coniugi*, presentato il 28 aprile 2006, dal sen. Malabarba (Rifondazione Comunista-Sinistra Europea); A.S. n. 18, *Norme sul riconoscimento giuridico delle unioni civili*, presentato il 28 aprile 2006, dalla sen. Franco (Ulivo) *et alii*.

⁽⁵⁾ Com'è stato opportunamente sottolineato da CARLO RIMINI, *Il potere all'anagrafe*, in *La Stampa*, 9 febbraio 2007, p. 1.

battito politico e pubblico, vuoi la riflessione più squisitamente tecnico-giuridica sui contenuti e gli effetti della nuova disciplina che si prospetta ⁽⁶⁾.

In buona sostanza, e invero molto semplificando, il disegno di legge ruota ⁽⁷⁾ attorno alla previsione che due persone, maggiorenni e capaci – sia di sesso diverso, che dello stesso sesso – le quali siano «unite da reciproci vincoli affettivi», «convivano stabilmente», e si prestino «assistenza e solidarietà materiale e morale», e non siano «legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il secondo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno» diventino “titolari” dei diritti, dei doveri e delle facoltà riconosciuti dalla stessa legge ⁽⁸⁾ e siano definiti, sempre ai fini della medesima legge, come “conviventi” ⁽⁹⁾, sia pure non ricollegando a tale ultima definizione alcuno specifico *status* personale autonomo ⁽¹⁰⁾. Per poter esercitare i diritti, i doveri e le facoltà previste, occorre, altresì, l’attualità della convivenza ⁽¹¹⁾ e l’assenza di alcune determinate cause d’esclusione, quali: la condanna, il rinvio a giudizio o la sottoposizione a misura cautelare di uno dei conviventi per il reato di omicidio consumato o tentato sul coniuge dell’altro o sulla persona con la quale l’altro conviveva, e la sussistenza di un vincolo di natura contrattuale, anche lavorativa, fra i due conviventi che comporti necessariamente l’abitare in comune ⁽¹²⁾.

Nello specifico ambito sanitario, che è quello che qui interessa, il disegno di legge del Governo si occupa di riconoscere diritti alle persone stabilmente conviventi attraverso due disposizioni appositamente dedicate ⁽¹³⁾: l’articolo 4 impone a tutte le strutture ospedaliere e di assistenza, tanto pubbliche quanto private, di disciplinare le modalità di esercizio del “diritto di accesso” del con-

⁽⁶⁾ Fra i primi interventi della dottrina costituzionalistica, si v. M. AINIS, *Libertà è un cappio al collo*, in *La Stampa*, 11 febbraio 2007, p. 11; M. OLIVETTI, *Dico, estranei alla Costituzione*, in *Europa*, 17 febbraio 2007, p. 1; e S. CECCANTI, “*Coppie di fatto; ecco la legge*”, in *La Stampa*, 11 febbraio 2007, p. 17; A. CELOTTO, *Senza i Dico saremmo fuori dalla Carta di Nizza*, in *Il Riformista*, 26 febbraio 2007. Si distingue particolarmente per la limpida sintesi il contributo di L. ELIA, *Pacs: gli equivoci e le barricate*, in *l’Unità*, 8 febbraio 2007, p. 27.

⁽⁷⁾ Si v. la *Relazione al disegno di legge recante diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, p. 1, che parla di «struttura portante».

⁽⁸⁾ Art. 1, *Ambito e modalità di applicazione*, comma 1 d.d.l. A.S. n. 1339.

⁽⁹⁾ Art. 1, *Ambito e modalità di applicazione*, comma 6 d.d.l. A.S. n. 1339.

⁽¹⁰⁾ In questo senso il “convivente” non è dunque di sicuro parificabile al “coniuge”, ai sensi del Codice civile. Cfr. sullo *status* di coniuge nel diritto di famiglia, si v. M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 177-193.

⁽¹¹⁾ Art. 1, comma 4 d.d.l. A.S. n. 1339.

⁽¹²⁾ Art. 2, *Esclusioni*, comma 1 (lettere a), b) e c)) d.d.l. A.S. n. 1339.

⁽¹³⁾ Fra l’altro, collocate proprio in testa alla parte dell’articolato specificamente rivolta all’individuazione e alla disciplina delle diverse posizioni giuridiche soggettive attive e passive riconosciute ai conviventi.

Non solo: merita, altresì, rilevare e sottolineare che i diritti e le facoltà in ambito sanitario sono (a quanto consta) gli unici riconosciuti ai conviventi *a prescindere dalla durata della convivenza medesima*, differentemente da quanto avviene, invece, per i diritti (e i doveri) in ambito locatizio, lavorativo, previdenziale e pensionistico, successorio e alimentare, rispetto ai quali la normativa *de iure condendo* fissa il requisito della perdurante minima convivenza per tre, o per nove anni, a seconda delle singole fattispecie.

vivente per fini di visita e di assistenza in caso di malattia o di ricovero dell'altro convivente; mentre il successivo articolo 5 regola le decisioni del convivente in materia di salute e per il caso di morte.

Per quanto concerne il primo dei due articoli ora richiamati, esso si presta a differenti valutazioni.

Da una parte, infatti, il suo contenuto appare significativo, nella misura in cui riconoscendo esplicitamente il diritto a poter visitare ed assistere il convivente ammalato o ricoverato, evita che la scelta se ammettere in corsia una persona non legata dal vincolo coniugale, o da quello di parentela o affinità coll'assistito venga rimessa a decisioni da prendersi caso per caso e magari nella tensione di contrapposizioni con gli altri membri della famiglia.

Dall'altra parte, però, non si può non osservare che l'articolo 4, di per sé, non contiene alcun principio o criterio direttivo utile ad indirizzare la disciplina specifica delle modalità di esercizio del diritto di accesso che le strutture sanitarie dovranno adottare: ad esempio, non viene stabilito che al convivente dovrà in ogni caso essere assicurata la possibilità di accedere al reparto senza "discriminazioni" o in condizioni di "parità" rispetto agli altri terzi legittimati (familiari o parenti). Per quanto ciò appaia, invero, agevolmente desumibile dal testo, una volta che questo venga interpretato secondo l'*intentio legislatoris*, non è meno vero che una puntualizzazione espressa in tal senso arricchirebbe il tenore della disposizione ed eviterebbe eventuali sue applicazioni distorte o in senso riduttivo.

Inoltre, è la stessa effettiva ampiezza del diritto riconosciuto a non essere del tutto agevolmente perimetrabile sulla base della formula legislativa *in fieri*. L'articolo 4, infatti, almeno stando al suo tenore letterale, prevede solo il «diritto di accesso [...] per *fini di visita e di assistenza*» e se una tale dizione appare senz'altro coprire la possibilità di *visitare* e di *assistere* il convivente ammalato, qualche dubbio si può, invece, porre – almeno in via teorica – per quanto riguarda la diversa possibilità di ottenere dalla struttura di cura o di assistenza anche delle *informazioni* o delle notizie riguardanti le condizioni di salute del ricoverato. Una tale richiesta, infatti, non solo potrebbe non rientrare immediatamente nel concetto di "visita" – soprattutto se quest'ultimo viene preso in un'accezione legata, per così dire, alla grezza "spazialità" – ma anche perché potrebbe esser avanzata per telefono e quindi del tutto indipendentemente da una presenza nel luogo di degenza, come avviene, per esempio, nel caso della prestazione di pronto soccorso.

Anche per quanto riguarda questo aspetto dell'articolo 4, se interpretando estensivamente il concetto di "accesso", è possibile farvi rientrare la comunicazione di informazioni riguardanti lo stato di salute, una specificazione del legislatore sul punto non appare inopportuna. A questo proposito, merita peraltro osservare che tutti gli organismi sanitari e le istituzioni di assistenza e di ricovero, pubbliche e private, sono già oggi destinatarie di un provvedimento generale del Garante per la protezione dei dati personali, emesso ai sensi dell'art. 154,

comma 1, lett. c) del Codice in materia di protezione dei dati personali ⁽¹⁴⁾, nel quale la figura del “convivente” viene espressamente menzionata fra i soggetti di cui bisogna tener conto nella predisposizione della disciplina specifica delle modalità di visita e di comunicazione a terzi di informazioni e notizie concernenti il ricovero in pronto soccorso o la dislocazione in reparto dell’assistito, al fine di garantire il rispetto della dignità e della riservatezza dell’interessato secondo le prescrizioni date della stessa Autorità ⁽¹⁵⁾.

Ai fini del presente contributo, un maggior interesse lo riveste peraltro l’articolo 5 del disegno di legge, sia nella parte in cui (al comma 1, lett. a)) prevede che il convivente possa designare l’altro quale suo rappresentante «in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere al fine di concorrere alle decisioni in materia di salute, nei limiti previsti dalle disposizioni vigenti», sia nella parte in cui (al comma 2) detta prescrizioni puntuali per quanto concerne la forma della designazione, che deve esser effettuata mediante atto scritto e autografo, o in caso di impossibilità a redigerlo, mediante formazione di un processo verbale, alla presenza di tre testimoni che debbono sottoscriverlo.

Tale articolo 5, infatti, si segnala, prima di tutto, per la sua stessa formulazione, che sembra configurare l’introduzione di un vero e proprio *istituto autonomo* e in certo senso anche *distinto*, ancorché ovviamente strettamente collegato, al resto del sistema dei “DICO”. Tale articolo, infatti, non si “limita” a prevedere che il convivente possa essere considerato dal personale sanitario come uno dei tanti interlocutori nelle decisioni riguardanti la salute del paziente, al pari dei parenti o degli affini (un po’ come l’articolo precedente fa, riguardo alle persone che possono accedere al reparto del ricoverato per ragioni di visita o di assistenza), ma riconosce in capo al convivente la vera e propria *facoltà* espressa di *designare* l’altro quale proprio *rappresentante*.

⁽¹⁴⁾ Garante per la protezione dei dati personali, *Prescrizioni ai sensi dell’art. 154, comma 1, lett. c) del Codice*, rubricato: *Strutture sanitarie: rispetto della dignità*, 9 novembre 2005, in *Bollettino*, n. 66/novembre 2005 (doc. web. 1191411), spec. §3, lett. c) e d).

⁽¹⁵⁾ Si osservi che l’art. 4 non riconosce una facoltà all’interessato, ma pone un onere alle strutture ospedaliere e di assistenza in punto accesso del convivente al luogo di cura. Detta in altri termini, la struttura di quest’ultima disposizione non è già quella di consentire al malato o al ricoverato di designare il proprio convivente (al pari di altre persone, affini, familiari o conoscenti) fra coloro che possono visitarlo o ricevere informazioni riguardanti la sua salute, bensì quella di obbligare le aziende ospedaliere o sanitarie locali e le case di cura a consentire al convivente di accedere, secondo specifiche modalità, ai reparti per fini di visita o di assistenza all’altro convivente. Ciò implica che, in ogni caso, dovrà essere rispettata – come, peraltro, puntualmente ricorda lo stesso provvedimento generale del Garante (cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Prescrizioni ai sensi dell’art. 154, comma 1, lett. c) del Codice*, cit., *passim*) – la volontà (validamente espressa) dell’interessato di non essere visitato dal convivente. Ai sensi dell’art. 83, comma 2 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*), letto in combinato disposto con l’art. 4 del d.d.l. A.S. n. 1339, le strutture ospedaliere e di assistenza, in conformità al proprio ordinamento interno, dovranno, perciò, prevedere che nell’informativa fornita al ricoverato o all’assistito in merito alle persone che potranno visitarlo, assisterlo o venire a conoscenza della sua dislocazione nel reparto di degenza sia esplicitamente indicato anche il “convivente”, così come specificamente definito a norma dell’art. 1, comma 1 dello stesso d.d.l.

Anzi, è proprio sotto questo specifico profilo che la norma, nel mentre rivela la sua portata innovativa, mostra uno dei suoi limiti, poiché alla persona convivente viene, in effetti, riconosciuto di poter partecipare alle decisioni che riguardano la salute dell'altro convivente incapace solamente se appositamente investita della rappresentanza sanitaria, col che – in mancanza dell'atto di designazione – si deve ritenere che, nel silenzio della disposizione, i medici *potranno* rivolgersi anche ad altri soggetti terzi legittimati ⁽¹⁶⁾.

Per contro, l'autonomia dell'istituto in questione rispetto agli altri "DICO", si può cogliere proprio nella misura in cui la posizione di rappresentante per la salute non scatta *automaticamente* in virtù della mera condizione di *fatto* di convivenza, ai sensi del primo e del quarto comma dell'articolo 1 del d.d.l. A.S. n. 1339, come avviene per gli altri diritti e facoltà riconosciuti, ma richiede il compimento di un vero e proprio *atto* ⁽¹⁷⁾ specifico per il quale viene prescritta un'apposita "forma".

⁽¹⁶⁾ Si osservi che, con riguardo allo specifico ambito sanitario, l'esclusione dal novero dei "conviventi" di coloro la cui coabitazione con la persona interessata è funzionale allo svolgimento di un'attività di cura o di assistenza domiciliare nei confronti di persone anziane, parzialmente o del tutto non autosufficienti, alla quale sono legati da rapporti di natura contrattuale, anche lavorativa (i c.d. "*badanti*"), può – in certe situazioni – comportare anche un *deficit* di tutela per il soggetto debole. Si pensi, infatti, ad una condizione di totale solitudine della persona, priva di parenti o familiari, e unicamente curata o assistita dal "*badante*", il quale verrebbe, così, tagliato fuori proprio da quelle decisioni medico-sanitarie che possono esser prese nei confronti del proprio "*badato*", divenuto incapace, sia nella quotidianità, sia (a maggior ragione) nelle situazioni di urgenza. Analogo discorso può esser svolto anche a proposito del diritto di accesso a fini di assistenza e cura ai luoghi di degenza, contemplato all'art. 4 del d.d.l. A.S. n. 1339. Vero è che, in senso contrario, si può obiettare che la previsione di cui all'art. 5, comma 1 dello stesso d.d.l., nel mentre in cui riconosce al convivente la facoltà di designare l'altro come proprio fiduciario per la salute, di per sé non impedisce che nel novero dei designabili vi rientrino anche persone diverse (e, quindi, nell'ipotesi, proprio quei "*badanti*" che l'art. 2, comma 1, lett. c) esclude invece dall'applicazione dei "DICO" perché non "conviventi"); e tuttavia, è altrettanto vero che proprio perché il disegno di legge del Governo sembra aver di mira l'introduzione del "nuovo" istituto del fiduciario per la salute (sia pure un poco "obliquamente", vale a dire all'interno di una disciplina prevista per altri fini, come si è rilevato poco sopra), la clausola di esclusione del "*badante*" – in quanto "convivente" – dai possibili fiduciari finisce comunque per sollevare delle perplessità.

⁽¹⁷⁾ Inteso come autonoma manifestazione o dichiarazione di volontà privata (o complesso di dichiarazioni di volontà private) diretta alla produzione di determinati effetti giuridici, riconosciuti e garantiti dall'ordinamento: cfr. *ex multis*, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1943, pp. 204 e ss.

Com'è noto, il Codice civile non dedica alcuna espressa previsione al "negozio giuridico", contemplando partitamente la disciplina del "contratto", *ex art.* 1321 cod. civ., quale accordo bi-plurilaterale volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico di natura *patri-moniales*. Tuttavia, lo stesso Codice contiene, altresì, una previsione sulle "obbligazioni" in generale, all'art. 1173, nella quale si riconosce che la fonte dell'obbligazione non sta solamente nel contratto, ma anche in ogni altro "atto o fatto" idoneo a produrla, conformemente all'ordinamento giuridico. Esula dai limiti del presente lavoro qualsivoglia trattazione di una tematica tanto complessa e ricca di sfaccettature, e di storia giuridica, quale quella del "negozio giuridico", sulla quale la bibliografia è in effetti vastissima. Si v., in ogni caso, F. GALGANO, *Negozio giuridico (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXVII, 1977, pp. 932 e ss.; G. MIRABELLI, *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuf-

Non ozioso appare, perciò, chiedersi quali conseguenze giuridiche si producano, rispetto alla posizione del convivente “fiduciario” per la salute, dalla cessazione dello stato di convivenza.

Fermo restando che il dichiarante può in qualsiasi momento revocare la propria dichiarazione di nomina della persona dell’altro convivente come fiduciario per la salute – il disegno di legge non lo dice espressamente, ma tale potere di revoca deve ritenersi ammesso alla luce dei principi generali dell’ordinamento ⁽¹⁸⁾ – e dunque ben potrebbe farlo, a maggior ragione, nel caso in cui la convivenza sia venuta meno, la questione è se, *ex se*, la cessazione di tale stato ha qualche conseguenza *de iure* sulla posizione dell’*ex*-convivente come fiduciario per la salute.

Poiché il testo del Governo nulla dice in proposito ⁽¹⁹⁾, sarebbe forse opportuno inserire, in sede parlamentare, una precisazione da parte del legislatore (magari nelle disposizioni transitorie), anche se l’autonomia dell’istituto di cui all’art. 5 del d.d.l. A.S. n. 1339, in quanto costituente una *facoltà* da esercitarsi da parte del titolare, rispetto agli altri diritti e doveri che “scattano”, invece, in presenza dello stato di convivenza, farebbe propendere per una permanenza della designazione, anche oltre la cessazione di tale stato, se non revocata, dovendosi presumere, in siffatto caso, che l’*ex*-convivente conservi comunque la propria fiducia nell’altro magari per le qualità personali di questi o per i rapporti affettivi e di mutua solidarietà intercorsi in passato. È abbastanza evidente, peraltro, che, laddove la persona desse vita ad una nuova convivenza e designasse altresì il nuovo convivente come proprio rappresentante, tale atto implicherebbe la revoca del precedente, anche se non avvenuta formalmente.

Analoga opportunità di precisazione sembra, altresì, riscontrarsi, nel testo proposto dall’Esecutivo, per quanto riguarda la diversa questione delle modalità per mezzo delle quali il convivente può rifiutare la designazione effettuata

frè, vol. XXVIII, 1978, pp. 1 e ss; R. SACCO (con la collaborazione di P. CISIANO), *Il Fatto, L’Atto, Il Negozio*, in *La Parte Generale del Diritto Civile*, 1, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. SACCO, Torino-Milano, Utet giuridica-Wolters Kluwer, 2005; e per una bella analisi, N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1991. Sul concetto di “atto giuridico”, v., altresì, F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IV, 1959, pp. 203-213. Che il d.d.l. A.S. n. 1339 non introduca nessuna forma di “patto” o altro istituto di natura consensuale e che, proprio in ragione di ciò, si differenzi nettamente da soluzioni presenti negli ordinamenti giuridici di altri Paesi, è sottolineato, con particolare forza, dalla *Relazione*, cit., p. 2.

⁽¹⁸⁾ Si v., a questo proposito, l’art. 5, alinea 3 e l’art. 6, comma 5 della Convenzione d’Oviedo.

⁽¹⁹⁾ Il d.d.l. A.S. n. 1339 contiene solo alcune sporadiche disposizioni relative alla cessazione dello stato di convivenza, come quella, di carattere generale, all’art. 1, comma 4, ai sensi della quale l’esercizio dei diritti e delle facoltà presuppone l’attualità della convivenza, sicché, in mancanza di tale requisito, occorre domandarsi se il convivente possa egualmente ricorrere all’istituto di cui all’art. 5, oppure se debba rivolgersi ad altra e diversa previsione normativa eventualmente disponibile e nei limiti di essa, o come quella di cui all’art. 13, comma 6, che si applica al caso in cui uno dei conviventi contragga matrimonio, e che riguarda però solo i diritti patrimoniali, successori o previdenziali e le agevolazioni, ma non anche le facoltà previste dalla proponenda legge.

dall'altro, con particolare riguardo, in questo senso, all'eventuale necessità di un atto recettizio da parte del designato stesso ⁽²⁰⁾.

2. *Profili di connessione fra l'istituto della designazione del convivente come "fiduciario" per la salute contenuto nella disciplina dei "DICO" e il testamento biologico.*

L'istituto contemplato all'articolo 5 del d.d.l. A.S. n. 1339 appare strettamente connesso con alcuni profili della disciplina del testamento biologico o delle dichiarazioni – o direttive – anticipate di trattamento ⁽²¹⁾, anch'essa, peral-

⁽²⁰⁾ Se, nel silenzio della proposta di legge, si ritiene applicabile all'istituto in questione la disciplina generale della *procura* (ferma restando, naturalmente, la delicatezza di tale applicazione, posto che si è in presenza del compimento di atti personalissimi non aventi natura patrimoniale), occorre considerare che quest'ultima è considerata un atto unilaterale recettizio, secondo una parte della giurisprudenza: cfr. Cass., sez. II, sent. 11 febbraio 1998, n. 1388, *Leonardo c. Conforti*; Cass., sez. I, sent. 4 dicembre 1996, n. 10819, *Soc. Credifarma c. Usl 7 Nuoro*; Cass., sent. 14 marzo 1991, n. 2712, *Guala c. Guala. Contra*, invece, A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 204.

⁽²¹⁾ In questo lavoro, i termini "testamento biologico" e "dichiarazioni-direttive anticipate di trattamento" saranno considerati come sinonimi. Invero, il primo è invalso maggiormente nell'uso pubblico ed a livello sociale, il secondo appare più diffuso nei documenti di lavoro e nelle proposte di legge. In alcuni casi, l'espressione "testamento biologico" è riferita solo alle dichiarazioni/direttive di istruzioni (v. *infra* nel testo) escludendo quelle di delega, in altri solo alle specifiche manifestazioni di volontà "di fine-vita", riguardanti l'impiego di supporti salvavita o di sostegno vitale in condizioni di terminalità. Il termine "testamento" appare per certi aspetti inappropriato, dal momento che, nel linguaggio tecnico-giuridico (ma anche nella *vulgata* tradizionale) l'istituto testamentario si identifica con l'atto di ultima volontà per mezzo del quale taluno dispone (di regola, anche se non esclusivamente) del proprio patrimonio e che è destinato a produrre effetti solo dopo la morte del soggetto, mentre il testamento biologico ha per oggetto scelte riguardanti la propria salute e diviene efficace in un momento necessariamente anteriore al decesso. È anche vero, però, che – al pari del "testamento" ex art. 587 cod. civ., anche quello "biologico" manifesta una volontà che si proietta oltre il tempo in cui il soggetto ha capacità di agire (e, nel caso del "testamento" ex art. 587 cod. civ., anche oltre il tempo in cui ha capacità giuridica).

Per quanto riguarda, invece, la seconda locuzione, occorre avvertire che l'uso termine "dichiarazioni", piuttosto che quello di "direttive" non è del tutto "neutro". In effetti, il secondo dei due indica un maggior grado di vincolatività della pianificazione anticipata operata dal paziente divenuto incapace tanto nei confronti del proprio fiduciario, quanto dell'agire del personale sanitario, e nei confronti all'autonomia di quest'ultimo di procedere alle proprie valutazioni secondo scienza e coscienza. Analogo discorso può essere svolto anche proposito dell'impiego del termine "desideri", piuttosto che di quello di "volontà". La giustificazione che viene data in proposito è di solito quella che fa perno sulla distanza temporale e psicologica fra il momento in cui la pianificazione anticipata è compiuta dall'interessato e quello in cui la stessa dovrà essere applicata nel concreto, oltre alla differenza che può intercorrere fra ciò che è stato prospettato (dal soggetto, sano) e ciò che si è verificato (sul paziente, incapace) sia sotto il profilo del quadro clinico, sia sotto quello dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche e dei dispositivi tecnologici in termini di protocolli terapeutici. Non bisogna, tuttavia, nascondersi troppo il fatto che, dietro a questa giustificazione, vi può essere anche quella di depotenziare il più possibile la vincolatività della volontà anticipata del paziente, in una logica che sottintende la prevalenza della vita (e della sua "indisponibilità") rispetto alla libertà di autodeterminazione

tro, all'esame delle Aule parlamentari ⁽²²⁾ e oggetto, negli ultimi tempi, di un confronto pubblico assai intenso, tanto a livello politico, quanto nella società civile ⁽²³⁾.

Il testamento biologico ⁽²⁴⁾, infatti, viene generalmente definito, da parte della dottrina, come «l'atto con il quale una persona, nel pieno possesso delle

individuale soprattutto quando si tratta di scelte di fine-vita. Cfr. M. BARNI, C. POMARA, e E. TURILLAZZI, *Direttive, anzi dichiarazioni anticipate di trattamento: le insidie di un viraggio semantico*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2004, n. 3-4, pp. 577-602.

⁽²²⁾ Cfr. A.S. n. 1222, *Disciplina del rifiuto di trattamento sanitario in attuazione dell'articolo 32 della Costituzione*, presentato il 19 dicembre 2006, dal sen. Villone (Ulivo) et alii; A.S. n. 818, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, presentato il 18 luglio 2006, dal sen. Del Pennino et alii; A.S. n. 773, *Disposizioni in materia di dichiarazione anticipata di trattamento*, presentato il 7 luglio 2006 dalla sen. Binetti (Ulivo) et alii; A.S. n. 687, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*, presentato il 27 giugno 2006, dal sen. Marino (Presidente della Commissione Sanità di Palazzo Madama); A.S. n. 665, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, presentato il 20 giugno 2006, dal sen. Ripamonti (IU-Verdi-Com); A.S. n. 542, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, presentato il 31 maggio 2006, dalla sen. Carloni (Ulivo) et alii; A.S. n. 433, *Norme a tutela della dignità e delle volontà del morente*, presentato il 19 maggio 2005, dal sen. Massidda (Forza Italia); A.S. n. 357, *Disposizioni in materia di dichiarazione anticipata di volontà sui trattamenti sanitari*, presentato il 17 maggio 2006, dal sen. Benvenuto (Ulivo); A.S. n. 3, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*, presentato il 28 aprile 2006, dal sen. Tommassini (Forza Italia); A.C. n. 1884, *Disposizioni in materia di consenso informato e di testamento biologico al fine di evitare l'accanimento terapeutico*, presentato il 7 novembre 2006, dall'on. Pellegrino (Verdi) et alii; A.C. n. 1702, *Disciplina dell'eutanasia e del testamento biologico*, presentato il 26 settembre 2006, dall'on. Grillini (Ulivo) et alii; A.C. n. 1463, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, presentato il 25 luglio 2006, dall'on. Poretto (Rosa nel Pugno); A.C. n. 1183, *Disposizioni in materia di consenso ai trattamenti sanitari*, presentato il 22 giugno 2006 dall'on. Mascia (Rifondazione Comunista-Sinistra Europea) et alii; A.C. n. 842, *Disposizioni in materia di dichiarazione anticipata di volontà sui trattamenti sanitari*, presentato il 22 maggio 2006, dall'on. Canotti (Ulivo) et alii; A.C. n. 779, *Disposizioni in materia di consenso informato ai trattamenti sanitari e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, presentato il 18 maggio 2006, dall'on. Di Virgilio (Forza Italia); A.C. n. 762, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, presentato il 17 maggio 2006, dall'on. Chiaromonte (Ulivo) et alii.

⁽²³⁾ Si v. ex multis, A. SOFRI *L'amore per la vita*, in *la Repubblica*, 27 dicembre 2006, p. 1; J. L. BARRAGAN, *Sì al testamento biologico* (interv.), in *La Stampa*, 19 ottobre 2006, p. 12; A. SOFRI, *Quelle vite sospese nel reparto di rianimazione*, in *la Repubblica*, 18 ottobre 2006, p. 1; C. ISIMBALDI, *Testamento biologico legale. L'anticamera dell'eutanasia*, in *Liberò*, 4 ottobre 2006, p. 17; L. MANCONI, *Testamento biologico, tutta un'altra storia* (interv.), in *il manifesto*, 26 settembre 2006, p. 7; (di) J. IACOBONI, *Ma la vera contesa nell'Ulivo è sul testamento biologico*, in *la Stampa*, 25 settembre 2006, p. 2; (di) C. TERRACINA, *Scoglio sulla bioetica, si tratta sul testamento biologico*, in *Il Messaggero*, 12 settembre 2006, p. 8; G. CARBONE, *Le false promesse del testamento biologico*, in *Avvenire*, 29 giugno 2006, p. 3; P. BORSELLINO, *Testamento biologico, il momento della legge*, in *l'Unità*, 24 giugno 2006, p. 27; U. VERONESI, *Sì al testamento biologico*, in *la Repubblica*, 6 giugno 2006, p. 11; P. BORSELLINO, *Testamento biologico, la cura dei diritti*, in *l'Unità*, 21 agosto 2005, p. 23; C. CAPORALE, *Il testamento biologico per evitare nuovi drammi*, in *AGL*, 1° aprile 2005, p. 3;

proprie facoltà mentali, esprime la sua volontà o incarica terzi di eseguire le sue volontà in ordine ai trattamenti ai quali vorrebbe o non vorrebbe essere sottoposto nell'eventualità in cui, per effetto del decorso di una malattia o di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»⁽²⁵⁾. Ne consegue che esso può presentare due parti distinte, ancorché eventualmente combinabili nel medesimo documento⁽²⁶⁾: una che contiene la direttiva *di istruzioni* e una che contempla la dichiarazione *di delega*.

Con la prima, che la dottrina americana chiama specificamente “*living will*”⁽²⁷⁾, il dichiarante (maggiorenne e capace di intendere e di volere) manifesta la propria volontà in merito ai trattamenti sanitari ai quali «desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposto 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 dissenso informato»⁽²⁸⁾, perché incapace, naturalmente o legalmente; con la seconda, invece, solitamente denominata, negli Stati Uniti “*proxy directive*” o “*durable power of attorney for health care*”⁽²⁹⁾, lo stesso dichiarante provvede alla nomina di un *fiduciario* o rappresentante per la salute, al quale conferisce l’incarico di interagire con il personale curante, facendo conoscere e valere le proprie volontà anticipate, ed attualizzandole sia secondo lo specifico quadro clinico, sia sulla base dello stato di avanzamento tecnico-scientifico del-

(24) Cfr. L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell’incapacità*, Milano, Ipsoa, 2000; E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali*, Milano, Ipsoa, 2004; AA. VV. *Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie*, Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il 23 e il 24 gennaio 2004 (Quaderni del Notariato, 13) Milano, Ipsoa, 2005; F. TUROLDO (a cura di), *Le dichiarazioni anticipate di trattamento. Un testamento per la vita*, Padova, Gregoriana, 2006; U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, Fondazione U. Veronesi-il Sole 24 ore, 2006.

Nella riflessione bioetica, si v. *ex multis*, Cfr. P. CATTORINI, E. D’ORAZIO e V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana; l’autonomia degli individui*, Milano, Zadig, 1999 e spec. i contributi di D. NERI, *L’autonomia alla fine della vita*, *ivi*, p. 197 e ss., R. POLI, *L’autodeterminazione del paziente: informazione e consenso all’atto medico*, *ivi*, p. 231 e ss., E. LECALDANO, *Diversi paradigmi dell’autonomia individuale nell’etica per le questioni bioetiche*, *ivi*, p. 245 e ss.; H. TRISTRAM ENGELHARDT JR., *Manuale di bioetica*, Milano, il Saggiatore, 1999; A. PESSINA, *Bioetica. L’uomo sperimentale*, Milano, B. Mondadori, 2000, spec. p. 149 e ss.; R. LUCAS LUCAS, *Antropologia e problemi bioetici*, Milano, San Paolo ed., 2001, spec. pp. 119 e ss.; D. LAMB, *L’etica alle frontiere della vita*, Bologna, il Mulino, 1995.

(25) S. AMATO, *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005, 1-2, pp. 283-284.

(26) Cfr. A. MIESEL e K. L. CERMENARA, *The Right to Die. The Law of the End-of-Life Decisionmaking*, New York, Aspen, III ed., 2005 suppl., pp. 7-14 e ss. (§7.01[B]).

(27) Cfr. A. MIESEL e K. L. CERMENARA, *The Right to Die. The Law of the End-of-Life Decisionmaking*, cit., p. 7-8 (§7.01[B]); si v. anche *President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment*, p. 136-53 (1983).

(28) Cfr. Comitato nazionale per la bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, p. 2.

(29) Cfr. A. MIESEL e K. L. CERMENARA, *The Right to Die. The Law of the End-of-Life Decisionmaking*, cit., p. 7-12 (§7.01[B]).

le pratiche diagnostiche o terapeutiche ⁽³⁰⁾, in modo tale che costui possa costituire il tramite di quell'alleanza terapeutica fra medico e malato ⁽³¹⁾ che risulter-

⁽³⁰⁾ Si tratta, evidentemente, del compito più delicato e cruciale del fiduciario per la salute, e sotto un duplice aspetto. Da una parte, infatti, può capitare che il testamento biologico (o le dichiarazioni o direttive anticipate di trattamento) siano redatte in modo tale da non focalizzare interamente o pienamente il quadro clinico che si è dato o la prospettiva terapeutica che si è verificata; dall'altra parte, l'evoluzione delle conoscenze scientifiche per un verso, o delle tecniche applicative, per l'altro può aver aperto nuove possibilità di cura e di recupero delle funzionalità del paziente (compresa, la stessa capacità) non presenti o non prevedibili al momento in cui costui aveva espresso le proprie volontà anticipate. Naturalmente, l'intera questione è esponenzialmente complicata proprio dalla circostanza che, nel frangente, l'interessato è incapace di agire e quindi di decidere *in proprio*.

Sotto l'aspetto del mutamento delle obiettive conoscenze e tecniche biomediche si può svolgere una riflessione particolare che attiene ai rapporti fra lo strumento giuridico-sanitario (e, più in generale la disciplina) di cui qui si tratta, e l'attuale panorama tecno-scientifico, che appare fortemente caratterizzato sia da un continuo accrescimento della complessità che da una spiccata accelerazione della velocità di cambiamento.

Acquista, infatti, rilievo lo stesso "*iato cronologico*" fra il momento – *anticipato* – nel quale la volontà è manifestata e quello – *successivo* – nel quale si debbono prendere le decisioni mediche sulla base di codesta volontà, dal momento che nel frattempo si può verificare uno "*iato tecno-scientifico*", vuoi sotto il profilo di non poter prevedere, nel momento in cui la dichiarazione vien resa, quale sarà lo stadio del progresso scientifico-tecnologico all'epoca in cui si dovrà dar esecuzione a quella stessa volontà anticipata, vuoi sotto il diverso aspetto di non poter neppure prevedere nel momento in cui s'è chiamati a darvi esecuzione, quale sarà l'*ulteriore* evoluzione della medicina e della tecnologia biomedica nel futuro prossimo.

Queste riflessioni portano alla radice dell'attuale età della tecnica intesa come età nella quale, da una parte allo sviluppo della potenza della tecnica non sembrerebbero più frapponibili limiti e dall'altra parte, un tale auto-accrescimento continuo ed inarrestabile della tecnica sarebbe connotato da una dimensione di profonda incertezza. Secondo E. SEVERINO, *Dall'Islam a Prometeo*, Milano, Rizzoli, 2003, pp. 187-188, oggi, la riflessione filosofica, etica e morale occidentale rischia di essere spiazzata dalla tecnica: «nessuna delle grandi forze della tradizione occidentale può essere il tribunale dinanzi al quale la tecnica debba giustificarsi. Il tribunale supremo, oggi, è la tecnica stessa, perché essa è in grado di subordinare alla propria volontà di potenza ogni altra volontà di potenza», fino alla situazione nella quale: «La libertà suprema consiste [...] nel trascendimento di ogni limite da parte della tecnica; e la libertà dell'individuo e della società libera è destinata a deporre l'illusione di poter controllare e dominare la suprema libertà della tecnica». Dal canto suo, E. MORIN, *La testa ben fatta*, Milano, Raffaello Cortina, 2000, pp. 57-58 nota come: «La [...] rivoluzione scientifica del nostro secolo [...] ha rovesciato l'Ordine del mondo, grandiosa reliquia della divina perfezione, per sostituirvi una relazione dialogica (allo stesso tempo complementare e antagonista) fra ordine e disordine. [...] Essa ha ridotto la sfera del calcolabile e del misurabile a una provincia dell'incalcolabile e dello sconfinato [...]. Abbiamo appreso che tutto ciò che esiste è potuto nascere solo nel caos e nella turbolenza, e deve resistere a poderose forze di distruzione. [...] La biologia, da parte sua, si è aperta all'incertezza. L'apparizione della vita corrisponde alla trasformazione di un vortice di macromolecole in un'organizzazione di tipo nuovo, capace di auto-organizzarsi, di auto-riprodursi, atta a trarre organizzazione, energia e informazione dal suo ambiente [...]. Essa resta ancora un mistero, sul quale non si cessa di elaborare degli scenari. [...] Siamo ancora profondamente incerti sul carattere inevitabile o fortuito, necessario o miracoloso dell'apparizione della vita, e questa incertezza si ripercuote, evidentemente sul senso delle nostre vite umane».

⁽³¹⁾ Per un'ampia analisi delle trasformazioni in capo etico e culturale, prima, e poi anche giuridico che hanno accompagnato l'evoluzione del rapporto medico-paziente dall'originaria matrice "paternalistica" (di natura "ippocratica" e derivante dalla filosofia e dall'etica greche secondo le quali il medico era colui che porta la salute e quindi il "bene"-

rebbe altrimenti interrotta dallo specifico stato di incapacità, e possa concorrere, sotto questa veste, alla stessa decisione terapeutica.

In modo particolare sotto questo secondo profilo – relativo alle direttive o dichiarazioni di delega – appaiono, quindi, abbastanza evidenti i punti di contatto fra la disciplina del testamento biologico e quella di cui all’articolo 5 del progetto di legge governativo sui “DICO”, nella parte in cui riconosce l’istituto della nomina del convivente quale rappresentante nelle decisioni che riguardano la salute dell’altro in caso di sopravvenuta incapacità d’intendere e di volere dovuta ad uno stato patologico (anche se, come si avrà modo di osservare più avanti, la stessa legislazione *in fieri* presenta spunti di riflessione anche per quanto riguarda l’altro profilo della pianificazione anticipata delle cure, che concerne invece le direttive o dichiarazioni di istruzioni).

Occorre mettere in evidenza che una figura che rappresenti, per così dire, il paziente nel complesso processo decisionale che lo riguarda appare necessaria ogni qual volta l’ammalato versi in stato di incapacità – condizione, quest’ultima che rappresenta lo stesso presupposto “logico-fattuale”, oltretutto giuridico, dell’acquisto di efficacia verso i terzi del testamento biologico.

Infatti, proprio perché un tale paziente non può più ricevere le informazioni dai medici, né esprimere validamente il proprio consenso/dissenso alla terapia propostagli, il funzionamento stesso del meccanismo del consenso informato ⁽³²⁾, che presidia attualmente le decisioni in ambito sanitario ⁽³³⁾ e che –

essere dell’uomo in virtù della sua capacità di ristabilire l’armonia fra l’ordine naturale delle cose e il corpo umano spezzata dalla malattia) ad una – affermata nel primo Novecento e poi sviluppata dopo la Seconda guerra mondiale – nella quale acquista, invece, rilievo la scelta del paziente in ordine alla terapia prospettatagli, espressione di libera autodeterminazione in ordine al proprio “corpo” e alla propria salute psico-fisica, si v. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, Raffaello Cortina, 2001. Cfr., per lo specifico profilo delle dichiarazioni anticipate di trattamento, M. IMMACOLATO, F. BOCCARDO e M. RATTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la “rivoluzione silenziosa” della medicina*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2004, 2, pp. 353 e ss.

⁽³²⁾ L’idea che un intervento medico che incida sulla sfera corporale di qualcun altro, abbisogni – a prescindere dalla posizione di garanzia di colui che interviene, ed anche dalla sua competenza tecnica e dalle conoscenze di cui è in possesso su ciò che è “bene” e ciò che è “male” per la salute dell’altro – di una qualche forma di consenso, da darsi libero, informato e consapevole, comincia a farsi strada prima nella letteratura (ad esempio nel romanzo di Edgar Allan Poe, *The facts of the case of Mr. Valdemar*, 1845, in cui il mesmerista P. si preoccupa di ottenere il consenso del morente Ernst Valdemar a praticargli l’intervento sperimentale ipotizzato dal medico Franz Mesmer: si v. S. GIARDINA e A. G. SPAGNOLO, *Consenso informato in un racconto di E.A. Poe*, in *Medicina e Morale*, 2004, 1, p. 184 e ss.) e poi nella giurisprudenza. All’inizio del secolo XX, infatti, negli Stati Uniti, grazie all’*opinion* (poi divenuta celebre) del giudice B. CARDOZO (*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 NE 92 (NY) 1914)) si stabilisce che un atto operatorio compiuto su un ammalato costituisce una forma di invasione degli intangibili confini della sfera personale di ciascuno la quale richiede – sulla base dei principi della *Common Law* – il consenso dell’interessato. In altri termini, così come una qualsivoglia manomissione della integrità fisica che avvenga contro il volere di taluno concretizza – negli ordinamenti appartenenti alla tradizione anglo-americana – una *battery*, ovvero un’aggressione illecita, così anche quella intrusione compiuta – sia pure “a fin di bene”, per tutelare la salute del paziente e senza alcuna volontà di nuocere, ma anzi allo scopo di guarire – sul fisico di un consociato, contro il volere (o senza il consenso, quando non si tratti di una si-

giova ricordarlo – trova solida base giuridica tanto a livello sovranazionale (con l'art. 5 della Convenzione d'Oviedo ⁽³⁴⁾) ed europeo (con l'art. 3 della Carta dei diritti dell'Unione europea ⁽³⁵⁾) quanto – e soprattutto – a livello costituzionale

tuazione di necessità ed urgenza, per imminente pericolo di vita) di costui, è da considerarsi illecita. Una forte spinta all'introduzione del principio del consenso in campo medico venne con l'applicazione del cosiddetto "Codice di Norimberga", fissato dalle potenze vincitrici della Seconda guerra mondiale al fine di giudicare le terribili violazioni dell'integrità fisica – e non solo – di esseri umani, perpetrate nei campi di concentramento ad opera di alcuni medici nazisti, e redatto sulla base dei principi sanciti in *U.S. v. Karl Brandt*.

Sui problemi dell'informazione da rendere al malato, si v. F. TOSCANI, *Ancora sul dire la verità ai malati*, in *Bioetica*, 2001, 3, p. 510 e ss.; sul consenso informato si v. anche recentemente E. BOLOGNA, *Le nuove frontiere della responsabilità medica. La questione del consenso informato*, in *Vita notarile*, 2005, I, p. 401 e ss.

⁽³³⁾ Cfr. Cass., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638; Cass., sez. IV, sent. 11 luglio 2004, n. 1572, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2002, 867; Cass., sez. III, 24 settembre 1997, n. 9374; Cass. 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. 24 settembre 1997, n. 9374; Cass. 15 ottobre 1007, n. 364; Corte d'Assise di Firenze, sent. 18 ottobre-9 novembre 1990, in *Foro italiano*, 1991, II, 236 (conf. da Corte d'Assise d'Appello di Firenze, sent. 26 giugno-10 agosto 1991, n. 5 e da Cass., sent. 21 aprile 1992, n. 699). Cfr. M.C. BISACCI, *Difetto di consenso informato al trattamento medico-chirurgico e responsabilità del medico*, in *Giurisprudenza di merito*, 1998, 6, p. 1012 e ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 2, p. 377 e ss.; E. CALÒ, *Autonomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 4-5, p. 1220 e ss.;

⁽³⁴⁾ *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*, fatta ad Oviedo (Spagna) il 4 aprile 1997 e ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, in *G.U.*, 24 aprile 2001, n. 95. La delega legislativa, contenuta all'art. 3 della legge, conferita al Governo al fine di adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme dello strumento internazionale, è scaduta, dopo un primo differimento del termine al 31 luglio 2003 (cfr. art. 49, legge 6 gennaio 2003, n. 3, *Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione*, in *G.U.* 20 gennaio 2003, n. 15), senza esser mai stata esercitata. L'entrata in vigore della legge n. 145/2003 ha nondimeno permesso l'ingresso di codesto Strumento internazionale nell'ordinamento italiano, costituendo un evento di grande portata, dal momento che viene definitivamente affermata l'idea che l'individuo è portatore di diritti e libertà, e di una intrinseca dignità e identità, nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina. Cfr., in tal senso, A. SANTOSUOSSO, *La novità della Convenzione di Oviedo e i limiti del governo*, in *Bioetica*, 2001, 2, pp. 273 e ss., il quale opportunamente sottolinea che la necessità di integrazione e di coordinamento del diritto interno alla Convenzione non può che riguardare solamente quelle norme convenzionali che effettivamente abbisognano di una tale opera di trasposizione nel diritto nazionale. Il riconoscimento o l'ampliamento di diritti stabiliti positivamente nella Convenzione da parte della legislazione delegata non può, dunque, esser condizione *ostativa* per un immediato ingresso dei principi fondamentali e delle regole generali stabilite nell'Atto di Oviedo nell'ordinamento italiano. Ne consegue che anche il mancato esercizio della delega da parte dell'Esecutivo non può, di per sé, essere invocato come giustificazione non solo del venir meno dell'obbligo di adeguare pienamente l'ordinamento italiano alla Convenzione (anche con un atto legislativo diverso ed indipendente dalla delega conferita nella legge n. 145/2001), ma anche del non venire in rilievo dei diritti in essa riconosciuti.

⁽³⁵⁾ Cfr. R. BIFULCO, *Commento all'articolo 3*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO, Bologna, il Mulino, 2001, p. 51 e ss.

(il riferimento è, ovviamente, in particolare all'art. 32 Cost. ⁽³⁶⁾) e legislativo ⁽³⁷⁾ interno ⁽³⁸⁾), richiede sempre l'intervento di un tutore o curatore.

Da questo punto di vista, il fiduciario per la salute si affianca, per lo specifico *ambito sanitario*, ai tradizionali istituti della tutela e curatela previsti dagli artt. 414 e ss. cod. civ., con la differenza, però, che esso viene appositamente designato dallo stesso soggetto in previsione della sua futura incapacità.

Si tratta di una figura che, Stati Uniti a parte, dove la prima disciplina legislativa sull'*health care proxy* è coeva a quella del *living will*, e nasce a metà degli anni settanta del novecento in California ⁽³⁹⁾, sull'onda di un celebre caso giudiziario deciso dalla Corte Suprema del New Jersey ⁽⁴⁰⁾, per poi propagarsi agli altri Stati federati ⁽⁴¹⁾ ed interessare anche il legislatore federale ⁽⁴²⁾ (pure

⁽³⁶⁾ Cfr. A. SIMONCINI e E. LONGO, *Commento all'art. 32 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, Torino, Utet, 2006, p. 655 e ss.; D. VINCENZI AMATO, *Commento all'art. 32 Cost.*, 2° comma, in *Rapporti etico-sociali*, vol. del *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1976, pp. 167 e ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, vol. III, 172, p. 435 e ss.

⁽³⁷⁾ V. art. 33 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, *Istituzione del Servizio sanitario nazionale*.

⁽³⁸⁾ Ampie ed interessanti riflessioni sulla circolazione e sull'interazione fra le diverse modalità di riconoscimento e di tutela di diritti fondamentali ai vari livelli nel panorama attuale della pluralità ordinamentale (accresciuta dalla dimensione sopranazionale, di cui è parte la Convenzione d'Oviedo, e da quella europea, di cui fa parte la Carta dei diritti di Nizza), sono svolte da P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 141-155.

⁽³⁹⁾ Con il *Natural Death Act* (Cal. Health&Safety Code, §§ 7185-7195, West Supp. 1978; leggasi integralmente anche su *Rivista di diritto civile*, 1977, I, pp. 84 e ss.) tutt'ora vigente – ma, pare, vi sia stata, ancor prima, agli inizi del novecento, una legge dell'Ohio, e poi una dello Iowa, rimasta peraltro del tutto isolata, anche per l'opposizione del Congresso federale: così S. AMATO, *I fuochi fatui del living will*, cit., pp. 284; cfr. anche C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, Jovene, 2004, p. 324, nota 137.

⁽⁴⁰⁾ Il riferimento è, naturalmente, al caso *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976).

⁽⁴¹⁾ Tutti gli Stati americani sono dotati di *Advance Directive Statutes*, la maggior parte (salvo tre, Massachusetts, Michigan e New York, che si limitano a prevedere solo la figura del fiduciario per la salute) dei quali contemplano sia l'istituto del *living will* che quello del *health care power of attorney*. Per una comparazione d'insieme, si v. C. CONDIE, *Comparison of the Living Will Statutes of the Fifty States*, in 14 *Journal of Contemporary Law*, 105 (1988).

⁽⁴²⁾ Cfr. *Patient Self Determination Act*, Stat. 1766, 101st. Cong., 1st Sess. (1989) (PSDA), parte dell'*Omnibus Budget Reconciliation Act 1990* (OBRA) (Pub. L. No. 101-508, §§4206, 471; 104 Stat. 1388-115 a 117, 1338-204 a 206, ora codificato in 42 U.S.C.A. §1395cc(f)(1) e 42 U.S.C.A. §1396a(a), West. 1995 &Supp. 2002). Il PSDA richiede alle strutture ospedaliere, agli ambulatori, alle strutture che si occupano di assistenza domiciliare, alle strutture di ricovero (*hospice*) e alle organizzazioni che forniscono assistenza sanitaria *prepaid*, e che partecipano ai programmi di assistenza sanitaria federale *Medicare* o *Medicaid* di fornire ai propri assistiti informazioni (il cui contenuto è fissato dalle singole leggi statali), in forma scritta o orale, in merito alla facoltà di redigere dichiarazioni anticipate di trattamento. La legge federale impone alle strutture stesse di adottare regolamenti interni per stabilire le procedure per la somministrazione di queste informazioni (cfr. OBRA, §4206(a)(2), 42 U.S.C. §1395cc(f)(1)), così come per assicurare l'implementazione del diritto del cittadino a redigere la dichiarazione

in questo caso, su impulso della giurisprudenza, questa volta della *United States Supreme Court* ⁽⁴³⁾, si ritrova anche in Spagna ⁽⁴⁴⁾, in Francia ⁽⁴⁵⁾, o in Inghilterra ⁽⁴⁶⁾ ed è in generale prevista dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo.

(cfr. OBRA, §4206(a)(2), 42 U.S.C. §1395cc(f)(1)(a)(i), (ii) e §4751(a)(2), 42 U.S.C. §1396a(w)(1)(A)). L'informativa è data al momento dell'accettazione o quando il paziente viene in contatto con l'organizzazione sanitaria che si occupa dell'assistenza domiciliare. Se il paziente è incapace di ricevere validamente l'informativa, questa va resa a un parente, o al tutore, o ad un'altra persona indicata all'uopo dalla legge statale (cfr. Health Care Financing Admin., 60 Fed. Reg. 33262, 33265 (27 giugno 1995)). È fatto obbligo alle strutture che provvedono l'informativa di registrare nella cartella clinica del paziente se costui ha o meno redatto una dichiarazione anticipata di trattamento (cfr. OBRA, §4206(a)(2), 42 U.S.C. §1395cc(f)(1)(B), nonché §4751(a)(2), 42 U.S.C. §1396a(w)(1)(B)).

È interessante osservare, sotto il profilo dell'articolazione interna dello Stato americano, e della ripartizione delle competenze fra Stati e Federazione in merito alla materia delle dichiarazioni anticipate di trattamento, che la legislazione federale non si sostituisce a quella statale, la quale resta fondamentale: così il PSDA espressamente prevede che il personale sanitario soggetto alle sue disposizioni debba assicurare la piena rispondenza delle pratiche adottate nell'ambito della struttura con la legislazione statale in materia di *advance directives* (cfr. OBRA, PSDA, §4206(a)(2), 42 U.S.C. §1395cc(f)(1)(D) e §4751(a)(2), 42 U.S.C. §1396a(w)(1)(D)) e agli stessi Stati è richiesto, al fine di agevolare la conoscenza della legislazione applicabile, di «develop a written description of the law of the State (whether statutory or as recognized by the court of the State) concerning advance directives», che deve esser distribuita insieme con l'altro materiale informativo predisposto (cfr. OBRA, §4751(a)(1), 42 U.S.C. §1396a(a)(58)).

⁽⁴³⁾ Il riferimento è, ovviamente, al caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 110 S. Ct., 2841 (1990). La bibliografia sul caso è vastissima: si v., fra gli altri: J.K. GISLESON, *Right to die, forced to live: Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, in 7 *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 401-411 (1991); J. BOPP JR. e D. AVILA, *The Due Process "Right of Life" in Cruzan and its impact on "right-to-die" law*, in 53 *University of Pittsburg Law Review*, 193-235 (1991); I. M. ELLMAN, *Cruzan v. Harmon and the dangerous claim that others can exercise incapacitated patient's right to die*, in 29 *Jurimetrics Journal*, 389-401 (1989); J. FINNIS, *The "Value of Human Life" And "The Right To Death": Some Reflections On Cruzan And Ronald Dworkin*, in 17 *Southern Illinois University Law Journal*, 559-517 (1993); W.H. COLBY, *The Lessons of the Cruzan Case*, in 39 *The University of Kansas Law Review*, 519-528 (1991).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Ley 14 noviembre 2002, n. 41, *Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, art. 11, 1: «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. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». La disciplina-quadro nazionale è poi sviluppata dalle singole leggi delle *Comunidades Autonomas*. Per un commento v. S. CACACE, *Legge spagnola 41/2002 e consenso informato: cose vecchie, cose nuove*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2004, p. 1161 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Si tratta della *personne de confiance*, prevista all'art. L1111-6 del *Code de la santé publique*: «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

In Italia, invece, almeno per il momento, la figura del fiduciario per la salute non risulta essere stata sinora riconosciuta *espressamente* a livello legislativo ⁽⁴⁷⁾.

In assenza di una norma *ad hoc*, da introdursi appositamente, e, in base ad una recente giurisprudenza della Corte costituzionale, esclusivamente ad opera del legislatore statale ⁽⁴⁸⁾ (vuoi nell'ambito dei "DICO", come fa il disegno di

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».

⁽⁴⁶⁾ Si tratta del *lasting power of attorney* di cui alla Part. I, Sections 9-14, *Mental Capacity Act 2005*, Ch. 9 (che entrerà in vigore il 1° aprile 2007). In part. la sect. (9)(1) così definisce l'istituto (poi nel dettaglio regolato dalle altre disposizioni del MCA indicate): «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». Riguardo ai poteri concernenti il "personal welfare", la sect. 17, che richiama la sect. 16 stabilisce che essi si estendono: «(a) deciding where P is to live; (b) deciding what contact, if any, P is to have with any specified persons; (c) making an order prohibiting a named person from having contact with P; (d) giving or refusing consent to the carrying out or continuation of a treatment by a person providing health care for P; (e) giving a direction that a person responsible for P's health care allow a different person to take over that responsibility».

⁽⁴⁷⁾ Per correttezza, va considerato comunque che il novissimo Fnomceo, *Codice di deontologia medica*, 16 dicembre 2006, pubbl. il 10 gennaio 2007, all'art. 37, prescrive che in caso di minore o di interdetto, il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici è prestato dal legale rappresentante.

⁽⁴⁸⁾ Corte cost., sent. 4 luglio 2006, n. 253, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 1315 e ss. La legge della Regione Toscana 15 novembre 2004, n. 63, *Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere* (in *B.U. Regione Toscana*, 24 novembre 2004, n. 46, Parte I), prevedeva, all'articolo 7, comma 1, il diritto di «designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso a un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e indifferibilità della decisione». Ai sensi del successivo art. 8, anch'esso colpito da censura d'incostituzionalità, veniva demandato ad un regolamento regionale di disciplinare le modalità per rendere la dichiarazione di volontà di cui all'articolo 7, comma 1, in particolare stabilendo la forma della dichiarazione; le procedure per l'acquisizione della dichiarazione da parte delle strutture sanitarie competenti; le modalità attraverso le quali la persona, che deve essere sottoposta a un determinato trattamento terapeutico, possa rendere una dichiarazione di volontà di contenuto ed effetti equivalenti, da registrare nella cartella clinica (qualora non abbia reso la dichiarazione di cui al comma 1 nella forma e secondo le procedure prescritte); l'informazione agli utenti; la costituzione e la gestione di una banca dati; le garanzie a tutela della "privacy".

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di tale disposizione, la Consulta ha ritenuto che la possibilità per il soggetto di delegare ad un'altra persona, liberamente scelta, la prestazione del consenso informato ad un determinato trattamento sanitario, in vista di un'eventuale e futura condizione di incapacità naturale, sia senz'ombra di dubbio riconducibile all'istituto della *rappresentanza* (civilistica), il quale, a sua volta, deve esser fatto rientrare nella materia

legge del Governo, vuoi in una più ampia futura disciplina del testamento biologico) l'ordinamento giuridico attualmente offre una prospettiva solo parzialmente solida e sicura al soggetto che voglia poter individuare *autonomamente* e *in anticipo*, colui che dovrà rappresentarlo nelle scelte diagnostiche o terapeutiche che andranno prese nei suoi confronti, una volta che egli sarà divenuto incapace.

Infatti, gli istituti della tutela e della curatela, a prescindere dalla loro configurazione tradizionale e culturale, maggiormente attenta alla protezione degli interessi di natura economico-patrimoniale (specialmente delle posizioni dei terzi, anche parenti o familiari ⁽⁴⁹⁾), che a quelli di natura esistenziale (direttamente accedenti alla salute, dignità ed integrità) della persona colpita da incapacità ⁽⁵⁰⁾, non possono venire in rilievo, giacché non contemplano la facoltà di scelta anticipata del proprio tutore (o curatore). Dal canto suo, l'istituto del mandato, quale contratto in forza del quale una parte si obbliga a compiere «uno o più atti giuridici per conto dell'altra», ex art. 1703 cod. civ., si scontra (an-

dell'*ordinamento civile*, che è riservata in via esclusiva allo Stato, dall'art. 117, secondo comma, lett. l) della Costituzione. Sulla base di codesta giurisprudenza costituzionale, si può perciò ritenere, che lo Stato goda di una competenza piena ed esclusiva sia nel dettare le norme legislative di principio e di dettaglio sia anche, a' termini dell'art. 117, 6° comma Cost., nell'esercitare la propria potestà regolamentare per disciplinare l'istituto del fiduciario per la salute.

Almeno per quanto riguarda l'istituto del fiduciario per la salute, perciò non sembra necessario riferirsi anche ad altri titoli competenziali contemplati all'art. 117, 2° comma, lett. m) Cost. o all'art. 117, 3° comma Cost., come la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono esser garantiti su tutto il territorio nazionale o ai principî fondamentali in materia di tutela della salute, come paiono aver fatto, almeno a quanto consta, F. D'ONOFRIO e F. CASSON nell'ambito della trattazione dei diversi progetti di legge in materia di testamento biologico svolta dalla II Commissione permanente *Giustizia* del Senato della Repubblica in sede consultiva (cfr. in particolare, gli interventi dei due senatori pronunciati nella 54^a seduta pomeridiana della Commissione, svoltasi il 30 gennaio 2007, alla presenza del Sottosegretario di Stato per la giustizia, in *Resoconto sommario n. 54* del 30 gennaio 2007, p. 2).

⁽⁴⁹⁾ Secondo Trib. di Modena, Giudice tutelare, decr. 3 marzo 2005, devono oramai considerarsi alla stregua di misure arcaiche quelle della interdizione e inabilitazione, le quali fornivano garanzie prevalentemente rivolte alla famiglia, ovvero ai creditori nell'intento di dar sicurezza ai traffici giuridici (e financo alla collettività rappresentata dalle altre persone considerate, invece, normali, secondo una impostazione che affonda le sue radici nel periodo napoleonico).

⁽⁵⁰⁾ Per quanto rientri fra i compiti del tutore, compresi nella nozione di "cura" dell'incapace, di cui all'art. 357 e all'art. 424 cod. civ., anche quello di prestare il consenso "informato" alle terapie mediche, come ha osservato la Corte d'Appello di Milano, decr. 15 novembre-16 dicembre 2006, nel caso *Englaro*, in *Guida al diritto*, 2007, 1, p. 39 e ss. spec. p. 42: «La "cura della persona" implica non solo la cura degli interessi patrimoniali, quanto – principalmente – quelli di natura esistenziale, tra i quali vi è indubbiamente la salute intesa non solo come integrità psicofisica, ma anche come diritto sia di farsi curare che di rifiutare la cura: tale diritto non può trovare infatti limitazione alcuna quando la persona interessata non è in grado di determinarsi, come nella fattispecie». *Contra*, invece, Tribunale di Lecco, decr. 20 dicembre 2005, n. 1094/05, nello stesso caso *Englaro*: «È ferma convinzione del Collegio [...] che né il tutore, né il curatore speciale possano domandare l'interruzione dell'alimentazione del soggetto incapace di intendere e di volere. [...] L'interruzione di un trattamento necessario a conservare la vita dell'interessato, infatti, è atto personalissimo che non può essere demandato ad altro soggetto».

che in questo caso, a prescindere dalla sua obiettiva “torsione” dall’ambito della regolazione dei traffici giuridici di natura patrimoniale, a quello del compimento di atti giuridici riguardanti la “cura” del mandante, quali il consenso/dissenso ai trattamenti sanitari) con la previsione, contenuta all’art. 1722, comma 1, num. 4 cod. civ., in forza della quale è causa di cessazione del rapporto giuridico fra mandante e mandatario l’interdizione o l’inabilitazione del mandante, determinando il paradosso per cui il contratto si estingerebbe *proprio* nel momento in cui dovrebbe diventare produttivo di effetti, essendo specificamente preordinato ad attribuire i poteri di rappresentanza al mandatario nelle decisioni sanitarie per il caso di incapacità del mandante.

Un qualche maggior appiglio sembra, invece, offrirlo, sempre restando *de iure condito*, il “neo” istituto dell’amministrazione di sostegno ⁽⁵¹⁾, introdotto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, che ha ampiamente innovato il Titolo XII del Libro Primo del Codice civile ⁽⁵²⁾. La figura dell’amministratore di sostegno si caratterizza, infatti, come soluzione proporzionale e flessibile ⁽⁵³⁾ al problema di offrire un supporto alla persona che, per problemi psichici o per difficoltà fisiche, abbia bisogno di un aiuto, specificamente modulato ⁽⁵⁴⁾. Così, mentre i poteri e i compiti del tutore o del curatore sono stabiliti dalla legge, l’oggetto dell’amministrazione di sostegno e degli atti che l’amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario (e quelli, per converso, che il beneficiario ha il potere di compiere solo con l’assistenza dell’amministratore di sostegno) sono definiti dal giudice tutelare, col decreto motivato, immediatamente esecutivo, col quale nomina l’amministratore (art. 405 cod. civ.), tenuto

⁽⁵¹⁾ Sul quale, cfr. F. SASSANO *La tutela dell’incapace e l’amministrazione di sostegno*, Rimini, Maggioli, 2004; E. CALÒ, *L’amministrazione di sostegno*, Milano, Giuffrè, 2004; G. FERRANDO (a cura di), *L’amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè, 2005; G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L’amministrazione di sostegno*, Padova, Cedam, 2004; si v. anche E. RUSSO, G. DORIA e G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, Cedam, 2006, p. 238; S. PATTI (a cura di), *L’amministrazione di sostegno*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁽⁵²⁾ Ora significativamente rubricato: “*Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*”, in luogo dell’originaria dizione: “*Dell’infermità di mente, dell’interdizione e dell’inabilitazione*”, che, anche “plasticamente” sottolineava l’ottica, strettamente legata alla infermità psichica, delle disposizioni in punto tutela e curatela previste dal Codice del 1942. Merita di essere riportato l’art. 1, comma 1 della l. n. 6/2004 (in G.U. n. 14 del 19 gennaio 2004), ai sensi del quale: «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente».

⁽⁵³⁾ Cfr. M. DE TILLA, L. MILITERNI e U. VERONESI, *Il testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, Sperling&Kupfer, 2007, p. 119.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass. civ., sent. 12 giugno 2006, n. 13584, secondo cui l’ambito di applicazione dell’amministrazione di sostegno non deve essere individuate con riguardo al grado, più o meno intenso, di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, quanto piuttosto alla maggiore capacità dello strumento di adeguarsi alle esigenze del soggetto, in relazione alla sua flessibilità e alla relativa maggiore agilità della procedura applicativa.

conto sia delle esigenze di protezione del soggetto debole, sia delle circostanze del caso, sia del livello di lucidità e consapevolezza del beneficiario stesso.

Particolarmente interessante appare, poi, la previsione codicistica in forza della quale il ricorso al giudice per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto anche dallo stesso soggetto beneficiario ⁽⁵⁵⁾, giacché questo dimostra quanto l'istituto in questione si caratterizzi per una rinnovata valutazione e valorizzazione dell'autodeterminazione individuale con riferimento a particolari situazioni esistenziali che incidono sulla sfera complessiva dell'autonomia e della dignità della persona debole. Non solo: il novellato Codice civile prevede altresì che la scelta dell'amministratore di sostegno, compiuta dal giudice tutelare avendo esclusivo riguardo alla cura e agli interessi del beneficiario, possa avvenire (*anche*) *sulla base della designazione*, effettuata in qualsiasi momento della propria vita, da parte «dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata» (art. 408, commi 1 e 2, primo periodo cod. civ.) ⁽⁵⁶⁾.

Ed è proprio sotto quest'ultimo particolare profilo (unitamente, va da sé, agli altri connotati salienti dell'istituto) che, come è stato rilevato, si viene a creare un possibile *collegamento* fra l'amministratore di sostegno e il fiduciario per la salute designato attraverso un analogo atto di previdenza contenuto in un testamento biologico ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Anche se minore, interdetto o inabilitato (in quest'ultimo caso, congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione e dell'inabilitazione avanti il giudice competente per quest'ultima): cfr. art. 406 cod. civ. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 406 e 417 cod. civ., sono altresì titolati a proporre ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno il coniuge, *la persona stabilmente convivente* (già dunque contemplata dalla legge come terzo legittimato, a seguito di un'apposita novella all'art. 417 cod. civ., contenuta nell'art. 5 della l. n. 6/2004, la quale si applica anche all'istanza di interdizione e di inabilitazione), i parenti entro il quarto grado, gli affini entro il secondo grado, il curatore e il tutore, ovvero il pubblico ministero. In base a quanto recita l'art. 406 cpv. cod. civ., i responsabili dei servizi socio-sanitari direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, qualora vengano a conoscenza di fatti riguardanti l'assistito tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, hanno l'obbligo di proporre al giudice tutelare il ricorso ex art. 407 cod. civ., ovvero di informarne il pubblico ministero, perché valuti se ricorrere ai sensi del combinato disposto dello stesso art. 406 cod. civ., primo comma e del successivo art. 417 cod. civ., cui si è fatto testé cenno.

⁽⁵⁶⁾ In caso di mancata designazione da parte del beneficiario, ovvero in presenza di "gravi motivi", il giudice può scegliere un amministratore di sostegno diverso, preferendo, nell'ordine, il coniuge non separato legalmente, *la persona stabilmente convivente*, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado, ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata (art. 408, comma 2, secondo e terzo periodo cod. civ.). Lo stesso giudice tutelare, peraltro, quando ne ravvisa l'opportunità e, nel caso di designazione dell'interessato, quando ricorrano gravi motivi, può chiamare a ricoprire l'incarico di amministratore di sostegno anche un'altra persona idonea (non dunque legata da vincoli coniugali, di convivenza, di parentela o affinità col beneficiario), potendosi rivolgere anche ad una *persona giuridica*, al cui legale rappresentante, ovvero alla persona che questi ha la facoltà di delegare mediante atto depositato presso l'ufficio dello stesso giudice tutelare, competono i doveri e le facoltà dell'amministratore di sostegno (art. 408 cpv. cod. civ.).

⁽⁵⁷⁾ Cfr. U. VERONESI e M. DETILLA, *Il testamento biologico*, cit., p. 120.

Tuttavia, in primi casi di applicazione dell'istituto dell'amministratore di sostegno alle decisioni da prendersi in campo sanitario, si sono formati, in giurisprudenza, due orientamenti diversi. Qualche giudice tutelare, infatti, ha ritenuto che, per poter ricorrere all'istituto di cui all'art. 404 cod. civ., sia necessaria la presenza di una pur ridotta autonomia e capacità⁽⁵⁸⁾, con la conseguenza di non ritenere giustificata la sostituzione dell'amministratore al beneficiario nella prestazione del "consenso informato" all'atto medico in caso di incapacità naturale o legale dell'ammalato, rispetto alla quale quindi occorre procedere alla nomina del tutore. Altri giudici tutelari, invece, hanno sostenuto l'applicabilità dell'amministrazione di sostegno anche nel caso di incapacità totale e permanente del beneficiario di provvedere ai propri interessi per infermità o grave menomazione psichica⁽⁵⁹⁾, ritenendo, altresì, di poter autorizzare l'amministratore di sostegno anche al compimento di atti personalissimi, fra i quali rientrano senza dubbio le scelte riguardanti la salute⁽⁶⁰⁾.

A fronte del verificarsi di queste incertezze, si può dunque comprendere l'interesse di una disciplina, quale quella di cui all'art. 5 del d.d.l. A.S. n. 1339, che, sia pure "solo" con riferimento alla figura del convivente, riconosca l'istituto della designazione volontaria di un fiduciario o rappresentante per la salute; così come si può intuire la necessità di un intervento legislativo che assicuri un quadro il più possibile certo e definito al soggetto che voglia poter individuare in anticipo e autonomamente, attraverso un testamento biologico, chi lo dovrà rappresentare nelle scelte che riguardano la sua salute, una volta divenuto incapace, anche al di là della specifica situazione della convivenza di fatto.

Restano, peraltro, aperti ulteriori aspetti e profili problematici rispetto alla designazione del fiduciario per la salute che nella proponenda legislazione sui "DICO" non sono stati considerati, ma che dovranno essere discussi ed esaminati dal legislatore nella fase della scrittura della legge sul testamento biologico. Occorrerà, infatti, individuare le persone che, in assenza di una valida direttiva di delega, saranno chiamate, *ex lege*, a concorrere alle decisioni sanitarie che riguardano il paziente incapace e definire altresì l'ordine di priorità in base al quale tali "sostituti" andranno chiamati. Non solo: occorrerà, altresì, prevedere una procedura per la risoluzione dei contrasti che potrebbero sorgere, nel dramma dei singoli casi concreti, fra il personale sanitario e il fiduciario per la salute (vuoi nominato dal paziente, vuoi individuato dalla legge), o fra

⁽⁵⁸⁾ Ciò che renderebbe l'istituto in parola più lontano dal fiduciario per la salute designato nell'ambito della pianificazione anticipata delle cure, perché – come già detto in testo – il presupposto "logico-fattuale", oltretutto giuridico, per l'attivazione dell'efficacia di una direttiva (o dichiarazione) anticipata di trattamento (o di un testamento biologico) è lo stato di incapacità (anche temporanea) del paziente. Cfr. Trib. Torino, sent. 22 maggio 2004.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Tribunale di Venezia, sez. distaccata di Chioggia, Giudice tutelare, ord. 24 settembre 2004.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. U. VERONESI e M. DETILLA, *Il testamento biologico*, cit., pp. 122-123. Sul punto, il nuovo Codice di deontologia medica, all'art. 37, stabilisce che nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno, il medico deve debitamente informarlo e tenere «nel massimo conto» le sue istanze (circa i trattamenti diagnostico-terapeutici da praticarsi sul beneficiario).

quest'ultimo e gli altri terzi legittimati (il coniuge, lo stesso convivente, i parenti o gli affini, e così via), così come si riterrà necessario individuare l'organo competente, se il giudice oppure un comitato etico.

3. *Designazione del “fiduciario” per la salute e stato di malattia del dichiarante.*

Se l'istituto del fiduciario per la salute contemplato all'art. 5 del d.d.l. A.S. n. 1339 presenta una spiccata interconnessione con più di un profilo del testamento biologico, merita di soffermarsi un poco più a lungo su alcuni aspetti del progetto governativo, giacché questi si prestano molto bene a mettere in chiaro alcuni dei “nodi” che occorrerà affrontare, e in qualche modo anche sciogliere, nel momento in cui si porrà mano ad una disciplina organica, a livello legislativo, della pianificazione anticipata delle cure.

D'altra parte, se la stessa “collocazione” dell'istituto in questione all'interno dei “DICO” ha finito per condizionarne l'impianto normativo, poiché il “fuoco” dell'attenzione del Governo non si è concentrato sull'introduzione del testamento biologico, ma sul riconoscimento di alcuni diritti e facoltà (oltreché doveri) ai conviventi anche in materia di salute, il fatto stesso che l'Esecutivo non si sia limitato a fare un mero rinvio alla futura legislazione sul testamento biologico, o a prevedere semplicemente il convivente stabile fra coloro che possono esser designati interlocutori dei medici, ma si sia spinto fino a configurare l'introduzione – sia pure più abbozzata che cesellata – di un istituto nuovo, non può non spingere ad un'analisi delle scelte compiute, giacché esse, se mai verranno approvate in questi termini dal Parlamento, finiranno per costituire qualcosa di più di un semplice elemento di ispirazione per la (...prossima?) scrittura delle regole sulle dichiarazioni o direttive anticipate di trattamento.

Un primo punto interessante e meritevole di analisi dell'art. 5, comma 1, lo si ricava dallo stesso *incipit* della norma, che così recita: «in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere...», rispetto al quale occorre chiedersi che valenza abbia (o possa avere) l'espressione “*in caso di malattia*”. Apparentemente chiara, infatti, essa rivela ad un più approfondito vaglio una potenziale, latente ambiguità.

Una direttiva di delega (e quindi di designazione del rappresentante), al pari di una di istruzioni, può essere espressa, almeno ragionando in astratto, sia in *condizioni di piena o buona salute*, in un momento cioè psicologicamente e cronologicamente lontano da quello in cui, a causa della malattia, si verificherà la perdita della lucidità, sia in una condizione in cui, invece, il “dichiarante” è già *a conoscenza della propria patologia* ed è stato informato circa il suo prevedibile decorso, compreso il (più o meno inevitabile) momento in cui diverrà non più *compus sui*, sia all'atto stesso *del ricovero in ospedale* o nell'ambito di una complessa programmazione, a breve termine, di un'articolata e concatenata

serie di interventi terapeutici che possono comportare la perdita della capacità di agire ⁽⁶¹⁾.

Invero, proprio su questo aspetto si incentrano numerosi dei rilievi critici mossi all'istituto stesso del testamento biologico, sia sotto il versante della "decontestualizzazione" ⁽⁶²⁾ della volontà manifestata con largo anticipo o della sua necessaria, inevitabile, genericità ed indeterminatezza quando essa riguarda stati clinici futuri solo ipotizzabili ma non prevedibili (o, meglio, solo "astrattamente" prevedibili in quanto "possibili"), sia sotto il versante del grado di vincolatività di tale volontà, una volta che questa sia stata ricostruita ed attualizzata al quadro patologico specifico nel quale si trova l'incapace (e, va ricordato, anche agli eventuali progressi nel frattempo compiuti dalle conoscenze scientifiche e dalle applicazioni tecniche della biomedicina ⁽⁶³⁾).

Ora, è indubbio che la pianificazione anticipata delle cure fatta da un soggetto pienamente informato della patologia di cui è affetto e del suo (più o meno inevitabile) orizzonte di comportare la perdita della capacità di intendere e di volere, presenterà un minore carattere aleatorio e un assai più elevato livello di attendibilità.

Tuttavia, la tesi secondo cui sussisterebbe una differenza radicale fra i due "tipi" di dichiarazione (quella resa in buona salute, e quella espressa una volta conosciuta la diagnosi della propria malattia), o quella secondo la quale addirittura dovrebbe esser riconosciuta validità ⁽⁶⁴⁾ solamente al testamento biologico redatto da chi ha ricevuto piena informazione sulla sua condizione patologica *attuale* appare vuoi limitativa della sfera di autodeterminazione della persona, vuoi non del tutto in linea con le caratteristiche profonde ed essenziali dell'istituto.

Non si può non osservare, infatti, come considerare giuridicamente lecito solo il testamento biologico redatto nell'attualità e nella conoscenza informata della condizione patologica per uno stato evolutivo di incapacità prevedibile in

⁽⁶¹⁾ Con l'unico limite che non si può considerare dichiarazione (o direttiva) anticipata di trattamento il consenso/dissenso attuale ed informato prestato dal paziente – ancora capace di intendere e di volere – ad uno *specifico* atto medico che comporta, durante la sua realizzazione, la perdita di conoscenza indotta dall'anestesia o dalla sedazione: in questo caso, infatti, come ha ritenuto anche la giurisprudenza, non si è in presenza di una autodeterminazione anticipata in merito alle cure, ma del "normale" (per così dire) istituto del consenso/dissenso al trattamento. Cfr. Cass., sez. III, 9 marzo 2001, n. 28132; Cass., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364.

⁽⁶²⁾ La formula, molto suggestiva, è di U. VERONESI e M. DETILLA, *Il testamento biologico*, cit., p. 94.

⁽⁶³⁾ Cfr. la *Relazione ufficiale alla Convenzione d'Oviedo*, art. 9, §62: «The article lays down that when persons have previously expressed their wishes, these shall be taken into account. Nevertheless, taking previously expressed wishes into account does not mean that they should necessarily be followed. For example, when the wishes were expressed a long time before the intervention and science has since progressed, there may be grounds for not heeding the patient's option. The practitioner should thus, as far as possible, be satisfied that the wishes of the patient apply to the present situation and are still valid, taking account in particular of technical progress in medicine».

⁽⁶⁴⁾ E non semplicemente un maggiore o minore grado di vincolatività o di apprezzabilità nei confronti dell'operare del fiduciario e del personale sanitario.

della sofferenza (e della morte del corpo, all'ultimo orizzonte) – allora non si può non ritenere ammissibile anche il riconoscimento di valore giuridico anche alle scelte *esistenziali per l'avvenire* prese quando si è ancora lontani dal cadere vittima di una determinata patologia. Semmai, questo comporterà di affrontare gli ulteriori profili, certamente delicatissimi, relativi ai canoni di *interpretazione* e al procedimento di *attualizzazione* di un testamento siffatto ⁽⁶⁹⁾, funzionali alla ricostruzione ed esecuzione delle volontà anticipate così manifestate ⁽⁷⁰⁾. Con

Sulla differenza tra “qualcosa” e “qualcuno”, a cura di L. ALLODI, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 110, secondo cui «[l]a morte è venuta al mondo con l'uomo. Soltanto le persone muoiono». Si v. anche la riflessione di G. SASSO, Dignità ed ambiguità del morire. Per un'ars moriendi laica, in Bioetica, 1999, 1, pp. 172-173, secondo il quale in quanto evento “biologico” «la morte appartiene alla vita quanto basta per spegnerla e non appartenere più». La relazione che si stabilisce con la morte, perciò, «si dà attraverso il costituirsi come termine, non della morte, ma del presentimento di essa. Si dà attraverso la paura, l'angoscia, la possibilità della morte». Proprio per questa forma di consapevolezza, che appartiene all'uomo e ne orienta, in modo autentico (nel senso dell'esistenzialismo di M. HEIDEGGER), l'esistenza in quanto “essere-per-la morte”, l'Autore può sottolineare, con bella formula, che: «[p]er questo si è detto che solo l'uomo è autenticamente mortale. L'animale non muore, perisce» (enfasi corsive aggiunte).

⁽⁶⁸⁾ Secondo le categorie proprie dei giuristi, perciò, la morte è un evento certo nell'*an*, ma incerto nel *quomodo* e nel *quando*. Dal punto di vista *naturale*, infatti, il passaggio dal vivente al non vivente non soltanto rappresenta il «*destino certo e inevitabile* di qualunque appartenente al mondo di *qua*», ma costituisce anche una delle stesse *proprietà peculiari* di ciò che è vivente come gli stessi biologici ormai insegnano, man mano che stanno avanzando nella comprensione dei meccanismi che presiedono al funzionamento delle unità elementari di cui gli organismi risultano composti: è stato, infatti, rilevato come la *morte della cellula* sia – per così dire – “programmata” fin dal suo DNA, il che equivale a dire, in buona sostanza indelebilmente inscritta nel suo stesso “*destino biologico*” (così E. BONCINELLI e G. SCIARRETTA, *Verso l'immortalità? La scienza e il sogno di vincere il tempo*, cit., p. 88-89)). Dall'*ontogenesi* stessa di ciò che vivente, dunque, sembra discendere, quasi come l'obbedienza ad una sorta di imperativo o di necessità biologica, l'esser destinato alla morte (va oltre, U. VERONESI, *Scienza e futuro dell'uomo* (conversazione con R. CASSIGOLI), Firenze, Passigli, 2005, pp. 72-73 che fa discendere da quest'imperativo dettato dalla natura, un vero e proprio “*dovere biologico*” che imporrebbe a ciascuno di sapersene andare al momento giusto, per far spazio al succedersi delle generazioni e alla stessa evoluzione delle specie).

Se dunque la “vita”, intesa in senso generale, non si è finora estinta, da quando essa è sbocciata per la prima volta sulla Terra e ancora si trasmette, incessantemente, di generazione in generazione, la singola “vita”, unica ed irripetibile, di ogni organismo è destinata a subire il decadimento prodotto dagli effetti del tempo e ad estinguersi una volta giunta al termine del proprio ciclo vitale, per costituire materiale inorganico che viene assimilato e riassorbito dall'ambiente circostante (così E. LECALDANO, *Morte (definizione di)*, in *Dizionario di bioetica*, a cura di E. LECALDANO, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 188).

⁽⁶⁹⁾ In generale, sugli *standards* di interpretazione della volontà presunta del paziente diventato incapace di intendere e di volere (sia che tale volontà sia documentata in un *living will*, sia che essa sia stata manifestata oralmente, come è riconosciuto di poter fare in alcune legislazioni statali), si v., nell'ordinamento statunitense, che è quello che ha maggiormente sviluppato e raffinato il ventaglio di tali parametri, dal *subjective*, al *substitute*, al *best interest standard*, A. MIESEL e K. L. CERMINARA, *The Right to Die*, cit., Ch. 4.

⁽⁷⁰⁾ D'altro canto, non si può non rilevare come il diritto sia da sempre abituato a dare rilevanza (e a dettare regole per la loro interpretazione) a manifestazioni di volontà espresse magari molto tempo prima rispetto al momento in cui divengono efficaci, e destinate ad essere applicate quando il soggetto non solo ha perso capacità di agire, ma neppure è più in vita, come avviene col testamento *ex art. 587 cod. civ.* (sul quale, nella nutrita bibliografia, si v., per tutti,

la conseguenza che casomai si potrà riconoscere al testamento biologico redatto fuori dallo stato di malattia, rispetto al quale esso deve esser applicato, un maggiore o minore grado di apprezzabilità e vincolatività nei confronti del fiduciario per la salute, che lo dovrà far valere nel rapporto coi medici, e poi nei confronti dei sanitari stessi nell'ambito di quell'alleanza terapeutica che continua a sussistere, sia pure in una condizione indubbiamente particolare, qual è quella che si ha quando l'ammalato è diventato privo di capacità di agire. Questo, però, non dovrebbe poter incidere né sulla liceità di tali dichiarazioni o direttive anticipate, né sulla loro validità o efficacia tanto nei confronti del rappresentante, quanto dei sanitari. Ed è in questo senso sembra esprimersi anche l'art. 9 della Convenzione d'Oviedo ⁽⁷¹⁾.

Rispetto a tutte queste complesse sfaccettature, l'art. 5, comma 1, lett. a) del d.d.l. A.S. n. 1339 appare di tutt'altro che certa lettura: soprattutto la formula "*in caso di malattia*", sopra ricordata, si presta ad un significato ambivalente: probabilmente, essa sembra piuttosto esprimere l'idea recondita che la designazione possa esser fatta solo quando la malattia che comporta l'incapacità è già è stata diagnosticata, altrimenti si sarebbe forse adoperata la diversa espressione di "*per il caso di malattia*".

Per altro verso, però, la stessa collocazione della formula a seguire l'*incipit* dell'articolo: «Ciascun convivente può designare l'altro quale suo rappresentante...*in caso di malattia*» e il suo essere affiancata, sullo stesso piano, all'altra ipotesi "*in caso di morte*" (contemplata al comma 1, lett. b)), che rappresenta sicuramente un evento futuro e non attuale rispetto al momento della dichiarazione, potrebbero supportare la diversa interpretazione che riconosce al convivente la facoltà di designare l'altro come proprio fiduciario *anche* in un tempo antecedente all'insorgere del processo patologico (*rectius*: alla conoscenza informata di tale processo) che lo porterà a perdere la lucidità mentale.

Resta comunque il fatto che tale ambiguità non può che costituire un'occasione di riflessione per lo stesso legislatore. Quando infatti si dovrà porre mano alla disciplina compiuta del testamento biologico occorrerà mettere in

G. TAMBURRINO, *Testamento (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XLIV, 1992, p. 471 e ss.). In questo senso, il diritto prende atto di un fenomeno complesso, qual'è quello dell'«essere dell'esserci stato, cioè di un *eidolon*»: la volontà anticipata dell'incapace oggi, manifestata quand'egli era capace ieri, ed eseguita sempre oggi rappresenta, in effetti, proprio un "essere dell'esserci stato", un'*immagine da interpretare*. Trattasi di un fenomeno complesso rispetto al quale, in campi peraltro assai diversi da quello del testamento biologico, non è mancata una riflessione suggestiva: si v. P.G. MONATERI, *Deep Inside the Brumble Brush: complessità e riaffermazione delle scienze umane*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Fall 2006, pp. 4-5 (la precedente citazione virgolettata leggasi a p. 4).

⁽⁷¹⁾ Che recita: «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». Si osservi anche che la disciplina fissata dall'art. 4, comma 1 della legge 1° aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti* (in *G.U.*, 15 aprile 1999, n. 87) in materia di donazione di organi, prevede che «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione».

chiaro se saranno considerate giuridicamente lecite *anche* le manifestazioni di autonomia privata con le quali il rappresentante sanitario viene indicato da un soggetto che gode di piena salute.

4. *I limiti del concorso del “fiduciario” per la salute nelle decisioni sanitarie, con particolare riguardo a quelle di “fine-vita”.*

Un'apposita riflessione merita senz'altro l'individuazione del perimetro di liceità del concorso del convivente alle decisioni in materia di salute che egli potrà prendere in rappresentanza dell'altro, caduto in stato di incapacità di agire, rispetto al quale il provvedimento governativo sui “DICO” richiama il rispetto dei «limiti previsti dalle disposizioni vigenti» (art. 5, comma 1, lett. a)).

Non solo, quindi, la norma non fa parola di una *facoltà* di dettare *anche* disposizioni, volontà o desideri in merito ai trattamenti sanitari ai quali il soggetto potrà essere sottoposto in istato di incapacità, *oltre* alla pura e semplice designazione del proprio rappresentante, ma introduce anche il preciso rinvio al “limite” delle disposizioni “vigenti”, in tal modo dichiarando, a chiare lettere, che essa *non* ha, né vuole avere, alcuna *vis* innovativa o derogatoria, rispetto al quadro legislativo attuale sul punto dell'ampiezza delle facoltà decisionali riguardo alla salute sia del paziente che del proprio rappresentante.

È abbastanza evidente che attorno a questo importante “nodo” ruota, sul piano del testamento biologico, e più in particolare delle dichiarazioni/direttive di istruzioni, tutta la grande problematica dei confini della liceità delle dichiarazioni che il “testatore” può fare rispetto ai limiti inderogabili posti dall'ordinamento giuridico, la quale a sua volta si ricollega alla regola generalissima secondo cui gli atti di autonomia privata non possono violare norme imperative, pena la loro radicale nullità (arg. ex art. 1418 cod. civ.).

Come si può agevolmente intuire, tale problematica acquista particolare pregnanza ed assoluta delicatezza quando vengono in gioco trattamenti sanitari *salva-vita* o di *supporto vitale*, la cui accettazione o rifiuto può avere come conseguenza quella di far sì che lo stato patologico di cui è affetto il paziente lo porti al decesso: si tratta, cioè, di quelle decisioni comunemente chiamate “di fine-vita”.

Esula dai confini del presente lavoro un maggior approfondimento su questi delicatissimi profili, e tuttavia occorre almeno rilevare che su questo punto, il nostro legislatore è chiamato ad intervenire (ed è stato anche sollecitato a farlo, recentemente ⁽⁷²⁾), nel momento in cui si accingerà a disciplinare in modo compiuto sia il consenso/dissenso informato ed attuale ai trattamenti medici ⁽⁷³⁾

⁽⁷²⁾ Cfr. Corte Suprema di Cassazione, *Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2007*, G. NICASTRO, *Relazione sull'attività giudiziaria nell'anno 2006*, Roma, 26 gennaio 2007, p. 14; Corte costituzionale, *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale*, F. BILE, Roma, 8 febbraio 2007.

⁽⁷³⁾ In questo senso, si v. la recente proposta di legge A.S. n. 1222, *Disciplina del rifiuto di trattamento sanitario in attuazione dell'articolo 32 della Costituzione*, presentata il 19 di-

dei pazienti capaci, sia quello anticipato che si esprime mediante il testamento biologico.

Attualmente, infatti, il panorama che si presenta in Italia appare ancora incerto, indubbiamente anche per l'eccezionale caratura del problema, destinato, come è stato osservato ⁽⁷⁴⁾, a mettere in tensione tutta una serie di elementi "forti" del sistema: dalla dignità umana, alla libertà di autodeterminazione del paziente rispetto alle cure; dal diritto alla vita, all'accanimento terapeutico e alla posizione di garanzia del medico.

Non si può, infatti, non osservare come il fulcro della questione ruoti tutto attorno alla libertà di autodeterminazione del paziente capace nell'accettare o rifiutare le cure, la quale trova, come si è già sottolineato, un solido riconoscimento non solo nelle (precitate) Convenzione d'Oviedo ⁽⁷⁵⁾ e Carta dei diritti di Nizza ⁽⁷⁶⁾, ma anche nella (summenzionata) formula di cui all'articolo 32 della nostra Costituzione repubblicana, nella quale il principio fondamentale della *voluntas aegroti suprema lex esto* è immediatamente ricavabile dalla lettura *a contrariis* del divieto di sottoposizione di chicchessia ad un determinato trattamento sanitario che non sia obbligatorio per legge, e fatti salvi in ogni caso i limiti imposti dal rispetto dell'umana persona.

Non solo: il principio cardine del *consenso informato*, in difetto del quale, salvi i casi di assoluta urgenza ed imminente pericolo di vita in cui sia materialmente impossibile acquisirlo ⁽⁷⁷⁾, o contro il quale, salvi i casi di trattamento coattivo *ex lege*, il trattamento medico *non* può essere praticato, è ribadito sia da alcune disposizioni generali in materia di salute (come l'art. 33 della l. n.

cembre 2006, dal sen. Villone (Ulivo), la quale all'art. 1 prevede che: «1. Ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione, tutti hanno diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario che non sia reso dalla legge obbligatorio per motivi di salute pubblica o di sicurezza. Il rifiuto è vincolante per qualunque operatore sanitario, nelle strutture sia pubbliche sia private. 2. Il rifiuto si esercita mediante una dichiarazione resa in forma scritta o anche verbalmente. In tale ultimo caso la dichiarazione può essere raccolta direttamente dal medico, o da testimoni. 3. Il diritto di cui al comma 1 comprende anche il rifiuto di ogni trattamento volto a tenere in vita malati terminali, per i quali il decesso possa seguire come diretta conseguenza della sospensione del trattamento medesimo».

⁽⁷⁴⁾ Cfr. P. CENDON (con la collaborazione di F. BILOTTA), *I diritti di chi sta per morire*, in *Persona e danno* a cura di P. CENDON (con la collaborazione di E. PASQUINELLI), vol. III, *Le persona deboli, i minori, i danni in famiglia*, Milano, Giuffrè, 2004, vol. III, *passim*.

⁽⁷⁵⁾ È interessante osservare che, per la Convenzione d'Oviedo, a mente dell'art. 2, *Primato dell'essere umano*, «L'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società e della scienza».

Come si vede, la Convenzione prende decisamente posizione, nel conflitto intersubiettivo fra individuo-persona umana e collettività-società-Stato, a favore del primo.

⁽⁷⁶⁾ Sulla dimensione dell'Europa dei diritti caratterizzata dalla multiculturalità, si v. l'interessante riflessione di A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale: pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁽⁷⁷⁾ Sullo stato di necessità è esplicita la Convenzione di Oviedo, all'art. 8: «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».

833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale) e di trapianti e donazioni di organi, sia dal nuovo Codice di deontologia medica, all'articolo 35.

Quando si tratta, però, dello specifico caso di accettazione/rifiuto di un trattamento di sostegno vitale o salva-vita, vengono solitamente chiamate in causa tanto la normativa civilistica, e in particolare il divieto di atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una permanente diminuzione dell'integrità fisica (art. 5 cod. civ.) ⁽⁷⁸⁾, quanto quella penalistica, nell'ambito della quale si ritrovano da una parte, le fattispecie incriminatrici dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio (artt. 579 e 580 cod. pen.) e, dall'altra parte, le disposizioni generali relative allo stato di necessità e all'adempimento del dovere (artt. 54 e 40 cod. pen.). Norme, queste ultime, che vengono invocate per supportare ⁽⁷⁹⁾ la tesi di chi reputa non solo lecito, ma anche doveroso, il comportamento del medico di intervenire anche contro la volontà del paziente, al fine precipuo ed esclusivo di salvarne comunque la vita, considerando quest'ultima – e proprio sulla base di codeste previsioni legislative – un bene non solo tutelato dall'ordinamento, ma altresì da quest'ultimo ritenuto come *indisponibile* dal proprio titolare ⁽⁸⁰⁾.

Com'è stato attentamente ricostruito da una certa (non piccola) parte della dottrina ⁽⁸¹⁾, tuttavia, tanto le summenzionate norme codicistiche, quanto le richiamate disposizioni penalistiche *non* si collocano sullo stesso piano dell'art. 32 Cost.

Perciò, o si riesce a ricavare dall'art. 32 Cost., da solo o in combinato disposto con altra disposizione di rango costituzionale, e *non* legislativo, un'esplicita o implicita limitazione al principio generale della volontarietà dei trattamenti sanitari con riguardo al dissenso che mette a rischio la sopravvivenza ⁽⁸²⁾, o si dimostra che le norme di legge non si applicano al rifiuto di cure salva-vita o di sostegno vitale perché si tratta di fattispecie differenti (sotto il profilo soggettivo o oggettivo) da quelle alle quali tali norme si riferiscono, op-

⁽⁷⁸⁾ Cfr. R. ROMBOLI, *Commento all'articolo 5 del codice civile*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1988.

⁽⁷⁹⁾ Ma v. *contra* le chiare argomentazioni di A. SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *MicroMega*, 2007, 1, pp. 32 e ss. Sui rapporti fra "morire" e diritto penale, v. F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Politica del diritto*, 2006, 4, p. 553 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Per tutti, G. IADECOLA e A. FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto 'diritto di morire', criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1996, p. 310 e ss.; G. IADECOLA, *Il consenso del paziente all'attività medico-chirurgica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 570; F.P. RUGGIERO, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1996, p. 203.

⁽⁸¹⁾ Si v. per tutti il ragionamento, rigoroso e apprezzabile nella sua stringente logica, svolto da O. VANNINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione d'Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Diritto Pubblico*, 2003, 1, pp. 190 e ss., ove anche per ampi riferimenti bibliografici alla dottrina concorde.

⁽⁸²⁾ Restando beninteso escluso – come si è detto, ma giova tenerlo a mente – il procurare attivamente la morte mediante prescrizione medica, o somministrazione clinica di sostanze letali.

pure si deve considerare la sussistenza di una sorta contrasto fra norme di rango diverso, con conseguente prevalenza di quelle poste a livello costituzionale sulle altre ⁽⁸³⁾. E solo nella prima delle tre ipotesi si giustifica, sul piano civilistico, l'illiceità della manifestazione di volontà (attuale o anticipata) del paziente che rifiuta o chiede l'interruzione o la sospensione della terapia di sostegno delle sue funzioni vitali, e, sul piano penalistico, l'applicazione della fattispecie incriminatrice di agevolazione al suicidio o di omicidio del consenziente a carico del medico che abbia dato corso ad una tale volontà.

Orbene, pur senza mai (finora) colpire direttamente il Codice civile o quello penale, la Corte costituzionale appare (tuttora) sicura nel considerare la libertà di autodeterminazione della persona *rispetto al proprio corpo* e ai trattamenti sanitari di cui può essere oggetto come rientrante *non solo* nella sfera di protezione dell'art. 32 Cost., *ma anche* in quella, *ancor più "forte"* ed *"emblematica"*, della *"inviolabilità"* della libertà personale assicurata dall'art. 13 Cost. ⁽⁸⁴⁾.

Più in particolare, la Corte costituzionale, nell'escludere che una persona possa essere costretta a subire un intervento indesiderato, se manca una norma di legge che lo renda obbligatorio, ha definito la libertà personale (in ordine al governo del proprio corpo) come *vero e proprio* «diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e all'integrità fisica con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona» ⁽⁸⁵⁾.

In questa prospettiva, perciò, il combinato disposto dell'art. 32 Cost. dell'art. 13 Cost. esprimerebbe la *regola fondamentale d'intangibilità della sfera personale* che impone il rispetto, da parte dei medici, della scelta, informata e consapevole (attuale o anticipata) del paziente, riguardo alla terapia che gli può essere prospettata o somministrata, *qualunque essa sia*.

L'unico limite che si può porre, in codesto campo, sempre rigorosamente attenendosi a quanto *esplicitamente* prevede la Carta costituzionale, risulterebbe quindi soltanto quello dell'obbligatorietà dei trattamenti sanitari negli stretti termini del bilanciamento puntualmente compiuto dallo stesso art. 32 Cost.. Obbligatorietà, quest'ultima che richiede perciò, da una parte l'espressa previ-

⁽⁸³⁾ Probabilmente, attraverso lo strumento di una sentenza additiva della Corte costituzionale: si v. G.M. SALERNO, *Un rinvio della questione alla Consulta poteva essere la soluzione appropriata*, in *Guida al diritto*, 2007, 1, pp. 46-50.

⁽⁸⁴⁾ Sulla quale, nella vastissima bibliografia, si v. G. AMATO, *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Rapporti civili*, vol. del *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, cit., 1977, *passim*; A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXIV, 1974, *passim*.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA e P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2001, *passim*; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁽⁸⁵⁾ Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238, in *Foro italiano*, 1997, I, 58 e in *Rivista italiana di medicina legale*, 1996, p. 1197, con nota di BARNI.

sione di legge, e dall'altra impone allo stesso legislatore di non oltrepassare mai i limiti imposti del rispetto della "persona umana".

Anche a fronte dell'obbligatorietà del trattamento sanitario e, quindi, della prevalenza dell'interesse sociale sulla libertà individuale, la persona umana, con la sua *identità* (e *dignità*) vuoi attuale, vuoi proiettata nel futuro attraverso la pianificazione anticipata delle cure, rimarrebbe pur sempre al "centro" del sistema. Questa formula solenne pone, infatti, al legislatore «un limite incalicabile. Quando si giunge al nucleo duro dell'essenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all'"indecidibile". Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmemente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime può prendere il posto dell'interessato» ⁽⁸⁶⁾.

Si potrebbe obiettare, tuttavia, che il riconoscimento, sotto l'usbergo dell'art. 13 e dell'art. 32 Cost., della libertà di autodeterminazione sul proprio corpo sul piano dell'accettazione o della rinuncia ai trattamenti sanitari ⁽⁸⁷⁾ non può arrivare fino al punto di ammettere la sussistenza di un diritto a rifiutare quelle cure che assicurano la sopravvivenza, persino di fronte a malattie inguaribili o a stati clinici privi di speranza di recupero delle minime condizioni di coscienza o caratterizzati dalla terminalità, perché questo colliderebbe con la *tutela del diritto alla vita* (ma, a ben vedere, *rectius*: con la sua *indisponibilità*) (riconosciuto a livello europeo, dall'art. 2 della Carta di Nizza e dall'art. 2 CEDU ⁽⁸⁸⁾), e coll'adempimento dei doveri di solidarietà sociale contemplati nella stessa Costituzione italiana, all'articolo 2 ⁽⁸⁹⁾.

A una siffatta obiezione, però, si può replicare che solo a prezzo di una non piccola forzatura logico-argomentativa il *diritto* alla vita può trasformarsi nel *dovere* di vivere *ad ogni costo*: l'indisponibilità del diritto alla vita, se riguarda senz'altro la *titolarità* di tale diritto, così impedendo quindi che il soggetto possa "alienarlo" ad altri, non è affatto detto che riguardi anche le *modalità di esercizio* del medesimo, ché altrimenti ciò significherebbe, alle estreme conseguenze, riconoscere alla società un potere formidabile di condizionamento

⁽⁸⁶⁾ Così S. RODOTÀ, *Civiltà del testamento biologico*, in *la Repubblica*, 24 gennaio 2007, p. 1.

⁽⁸⁷⁾ Anche in questo, lo si ricorda ancora una volta, a prescindere dalle riflessioni che possono esser svolte sul diverso piano della richiesta (e ottenimento) di sostanze che provocano la morte per interrompere le atroci sofferenze dei malati terminali.

⁽⁸⁸⁾ Sulla dimensione "multi-livello" dei diritti fondamentali, quale caratteristica dell'attuale fase evolutiva dello Stato nazione, aperto a fenomeni di integrazione verso l'alto (i livelli sopranazionali e internazionali) e di differenziazione articolata verso il basso (il livello regionale), si v. le interessanti riflessioni di E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti tra enunciazioni normative e garanzie giurisdizionali* in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, a cura di P. BILANCIA ed E. DE MARCO, Milano, Giuffrè, 2004, p. 127 e ss.

⁽⁸⁹⁾ Alla tesi aderisce G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, Cisu, 1995, p. 38 e ss.; sulla stessa lunghezza d'onda, P. PERLINGERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1045; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 125 e ss..

delle scelte del singolo ⁽⁹⁰⁾. E lo stesso dicasi per il diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32, primo comma Cost. ⁽⁹¹⁾: se si ammette che esso si possa trasformare in un dovere di restare (o ritornare) in buona salute, si finisce infatti per riconoscere una spiccata prevalenza alla dimensione "organicistica" dei rapporti fra individuo e società (come in effetti avveniva in passato ⁽⁹²⁾), che appare molto distante dallo stesso bilanciamento fra libertà di cura e obbligatorietà dei trattamenti, per come esso è compiuto dallo stesso art. 32 Cost., al secondo comma ⁽⁹³⁾.

Non solo, infatti, la legge che impone un intervento terapeutico, diagnostico o profilattico, può e deve farlo *solo nei limiti* in cui ciò è direttamente funzionale alla salvaguardia della salute degli *altri* membri del consorzio civile, ma lo stesso soffermarsi del dettato costituzionale sulla "*determinatezza*" del trattamento ⁽⁹⁴⁾ fa fortemente dubitare della costituzionalità di un'ipotetica previsione di legge che, in via generale, renda obbligatori "*tutti*" indistintamente i trattamenti di sostegno vitale o salva-vita, sia pure sotto specie di escludere espressamente dalla disciplina del consenso/dissenso informato codeste terapie.

Ma v'è di più: pur non potendo qui svolgere fino in fondo il ragionamento per ragioni di economia, si ritiene che tanto sul piano del consenso/dissenso attuale ed informato, quanto su quello (che maggiormente qui interessa) della pianificazione anticipata delle cure, attraverso il testamento biologico, la decisione del paziente di accettare o rifiutare determinate terapie, proprio perché riguarda la propria salute, attiene al *tipo di vita che la persona interessata vuole o non vuole vivere*. Essa, quindi, non solo non può essere confusa con quelle situazioni nelle quali il soggetto vuole suicidarsi (e richiede l'assistenza a farlo, o

⁽⁹⁰⁾ In ciò si riflette, come detto, la stessa particolare caratura dell'istituto del testamento biologico, che si proietta, proprio in ragione della sua *inattualità* rispetto alle decisioni sanitarie, in una dimensione *di tipo esistenziale*, nella quale i valori tutelati e valorizzati *oltre* alla libertà di autodeterminazione e della dignità umana, sono *anche* quelli della *identità* della persona (che si esprime nella possibilità di "*tracciare*" un proprio *progetto di vita*, anche riguardo ai futuri trattamenti medici e al rapporto con i supporti artificiali che possono venire praticati a fronte della sofferenza e della malattia). In questi termini, si finisce per investire il "nodo" – anch'esso di rango squisitamente costituzionale – dello stesso rapporto fra autorità e libertà per un verso, e fra principio personalistico e principio organicistico per l'altro, com'è stato lucidamente messo in evidenza da G. LOMBARDI, *Il caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 3, p. 695.

⁽⁹¹⁾ Sul diritto alla salute, si v. B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1, 1994, pp. 55 e ss.

⁽⁹²⁾ Cass., 18 novembre 1954, in *Foro Italiano*, 1955, II, 151 e ss., secondo cui l'indisponibilità della vita «costituisce la ragione essenziale per la esistenza e lo sviluppo di ogni popolo nella società, dove l'uomo rappresenta una fonte di ricchezza e di forza come elemento riproduttore della specie, come lavoratore, come soldato».

⁽⁹³⁾ Si v. le riflessioni, che si condividono, di A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, p. 3216; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 4, p. 760 e ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, p. 311 e ss.

⁽⁹⁴⁾ Lo si ricorda per memoria: "Nessuno può essere obbligato ad un *determinato* trattamento sanitario se non per disposizione di legge" (art. 32 Cost., enfasi corsiva non presente nel testo dell'articolo).

esprime il consenso a che un altro lo uccida (⁹⁵)), ma rientra in quella *proiezione* dell'*identità* (e dignità) personale che si esprime attraverso l'esercizio del proprio diritto alla vita, scegliendo, consapevolmente e autonomamente, come si vuole vivere con specifico riguardo alla condizione di malattia, di sofferenza, di dipendenza da presidi medico-chirurgici, invasivi della sfera del corpo, anche per il mantenimento artificiale delle funzioni basilari.

Certo, ciò non toglie che, in presenza di un quadro clinico irrimediabilmente compromesso, la scelta di rinunciare ad una terapia di sostegno vitale o di non intraprenderla (ad esempio, evitando il ricovero) abbia come propria conseguenza possibile (e magari quasi certa) una più o meno rapida morte, ma anche in queste drammatiche situazioni, dal punto di vista soggettivo, l'*animus* del paziente che compie una tale drammatica rinuncia appare pur sempre diverso da quello di colui che, invece, "vuole morire" e invoca un supposto "diritto" a poterlo fare mediante il coinvolgimento di terzi, siano essi medici o altri soggetti.

Come, infatti, spesso dimostrano le stesse testimonianze personali di chi si è trovato in una tale terribile condizione (ed ha deciso di renderle pubbliche, al fine di svolgere una battaglia politica e civile (⁹⁶)), la richiesta di sospendere

(⁹⁵) Situazioni alle quali si potranno, quindi, applicare le relative fattispecie incriminatrici previste dal Codice penale.

(⁹⁶) Come Pier Giorgio Welby. Nato a Roma il 16 dicembre 1945, è stato afflitto da un gravissimo e incurabile stato morboso degenerativo, clinicamente diagnosticatogli all'età di diciotto anni quale "distrofia scapolo-omeroale", che gli ha imposto di trascorrere buona parte della vita (essendo morto all'età di sessantun'anni) vedendo progressivamente regredire le sue funzioni motorie, come ha scritto lui stesso nelle pagine di una suggestiva e profonda autobiografia: P. WELBY, *Lasciatemi morire*, Milano, Rizzoli, 2006. Il 14 luglio 1997, sopravvenuta un'improvvisa crisi respiratoria dovuta al decorso della sua distrofia, Piero Welby veniva ricoverato, in stato di incoscienza, nell'ospedale del Santo Spirito di Roma, dopo una corsa in autoambulanza chiamata dalla moglie Mina, che non se l'era sentita, in quel frangente, di onorare la preghiera rivoltale qualche tempo prima dal marito di non chiamare mai i soccorsi. Rianimato nel nosocomio capitolino in una condizione nella quale il periodo di tempo trascorso in stato di anossia non aveva compromesso il recupero della coscienza, Piero Welby veniva definitivamente sottoposto a respirazione assistita e a nutrizione artificiale, e dunque costantemente legato alle macchine che ne permettevano una sopravvivenza altrimenti non più assicurata dalla funzionalità "naturale" del proprio organismo, in condizioni di sofferenza psicologica acutissima, per via della lucida consapevolezza del proprio stato, e del pieno possesso delle proprie capacità cognitive e volitive.

A fronte del rifiuto, opposto dalla struttura ospedaliera e dal medico dai quali era professionalmente assistito alla richiesta di non essere ulteriormente sottoposto a tali trattamenti di sostegno vitale, dopo essere stato perfettamente informato del proprio stato clinico, delle prospettive di guarigione (peraltro, assenti), delle finalità dei trattamenti praticati e di quelli possibili, Piero Welby intraprendeva un'azione legale avanti al Tribunale ordinario di Roma per ottenere un'ordinanza, ex artt. 699-ter e 700 cod. proc. civ., per mezzo della quale si imponesse ai terapeuti che lo avevano in cura di procedere all'immediato distacco del ventilatore artificiale, sotto sedazione terminale.

Il culmine del rilievo sociale e politico della battaglia portata avanti da Piero Welby per il riconoscimento effettivo dei diritti dei malati terminali si è, forse, avuto nel momento in cui il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ha risposto alla lettera inviata dallo stesso Welby il 22 settembre 2006, augurando una «non frettolosa riflessione» e un «confronto sensibile e approfondito», sulle «situazioni e i temi, di particolare complessità sul piano etico», sol-

le cure o di non intraprenderle non è per forza di cose animata dal rifiuto o dal disprezzo della vita in generale, e dalla richiesta di “(buona) morte”, quanto piuttosto da quello (solo apparentemente analogo, in realtà profondamente differente) di voler esercitare il proprio diritto alla vita in un certo modo, di non volere (più) continuare a vivere in un certo modo, e *in particolare di una vita totalmente dipendente, per la sua prosecuzione, da presidi artificiali*, senza più speranza di guarigione o di recupero di un’esistenza autonoma⁽⁹⁷⁾.

D’altra parte, non si può trascurare il fatto che la stessa decisione presa dal malato di rifiutare a qualunque costo le cure riguarda pur sempre una terapia medico-chirurgica e non, come avverrebbe invece con la richiesta di “eutanasia attiva” o di suicidio assistito, la somministrazione diretta (o la prescrizione medica) di una sostanza *ex se* letale, che “terapia” certamente *non* è.

Da tutto ciò si può evincere come nella fattispecie di cui si tratta si è di fronte ad una *scelta esistenziale della persona interessata* che riguarda il *tipo di vita che vuole vivere* (e non già il *tipo di morte di cui vuole morire*) e, in parti-

levati da Welby, ed osservando che «il solo atteggiamento ingiustificabile sarebbe il silenzio, la sospensione o l’elusione di ogni possibile chiarimento». Il momento più delicato della vicenda legale seguita al ricorso si è, invece, avuto quando il Tribunale capitolino ha ritenuto inammissibile la richiesta avanzata da Welby (sulla quale, sia pure parzialmente, si era pronunciato favorevolmente anche il Pubblico Ministero, intervenuto nel processo ai sensi dell’art. 70 cod. proc. civ.).

Pochi giorni dopo, pendente il reclamo al Tribunale in composizione collegiale presentato dalla stessa Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, e mentre il Consiglio Superiore di Sanità, sollecitato dal Ministro della Salute, emetteva parere nel quale escludeva che il caso specifico di Piergiorgio Welby configurasse un accanimento terapeutico (peraltro a lungo soffermandosi sulla difficoltà di una definizione di tale concetto, e richiamando l’opportunità di un intervento di un «organismo che comprenda competenze tecnico-professionali, etiche, deontologiche e giuridiche»: cfr. Consiglio superiore di Sanità, Ass. generale, XLVI sessione, *parere* reso nella seduta del 20 dicembre 2006), un medico di Cremona, il dott. Umberto Riccio, praticava, direttamente al domicilio di Welby (davanti alla moglie, agli amici, a Marco Pannella e a Marco Cappato, presidente dell’“Associazione Luca Coscioni”), l’interruzione della respirazione assistita sotto sedazione terminale, dopo essersi accertato che questa era l’effettiva volontà del paziente. Piergiorgio Welby moriva, così, la sera del 20 dicembre 2006.

Il 1° febbraio 2007, la Commissione di disciplina dell’Ordine dei medici di Cremona deliberava, all’unanimità, l’archiviazione del procedimento disciplinare a carico del dott. Riccio, non rilevando nel suo comportamento alcun illecito disciplinare, nè alcuna violazione della deontologia professionale.

⁽⁹⁷⁾ Limpidissimi e umanamente toccanti in questo senso i sentimenti espressi da Pier Giorgio Welby nella *Lettera al Presidente della Repubblica* del 22 settembre 2006: «Io amo la vita, Presidente. Vita è la donna che ti ama, il vento tra i capelli, il sole sul viso, la passeggiata notturna con un amico. Vita è anche la donna che ti lascia, una giornata di pioggia, l’amico che ti delude. Io non sono né un malinconico né un maniaco depresso – morire mi fa orrore, purtroppo ciò che mi è rimasto non è più vita – è solo un testardo e insensato accanimento nel mantenere attive delle funzioni biologiche. Il mio corpo non è più mio...[...] [C]he cosa c’è di naturale in un buco nella pancia e in una pompa che ti riempie di grassi e proteine? Che cosa c’è di naturale in uno squarcio nella trachea e in una pompa che soffia l’aria nei polmoni? Che cosa c’è di naturale in un corpo tenuto biologicamente in funzione con l’ausilio di respiratori artificiali, alimentazione artificiale, idratazione artificiale, svuotamento intestinale artificiale, morte-artificiosamente-rimandata?».

colare la sua dipendenza da (potenti) presidi biomedici *artificiali* ⁽⁹⁸⁾ (in condizioni cliniche disperate).

Che, poi, in effetti, dall'onorare una tale scelta nei casi considerati "di fine-vita" consegna il decesso (e quindi, sotto il profilo oggettivo, lo stesso evento che si determina quando colui che vuole morire mette in pratica il suo proponimento od ottiene la collaborazione di altri), dipende solo dal fatto che si tratta di veri e propri "casi-limite", nei quali, una volta che le terapie vengono inter-

⁽⁹⁸⁾ Mentre, invero, all'inizio, e poi per un lunghissimo tempo, la tecnica ha dotato l'uomo di un insieme di strumenti per sfruttare le risorse naturali e per trasformare il mondo circostante (ed è proprio la capacità di costruire "macchine" frutto di applicazioni "tecniche" quella che contraddistingue, insieme a tante altre, l'uomo dagli animali superiori, testimonianza evidente della grande complessità e delle vaste potenzialità della sua intelligenza e del suo ingegno: secondo ANASSAGORA, riportato da ARISTOTELE, *De Part. Animal*, 687, (a) 7, infatti, l'uomo "è intelligente in quanto ha le mani", ovverosia è dotato della capacità di trasformare il mondo, mediante strumenti ed utensili di fabbricazione tecnica), l'attuale progresso tecnico-scientifico sta sempre più estendendo la sua capacità di intervento e di manipolazione anche *sull'uomo stesso* e sulle *strutture fondamentali* della sua esistenza. Lo stesso apparato tecnico-scientifico è in grado oggi di incidere fin all'interno di quella dimensione più *intima ed essenziale* della persona che è costituita non solo dalla sua *identità genetica*, ma anche *dalla vita e dalla morte*.

In questo senso, è suggestivo richiamare alla memoria il racconto biblico di *Genesi*, 3, 22 (quando l'uomo e la donna, mangiando il frutto dell'*albero della conoscenza*, divengono in grado di distinguere il bene dal male e sono scacciati dall'*Eden*, il Signore Iddio pone gli angeli con la spada fiammeggiante a sbarrare la strada che porta, nel giardino, all'*albero della vita*), perché consente di cogliere come la riflessione e l'elaborazione sapienziale abbia già, tanto tempo fa, intuito la *tensione verso il superamento del limite della propria finitezza di vivente*, che s'innesca dalla stessa *consapevolezza razionale di tale finitezza, che è propria dell'uomo fra tutte le creature*. Che, poi, guadagnata la conoscenza del bene e del male avendo mangiato del frutto dell'albero, e quindi, acquistato il libero arbitrio nell'uso delle proprie facoltà, all'uomo sia radicalmente precluso dall'interdetto divino di raggiungere anche la radice della vita, appare ancor più suggestivo, solo che si consideri come proprio la scienza e la tecnica contemporanee si stiano rivolgendo allo studio dei meccanismi più intimi che presiedono alla generazione e trasmissione della vita stessa (basterebbe pensare al "*Progetto Genoma*" e si v. al proposito la riflessione filosofica di J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, Torino, Einaudi, 2002), e stiano cercando tecniche efficaci per prolungarla, allontanando sempre di più il momento della morte.

Vi è, dunque, una differenza significativa fra un apparato tecnico costituito da varie e diverse macchine che si presentano tutte però come "*utensili*" per ampliare le potenzialità "fattive" dell'essere umano rispetto al mondo esterno (consentendogli di viaggiare o di trasmettere il proprio pensiero più velocemente; permettendogli di coltivare in modo più intensivo appezzamenti di terreno più estesi con minor fatica, e dunque di poter trarre, con minor dispendio di braccia e di lavoro, gli elementi necessari per la sua sopravvivenza; mettendogli a disposizione beni materiali sempre più sofisticati, in maggior numero e a minor costo; e così via...) e uno composto *anche* d'apparati tecnologici sofisticatissimi che si presentano invece come "*simbionti*", nella misura in cui appaiono in grado di incidere in maniera assai profonda sui processi patologici e su quelli di fine-vita, per esempio attraverso la rianimazione di corpi "naturalmente" ormai prossimi al passaggio alla morte, o mediante il mantenimento in vita, per tempi anche assai lunghi, di persone in stati clinici nei quali esse, prive di un adeguato supporto artificiale di sostegno spirerebbero: oggi, molte funzioni fisiologiche basilari, indispensabili alla sopravvivenza, possono essere, in effetti, efficacemente *sostituite* da sofisticatissime "*bio-macchine*". Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Biofabbriche. Sul "futuro della natura umana"*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2004, 4, pp. 549-578.

rotte, il processo patologico in corso – dal quale peraltro dipende (non va dimenticato) la morte in ultima analisi – non è più contrastato da farmaci e macchinari, e quindi la vita che la persona sceglie di vivere, in assenza dell’aiuto della biomedicina, non è in grado autonomamente di sostenersi e svilupparsi⁽⁹⁹⁾.

Ciò non toglie, naturalmente, che altre persone possano invece prediligere un simile tipo di vita, sempre conformemente alla propria *identità* personale e alla propria visione della vita, delle condizioni del corpo, della sofferenza, della speranza (tanto nella vita terrena, quanto, secondo il loro credo religioso, nella vita oltremondana) e che, dunque, manifestino una volontà strenuamente contraria all’interruzione di tali terapie ed anzi assolutamente e decisamente favorevole al loro impiego ad oltranza.

La questione, qui, infatti è un’altra, e riguarda il lasciar o meno la possibilità alla *persona*, proprio in quanto è “*persona*”, e resta *persona* finché è legalmente in vita, qualunque sia la condizione clinica nella quale viene a trovarsi⁽¹⁰⁰⁾, di poter decidere il *tipo di vita che vuole continuare a vivere*⁽¹⁰¹⁾, quando questo implica l’interazione permanente con delle “*bio-macchine*” e, nel caso del testamento biologico, della perdita futura della capacità di agire⁽¹⁰²⁾.

In questo senso, anche qui purtroppo limitandosi (per ragioni di economia) più ad un fugace spunto di riflessione che ad un ragionamento partito (che richiederebbe troppo spazio), si può ritenere che la “*sintesi*” (se così la si vuole chiamare) fra il diritto fondamentale di autodeterminazione rispetto alle cure,

⁽⁹⁹⁾ Così espressamente G. LOMBARDI, *Il caso Terri Schiavo*, cit., p. 698: «Diritto alla vita non vuol dire diritto alla vita comunque, ad una vita artificiale; vuol dire diritto ad una vita che può svilupparsi».

⁽¹⁰⁰⁾ Ad esempio in stato vegetativo permanente, che riguardando la irreversibile compromissione delle funzioni corticali superiori, ma non di tutto l’encefalo, non soddisfa i requisiti della “morte encefalica”, ex art. 1 della l. 29 dicembre 1993, n. 578, *Norme per l’accertamento e la certificazione di morte*. È interessante osservare che la scelta di collegare la morte con la perdita di tutte le funzioni dell’encefalo ha cominciato ad essere seguita, legislativamente, a partire dal celebre studio dell’*Ad Hoc Committee* dell’Harvard Medical School, apparso sul *Journal of American Medical Association* del 1968, soppiantando la precedente definizione che era collegata alla cessazione delle funzioni cardio-circolatorie e della respirazione. E anche questo è un portato della tecnologia: poiché oggi macchine artificiali consentono la riattivazione della circolazione corporea, e il mantenimento della ventilazione, anche in condizioni nelle quali quest’ultima non sarebbe più spontaneamente possibile. Si può anche osservare come la nuova definizione sia, ovviamente, in linea non solo con i dati scientifici, ma con la filosofia che non individua più da tempo ormai la sede dello spirito vitale nel “cuore” (al di là dell’uso di senso comune che ancora perdura), ma nel “cervello”: a ben vedere, già R. DESCARTES col suo “*cogito ergo sum*” aveva infatti iniziato a individuare l’essere dell’uomo nel *pensiero*. Per un’analisi del criterio di morte cerebrale alla luce del principio di sacralità della vita si v. P. SINGER, *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in *Bioetica*, 2000, 1, p. 31 e ss.

⁽¹⁰¹⁾ «Soprattutto in situazioni estreme e drammatiche [...] nessuno può imporre la prigionia della sofferenza», così S. RODOTÀ, *Su Welby l’occasione mancata dei giudici*, in *la Repubblica*, 18 dicembre 2006, p. 1.

⁽¹⁰²⁾ Per lo stesso motivo, va sottolineato, con particolare forza, che la questione *non* è qui nemmeno quella (peraltro, fuori discussione) che la valutazione sul tipo di vita che si vuole continuare a vivere e sulla sua qualità sia rimessa a valutazioni che *prescindono completamente o vanno contro la volontà del soggetto che vive quella vita*.

riflesso della libertà personale in campo sanitario, e l'altrettanto fondamentale diritto alla vita ⁽¹⁰³⁾, nei casi in cui le scelte compite dal paziente riguardino terapie salvavita o di sostegno vitale, stia – ancora una volta – proprio nella particolare declinazione del principio *personalistico* che appare rinvenibile nell'art. 2 Cost.. E in modo particolare nella parte in cui tale articolo, riferendosi allo “svolgimento” della personalità dell'uomo, sia come singolo sia rispetto alla società, sembra imporre alla Repubblica (e quindi a tutto l'ordinamento giuridico) la tutela della *identità (e dignità) personale*, che si esprime anche attraverso *le scelte esistenziali di carattere medico-sanitario che riguardano la propria vita* (e non, come si è detto, la propria morte) ⁽¹⁰⁴⁾, e che nel caso del testamento biologico, si *proiettano* nel futuro anteriore ⁽¹⁰⁵⁾. D'altra parte, non va dimenticato che, come si è detto, il rispetto della “persona umana” è anche il limite invalicabile che la Costituzione pone all'obbligatorietà di qualunque trattamento sanitario *ex lege*, ai sensi dell'articolo 32, 2° comma.

Ed è proprio sulla base di quanto si è testè detto, che si possono ancora affrontare (sia pure solo al fine di offrire alcuni spunti di riflessione) due ulteriori passaggi: l'uno, che riguarda l'*accanimento terapeutico*; l'altro, che concerne la linea di faglia che distingue la rinuncia alle cure salva-vita o di sostegno vitale, da una parte e l'eutanasia (pietosa, volontaria e attiva), dall'altra.

Quanto al primo punto, giova ancora richiamare alla memoria il recente caso *Welby*. Decidendo sull'istanza presentatagli, infatti, il giudice ⁽¹⁰⁶⁾, pur partendo dall'affermazione che l'ordinamento italiano riconosce in effetti rilevanza *centrale* al principio dell'autodeterminazione in ordine ai trattamenti sanitari nella sua *massima espansione* «fino a comprendere il diritto di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico e di terapia, di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interrompere la terapia, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, in cui deve ritenersi riconosciuta all'individuo la libertà di scelta del come e del quando concludere il ciclo vitale, quando oramai lo spegnimento della vita è ineluttabile», ha poi constatato che tale diritto non è, a tutt'oggi, «concretamente tutelato dall'ordinamento». Il diritto del paziente ad “esigere” ed a “pretendere” che sia cessata una determi-

⁽¹⁰³⁾ Un'analisi attenta e puntuale, ricca di riferimenti alla bioetica, del valore della “vita” così come si ritrova nella Costituzione, e in particolare nell'art. 32 Cost. e nei rapporti fra eutanasia, rifiuto delle cure e principi costituzionali, è quella di I. NICOTRA GUERRERA, “Vita” e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, Giuffrè, 1997, *passim*, ma spec. p. 140 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Si v., per la loro profondità e per l'attenzione rivolta all'evoluzione del rapporto fra corpo e artificio, fra potenza della tecnica e sua accettabilità etica, sociale e giuridica, le riflessioni svolte a proposito del “consenso” come “regola della vita”, anche quando esso si esprime nella sua proiezione futura, come avviene con le direttive anticipare, i desideri precedentemente espressi, i testamenti biologici o di vita, da S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, pp. 247-266.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul problema dell'identità e del testamento biologico si v. M. GALLETTI, *Identità personale e testamento biologico: il caso della malattia di Alzheimer*, in *Bioetica*, 2004, 3, p. 400 e ss. e M. FORD, *The Personhood Paradox and the 'Right to Die'*, in *13 Medical Law Review*, p. 80 e ss. (2005).

⁽¹⁰⁶⁾ Tribunale Ordinario di Roma, ord. 15.12.2006 (dep. 16.12.2006), *Piergiorgio Welby c. Antea Associazione Onlus* (enfasi corsive non presenti nel testo).

nata attività di mantenimento in vita, in quanto reputata di *mero accanimento terapeutico*, lascia [infatti] il posto alla interpretazione soggettiva ed alla discrezionalità nella definizione di concetti», quale quello di *accanimento terapeutico*, che «sono indeterminati e appartengono ad un campo non regolato dal diritto», e perciò rimesso alla «totale discrezionalità di qualsiasi medico, al quale la richiesta venga fatta, alla sua coscienza individuale, alle sue interpretazioni soggettive dei fatti e delle situazioni, alle proprie concezioni etiche, religiose e professionali».

È interessante osservare che nei termini prospettati dal Tribunale civile di Roma, l'accanimento terapeutico, attorno al quale, invero, pare ruotare la stessa struttura logico-argomentativa della complessa ordinanza, sembra quasi assumere il ruolo di “contro-limite”. Secondo il giudice, infatti, se, alla luce dei principi costituzionali e delle norme di diritto convenzionale e legislativo vigenti, l'ordinamento giuridico sembra riconoscere un'ampia *vis expansiva* alla autodeterminazione del paziente in ordine alle scelte sanitarie, quando queste scelte riguardano lo specifico dell'interruzione di terapie di sostegno vitale in condizioni di terminalità, lo stesso diritto porrebbe un “limite” alla libertà di cura nell'indisponibilità della vita, che il giudicante ritiene di rinvenire nelle disposizioni di cui agli artt. 5 cod. civ. e soprattutto agli artt. 575, 576, 577, 1° comma, 579 e 580 cod. pen. Tale limite, però, sempre secondo il magistrato, potrebbe esser contrastato e superato in presenza di una situazione definibile di *accanimento terapeutico*, giacché essa deve essere considerata *sempre e comunque* illecita (sia sotto il profilo giuridico, che bioetico), e dunque *sempre e comunque* vietata.

Così ragionando, però, il problema dei confini dell'autodeterminazione del paziente rispetto alle cure, e in particolare a quelle salva-vita, viene solo spostato su un piano diverso, ma non di per sé risolto.

Resta, infatti, sempre aperta la questione se, nell'individuazione di una situazione di accanimento terapeutico la “*persona*”⁽¹⁰⁷⁾ del malato abbia, o meno, voce in capitolo. Detta in altri termini: se l'accanimento terapeutico è una condizione puramente “oggettiva”, individuata sulla base di parametri biologici, che prescinde totalmente dalla percezione che il malato ha della propria condizione e della propria aspettativa di vita, allora il rifiuto di una terapia di sostegno vitale, attuale ed informato, così come anticipato attraverso un *living will*, potrà essere rispettato ed attuato dai medici se, e solo se, si sarà concretizzato il quadro clinico astrattamente ipotizzato. La volontà del paziente, vuoi presente, vuoi precedentemente espressa, non avrà perciò particolare influenza sulle scelte dei medici.

Per contro, se, all'interno della valutazione della sussistenza di una condizione di accanimento terapeutico viene fatta rientrare *anche* la percezione soggettiva del malato della propria situazione, allora si apre la possibilità a che la volontà di costui, e nell'eventualità dell'incapacità, la pianificazione anticipata

⁽¹⁰⁷⁾ Sui “diritti della personalità”, si v. da ultimo l'ampia trattazione di G. ALPA e E. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. SACCO, 1, *Le Persone e la Famiglia*, Milano, Utet-Kluwer, 2006.

dallo stesso compiuta in precedenza e fatta valere *in casu* dal fiduciario, faccia ingresso nel dialogo terapeutico coi medici, e rispetto alle decisioni che debbono esser prese, in un frangente tanto delicato e drammatico qual è quello in cui si è di fronte all'applicazione o alla non applicazione di terapie "salva-vita".

Da questo punto di vista, il nuovissimo Codice di deontologia medica sembra dare indicazioni prudenti ed equilibrate, e quindi meritevoli di attenzione e interesse.

Il Codice, infatti, non solo *riconosce espressamente*, all'articolo 38, le direttive anticipate, stabilendo che il medico, «se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, *deve tener conto* nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato [...] in modo certo e documentato», ma, con riguardo all'assistenza al malato a prognosi infausta e in stato di compromissione della coscienza, impone, all'articolo 39, di proseguire nella terapia di sostegno vitale evitando però «ogni forma di accanimento terapeutico». Accanimento terapeutico che il Codice definisce – ed è questo il punto di maggior rilievo ai fini del ragionamento che qui si conduce – come *ostinazione* in trattamenti diagnostico-terapeutici da cui non si «possa fondatamente attendere *un beneficio per la salute* del malato e/o *un miglioramento della qualità della vita*», *anche «tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse»* (articolo 16) ⁽¹⁰⁸⁾.

Non meno interessante e meritevole di attenzione appare l'ultimissima decisione della Corte d'appello di Milano nel caso *Englaro* ⁽¹⁰⁹⁾. I giudici, infatti, hanno riconosciuto la sussistenza del diritto (non solo del capace, ma an-

⁽¹⁰⁸⁾ Codice di deontologia medica, 2006 (enfasi corsive aggiunte).

⁽¹⁰⁹⁾ Eluana Englaro, nata il 25 novembre 1970 a Lecco, è stata trovata priva di coscienza e con il cranio orribilmente lesionato a Pescate, appena fuori Lecco, nell'abitacolo della sua autovettura fracassatasi contro un muro dopo aver compiuto un testa-coda su una strada ghiacciata. Trasportata di corsa all'ospedale Manzoni (sempre di Lecco) in stato di coma, la ragazza è stata prima strappata ad una morte altrimenti certa, grazie alle pratiche di rianimazione del primario del reparto di anestesia e rianimazione, Riccardo Massei (v. per i dettagli, A. RAVELLI, *Il medico di Eluana: "E' viva. Sbagliato staccare la spina"*, in *Corriere della sera*, 2 aprile 2005, p. 31) e poi "stabilizzata" nelle funzioni vitali basilari nella condizione di stato vegetativo, senza alcuna forma di recupero o di miglioramento per quindici ininterrotti anni, fino ad oggi: cfr. C.A. DEFANTI, *Terri Schiavo, Eluana Englaro e l'impasse della bioetica italiana*, cit., pp. 15-16.

In qualità di tutore giudiziale della ragazza, dichiarata interdetta, il padre Beppino Englaro chiedeva al primario del reparto e al direttore sanitario della Casa di cura che aveva preso in carico la figlia di interrompere l'alimentazione artificiale e le altre cure che consentivano la prosecuzione della vita della paziente soltanto sul piano fisico. Avendo il primario risposto di non poter aderire alla richiesta, il padre-tutore rivolgeva allora istanza al Tribunale di Lecco, il 18 gennaio 1999, chiedendo, previa eventuale acquisizione del parere del giudice tutelare, di essere autorizzato a dar disposizioni per conto della tutelata, affinché fossero interrotte le cure che consentivano la sua permanenza in stato vegetativo permanente. In particolare, il padre sottolineava che la figlia, in occasione di una visita, avvenuta poco tempo prima dell'incidente, ad un amico che si trovava in condizioni analoghe, aveva con forza detto che, essendo la morte parte della vita, non era giusto averne paura fino al punto di mettere in atto delle ostinate rianimazioni utili solo a mantenere "vite finte".

Sul caso si sono pronunziati, fino ad oggi, per tre volte il Tribunale di Lecco (con decr. 1° marzo 1999, n. 59/99; 15 luglio 2002, n. 868/2002; 20 dicembre 2005, n. 1094/05), per tre volte la Corte d'Appello di Milano (con decr. 31 dicembre 1999, n. 99/99; 17 ottobre 2003, n. 321/02; 16 dicembre 2006) e per una volta la Corte Suprema di Cassazione (sent. n. 8291/05),

fatti, hanno riconosciuto la sussistenza del diritto (non solo del capace, ma anche e soprattutto per quel che qui interessa) dell'*incapace*, di cui però sia certa la volontà, a «rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita» ⁽¹¹⁰⁾. Il paziente può, perciò, manifestare anticipatamente le proprie volontà per il tempo in cui sarà diventato incapace e, qualora ciò avvenga attraverso strumenti – come il testamento biologico – che assicurano la prova documentale privilegiata, e nel caso in cui tali volontà siano considerate applicabili alla specifica situazione patologica o clinica che si è verificata, lo stesso paziente (caduto in istato d'incapacità) potrà vedere attuata tale volontà anche quando da ciò consegue la sospensione di presidi sanitari che assicurano la sopravvivenza. Non meno rilevante, per la ricostruzione del sistema complessivo, è il principio, affermato sempre dagli stessi giudici, in base al quale, se la volontà anticipata del paziente, da accertarsi attraverso un criterio di prova rigoroso, *manca o non è applicabile al caso verificatosi*, la tutela del diritto alla vita deve prevalere su ogni altra considerazione: si tratta del principio dell'*"in dubio pro vita"*.

Per quanto riguarda, invece, il secondo passaggio che si è anticipato di dover qui di sguito ancora affrontare, vale a dire quello relativo al rapporto fra testamento biologico, rifiuto di cure salva-vita o di sostegno vitale ed eutanasia attiva, giova osservare che il "cortocircuito" che sovente si verifica fra testamento biologico ed eutanasia non ha una vera e propria ragion d'essere.

Infatti, il testamento biologico, *di per sé*, in quanto strumento giuridico-sanitario ⁽¹¹¹⁾ per mezzo del quale il soggetto manifesta la propria volontà anticipata in merito ad uno stato patologico futuro nel quale si troverà a vivere privo di capacità di intendere e di volere, *non* ha «nessuna implicazione eutanassica necessaria» ⁽¹¹²⁾.

Tutto dipende, infatti, dai confini che sono posti, *ab externo*, dall'ordinamento giuridico al paziente capace di intendere e di volere, e di riflesso a quello privo di tale capacità che si esprime anticipatamente attraverso le direttive o dichiarazioni di trattamento. Se un determinato Stato riconosce l'eutanasia (vuoi nella forma della non punibilità, a determinate condizioni puntualmente e rigorosamente previste dalla legge, del reato di omicidio del con-

senza aver mai deciso nel senso di autorizzare il padre-tutore (o il tutore speciale, nominato dopo la pronunzia di Cassazione) a disporre l'interruzione del supporto di sostegno vitale applicato alla giovane donna, il cui terribile stato è giudicato, dalle attuali conoscenze medicoscientifiche, come irrecuperabile.

⁽¹¹⁰⁾ Corte d'Appello di Milano, decr. 15 novembre-16 dicembre 2006, *Englaro*, cit. Pur non potendo, in effetti, dare soddisfazione, nel caso di specie, alla richiesta del padre-tutore, e del tutore speciale, di autorizzazione all'interruzione dell'alimentazione artificiale, dal momento che, a giudizio del collegio, non sarebbe stata fornita in giudizio la prova che questa sarebbe stata l'*effettiva, certa volontà* della giovane donna lecchese se si fosse trovata a dover vivere (come poi infatti s'è trovata) in stato vegetativo permanente, i giudici hanno statuito in generale che la perdita della capacità di agire non comporta affatto una deprivatione del diritto di autodeterminazione in materia sanitaria.

⁽¹¹¹⁾ Così definito da P. CENDON (con la collaborazione di R. BAILO, F. BILOTTA e P. CECCHI), *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 316.

⁽¹¹²⁾ Così si è puntualmente espresso il Comitato nazionale per la bioetica, nel documento *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit. (enfasi corsiva aggiunta).

senziante o di aiuto al suicidio, come avviene in Olanda ⁽¹¹³⁾, in Belgio ⁽¹¹⁴⁾ e nello Stato americano dell'Oregon ⁽¹¹⁵⁾, vuoi nella forma della depenalizzazione del suicidio assistito per motivi non egoistici, come avviene nella Confederazione elvetica ⁽¹¹⁶⁾), allora lo stesso Paese potrà eventualmente (ma non per forza di cose) riconoscere anche la facoltà per il paziente di indicare le proprie volontà eutanasiche anticipate (come di fatti accade tanto in Olanda, quanto in Belgio). Se, al contrario, l'ordinamento giuridico prevede il divieto (penalmente sanzionato) di eutanasia *attiva* (come avviene in *tutti gli altri* Paesi), allora dovranno di conseguenza ritenersi *tout-court* nulle tutte le eventuali dichiarazioni anticipate di trattamento che abbiano un contenuto eutanastico.

⁽¹¹³⁾ Cfr. Legge 1° aprile 2002, *Procedure di controllo dell'interruzione della vita su richiesta e dell'aiuto al suicidio e modifica del Codice penale e della Legge sulla sepoltura e sulla cremazione* ("Legge sull'interruzione della vita su richiesta e sul suicidio assistito (procedure di controllo)"). La disciplina legalizza l'interruzione della vita su richiesta e il suicidio assistito ad opera del medico di fiducia, purché praticati nel rispetto di determinate, rigorose, procedure e precisi criteri di adeguatezza (sottoposti, in ciascun caso specifico, ad una procedura di controllo *ex post*, svolta da un apposito organismo a composizione mista, nel quale siedono anche giuristi), escludendo che in questi casi possa esser stata commessa una condotta rilevante ai sensi della legge penale (resta, fermo tuttavia, che la mancanza del rispetto delle prescrizioni legislative, o il compimento dell'atto eutanastico da parte di persona diversa dal medico curante, integra gli estremi di reato). L'articolo 2.2 consente che il medico possa basarsi, ove il paziente non sia più in grado di manifestare la propria volontà, su una dichiarazione scritta contenente richiesta di interruzione di vita. Il paziente deve aver manifestato una richiesta spontanea e ben ponderata; deve trovarsi in condizioni di insopportabili sofferenze e senza prospettive di miglioramento (non è richiesta, invece, la condizione di terminalità); occorre chiedere il parere indipendente di un altro medico: cfr. A. SPECIALE, *Come si muore all'estero*, in *MicroMega*, 2007, 1, p. 43.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. *Legge relativa all'eutanasia* del 28 maggio 2002. Il modello belga ricalca ad un dipresso quello olandese, con una maggiore attenzione ad introdurre ulteriori elementi atti a scongiurare abusi o scelte avventate: così, ad esempio, è richiesto l'intervallo minimo di un mese fra la richiesta scritta del paziente e il compimento dell'atto eutanastico. Anche in Belgio esiste la possibilità di lasciare una dichiarazione anticipata (art. 4) contenente la richiesta di eutanasia; nella commissione di controllo siedono oltre ai medici, giudici ed avvocati. Cfr. A. SPECIALE, *Come si muore all'estero*, cit., pp. 44-45.

⁽¹¹⁵⁾ *Oregon Death With Dignity Act (OWDA)*, Ore. Rev. Stat. §127.800 *et seq.* (2003). La disciplina sul suicidio assistito venne introdotta nello Stato americano nel 1994, a seguito dell'approvazione di un *referendum* popolare appositamente indetto sull'OWDA. Nel 1997, si svolse un secondo *referendum* volto ad abrogare tale legislazione, con esito negativo. Nel caso dell'Oregon è specificamente richiesto che il malato abbia ricevuto una diagnosi dal suo medico curante dalla quale risulti affetto da una malattia incurabile ed irreversibile, che porti alla morte entro sei mesi, in base di una ragionevole prognosi medica: cfr. *Alberto R. Gonzales, Attorney General et al. v. Oregon et. al.* 546 U.S. (2006) p. 4 slip. op. (J. KENNEDY, *opinion of the Court*).

⁽¹¹⁶⁾ La legge 28 marzo 1996 dà valore alle direttive anticipate del paziente, in un quadro giuridico che considera reato di istigazione o aiuto al suicidio soltanto la condotta animata da "motivi egoistici" – con ciò rendendo possibile, legalmente, le pratiche di eutanasia *pietosa*. La legge svizzera si applica anche agli stranieri, di modo che è possibile recarsi in terra elvetica al fine di poter ricorrere alla morte su richiesta.

A prescindere dal fatto che lo stesso termine eutanasia è oramai diventato fortemente ambiguo ⁽¹¹⁷⁾, e dall'originario significato (che gli fu attribuito da Sir Francis Bacon nel secolo XVII) di "buona morte", che faceva riferimento alle qualità del momento del trapasso, è passato ad indicare l'azione commessa da qualcuno (di solito un medico) per mezzo della quale, in ragione di motivi pietosi, si pone fine, di norma mediante somministrazione di una o più sostanze letali, all'esistenza in vita di un paziente incurabile ⁽¹¹⁸⁾, eventualmente allo stadio terminale, fra la rinuncia volontaria ad un trattamento di sostegno vitale o salva-vita da una parte (attuale o anticipata – in questo caso interviene gioco-forza la pianificazione delle cure), e il procurare la morte mediante un *cocktail* di litico, dall'altra ⁽¹¹⁹⁾ sussistono delle differenze, oltretutto sotto il profilo bioetico, anche biogiuridico. Lo dimostra la stessa esperienza giuridica di diversi Paesi occidentali, fra i quali gli stessi Stati Uniti ⁽¹²⁰⁾, in cui, affianco dell'*espresso e puntuale divieto* di eutanasia colle relative sanzioni penali ⁽¹²¹⁾, convive sia una disciplina che riconosce validità e efficacia alla rinuncia (attuale) del paziente (capace) al trattamento di supporto vitale, sia la previsione di *advance directives*, grazie alle quali è possibile manifestare la propria volontà a non essere sottoposto, per esempio in caso di caduta in stato vegetativo permanente, a trattamenti di respirazione o di nutrizione assistita o ad altre terapie di sostegno di funzioni biologiche primarie.

A livello sovranazionale europeo, peraltro, una famosa pronunzia della Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽¹²²⁾ ha riconosciuto non incompatibile con

⁽¹¹⁷⁾ Per una delle riflessioni fra le più ampie ed accurate, dal punto di vista del diritto costituzionale, ma anche giuridico in generale, del "caso dell'eutanasia", si v. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, cit., *passim*, ove anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. Nella riflessione filosofica, di interesse il volume di J.-Y. GOFF, *Pensare l'eutanasia*, Torino, Einaudi, 2006.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. M. DE HENNEZEL, *La dolce morte*, Milano, Sonzogno, 2004, p. 34.

⁽¹¹⁹⁾ Resta la zona d'ombra costituita dalla pratica della sedazione terminale, grazie alla quale si interviene inoculando al paziente dosi sempre più massicce di anestetico per alleviargli le sofferenze in condizioni terminali, pur sapendo che da tale pratica consegue un accorciamento del suo tempo residuo di vita. Non si è mancato, infatti, di far notare che, una volta che tanto il *mercy killing*, quanto il *letting die* vengono considerati comunque parti dello stesso fenomeno eutanasico (ma solo *a patto* di considerarli tali, beninteso...), la varie differenze che intercorrono fra i due sono più sfumate e meno dirimenti di quanto sembri e assai maggiore diviene invece il rischio che, nel condannare un comportamento eutanasico attivo con pene detentive molto forti, applicando le norme penali sull'omicidio del consenziente o l'aiuto al suicidio, e nel considerare, invece, lecita l'eutanasia passiva, si possa determinare una situazione di confusione e di incoerenza all'interno di un determinato sistema giuridico. La tesi è sostenuta con un'argomentazione attenta e curata, che invoca il rispetto del principio di non contraddizione, da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., pp. 251 e ss., che parla altresì di sistemi giuridici "permissivi", "impositivi" e a "tendenza" permissiva o impositiva.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997). Cfr. C. R. SUNSTEIN, *The Right to Die*, in 106 *The Yale Law Journal*, p. 1123-1163 (1997).

⁽¹²¹⁾ Fa eccezione, negli Stati Uniti, come detto, lo Stato dell'Oregon nel quale, invece, l'eutanasia è riconosciuta dalla legge.

⁽¹²²⁾ ECHR, sent. 29 aprile 2002, *Pretty v. United Kingdom*, su ric. n. 2346/02, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, 2, p. 407 e ss. Sullo stesso caso si era pronunziata la

il quadro della CEDU la previsione inglese che sanziona penalmente il suicidio assistito, così in certo senso rimarcando la linea di distinzione che, in quello stesso ordinamento, si dà fra la fattispecie dell'omicidio del consenziente o dell'aiuto al suicidio da una parte, e la rinuncia volontaria ad un trattamento di supporto artificiale di una funzione vitale, dall'altra. Volontà contraria alla cura, quest'ultima, di cui le stesse Corti inglesi, in un almeno due altrettanto celebri casi ⁽¹²³⁾ – l'uno relativo ad un malato capace di intendere e di volere; l'altro ad un paziente colpito da stato vegetativo persistente – hanno riconosciuto, senza incertezze, la liceità.

Lo spartiacque che divide l'eutanasia (volontaria, attiva: intesa come intervento diretto, compiuto su richiesta dell'interessato, che provoca autonomamente la morte) e rifiuto di terapie di sostegno artificiale delle funzioni vitali corre, altresì, come si è visto non solo sul piano oggettivo, ma anche su quello soggettivo. Infatti, non solo non può esser considerato "terapia" un atto finalizzato a provocare il decesso di un paziente ancora (legalmente) in vita, anche se in condizioni di terminalità, ma – come si è tentato di tentato di mettere in chiaro in precedenza – differente è l'*animus* stesso di colui che vuole la "(buona) morte" e, non potendo provvedere da sé, richiede l'aiuto di un terzo e segnatamente di un medico, da colui che, invece, sceglie, liberamente ed autonomamente, di vivere (anche magari pochissimo) senza essere costretto a convivere con "*bio-macchine*".

Lo stesso nuovissimo Codice di deontologia medica, peraltro, ribadisce, in modo assoluto, all'art. 17, il divieto di eutanasia, solennemente stabilendo che il medico, nemmeno su richiesta del malato, deve effettuare o favorire trattamenti che siano finalizzati a provocarne la morte.

House of Lords, 29 novembre 2001, *Regina (on application of Mrs Diane Pretty) v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, (2001) UKHL 61.

⁽¹²³⁾ Il primo è House of Lords, 14, 15 e 16 dicembre 1992-4 febbraio 1993, *Airedale NHS Trust v. Bland*, (1991) 1 All ER 821 HL, caso del giovane tifoso del Liverpool rimasto travolto negli scontri avvenuti il 18 aprile 1989 durante la partita semifinale Liverpool-Nottingham Forest sul terreno di gioco di Hillsborough, che portarono alla morte di 96 tifosi. Inizialmente sopravvissuto, ma colpito da terribili ed estese lesioni, il giovane diciottenne cadde in stato vegetativo permanente, senza alcuna ragionevole speranza di recuperare la coscienza. Il secondo è High Court of Justice of London, Family division, 22 marzo 2002, *Miss. B. v. NHS Hospital Trust*, (2002) EWHC 429 (Fam.), caso di una donna affetta da tetraplegia e costretta a vivere in un polmone d'acciaio. A fronte di un quadro clinico che non lasciava pressoché speranze di guarigione, la paziente richiedeva ai medici l'interruzione della ventilazione artificiale. Poiché il personale di cura dell'ospedale rifiutava di dare esecuzione alla volontà manifestata, revocando in dubbio la capacità di intendere e di volere della paziente, e invocando il dovere deontologico di tutela della vita, costei si rivolgeva alle Corti. Il magistrato E. BUTLER LOSS, dopo aver personalmente accertato la capacità di intendere e di volere della donna e l'autenticità e ponderatezza del consenso, ha ribadito, nella sua *opinion*, il diritto del paziente a rifiutare una cura medica non voluta, ancorché di supporto vitale, ed ha altresì condannato il nosocomio al pagamento di una somma di cento sterline (simbolica) per aver compiuto una compressione illecita della sfera di libertà della persona rispetto al proprio corpo. *Miss B.* ha potuto, così, veder esaudita la sua richiesta di interruzione del trattamento, spirando in modo dignitoso. Per un'ottima analisi, molto lucida e attenta, si v. P. BORSELLINO, *Decisioni di fine vita a confronto: i casi di "Miss B." e di Diane Pretty*, in *Bioetica*, 2004, 2, pp. 200-210.

Se questo sembra essere, dunque, l'attuale, variegato, panorama che caratterizza, in tutti i suoi chiaro-scuri, l'ordinamento italiano, si può pronosticare che alla disciplina del testamento biologico spetterà di affrontare tutti questi complessi e delicati aspetti – qui invero (più che altro) tratteggiati – che l'attuale proposta legislativa sui “DICO” lascia del tutto in disparte, limitandosi, come detto, ad un rinvio generico e generale alle «disposizioni vigenti» ⁽¹²⁴⁾.

5. *La forma della dichiarazione.*

Una trattazione a sé merita, infine, il problema della “forma” della dichiarazione per mezzo della quale viene effettuata la designazione del “convivente” come rappresentante per la salute, vuoi perché ad essa lo stesso proponendo legislatore dedica un comma a sé stante dell'articolo 5 (il secondo) diverso da quello in cui fissa il riconoscimento della facoltà di nomina del fiduciario (il primo), vuoi perché su questo aspetto lo stesso disegno di legge compie una scelta alquanto precisa e definita, e in grado, perciò, di fungere da vera e propria anticipazione della disciplina futura del testamento biologico.

Viene, infatti, stabilito – come già ricordato – che la designazione deve esser contenuta in un atto *scritto e autografo* e che, in caso di impossibilità a redigerlo, occorre formare un “*processo verbale*” alla presenza di tre testimoni, che lo sottoscrivono.

Appare, dunque, abbastanza evidente che il Governo ha ritenuto di dover introdurre, in *subiecta materia*, l'istituto della forma scritta *ad substantiam* e non semplicemente *ad probationem*, così escludendo, sulla falsariga di quanto avviene già ora per il testamento di cui all'art. 587 cod. civ., la forma nuncupativa (art. 602 cod. civ.) ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Così come, probabilmente, è nell'ambito della stessa futura proponenda legislazione sulle dichiarazioni anticipate di trattamento che occorrerà, altresì, decidere in quale misura intervenire per quanto riguarda l'individuazione delle pratiche considerate trattamenti medico-sanitari (e, quindi, sull'oggetto della pianificazione anticipata delle cure), soprattutto con riferimento alla distinzione fra atti di “cura” intesa nel senso di pratica clinica, da una parte e atti di “cura” intesa, invece, nel senso dell'etimo anglosassone “*care*”, ovvero ordinaria assistenza, dall'altra. Come è noto, infatti, vi sono state, abbastanza recentemente, prese di posizione (peraltro, si badi bene, a maggioranza) del Comitato nazionale per la bioetica (nel documento *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, del 30 settembre 2005) che hanno ritenuto che la nutrizione ed idratazione artificiale non sia, di norma, una terapia medica, bensì un ordinario mezzo di sostentamento di base, simile all'“acqua” e al “cibo” forniti a bambini o anziani che non sono in grado di procurarseli da sé, per cui, con riguardo alle dichiarazioni anticipate di trattamento, il Comitato se ha confermato la liceità di una previsione in esse contenuta volta a manifestare il rifiuto di nutrizione e idratazione artificiali in caso di caduta in stato vegetativo permanente, ha altresì sottolineato che tale richiesta può essere accolta dal medico solo se l'alimentazione artificiale costituisce un mezzo straordinario e sproporzionato di cura del paziente, stante il suo quadro clinico e non quand'essa ha valore di ordinaria assistenza di base.

⁽¹²⁵⁾ Sulla forma dei testamenti si v., per tutti, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1983, p. 441 e ss.

La designazione dovrà perciò essere scritta per intero di mano del dichiarante, con esclusione di qualsiasi mezzo di scrittura di tipo meccanico o informatico ⁽¹²⁶⁾. Inoltre – pur nel silenzio della disciplina – si può ritenere che essa dovrà altresì avere data certa e esser sottoscritta in calce di pugno del dichiarante, analogamente a quanto è prescritto per il testamento olografo ⁽¹²⁷⁾ dal Codice civile ⁽¹²⁸⁾.

L'impossibilità a redigere il documento ⁽¹²⁹⁾ non priva tuttavia il convivente della facoltà di designare l'altro quale proprio fiduciario per la salute, ma impone ("solo") di ricorrere alla formazione di un "processo verbale" alla presenza di almeno tre testimoni.

Su questa seconda formalità, si può osservare che il numero dei testimoni richiesti è superiore a quello previsto dall'art. 603 cod. civ. per il testamento

⁽¹²⁶⁾ Sembrerebbe, quindi, esclusa la validità della mera sottoscrizione di un modulo o formulario (magari predisposto dalla struttura sanitaria all'atto del ricovero, oppure reso disponibile, anche in via telematica, da associazioni o organizzazioni "no-profit" di settore) nel quale sia prestampata la dichiarazione di volontà di designare il proprio "convivente" (anche così genericamente determinato) quale rappresentante per la salute. In questo senso, milita anche il secondo inciso del comma 2 dell'art. 5 del d.d.l. A.S. n. 1339 nella parte in cui parla di impossibilità di *redigere* l'atto e non già semplicemente di *sottoscriverlo*.

⁽¹²⁷⁾ Se così fosse, è ancora da osservare che il silenzio della disposizione *de qua* in punto firma in calce escluderebbe la sanzione della nullità della dichiarazione priva di tale elemento, come invece avviene per il testamento previsto dal Codice civile, ai sensi dell'articolo 606 (cfr. Cass. civ., sent. 28 ottobre 2003, n. 16186). In effetti, il d.d.l. A.S. n. 1339 non fa punto menzione del regime dei vizi della dichiarazione *de qua*, e delle loro conseguenze quanto a sua nullità o annullabilità. Se si ritiene di poter applicare, per analogia, ciò che è stabilito dall'art. 606 cod. civ. in materia di negozio *mortis causa* (oppure, riferendosi alla disciplina generale del negozio *inter vivos*, dal combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 cod. civ.), si dovrebbe ritenere nulla per mancanza della forma prescritta dalla legge la dichiarazione non autografa o non scritta, e semplicemente annullabile (*ex art. 1441 cod. civ.*) quella che presenta invece altri difetti di forma.

⁽¹²⁸⁾ Invero, tale requisito, sia pure scontato, non è del tutto esplicitato nel dettato dell'art. 5, comma 2 del d.d.l. A.S. n. 1339. Infatti, la dizione «scritto ed autografo» sta a significare che la dichiarazione non può essere effettuata oralmente (deve, cioè, essere «scritta»), né con mezzi meccanici o informatici (lo scritto deve, cioè, esser di mano del dichiarante). Poiché nell'autografia è già implicita la scrittura del documento, l'espressione in questione dovrebbe essere considerata un'endiadi. Il requisito della sottoscrizione può, quindi, essere ricavato o per analogia rispetto alla disciplina dei testamenti, o interpretando il riferimento all'"autografia" in senso estensivo, in modo tale da comprendere non solo la scrittura di pugno, ma anche la sottoscrizione (anche se le due parti – scrittura e sottoscrizione – non sono la stessa cosa, la prima manifestando una volontà, e la seconda esprimendo la riferibilità di tale volontà ad una persona determinata e assicurando l'inequivocabile paternità e responsabilità della medesima). A meno che il proponendo legislatore non abbia ritenuto invece che, poiché l'istituto in questione si applica solo fra persone determinate (i due "conviventi"), sia sufficiente l'autografia e l'individuazione della persona del "convivente" per accertare la paternità della dichiarazione.

In questo senso, si deve rilevare la maggior precisione dell'art. 602 cod. civ.: «Il testamento deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore».

⁽¹²⁹⁾ Si ritiene che debba trattarsi di impossibilità (dovuta o a deficienze di natura fisica, o ad analfabetismo) e non di semplice difficoltà a scrivere in modo chiaro e leggibile: la giurisprudenza, infatti, per quanto riguarda i requisiti formali del testamento olografo riconosce validità anche ad una scheda testamentaria di ardua lettura, purché sia almeno decifrabile, affinché possa essere accertata la volontà del testatore: cfr. Cass. civ., sent. 28 ottobre 1994, n. 8899.

pubblico (salvo il caso di testamento del muto, sordo o sordomuto che non sappia leggere, per il quale devono intervenire quattro testimoni), e ciò ben si spiega e si giustifica sol che si osservi che la dichiarazione *de qua* rientra nell'ambito delle decisioni che riguardano la salute e non le sostanze del soggetto.

Nulla, invece, è detto espressamente circa l'esclusione di *alcune categorie* di persone dal novero dei possibili testimoni. La questione si pone con particolare delicatezza rispetto alla possibilità che l'altro convivente – ovvero colui che è designato come rappresentante per la salute – possa fungere da teste.

Nel silenzio del disegno di legge, l'interprete può nondimeno far riferimento a quanto dispone in generale l'art. 50 della legge notarile ⁽¹³⁰⁾, ai sensi del quale i testimoni debbono possedere il requisito della maggiore età, della cittadinanza italiana ⁽¹³¹⁾, della capacità di agire; mentre non possono esser presi come testimoni coloro che sono *interessati nell'atto*, i ciechi, i sordi, i muti, il coniuge, i parenti e gli affini in linea retta di qualunque grado ed in linea collaterale fino al terzo grado incluso ⁽¹³²⁾, sia del notaio che delle parti, e coloro che non sanno o non possono sottoscrivere ⁽¹³³⁾.

Il convivente non può assumere la veste di testimone sia in via generale, perché interessato all'atto di designazione di sé medesimo come fiduciario per la salute, sia in alcuni particolari casi di convivenza permessi dai "DICO", in quanto risulterebbe legato da vincoli di parentela o di affinità vietati dalla legge notarile: le preclusioni ad esser testimone per ragioni di parentela o affinità di cui all'art. 50 sono, infatti, più ampie delle esclusioni dalla convivenza di cui all'art. 1, comma 1 del d.d.l. A.S. n. 1339.

Meritevole di considerazione è, altresì, il punto specifico dell'art. 5 comma 2 del d.d.l. A.S. n. 1339 nel quale, sempre con riferimento sempre a questa seconda formalità, si prescrive che, nel caso in cui il dichiarante sia impossibilitato a redigere la dichiarazione, venga redatto un "processo verbale".

Occorre, infatti, interrogarsi su quale sia la forma giuridica di tale atto e sul soggetto abilitato a formarlo, posto che i testimoni, chiaramente, partecipano alla stesura del documento solo nella fase della sottoscrizione e non anche in quella della sua redazione.

L'espressione solenne "processo verbale", in luogo della semplice "scrittura privata" o altra equivalente, fa intendere che il proponente legislatore abbia voluto conferire al documento in questione la veste dell'atto pubblico, ai sensi dell'art. 2699 cod. civ., sicché fra coloro che risultano abilitati a raccogliere la dichiarazione del convivente di designazione dell'altro come proprio fiduciario rientra sicuramente il *notaio* del luogo ove l'atto è formato. Si osservi, tuttavia,

⁽¹³⁰⁾ Legge 16 febbraio 1913, n. 89, *Ordinamento del notariato e degli archivi notarili*, in G.U., 7 marzo 1913, n. 55 e s.m.i.

⁽¹³¹⁾ Possono essere testimoni anche gli stranieri residenti nel territorio della Repubblica che abbiano compiuto i diciotto anni di età (dunque, anche i c.d. "*badanti*", che non siano cittadini italiani, potrebbero fungere da testimoni).

⁽¹³²⁾ Cfr. art. 28 l. n. 89/1913.

⁽¹³³⁾ D'altronde, si osservi che l'art. 5, comma 2 del d.d.l. prevede espressamente che i tre testimoni debbano sottoscrivere il processo verbale.

che se il dichiarante ha la possibilità di scrivere e sottoscrivere la propria dichiarazione, la forma solenne dell'atto pubblico notarile non è necessaria, essendo sufficiente la semplice scrittura, anche se – ovviamente – nulla vieta che pure in questo caso, il dichiarante stimi preferibile od opportuno rivolgersi comunque ad un notaio.

Non è inutile domandarsi se, oltre al notaio, anche *altri soggetti* possano redigere il processo verbale in questione, particolarmente se si considera l'anfibologia insita nella previsione di cui all'art. 5, comma 1, sulla quale ci si è già soffermati, in punto a direttiva anticipata di delega espressa in piena salute, o in istato di malattia ed eventualmente già di ricovero presso una struttura di assistenza o cura.

Infatti, se è ragionevole ipotizzare che il notaio possa essere soprattutto chiamato a raccogliere la volontà del convivente quando questa sia espressa fuori dalla condizione di paziente, e se è altrettanto ragionevole ritenere che la presenza di un medico nella stesura delle direttive anticipate sia necessaria, o anche solo opportuna (in astratto, e salvo lo specifico assetto di disciplina che ciascun ordinamento può raggiungere) soprattutto quando si tratti di dichiarazioni di *trattamento*, piuttosto che di *delega*, giacché essa contribuisce ad aiutare il dichiarante a compiere le proprie scelte in modo più preciso e definito, fornendogli le informazioni necessarie, l'individuazione nel *solo* notaio del pubblico ufficiale abilitato a formare il processo verbale col quale viene designato il rappresentante per la salute esclude che il dichiarante (che già versa in una situazione di difficoltà, essendo impossibilitato a scrivere) possa, se lo desidera, servirsi del personale *medico-sanitario*. Personale curante col quale può più agevolmente e immediatamente venire in contatto proprio nel delicato momento in cui la prospettiva dell'incapacità per malattia non è remota, ma ravvicinata (e, magari, si trova già ricoverato nel nosocomio).

Non solo: anche tenendo conto che la pianificazione anticipata delle cure inerisce, sempre e comunque, all'alleanza terapeutica che intercorre fra medico e malato, non si può non tenere presente anche la possibilità che le dichiarazioni anticipate di trattamento (di delega o di istruzioni) vengano raccolte (in piena salute o in malattia) anche dal medico curante, nella cartella clinica del proprio assistito. A questo interrogativo, il progetto di legge in esame non offre una risposta sicura, giacché così come non fa menzione del personale dipendente dalla struttura di assistenza e ricovero, neppure parla del medico di famiglia quale soggetto che possa raccogliere la dichiarazione dell'assistito.

Resta, perciò, alquanto aperta la questione se un medico possa attestare il compimento della dichiarazione di designazione del convivente come rappresentante per la salute, e se a sua volta tale dichiarazione possa esser raccolta nella cartella clinica, considerando quest'ultima come un atto pubblico, e quindi conforme a quanto prevede l'art. 5, comma 2 del d.d.l. A.S. n. 1339 in punto "processo verbale". Da questo punto di vista, merita richiamare un certo orientamento giurisprudenziale (formatosi soprattutto in materia di falsità in atti) che tende a considerare la cartella clinica come "atto pubblico" dotato di fede privilegiata, quando essa è redatta dal medico di un ospedale pubblico ed è altresì

caratterizzata dalla produttività di effetti incidenti su situazioni giuridiche soggettive di rilevanza pubblicistica, nonché dalla documentazione di attività compiute dal pubblico ufficiale che ne assume la paternità ⁽¹³⁴⁾.

Questo non è tuttavia l'unico aspetto che non solo la legislazione sui "DICO" (in sede di esame parlamentare), ma anche e soprattutto, quella sul testamento biologico dovranno affrontare in punto (per così dire) "scheda testamentaria" del testamento biologico. Infatti, la peculiare caratteristica di questo "testamento" di operare in condizioni d'incapacità del dichiarante, da una parte, caratterizzate dalla necessità di decidere sulla salute di quest'ultimo, dall'altra parte, e magari da condizioni di urgenza nelle quali occorre poter rapidissimamente rintracciare non soltanto il fiduciario per la salute, ma anche individuare gli eventuali desideri anticipati dell'assistito, dall'altra parte ancora, richiede una riflessione alquanto attenta oltre che su altri aspetti legati alla "forma" del documento, anche sulle modalità della sua conservazione.

Perciò se la scelta operata dal proponendo legislatore all'art. 5, comma 2, appare condivisibile, perché la forma scritta *ad substantiam* garantisce massima ponderazione in merito a scelte di tale rilevanza (non solo, ovviamente, ove si debba procedere alla designazione del rappresentante, ma anche, e a maggior ragione, ove si pianifichino le istruzioni di cura), e offre più sicura prova delle volontà manifestate, non è meno vero che occorre rappresentarsi anche la possibilità – soprattutto per quanto riguarda le direttive di istruzioni, forse meno per quanto concerne quelle di delega – che il dichiarante si trovi a doverle modificare, o financo revocare in tutto o in parte, in condizioni estremamente critiche, quando cioè si trova nell'imminenza di perdere la lucidità mentale (si pensi al ricovero in pronto soccorso o al trasporto in autoambulanza a seguito di un trauma) e non può, perciò, né provvedere a materialmente distruggere il documento, né a manifestare per iscritto la propria volontà revocatoria.

Da questo punto di vista, non è un caso che, per esempio, la legislazione inglese disgiunga fra forma richiesta *ad substantiam* per la compilazione delle direttive anticipate di trattamento, che è scritta, e forma prevista invece per la loro revoca, ammettendo in questo secondo caso anche l'oralità ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. Cass., sez. V, sent. 8 novembre 2004, in *Ragiusan*, 2005, p. 28; Cass., sez. V, sent. 17 maggio 2005, in *Cassazione penale*, 2005, c. 3301, con nota di LEPERA; Cass., sez. V, sent. 17 febbraio 2004, in *Foro italiano*, 2005, II, c. 485; Cass., sez. V., sent. 11 luglio 2005, *Cesqui*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2005, f. 10, p. 61, con nota di AMATO; Cass., sez. V, sent. 23 marzo 2004, in *Repertorio del Foro italiano*, 2004, 2910, n. 22; Cass., sez. I, 17 dicembre 1992, in *Rivista penale*, 1993, 1260; Cass. pen., sez. un., sent. 27 marzo 1992, in *Foro italiano*, 1993, II, 386. La stessa cartella clinica è fatta rientrare nell'ambito delle certificazioni amministrative, ai fini dell'applicazione della disciplina sul diritto di accesso di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., da Tar Veneto, sez. III, sent. 7 marzo 2003, n. 1674, in *Giustizia amministrativa*, 2003, p. 447 con nota di CARPARELLI; analoga posizione è stata tenuta da Cass., sez. III, 12 maggio 2003, n. 7201, e anche (con esclusione del contenuto della cartella che riguarda manifestazioni di scienza o di opinione, valutazioni e diagnosi) da Cass., sez. III, 27 settembre 1999, n. 10695; Così Cass., sez. V, 26 novembre 1997, n. 1098.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. *Mental Capacity Act 2005 (MCA)*, cit., Part I, Sect. 25(5)(b) e Sect. 25(6), che richiedono la scrittura e sottoscrizione della *advance decision* che riguarda un *life-sustaining treatment* alla presenza di un testimone che la sottoscrive anch'esso, con riferimento a quanto

Per quanto riguarda, poi, le modalità di conservazione del documento nell'ambito di una possibile disciplina del testamento biologico, occorre prospettarsi le varie condizioni nelle quali può essere necessario accertare sia chi è il soggetto legittimato a concorrere coi medici alla decisione terapeutica, sia quali sono le volontà o i desideri anticipati del paziente. Occorre esser avvertiti infatti che, affianco di situazioni nei quali la perdita della lucidità avviene in modo graduale, o comunque nell'ambito di situazioni gestibili con un certo tempo a disposizione e una certa calma, si possono avere circostanze nelle quali il fattore temporale è esiziale.

È abbastanza evidente che entro questa prospettiva si apre tutta la riflessione sul *supporto materiale* del *living will* e sulla costituzione, tenuta ed accessibilità di banche dati che raccolgano le dichiarazioni anticipate.

Così, per fare una carrellata delle diverse opzioni, si va dall'esclusivo ricorso al documento cartaceo, all'impiego di un dispositivo elettronico; dalla memorizzazione sulla tessera sanitaria personale (all'interno di un apposito *micro-chip*), alla compilazione elettronica con trasmissione per via telematica presso un registro *appositamente dedicato*; dalla conservazione presso il medico di famiglia, a quella in archivi informatizzati dell'azienda sanitaria locale di competenza; dalla necessità che anche il fiduciario per la salute ed (eventualmente) il medico curante siano forniti di copia autenticata del documento, a quella che lascia libertà al paziente di scegliere le persone alle quali rendere nota l'esistenza del documento ed eventualmente indicare il luogo ove esso è custodito.

Ciascuno di questi strumenti, peraltro, presenta vantaggi e svantaggi, variamente combinati. Se il testamento biologico è tenuto dall'interessato, questi può in ogni momento revocarlo (ad esempio, distruggendolo) o modificarlo, ma, una volta divenuto incapace, può non esser più in grado di fornire indicazioni sul luogo ove è custodito (sempre che non informi qualcuno), e comunque la garanzia di affidabilità e di certezza documentale della volontà anticipata è più ridotta. Se è registrato soltanto sulla tessera sanitaria personale, si ha l'indubbio vantaggio di poterlo portare sempre con sé, e quindi di averlo a disposizione anche in condizioni impreviste di urgenza, ma è più difficile modificarlo o revocarlo (occorrerebbero, infatti, dei meccanismi per consentire al paziente di "memorizzare" facilmente sul *micro-chip* le proprie nuove volontà). Se è annotato (elettronicamente) nella cartella clinica del paziente presso il medico curante o l'azienda sanitaria competente per territorio, viene garantita una maggior capacità di circolazione delle informazioni, anche attraverso collegamenti telematici, che potrebbe esser assai utile laddove una struttura sanitaria di ricovero o di pronto soccorso abbia la necessità di interrogare dei *data-bases* al fine di conoscere, con grandissima rapidità, se il paziente ha confezionato un

dispone, invece, la precedente Sect. 24(4), la quale prevede che la revoca totale o parziale della *advance decision* possa non essere "necessariamente fatta per iscritto" (lo stesso dicasi per una modifica di tale decisione anticipata, purché non si tratti di modifica che incide direttamente su trattamenti di sostegno vitale, per la quale resta, sempre, richiesta la forma scritta alla presenza di testimoni).

living will e quali sono i suoi contenuti, o se ha nominato un fiduciario e nella persona di chi. Tuttavia, ciò comporta anche rischi maggiori per la protezione del dato elettronico “testamentario” da accessi non autorizzati, manipolazioni, trafugamenti. Infine: la custodia del testamento biologico presso il fiduciario presenta il vantaggio di metterlo nelle mani proprio di colui che dovrà darvi esecuzione, ma non è immune da problemi, come ad esempio garantire che lo stesso fiduciario non alteri il documento per qualsiasi ragione, o assicurare la sua pronta reperibilità dalla quale dipende la possibilità di venire in possesso del documento in condizioni di urgenza.

La creazione di un pubblico registro dei testamenti biologici appare in questo senso non priva di interesse ed anche opportuna, ma necessita comunque di affrontare e risolvere alcuni aspetti di cui si deve giocoforza tener conto: dall’accessibilità del registro in via telematica o informatica da parte delle strutture sanitarie e del medico curante, all’accessibilità da parte di terzi o del fiduciario; dalla necessità di garantire, in qualche modo, una procedura non eccessivamente onerosa per poter annullare o modificare il *living will* a cura dell’interessato, a quella di proteggere la banca dati da intrusioni non autorizzate e, trattandosi di dati personali in materia di salute ⁽¹³⁶⁾, e quindi sensibili, particolarmente pericolose per la dignità e l’integrità del soggetto.

Anche su questi aspetti, dunque, come sui molti altri che si è tentato sin qui di mettere in luce (sia pure senza alcuna pretesa di completezza) il disegno di legge sui “DICO” ora al vaglio del Parlamento apre solo la strada alla futura disciplina del testamento biologico, che sarà perciò chiamata ad intervenire più dettagliatamente.

Alle Camere spetta dunque, nei tempi a venire, un compito certamente non facile, eppure di grande importanza. Il futuro ci saprà dire come saranno state capaci di portarlo a termine.

⁽¹³⁶⁾ I dati contenuti nei testamenti biologici non possono essere sottratti alla disciplina prevista per la protezione dei dati personali di cui al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, giacché essi costituiscono dei veri e propri “dati sensibili”, ai sensi del c.d. “Codice privacy”.

Il testamento, infatti, può raccogliere veri e propri dati riguardanti lo stato di salute del paziente, sia quando costui lo redige in stato di malattia, sia quando lo forma dichiarando di essere geneticamente predisposto a soffrire di una determinata patologia al fine di ricollegare a questa le sue scelte sui trattamenti futuri, oppure – quando il *living will* viene redatto in buona salute – può inglobare dati ricollegabili al credo religioso e alle personali opinioni etico-morali, o filosofiche *et similia* dello stesso “testatore”: si pensi al testamento biologico di un testimone di Geova nel quale viene indicato il rifiuto, in previsione dell’incapacità, delle trasfusioni di sangue in ragione della propria fede...; oppure alle indicazioni “collaterali” ai trattamenti sanitari come indicazioni sull’assistenza religiosa, ricostruzione delle motivazioni personali che hanno spinto a confezionare il testamento, o per giustificarne le scelte terapeutiche ed esistenziali anticipate ivi contenute, e così via.