

LE DIRETTIVE ANTICIPATE SUI TRATTAMENTI SANITARI: PROFILI CIVILISTICI

Teresa Pasquino*

Abstract. Le *dichiarazioni anticipate di trattamento*, cui si fa riferimento nel documento del Comitato nazionale di bioetica del 18 dicembre 2003, vengono definite come un "documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato".

Il potere di autodeterminazione ed il principio di autonomia che governano la materia trovano la loro concreta attuazione nel potere di scelta del *mezzo* attraverso cui la persona può dare rilievo alla propria volontà in ordine al consenso o al dissenso ai trattamenti sanitari che potrebbero riguardarla. Si tratterebbe di dichiarazioni di volontà che esprimono un consenso ovvero un rifiuto, o, ancora, un consenso parziale e/o limitato che potrebbe coesistere con un rifiuto anch'esso parziale e/o limitato.

E' attraverso un atto con funzione precettiva che la persona potrebbe, infatti, assumere decisioni nel senso di acconsentire a o rifiutare trattamenti sanitari sul proprio corpo, a seconda che essi siano o no in linea e nel pieno rispetto del concetto di identità che di sé ha l'autore di esse o di uno dei diversi profili che pure la sua identità può assumere, in relazione al concetto di dignità che ha connotato la sua esistenza sociale ed individuale¹.

* Università degli studi di Trento.

¹ Senza poter qui fare riferimento a tutta la tematica e la letteratura in tema di diritto alla identità ed alla sua evoluzione, si rinvia alle considerazioni che possono leggersi in: AA.VV., a cura di G. ALPA, P. ZATTI, *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, supplemento al n. 4 de *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, in cui si segnalano i contributi di P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, p. 1 ss.; di S. RODOTÀ, *Quattro paradigmi per l'identità*, p. 21 ss.; di F. GIARDINA, *Qualche riflessione su identità e soggettività*, pp. 63 ss.

In assenza di una disciplina *ad hoc*, è necessario porsi la questione relativa alla individuazione della disciplina applicabile alle direttive anticipate siano esse concepite come mero atto giuridico in senso stretto ovvero quale atto a contenuto negoziale; soprattutto in quest'ultimo caso appare necessario affrontare e risolvere preliminarmente i profili di compatibilità dell'atto con norme imperative e principi inderogabili dell'ordinamento in ordine alla capacità di agire del dichiarante, al contenuto della dichiarazione ed alla possibilità di una sua revoca, infine alla forma che tali dichiarazioni devono assumere.

1.

Le *dichiarazioni anticipate di trattamento*, cui si fa riferimento nel documento del Comitato nazionale di bioetica del 18 dicembre 2003, vengono definite come un "*documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato*".

A fronte di tale definizione, nell'ottica del civilista l'attenzione si focalizza principalmente sulla necessità di individuare in quale tipo di dichiarazione tale volontà debba formalizzarsi ed a quale disciplina essa debba eventualmente sottoporsi.

Per poter adeguatamente affrontare il compito che ci si è prefissati, appare utile distinguere a seconda che si voglia esaminare la fattispecie delle direttive sui trattamenti sanitari allorquando vengano impartite *nel corso dello svolgimento del rapporto terapeutico*, ovvero quando esse vengano date *ex se*, quale atto di autonomia precettivo, assunto dall'autore non in un contesto in cui si debba avviare un trattamento o si è già sottoposti ad esso, bensì come espressione di una libera scelta della persona nell'esercizio del suo potere di autodeterminare la propria sfera esistenziale.

Nella prima rappresentazione data, la direttiva contenente decisioni in ordine ai trattamenti medici da affrontare o da proseguire o, ancora, da sostenere secondo modalità o protocolli diversi o più o meno invasivi, si colloca all'interno di quel procedimento, in cui, come si è visto, centrale è il ruolo del consenso, fortemente caratterizzato da un rapporto di necessaria collaborazione tra medico e paziente e dalla coesistenza, all'interno del medesimo procedimento, di un diverso ruolo del consenso, a seconda che sia rivolto al contratto di prestazione d'opera

ovvero ai trattamenti sanitari che occorre praticare e su cui, di volta in volta, acconsentire con esplicite dichiarazioni *ad hoc*².

Con riguardo a tale ipotesi, volendo individuare la natura giuridica di tali dichiarazioni così come contestualizzate in un rapporto medico – paziente in atto, tra le categorie tradizionali di *fatto*, *atto* e *negozio*, nella loro trattazione secolare portata avanti dalla dottrina,³ quella su cui sembra opportuno soffermarsi a riflettere è rappresentata dalla categoria dell'atto giuridico; concetto, questo, di tale ampiezza da ricomprendere in esso qualsiasi comportamento umano che assuma rilevanza per il diritto in quanto ad esso l'ordine giuridico ricollega una modificazione oggettiva ad uno stato di cose preesistente⁴.

² Per una distinzione tra consenso al contratto e consenso al trattamento medico, secondo la concezione accolta sia in dottrina che in giurisprudenza, v. S. TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in: *Rivista critica di diritto privato*, 2003, pp. 556 ss. Sulla inidoneità dello schema contrattuale a spiegare esaurientemente lo svolgimento del rapporto che vede contrapporsi il potere-dovere del medico di preservare la salute e la vita del malato e i diritti fondamentali di libertà e autodecisione del paziente si veda: A.M. PRINCIGALLI, *Decisione medica e rifiuto di cure*, in: *Rivista critica di diritto privato*, 2008, pp. 85 ss. Avverte della necessità che la realizzazione della tutela della salute fisica e psichica nel rispetto della dignità e della libertà della persona "presuppone una moderna lettura del rapporto medico paziente" M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in: *Contratto e impresa*, 2, 2009, pp. 255 ss.

³ Indicare una bibliografia completa sul tema sarebbe davvero impresa assai ardua. Per essa è più agevole rinviare all'opera di R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in: *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 1, Torino, 2005, la quale è corredata di ampie note bibliografiche, comprensive anche di riferimenti alla dottrina straniera, di cui è stata autrice P. CISIANO.

⁴ Scriveva alcuni decenni fa F. Santoro Passarelli: "La figura dell'atto giuridico è rimasta per lungo tempo nella penombra, sia perché la figura che essa sottintende come contrapposto, il negozio giuridico, ha attratto maggiormente l'attenzione e l'interesse della dottrina, sia perché si è generalmente creduto che la sua composizione eteronoma impedisse di intraprendere utilmente una trattazione unitaria; sicché non esiste, al giorno d'oggi, una dottrina generale dell'atto giuridico, che possa in qualche modo paragonarsi con quella del negozio". Testualmente nella voce 'Atto giuridico' in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, p. 205.

Con riferimento a tali affermazioni, si è rilevato, di recente: "Da allora, la teoria generale e unitaria dell'atto non è stata edificata. Il giurista medio si è

Per poter cogliere la natura giuridica delle direttive sui trattamenti sanitari della persona che sia già sottoposta a cure e terapie nel contesto di un rapporto medico-paziente in essere.

Non si può fare a meno di constatare come esse siano forme di manifestazione dell'autonomia privata che si esplica attraverso una dichiarazione di volontà; la loro funzione è quella di essere mero strumento di tutela della sfera privata dell'agente e della intangibilità della sua sfera esistenziale, volto a salvaguardare l'*identità sociale e personale* che egli ha costruito intorno a sé nel corso della propria vita, nonché l'*integrità* del proprio corpo cui è preordinata la più alta forma di tutela ora contemplata anche nell'art. 3 della Carta europea dei diritti umani.

La natura dell'interesse tutelato, unitamente alla funzione procedimentale che tali dichiarazioni hanno nell'ambito del rapporto terapeutico già in essere, sembrano consentire una simile ricostruzione; appare evidente, infatti, come, in tali situazioni, si debba guardare al rapporto medico - paziente non solo come rapporto di natura contrattuale, quanto piuttosto come relazione inter-personale in continuo mutamento, sia in senso evolutivo che in senso involutivo, a seconda dello stato di salute in cui si trova o si verrà a trovare il paziente nel percorso terapeutico che dovrà affrontare e delle possibili soluzioni di cura che la scienza medica è in grado di apprestare.

In tale *iter* procedimentale, per il consenso o il rifiuto - liberi, consapevoli ed informati - espressi dal paziente e, dunque, per le direttive in cui essi si esplicitino, potrebbe ritenersi congeniale la natura di *atto giuridico in senso stretto*, in quanto essa sembrerebbe più consona alla funzione che le direttive medesime sono destinate a svolgere. Tale natura appare, altresì, conforme al profilo funzionale che ormai si riconosce al potere di autodeterminarsi sul bene salute, potere che la decisione della Corte costituzionale n. 471 del 1990 qualifica come espressione della libertà personale dell'individuo e colloca nel contesto normativo dell'art. 13 Cost., nel quale è postulata la sfera di

accontentato di incollare all'atto due etichette, per dire che l'atto è volontario, e che gli effetti dell'atto sono dominati da una rigorosa eteronomia": così, testualmente, R. SACCO, cit., p. 131, il quale aggiunge come non sia indispensabile che "il giurista debba a tutti i costi edificare una teoria unitaria dell'atto non negoziale. Deve edificarla, se rintraccia elementi strutturali, funzionali, normativi omogenei. Altrimenti, deve esporre ciò che ha trovato, senza imprestare alla categoria una unitarietà che essa non possiede" (ivi, p. 131).

esplicazione anche della libertà della persona di scegliere ed assumere decisioni in ordine ai trattamenti da riservare al proprio corpo.

In virtù di tale impostazione concettuale, sembra possibile ritenere che le direttive sui trattamenti sanitari, come dichiarazioni di volontà, possano valere nel contesto del rapporto medico-paziente per ciò che esse sono: atti umani, volontari e consapevoli, i cui effetti sono già stabiliti dalla legge.

Infatti, il potere di autodeterminazione ed il principio di autonomia che governano la materia trovano la loro concreta attuazione nel potere di scelta del *mezzo* attraverso cui la persona può dare rilievo alla propria volontà in ordine al consenso o al dissenso ai trattamenti sanitari che potrebbero riguardarla. Si tratterebbe di dichiarazioni di volontà che esprimono un consenso ovvero un rifiuto, o, ancora, un consenso parziale e/o limitato che potrebbe coesistere con un rifiuto anch'esso parziale e/o limitato.

Se si è nel giusto, tali dichiarazioni, se esplicitate nel contesto del rapporto terapeutico già instaurato, potrebbero, dunque, non avere struttura e funzione negoziale perché, una volta che siano venute ad esistenza e si siano obiettivate, è la legge che ricollega ad esse la produzione di determinati effetti; i quali effetti sono espressamente previsti da norme già vigenti e consistono: a) nell'obbligo da parte del sanitario di tenere in considerazione la volontà dei pazienti eventualmente espressa prima di intraprendere un trattamento sanitario (art. 9 Conv. di Oviedo, la cui ratifica è stata autorizzata con l. n. 145 del 2001 ed a cui si richiama ormai sistematicamente la giurisprudenza)⁵; nel conseguente obbligo di desistere da trattamenti diagnostici e/o curativi in contrasto con la volontà della persona e, nel rispetto della sua dignità, di evitare ogni accanimento terapeutico, tenendo conto, appunto, della dichiarazione di volontà del paziente, limitandosi, anche nel caso in cui sussistano condizioni di urgenza, ad assicurare l'assistenza indispensabile e ad alleviare il dolore (artt. 35-38

⁵ Il quale obbligo, oltre che da una lettura costituzionalmente orientata (artt. 13 e 32 Cost.) della norma citata, deriva anche dalla 'Regola generale' contenuta nell'art. 5, secondo cui: *"Un intervento nel capo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato."*

Questa persona riceve innanzi tutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi.

La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso."

Codice di deontologia medica)⁶ ed agendo in scienza e coscienza conformemente a quanto prescritto dai principi della deontologia medica⁷.

2. Le direttive anticipate a natura negoziale. Profili problematici

Le stesse argomentazioni che si sono svolte sopra, potrebbero, in linea di principio, essere qui mutate, *a contrario*, per rinvenire, invece, la natura di atto negoziale in quelle determinazioni assunte dalla persona quale atto di libera scelta e non già quale atto volto a far proseguire o a finalizzare un *iter* procedimentale di cure o trattamenti già in corso.

L'ipotesi qui presa in esame è quella delle direttive anticipate sui trattamenti sanitari che potrebbero riguardare una persona, perfettamente capace e sana sia nel corpo che nella mente, la quale decida di stabilire, ora per allora, a quali trattamenti sanitari possa e debba essere sottoposta nel caso in cui non sia nelle condizioni di esprimere validamente la sua volontà⁸.

⁶ Tanto in attuazione anche del disposto contenuto nell'art. 3, 2° comma della CEDU, ora integrata nel Trattato di Lisbona sulla Costituzione europea, secondo cui *"Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge"*. Il Trattato di Lisbona ha trovato *"piena ed intera"* esecuzione nel nostro ordinamento con la legge di autorizzazione alla ratifica del 2 agosto 2008, n. 130.

⁷ È quanto previsto nell'art. 2, 8° comma del Disegno di legge approvato dal Senato il 26 marzo 2009.

⁸ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 87 ss., trattando della sopravvivenza del negozio come categoria generale, rende conto, altresì, di come *"Inaspettatamente ma sempre più esso conquista territori in quell'area delle situazioni soggettive personali tradizionalmente pensate come aliene dall'ambito assegnato all'autonomia privata"* (cit. p. 100), rendendo possibile la loro configurabilità come oggetto di atti di disposizione, seppure entro i limiti della diminuzione permanente della integrità fisica; limiti che segnano ancora la differenza con gli atti di disposizione del patrimonio. *"Ma, reso oggetto dell'atto di disposizione, il corpo muta la portata di tale atto : esso non è più soltanto lo strumento di attribuzione ad altri di un proprio diritto come ancora appare nell'art. 5 c.c., ma quanto più si è avvicinato alla contemporaneità nostra è venuto acquistando un significato aggiuntivo di disponibilità unisoggettiva, che non attribuisce a un soggetto*

E' in questa diversa accezione che le direttive anticipate potrebbero esplicare tutta la loro potenziale funzione di atto di autonomia⁹, preordinato non solo a garantire il perseguimento di quelle istanze di tutela della sfera personale ed esistenziale della persona e che potrebbero trovare fondamento nel principio di salvaguardia della dignità e della integrità, ma anche a dettare la regola dispositiva volta ad incidere sugli effetti che l'atto è finalizzato a produrre *entro i limiti* previsti dall'ordinamento.

E' attraverso un atto con funzione precettiva che la persona potrebbe, infatti, assumere decisioni nel senso di acconsentire a o rifiutare trattamenti sanitari sul proprio corpo, a seconda che essi siano o no in linea e nel pieno rispetto del concetto di identità che di sé ha l'autore di esse o di uno dei diversi profili che pure la sua identità può assumere, in

antagonista il diritto del disponente, e però conferisce un potere di decisione a un soggetto che non per questo ne diventa titolare". (Così, testualmente, p. 102).

In un punto della motivazione di una sentenza delle Sezioni Unite penali della Suprema Corte, emessa in data 21 gennaio 2009, n. 2437, cit., si legge : *"con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermazione del principio personalista ivi enunciato, la quaestio relativa alla portata dell'art. 5 c.c. non andrebbe più impostata in termini di potere di disporre, ma di libertà di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine ai comportamenti che in vario modo coinvolgono ed interessano il proprio corpo".*

⁹ Rileva ancora C. CASTRONOVO, cit., p. 107, sempre con riguardo alla categoria del negozio, come esso si trovi *"orientato in direzione antagonista nei due ambiti della persona e del patrimonio. Laddove in quest'ultimo l'autonomia subisce sempre più rilevanti intrusioni in ossequio ai nuovi status, in particolare quello di professionista e di consumatore, con riguardo alla persona come soggetto di bisogni materiali l'autonomia ha guadagnato nuovi spazi, nei quali talora, come è accaduto nella nuova stagione dei rapporti tra medico e paziente, si è sostituita come pura espressione di libertà individuale a quella che in precedenza era una mera discrezionalità tecnica che risolveva nell'opportunità la sorte del portatore di interesse. In tale ambito nuovo sempre più l'ordinamento tende a segnare i percorsi e a fissare gli effetti; ma ciò nonostante la vicenda si orienta nella società attuale in termini di autonomia privata e di questa di volta in volta vengono evocate le figure per saggiarne l'idoneità ai nuovi volgimenti e suggerirne gli eventuali adattamenti".*

relazione al concetto di dignità che ha connotato la sua esistenza sociale ed individuale¹⁰.

Difatti, ponendosi nell'ottica della più recente ed evoluta concezione del diritto all'identità - non più intesa come mero elemento della personalità da relazionare con i segni distintivi o distinguere dall'onore e dalla reputazione¹¹ - ma da intendersi quale integrazione della personalità medesima, esplicantesi in una molteplicità di aspetti e di significati¹², emerge in tutta evidenza, per dirla con autorevole dottrina¹³, "la riscoperta e valorizzazione del legame dell'identità del corpo, o più propriamente con la consistenza biologica e psichica della persona".

Il riferimento alla *identità*, unitamente al fondamento per essa rinvenibile pure nel principio della dignità della persona, consente di risalire ad altro fondamentale principio quale è quello della *integrità*, non limitato alla mera integrità fisica ma esteso alla qualità della propria esistenza, il quale principio è sorretto dalla libertà di sentirsi l'unico autore in grado di determinare la propria sfera esistenziale.

¹⁰ Senza poter qui fare riferimento a tutta la tematica e la letteratura in tema di diritto alla identità ed alla sua evoluzione, si rinvia alle considerazioni che possono leggersi in: ALPA, P. ZATTI, a cura di, *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, supplemento al n. 4 de *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, in cui si segnalano i contributi di P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, pp. 1 ss.; di S. RODOTÀ, *Quattro paradigmi per l'identità*, pp. 21 ss.; di F. GIARDINA, *Qualche riflessione su identità e soggettività*, pp. 63 ss.

¹¹ Cfr. P. ZATTI, cit., p. 2.

¹² Su cui si sofferma L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004; G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Bologna, 2003.

¹³ P. ZATTI, cit., pp. 2-3, il quale rileva, al riguardo: "Il legame tra corpo e identità è in sé antico; giuridicamente, non mancava di emergere nei segni identificativi: l'immagine, la voce, l'impronta digitale; ma nella tradizione giuridica era ampiamente oscurato, in passato, da una concezione del soggetto, che, pur non astraendo, per la persona umana, dalla sua fisicità, risentiva tuttavia di quella impostazione, spiritualista o come taluno dice 'puritana', che identificando l'io con gli elementi immateriali della ragione e volontà induceva a contemplare il corpo come oggetto: qualcosa di mio e perciò non me. [...] Oggi il legame per così dire essenziale tra corpo e identità emerge prepotente e nello stesso tempo rivela complessità e frammentazioni".

Un principio, questo, che, introdotto nella accesa tematica della disponibilità del 'bene salute' potrebbe essere utile per dirimere le questioni che potrebbero porsi intorno al fondamento della negoziabilità del bene stesso, posto che, quando nelle determinazioni mediche è in giuoco la propria *identità*, quale *integrità psico-fisica* rapportata alla propria dimensione esistenziale, può sorgere il dubbio che a ciascuno dovrebbe essere consentito di svolgere un ruolo primario e di assumere le decisioni che meglio rispecchiano quella dimensione.

Anche per questo tipo di dichiarazioni, natura negoziale e funzione precettiva rievocerebbero, comunque, i limiti generalmente posti dall'ordinamento all'autonomia dei privati.

In primis, viene in considerazione il limite della illiceità della dichiarazione nella forma della contrarietà a norme imperative o di ordine pubblico.

Nell'attuale sistema normativo, sarebbe certamente illecita, perché contraria a talune norme penali, la dichiarazione di volontà volta ad ottenere da altri un comportamento attivo, idoneo a provocare la morte del dichiarante (c.d. eutanasia consensuale attiva). Essa si porrebbe, infatti, in chiaro contrasto con l'art. 579 c.p., il quale individua il reato dell'omicidio del consenziente che, per essere integrato nei suoi estremi, necessita, per l'appunto, di una condotta attiva *ab externo* diretta a provocare la morte, ancorché ottenuta col consenso o a richiesta dell'interessato.

Altra fattispecie, che, però, rende più problematica la sua riconduzione a tale contesto normativo di riferimento, è, invece, quella della dichiarazione di volontà avente ad oggetto il rifiuto o la sospensione o l'interruzione di trattamenti sanitari; laddove, il valore del principio dell'autodeterminazione della persona, desumibile principalmente dalla combinata lettura degli artt. 13 e 32, 2° comma, Cost., incontra l'obbligo che deriva in capo al medico curante, il quale deve desistere dal trattamento, non essendo consentito alcun intervento contro la volontà della persona, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte¹⁴.

¹⁴ È questa la posizione espressa sul punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza penale prevalenti (per le quali si rinvia a L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., pp. 25 ss.; ampia trattazione della tematica nel recente lavoro di S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit.) che, in taluni casi, hanno rinvenuto nell'intervento del medico compiuto nonostante il rifiuto del paziente un comportamento integrante gli

estremi del reato di violenza privata ex art. 610 c.p. : cfr. in tal senso, Cass. pen. Sez. IV, 11 luglio 2001, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2041 ss. con nota di G. IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*. *Contra*, tuttavia, la sentenza delle Sezioni Unite penali della Suprema Corte, emessa in data 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

Al riguardo, dai dati normativi e dai canoni deontologici attualmente in vigore emerge un quadro di riferimento piuttosto complesso. Infatti, da un lato, si è di fronte all'art. 8 della Convenzione di Oviedo, che prevede espressamente che *"Allorquando in ragione di una situazione di 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"*; principio, questo, che potrebbe essere richiamato ogni qual volta il medico dovesse intervenire senza preventivo consenso adducendo, appunto, il verificarsi di una situazione di urgenza. Dall'altro lato, esiste la norma di deontologia medica, contenuta nell'art. 36, secondo la quale *"Allorché sussistano condizioni di urgenza, tenendo conto delle volontà della persona se espresse, il medico deve attivarsi per assicurare l'assistenza indispensabile"*, potendosi intendere soddisfatta tale regola non già con un intervento ma con la semplice assistenza di cura.

Sul punto, si è espresso anche il Comitato nazionale di bioetica che, con parere del 24 ottobre 2008, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico* (in www.governo.it/bioetica/rifiuto), ha affrontato la questione del rifiuto (richiesta di non inizio) e della rinuncia (richiesta di sospensione) dei trattamenti sanitari salva-vita da parte del paziente cosciente e capace di intendere e di volere, adeguatamente informato sulle terapie ed in grado di manifestare in modo attuale la propria volontà; mentre, non ha tenuto conto delle situazioni riguardanti pazienti incapaci di esprimere una scelta consapevole e giuridicamente rilevante (minori, malati di mente, pazienti in stato vegetativo etc.). Il Comitato nazionale di bioetica ha ritenuto che il diritto a rifiutare le cure da parte del paziente capace e consapevole sia un diritto il cui fondamento è ormai incontrovertibile, potendo esso essere rinvenuto nell'ordinamento nazionale e sopranazionale e nel diritto vivente; ma ha, altresì, ritenuto necessario distinguere la posizione del paziente autonomo, ossia in grado di sottrarsi alla terapia senza coinvolgimento di terzi, da quella del paziente che si trovi in condizioni di dipendenza tali da richiedere l'intervento del medico.

Occorre, peraltro, richiamare ancora la sentenza delle Sezioni Unite penali della Suprema Corte n. 2437 del 21 gennaio 2009, cit., le quali non hanno rinvenuto una condotta penalmente rilevante nell'attività del medico che abbia eseguito un trattamento chirurgico, diverso da quello per il quale il paziente

Tali dichiarazioni si sottrarrebbero al giudizio di illiceità per contrarietà alle norme penali per la problematica configurabilità nel comportamento del medico del dovere di cura e dei suoi limiti a fronte della richiesta di sospensione o di interruzione del trattamento da parte del paziente¹⁵.

Non è, infatti, incontroverso, agli effetti del ricorso di talune fattispecie penali, qualificare in tali casi la condotta del medico, posto che, per una parte della dottrina¹⁶, in tali situazioni, è necessario ricondurre il comportamento omissivo del medesimo al principio, di portata generale, in forza del quale *"al venir meno dell'obbligo di cura corrisponde il sorgere dell'obbligo di omettere le cure"*; sicché, interrompere una terapia rifiutata avrebbe, sul piano normativo, il medesimo significato che il non iniziare la terapia rifiutata, ossia quello di una doverosa omissione di trattamento terapeutico in assenza dei presupposti del dovere, con conseguente esclusione di responsabilità derivante dall'art. 40 c.p..

Al riguardo, non si è mancato, peraltro, di rilevare come, ai fini della condotta integrante gli estremi delittuosi, altro è il caso della omissione delle cure, altro quello della interruzione. Mentre, infatti, nel caso di *omissione*, a fronte di un rifiuto del paziente, la morte di questi può

aveva prestato il suo consenso, con esito positivo e dal quale è derivato un apprezzabile miglioramento dello stato di salute del paziente medesimo.

¹⁵ Il caso più noto, affrontato dalla giurisprudenza, è quello che ha dato luogo alla sentenza del Trib. di Roma. 15 dicembre 2006 (in *Questione giustizia*, 2006, p. 6 ss., su cui, in dottrina, cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace?"*. Considerazioni a margine del caso Welby, in: *Diritto penale e processo*, 2007, pp. 5 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 902 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007, n. 1, pp. 28 ss.), nella quale il giudice civile, pur riconoscendo il diritto all'autodeterminazione del paziente, ha dichiarato inammissibile il ricorso dell'interessato argomentando che l'ordinamento giuridico non prevede alcuna *"disciplina specifica sull'orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio dell'autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente"* e che, in assenza di una definizione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico, la richiesta di sospensione non sarebbe azionabile.

¹⁶ Così, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, in: AA. VV., *Il valore della vita*, Milano, 1985, pp. 162 ss.

essere spiegata, sul piano causale, come effetto della patologia di cui egli soffriva - di modo che, in assenza di un dovere di soccorso coattivo, la condotta omissiva del medico, rientrando nella previsione di cui all'art. 40, 2° comma, c.p., si presenta come radicalmente 'atipica' rispetto alle norme penali che vietano l'omicidio e le lesioni colpose - nel caso, invece, di *interruzione di cure*, l'evento della morte non potrebbe essere spiegato senza fare riferimento alla condotta positiva del medico - che ha, ad esempio, materialmente "staccato la spina" di una macchina salva vita - la quale è condizione *sine qua non* dell'evento morte e comportamento penalmente tipico, rilevante ai fini del reato di omicidio.

In questa ipotesi, l'esclusione della responsabilità penale dipenderebbe dal ricorso di una possibile causa di giustificazione; questa non potrebbe essere rappresentata dal consenso dell'avente diritto, stante il divieto dell'omicidio del consenziente ex art. 579 c.p., e neppure dall'aiuto al suicidio, anch'esso punito ex art. 580 c.p., mentre potrebbe essere, invece, integrata dalla scriminante dell'adempimento di un dovere: per l'appunto, il dovere di interrompere la terapia rifiutata dall'interessato.

Nel caso di interruzione delle cure, l'opzione tra l'una o l'altra impostazione rileva, ai nostri fini, per vagliare l'eventuale carattere di illiceità della dichiarazione anticipata, dovendosi essa ritenere illecita per contrarietà a norme imperative o di ordine pubblico e, come tale, passibile di invalidità assoluta, ove nella condotta del medico si rinvenga un'azione positiva, penalmente rilevante; ovvero, dovendosi, invece, propendere per la sua ammissibilità qualora non si rinvenga in essa una condotta penale 'tipica' o, pur rinvenendosi, si richiami una giustificazione scriminante (adempimento di un dovere) che consenta di sottrarre la dichiarazione al giudizio di illiceità e, dunque, alla sua nullità.

Non è mancato in dottrina chi si è portato a chiedere se l'adempimento del dovere di interrompere un trattamento sanitario non sia altro che la violazione del principio per cui la relazione terapeutica, una volta avviata, deve orientarsi verso la vita e non verso la morte¹⁷.

La convinzione in forza della quale il senso dell'art. 32 Cost. sarebbe quello di considerare il diritto alla salute come materia riservata al rapporto medico - paziente, sottratto all'assoluta autodeterminazione dell'individuo, presupporrebbe, quando siano in questione la vita e l'integrità personale, precisi limiti alla validità del consenso; limiti giustificabili "ove si provveda in modo serio, con un corrispondente

¹⁷ L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in: *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007.

impegno di risorse economiche ed umane, al sostegno del malato, sia dal punto di vista delle terapie orientate a lenire le sofferenze, sia dal punto di vista dell'accompagnamento psicologico"; sicché, "obbligo giuridicamente rilevante del medico - da espletarsi sia attraverso l'informazione, sia attraverso la proposta terapeutica - è di mettere il malato nelle condizioni di affrontare i suoi problemi nel modo migliore possibile"¹⁸.

Tale impostazione del problema necessita di ulteriore argomentazione per essere armonizzata con i principi fondamentali di libertà nella parte in cui riconosce la possibilità di asservire scelte esistenziali della persona a decisioni coercitive provenienti dall'esterno ad opera di terzi, seppure intenzionati a preservare ciò che per loro è il bene della vita; laddove è, invece, il principio del consenso che dovrebbe essere riguardato come punto di riferimento dei doveri del medico, il quale dovrà certamente cercare di generare nel paziente valutazioni e decisioni pienamente informate e metterlo in condizione di assumere responsabilmente la propria scelta sull'ultimo segmento della sua vita¹⁹.

In questa ottica, deve essere meglio precisata quella funzione di garanzia che sembra dover connotare l'attività del medico e che implicherebbe che quest'ultimo si adoperi per garantire la vita e non già per agevolare la morte.

Senza assecondare pulsioni verso posizioni così radicali, meglio sarebbe tentare di dare il giusto contenuto a tale obbligo di garanzia; che non può né deve essere garanzia di vita, quanto piuttosto garanzia di cura, intesa come alleviamento della sofferenza, e di adeguata informazione, la sola in grado di assicurare al consenso l'efficacia che esso deve avere per gli atti di disposizione sul corpo.

Nel rapporto medico-paziente, dunque, le dichiarazioni di consenso o rifiuto del paziente devono dare inizio ovvero prosecuzione ad una

¹⁸ Così, testualmente L. EUSEBI, cit., p. 241. In tale direzione, di recente, v. A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in: *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 1 ss.

¹⁹ "La persona che dispone di sé dispone per sé, non in favore di altri. Tutto questo può dirsi emblematicamente riassunto nella categoria del consenso informato, che esprime un atto negoziale unilaterale pur espresso nei confronti di chi ha fornito l'informazione, a sua volta generata su un terreno di expertise [...] la categoria del consenso plana sul diritto civile con una portata aumentata, non limitandosi più a neutralizzare o limitare l'antigiuridicità, bensì esercitandosi come potere di controllo circa il sé di un'attività devoluta a un potere altrui che però è di mera discrezionalità tecnica" (così, testualmente C. CASTRONOVO, cit., p. 103).

relazione in cui l'obbligo di garanzia comprenda necessariamente le informazioni complete e dettagliate sullo stato di salute, sulle terapie farmacologiche e sull'uso delle tecnologie che si pensa di adoperare, nonché sulle conseguenze che esse possono determinare nella vita del paziente; sulle cure necessarie per lenire il dolore ed evitare sofferenze inutili. Della volontà del paziente conseguentemente espressa non si potrà non tener conto in termini di vincolatività, con la sola eccezione della richiesta di azione finalizzata alla morte.

Se il principio dell'autonomia della persona sulla propria integrità in salute non appare ormai controvertibile, anche sulla base di quanto dispone l'art. 3 della Carta dei diritti dell'Unione europea, ora confluita nel Trattato di Lisbona, ciò nondimeno non può escludersi che proprio lo stesso concetto di *integrità psico-fisica* finisca, tuttavia, per porre i problemi più gravi riferibili all'efficacia dell'atto di autonomia decisionale esplicitato dall'autore, in considerazione di quelle situazioni di assenza di capacità o di discontinuità della persona e della sua identità²⁰. E qui, si tratterà di decidere, di volta in volta, applicando i principi generali e le norme di legge tuttora vigenti e che, allo stato, si rivelano ancora sufficienti ed adeguati per una disciplina da richiamare per via diretta ovvero per via analogica ricorrendo anche ai principi generali dell'ordinamento sovranazionale ed alla interpretazione che di essi ha dato la Corte costituzionale.

3. La disciplina dell'atto: la volontà e l'attualità della dichiarazione

In assenza di una disciplina *ad hoc*, è necessario porsi la questione relativa alla individuazione della disciplina applicabile alle direttive anticipate; questione che, qualora si riconoscesse ad esse natura negoziale quando emesse al di fuori di un rapporto terapeutico in atto, potrebbe agevolmente risolversi facendo ricorso alla applicazione diretta o per via analogica delle norme vigenti in materia di atti negoziali, in quanto compatibili²¹.

²⁰ Rileva sul punto P. ZATTI, cit., p. 5 : *"il soggetto - o per usare un termine più incisivo, l'io - che ha deciso e dato la direttiva è lo stesso sul quale la decisione dovrebbe operare? C'è tra i due stati una continuità sufficiente? Insomma 'chi ha deciso' è chi sta morendo?"*.

²¹ Nella Relazione al Codice civile non è esclusa *"la possibilità di un'estensione analogica delle norme applicate anche ad atti unilaterali di natura non patrimoniale"* (n. 601).

Sulla base del presupposto che le direttive sui trattamenti sanitari possano essere configurate, a seconda che ci si collochi o no nel contesto di un rapporto terapeutico già in atto, come atto giuridico negoziale ovvero come atto giuridico in senso stretto, occorre verificare quale sia la disciplina ad esso applicabile, procedendo per via di interpretazione analogica ovvero per applicazione diretta delle norme che già contengono gli istituti appartenenti alla disciplina generale dell'atto.

Viene in considerazione, in primo luogo, la volontà dell'autore della dichiarazione, volontà che, *in primis*, non deve essere inficiata da incapacità.

A tal riguardo, la configurazione delle direttive anticipate di trattamenti sanitari nella categoria generale dell'atto consentirebbe di richiamare, in linea con l'impostazione sopra indicata, non solo le norme desumibili dalla disciplina dell'atto negoziale ma anche quelle desumibili in materia di atto giuridico in senso stretto.

Più precisamente, con riguardo a quest'ultimo, mentre per autorevole dottrina²², per il valido compimento dell'atto giuridico non negoziale è sufficiente la capacità naturale dell'autore di esso, per altri, invece, tale regola non può essere generalizzata e deve essere vagliata in ragione

²² In tal senso, v. F. SANTORO PASSARELLI, cit., p. 212, per il quale la capacità necessaria per la validità di un atto giuridico in senso stretto è la capacità naturale. Nello stesso senso, cfr. anche R. SCOGNAMIGLIO, voce 'Atto giuridico', cit., p. 592; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950.

Più di recente, altra autorevole dottrina (G.B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di riflessioni*, in: *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, pp. 123 ss.) ha sottolineato come "il problema della capacità, con riferimento al negozio giuridico, continua a conservare margini di incertezza non irrilevanti, anche in relazione a soluzioni normative non di certo felici". Il riferimento operato dall'Autore è a numerose fattispecie, presenti nel sistema del diritto civile, in cui la capacità richiesta dalle norme è in continua oscillazione tra capacità di agire ex art. 2 c.c., capacità di intendere e di volere, titolarità o legittimazione (cfr. soprattutto le pp. 123 - 131); una sorta di ambiguità concettuale che si ripercuote anche sull'esame circa la natura negoziale o non di talune fattispecie. A tal riguardo, l'Autore richiamato pone in evidenza "l'estrema complessità della materia per la quale, quanto mai opportuna appare l'esigenza d'una organica riflessione che, nei limiti del possibile, realizzi o tenti di realizzare quella *reductio ad unitatem* che, fino ad ora, non sembra essersi compiutamente realizzata" (così testualmente, a p. 126).

del tipo di effetti che l'atto è destinato a realizzare²³, ovvero in ragione del tipo di atto, a seconda che si tratti di un atto giuridico meramente esteriore o involontario, o di un atto intenzionale che è esplicitazione di un elemento interiore, essendo richiesta la capacità naturale solo per quest'ultimo e non per il primo tipo²⁴.

Appare evidente che, per la dottrina da ultimo richiamata, il problema che si pone in relazione ai diversi tipi di atti ed alla capacità per essi richiesta implica la soluzione della questione relativa al ruolo ed alla funzione che all'atto sono affidati dall'ordinamento, deducendo così da essi la necessità o meno della piena capacità di agire dell'agente.

In verità, appare più utile e più consono alla impostazione generale del tema che ci occupa, fare riferimento a quest'ultimo criterio indicato in virtù del quale, quanto al requisito della capacità di agire, si è suggerito di avere riguardo alla tipologia degli effetti che all'atto la legge ricollega. Tanto si ritiene più opportuno, nonostante il principio che si fonda sull'art. 1191 c.c. ed in forza del quale non si richiede la capacità legale per il compimento di un atto quale può essere il pagamento, posto che esiste pure nell'ordinamento altra tipologia di atti pur rientranti nella categoria degli atti giuridici in senso stretto - come ad esempio, la confessione ex art. 2731 c.c. e la promessa di matrimonio ex art. 81 c.c. - per i quali necessita il requisito della piena capacità legale dell'agente, in considerazione delle conseguenze giuridiche, patrimoniali o personali che ne possono scaturire²⁵.

Avendo riguardo, dunque, agli effetti che scaturiscono dagli atti contenenti direttive anticipate sui trattamenti sanitari - effetti che si ripercuotono sulla sfera personale dell'autore di esse e toccano interessi e valori essenziali della persona umana - non sembra fuori luogo ritenere che la forma di capacità che dovrebbe qualificare lo stato soggettivo del dichiarante non potrebbe essere soltanto la naturale capacità di intendere e di volere, dovendo, altresì, ricorrere la piena capacità legale di agire²⁶.

²³ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato*, cit, pp. 39 ss. e, più di recente, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1996, pp. 451 ss..

²⁴ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato*, cit, pp. 39 ss.

²⁵ In tal senso, G. MIRABELLI, cit., p. 409. Ma v. anche le considerazioni di G.B. FERRI, cit., p. 125.

²⁶ Cfr. al riguardo, nella dottrina più recente e con riferimento alla teoria generale dell'atto, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 3 ss. e, con riguardo alla fattispecie in esame, P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in: *Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 20 per il quale il

Occorre, inoltre, considerare il particolare trattamento normativo e l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ricevuti dal consenso o dal rifiuto in materia di trattamenti sanitari, consenso i cui requisiti sono stati ormai definitivamente individuati nella *consapevolezza*, nella *attualità*, nella *gratuità*, nella *chiarezza* e nella *revocabilità* della dichiarazione²⁷.

E' necessario, altresì, tener conto del fatto che con le direttive anticipate, l'autore della dichiarazione esprime - appunto, in via anticipata - il proprio consenso o il proprio rifiuto che sarà destinato a valere in un momento diverso da quello in cui viene espresso e per il caso di sopravvenuta incapacità; e ciò sembra poter valere sia che le determinazioni del paziente siano esplicitate nel procedimento di cui consta il rapporto medico - paziente, sia che esse siano dichiarate in un atto giuridico autonomo.

In tale contesto di riferimento, appare indubbio che, dovendo ricorrere il requisito della *consapevolezza*, perché sia valida la dichiarazione assunta, oltre alla legale capacità di agire, sarà necessario che ricorra anche la capacità naturale dell'autore, posto che egli potrà raggiungere la capacità di *intendere* solo dopo che avrà ricevuto tutte le informazioni relative allo stato di salute ed alle cure che si possono intraprendere o proseguire e la capacità di *volere* solo dopo che sarà stato messo in condizioni, sulla base delle informazioni fornitegli, di valutare, in linea con i propri convincimenti etici, religiosi, esistenziali, se sottoporsi a determinati trattamenti sia conforme alla propria dignità individuale e sociale.

Un utile dato di riferimento, nel senso della necessità del requisito della capacità legale di agire, può desumersi, argomentando *a contrario*, da quanto già dispone non solo la legge di ratifica della Convenzione di Oviedo, ma anche la normativa in materia di applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni di medicinali per uso clinico contenuta nel D.Lgs. 24 giugno 2003, n. 211, ove è espressamente previsto l'istituto del rappresentante legale del soggetto

requisito della capacità naturale è di per sé sufficiente. Nel Disegno di legge approvato dal Senato, argomentando dal combinato disposto degli art. 3, 2° comma e 4, 1° comma, l'orientamento del legislatore è nel senso di richiedere la piena capacità di agire.

²⁷ Per una recente trattazione, corredata di tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in argomento, del tema del consenso del paziente, si rinvia a G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in: *Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., pp. 141 ss.

che sia incapace di prestare o rifiutare il proprio consenso nei casi contemplati dalla disciplina medesima.

Quanto al requisito dell'*attualità* del volere espresso nelle dichiarazioni anticipate, è questo un aspetto problematico della volontà in esse dichiarata, posto che l'essenza delle direttive anticipate sta proprio nello stabilire, ora per allora, a quali cure e trattamenti sanitari il loro autore intende sottoporsi²⁸.

Si ritiene, infatti, che, proprio perché le dichiarazioni di volontà sono anticipate, difficilmente la decisione assunta dall'autore di esse possa essere reputata come supportata da una ponderata valutazione del caso clinico concreto; tanto, soprattutto in considerazione del progresso scientifico a seguito del quale potrebbero emergere migliori alternative terapeutiche: profilo, questo, che non può essere trascurato ma che, tuttavia, non può farsi assurgere ad elemento impeditivo *tout court*, ponendo, piuttosto, l'esigenza di individuare il rimedio più adatto per tenerne conto.

Non è insolito, infatti, che il lasso di tempo che intercorre tra il momento in cui si dichiarano le direttive anticipate e quello in cui si deve darne attuazione sia tale da richiedere la valutazione di numerose circostanze di fatto che possono rivelarsi determinanti ai fini della interpretazione e della conseguente attuazione delle direttive medesime; circostanze (evoluzione del progresso scientifico e tecnologico in campo medico; scoperta di terapie farmacologiche risolutive o palliative; sopravvenienze di interessi di terzi altrettanto meritevoli di tutela, come, ad esempio, i figli) che, per la novità ad esse connaturata, potrebbero modificare l'interesse o gli interessi che avevano spinto l'autore delle dichiarazioni anticipate a redigerle, al punto da non farle più coincidere con la sua volontà.

Appare in tutta evidenza come, in simile contesto, assuma un ruolo decisivo il contenuto della dichiarazione di volontà dell'interessato, il quale, stante il carattere della 'personalità' che la contraddistingue, dovrebbe prevedere criteri di collegamento utili perché il verificarsi di quegli eventi o circostanze estrinseche possa, all'occorrenza, modificarla o integrarla; di modo che, la dichiarazione di volontà, oltre a contemplare l'attuale volere del dichiarante, contenga, altresì, riferimenti a fattori esteriori che, ove necessario, aiutino l'interprete ad

²⁸ Diverse sono nel sistema del diritto civile vigente le ipotesi in cui le dichiarazioni espresse dai privati possono valere ora per allora e sono destinate ad esplicare i loro effetti in un tempo futuro: basti pensare, oltre che al testamento, alla confessione stragiudiziale, alla dichiarazione sottoposta a condizione sospensiva, alla testimonianza.

“attualizzare” la volontà del dichiarante per il tramite delle indicazioni dallo stesso individuate nel contenuto dell’atto.

Con riguardo a tale profilo, nel tentativo di affrontare la questione cercando di dare ad essa una collocazione sistematica, potrebbe essere utile verificare se sia possibile rievocare la figura della c.d. disposizione *per relationem*, nella sua accezione più generale, ossia intesa come dichiarazione contenente un rinvio, operato dallo stesso dichiarante, a tutti quegli elementi estrinseci in grado di integrare la dichiarazione di volontà dallo stesso emessa²⁹.

Com’è a tutti noto, nella teorica ricostruzione operata dalla dottrina, oggetto di *relatio* possono essere atti umani, anche di terzi, o eventi e circostanze naturali già accaduti al momento della redazione dell’atto o che devono verificarsi in un momento successivo³⁰.

²⁹ Nell’ambito della teoria del negozio giuridico, il problema della *relatio* ha interessato tutta la dottrina civilistica di ogni tempo. Per una ricognizione, si rinvia a R. CECCHETTI, voce *Negozio giuridico*, VII) *Negozio per relationem*, in: *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990. Con riguardo alle dichiarazioni di volontà unilaterali, la tematica è stata affrontata approfonditamente in riferimento al negozio unilaterale per eccellenza qual’ è il testamento. Si vedano, oltre alle opere generali in tema di successione testamentaria, P. RESCIGNO, *L’interpretazione del testamento*, Napoli, 1952; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 87 ss.; A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione. Contributo ad una teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all’arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 166 ss.; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1972, I, pp. 117 ss.; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Art. 601-608*, in: *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1986, pp. 6 ss.; G. BARALIS, *Il testamento per relationem*, in: di P. RESCIGNO, a cura di, *Successioni e donazioni*, Padova, 1994, pp. 967 ss.; L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, e continuato da L. MENGONI, VI ed. aggiornata, Milano, 1999, pp. 25 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, pp. 734 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, IV ed., pp. 212 ss.; V. PESCATORE, *Il testamento per relationem*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, II, Milano, 2009, pp. 47 ss.

³⁰ L’utilità di procedere per esemplificazione è stata, di recente e sulla scia della dottrina sopra richiamata, sottolineata da V. PESCATORE, *Il testamento per relationem*, cit., p. 49.

A tal riguardo, proprio in considerazione del potere riconosciuto all'autore della dichiarazione di scegliere fra "il determinare e il predisporre il modo per determinare"³¹, è stata posta la distinzione, ormai unanimemente condivisa, tra *relatio* formale e *relatio* sostanziale; indicando, la prima, una modalità di manifestare la volontà autonomamente formata; la seconda, il mezzo attraverso cui determinare o completare quella stessa volontà³².

³¹ Secondo la ricostruzione operata da N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 25, il quale assegna all'elemento estrinseco il ruolo di 'fonte determinativa esterna'.

³² In tal senso, cfr. L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 25.

Com'è noto, la figura della dichiarazione *per relationem* non riceve nell'ordinamento una disciplina specifica. Per l'inquadramento sistematico della categoria in esame, la dottrina ha fatto riferimento, nell'ambito degli atti unilaterali, all'art. 628 c.c., norma alla cui stregua si è giunti a sostenere l'ammissibilità della *relatio* in materia testamentaria (cfr. già M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 255; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 231; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 8; T. AULETTA, *Disposizioni a favore di persona incerta*, in: C.M. BIANCA, *Le successioni testamentarie (artt. 624 - 712 c.c.)*, a cura di, in: *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1983, pp. 32 ss.; Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Padova, 1982, p. 450; C.M. BIANCA, *Diritto civile II, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 74; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 212, limitatamente a "documenti estrinseci" all'atto di ultima volontà) sulla base di un'argomentazione *a contrario* in forza della quale, procedendo dalla nullità ex art. 628 c.c. delle disposizioni a favore di persona incerta, è stata desunta l'ammissibilità delle indicazioni del *de cuius* che consentano l'individuazione certa del destinatario.

Ad ulteriore conferma di tale ammissibilità vengono, altresì, richiamate le disposizioni di cui all'art. 629, 1° comma, c.c. (disposizioni a favore dell'anima, valide se i beni siano individuati o "se possa essere determinata la somma da impiegarsi a tal fine") ed all'art. 630, 1° comma, c.c. (disposizioni a favore dei poveri, considerate valide anche se genericamente espresse, sebbene non sia individuato l'uso o il pubblico istituto beneficiato); mentre, ad un atteggiamento più cauto sembrano richiamare gli artt. 631, 1° comma e 632 c.c., che prevedono il divieto per il testatore di rimettere ad un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario e la determinazione della quota, nonché quello di attribuire al mero arbitrio dell'onerato o di un terzo la determinazione

Il principio di fondo che caratterizza gli argomenti di discussione intorno al fondamento normativo della *relatio* si esprime nel senso di riconoscere che, qualora il rinvio si riferisca a circostanze o qualità esterne oggettivamente verificabili, non viene menomata la certezza del contenuto della dichiarazione, neppure quando l'evento o la circostanza, oggetto di *relatio*, dipendano dal comportamento altrui, contenendo in sé la dichiarazione il criterio per poter essere integrata.

In verità, la questione relativa alla ammissibilità di disposizioni per mezzo delle quali il dichiarante rinvia l'integrazione del contenuto dell'atto ad un comportamento o fatto del terzo, anteriore o successivo alla redazione della dichiarazione (c.d. *relatio* sostanziale), è alquanto dibattuta, dipendendo la soluzione dai singoli casi concreti e dalla difficoltà di desumere la consapevolezza che il dichiarante abbia dell'evento o del fatto del terzo, nonché dalla forma con cui la *relatio* è espressa.

Viene qui, ancora una volta, in considerazione quel requisito della "personalità" dell'atto che si teme possa essere violato nelle circostanze in cui dovrebbe ammettersi la c.d. *relatio* sostanziale. In tali casi, si ritiene che quando l'altrui volontà è già nota o manifestata e l'autore della dichiarazione richiama ciò che il terzo ha disposto, questi fa propria la volontà del terzo³³; di modo che, la scelta e la decisione, operate dal terzo in concreto, completano quella fatta dall'autore della dichiarazione ma non si sostituiscono ad essa, poiché assume preminenza il profilo della personalità dell'atto.

Nelle dichiarazioni unilaterali di volontà caratterizzate dal principio della personalità - cui possono essere ricondotte anche le dichiarazioni anticipate sui trattamenti sanitari - l'ammissibilità della c.d. *relatio* sostanziale potrebbe essere intesa nel senso che dette dichiarazioni possano essere integrate da fonti esterne, sia che si tratti di eventi o circostanze (progresso della tecnica e della scienza medica e farmacologia), sia che si tratti di volontà di terzi (il medico, i

dell'oggetto e della quantità del legato (ma v. sul punto, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 242).

³³ In tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 735. Tale requisito è richiesto in ambito testamentario anche e soprattutto per i limiti imposti nell'art. 631 c.c. che impone che le scelte provengano dal testatore in via esclusiva, dovendosi ritenere la possibilità di cui al 2° comma come estrinsecantesi nello spazio delimitato dal testatore

rappresentanti legali, il fiduciario), soltanto entro i limiti, necessari ed esclusivi, creati ed individuati dal dichiarante³⁴.

E' il dichiarante che deve tracciare i confini entro i quali può intervenire l'eterointegrazione del terzo, operando sul contenuto della dichiarazione, affinché la scelta completi la dichiarazione ma non si sostituisca ad essa³⁵.

Ad ulteriore supporto dell'argomentazione esposta, può farsi riferimento al fatto che per le dichiarazioni anticipate di trattamento dovrebbe ritenersi necessaria una forma scritta, anche se non *ad substantiam actus*.

Il problema potrebbe porsi se si fa riferimento all'autorevole insegnamento di chi³⁶ ha sostenuto l'invalidità delle dichiarazioni di volontà, espresse in un negozio formale, mediante le quali il dichiarante compia un rinvio a fonti di cognizione esterne. Vi è stata, però, altra autorevole opinione³⁷ che ha ritenuto eccessiva tale estremizzazione, dovendosi avere riguardo alle due fasi della dichiarazione per valutare, con procedimento ermeneutico complessivo, se i due elementi soddisfino i requisiti di forma; di modo che il requisito di forma possa ritenersi rispettato poiché gli elementi esterni della dichiarazione, ove richiamati, possono "essere inseriti nel meccanismo formale del negozio, proprio in virtù di quel richiamo"³⁸. La previsione, all'interno della dichiarazione, della fonte determinativa esterna soddisferebbe, dunque, il requisito della forma; con la conseguenza che la *relatio* "non incide sulla forma,

³⁴ Ciò sembra possa essere argomentato per via analogica sulla base di quanto dispone il 2° comma dell'art. 631 c.c., che ammette il parziale contributo di un terzo, e l'art. 632 c.c. che autorizza il rinvio al prudente apprezzamento del terzo.

³⁵ Cfr. sul punto le argomentazioni di N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., pp. 46 – 48.

³⁶ Ci si riferisce all'insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 280; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 177; A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 697.

³⁷ R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit., p. 124.

³⁸ Così, G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, nota a Cass. 27 novembre 1963, n. 3044, in: *Rivista di diritto commerciale*, 1964, II, p. 212.

poiché la decisione referente si è attuata nei modi legali³⁹ e che, pertanto, essa non implica incompletezza della dichiarazione ma una temporanea insufficienza di essa a produrre l'effetto cui è preordinata⁴⁰.

Emerge ancora più evidente l'esigenza che sia il dichiarante a stabilire già nel contenuto della dichiarazione i criteri di determinazione e di integrazione dell'atto e della sua volontà, seguendo sostanzialmente il criterio della "idoneità allo scopo"⁴¹.

Si tratta, dunque, di stabilire se, per il tramite del meccanismo della *relatio*, possa essere superato il problema dell'"attualizzazione" della volontà del paziente, laddove, opportunamente corredata la sua dichiarazione anticipata dei criteri di riferimento ad eventi o circostanze esterne, chiaramente espressi (evoluzione della scienza medica e delle terapie farmacologiche e palliative; sopravvenienza di figli; previsione di servizi di assistenza pubblici e sociali nella cura di patologie croniche e a lunga degenza), possano servire ai destinatari per rendere attuale quella dichiarazione; ovvero per considerarla revocata, ovviando, in tal modo, alla carenza di certezza della volontà da più parti manifestata e paventata.

Sulla questione relativa alla carenza di attualità nelle dichiarazioni anticipate sui trattamenti sanitari è intervenuta di recente la Suprema Corte⁴², la quale, si è discostata dai principi su cui si era fondata la precedente sentenza n. 21748 del 2007.

Nella sentenza più recente, infatti, la Cassazione, pur affermando il fondamento del generale principio "*(di indubbia rilevanza costituzionale, che emerge, tra l'altro, tanto dal codice di deontologia medica quanto dal documento 20.6.1992 del comitato nazionale per la bioetica) in forza del quale va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita, quanto al profilo della sua efficacia*", la Suprema Corte espone in motivazione talune riserve e tenta di circoscriverne i limiti, ritenendo che, nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo debba essere oggetto di manifestazione

³⁹ Testualmente, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 48; nello stesso senso, v. G.B. FERRI, op. ult. cit., p. 213; R. NICOLÒ, cit., p. 124.

⁴⁰ Su questa linea di pensiero, sulla scia della dottrina sopra citata, si pone di recente anche V. PESCATORE, *Il testamento per relationem*, cit., p. 72.

⁴¹ N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 248.

⁴² Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, cit., relativa ad un caso di emotrasfusioni effettuate nel corso di un trattamento sanitario ad un paziente Testimone di Geova senza il suo consenso.

espressa, inequivoca, attuale, informata. Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una 'precomprensione': in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute.

Ad avviso della Corte, l'efficacia di uno speculare dissenso *ex ante*, privo di qualsiasi informazione medico-terapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita: "[...] è *innegabile, in tal caso, l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione, anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante ad acta il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo in parte qua, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari*".

Il contrasto giurisprudenziale tra le decisioni n. 21748 del 2007 e n. 23676 del 2008 si delinea proprio sul punto della efficacia del rifiuto del trattamento sanitario, in quanto mentre nel primo caso tale rifiuto è stato ritenuto potersi desumere anche da comportamenti concludenti e sulla base di una volontà ricostruita per presunzioni, nel caso ultimo invece, si richiede un rifiuto non astrattamente ipotetico ma concretamente accertato, non programmatico ma specifico; un *giudizio* e non una *precomprensione*.

A fronte di una carenza di attualità delle scelte in precedenza compiute ed in assenza di una revoca espressa dallo stesso autore a causa di una incapacità psichica in atto, dovrebbe essere principalmente il medico curante colui che, ove emerga dal contenuto delle dichiarazioni anticipate la possibilità di ricorrere ad elementi esterni all'uopo indicati dallo stesso dichiarante, potrebbe discostarsi da quelle direttive sul presupposto, motivato e dettagliatamente circostanziato nella cartella

clinica, che il paziente stesso, qualora si fosse trovato nella condizione di farlo, avrebbe espresso un diverso volere e modificato le scelte precedenti⁴³.

4. De iure condendo

Da qualche anno, un gruppo di lavoro si è formato per lavorare intorno ad una formulazione di principi, elaborati dal Prof. Paolo Zatti, che garantiscano alla persona la dignità del morire. Il gruppo, cui hanno aderito bioeticisti, medici e giuristi, avviata la discussione sul tema, ha continuato a confrontarsi con scambi, anche per via telematica, di opinioni, commenti ed idee ed ha portato a termine i suoi lavori con una discussione finale che, nel corso di un Seminario svoltosi a Trento il 25 e 26 ottobre 2012, è culminata nella elaborazione di una proposta normativa.

Si trova testimonianza dei materiali su cui si è basato il confronto e che, come sopra riferito, hanno dato luogo alla proposta di un articolato normativo sul sito <http://undirittogentile.wordpress.com>. In tale proposta sono confluite le esperienze, la perizia e la professionalità di Autori che da sempre sono protagonisti del dibattito su un tema così arduo e, pertanto, in essa sono stati trasfusi, come non meglio poteva accadere, quei principi fondamentali del rispetto della persona umana su cui deve incentrarsi qualsiasi tentativo di regolamentazione.

Nei giorni scorsi, la proposta è stata fatta propria dal Senatore Luigi Manconi ed è stata presentata in Parlamento come Atto di Senato n. 13.

⁴³ Cfr. al riguardo, le considerazioni di L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 437 e, prima ancora, di P. CENDON, *Il testamento per morire in pace*, in *Testamento biologico, direttive anticipate di trattamento*, Atti del convegno di Trieste, 6 aprile 2005, in www.debanfield.it, pp. 36 ss.

In tal senso si muove il Disegno di legge approvato al Senato il 26 marzo 2009 (art. 7, 1° comma).