

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

STAGE 2015

L'AUTONOMIA NEGOZIALE NEL FINE VITA

a cura di L. E. Perriello

gennaio 2016

L'AUTONOMIA NEGOZIALE NEL FINE VITA

SOMMARIO

1. **Il testamento biologico: precisazioni terminologiche. Il consenso informato quale elemento essenziale del contratto con il medico e presupposto di legittimità del suo intervento. La dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute: l'efficacia immediatamente precettiva dell'art. 32 Cost. Dalla negazione dell'autonoma risarcibilità del danno alla salute all'unitarietà e atipicità della lesione delle situazioni esistenziali.7**
2. **Il contenuto dell'autodeterminazione anticipata: la discussa disponibilità della vita umana. Il superamento del dogma della volontà in ambito sanitario attraverso la meritevolezza della scelta esistenziale. Il divieto di eutanasia e di accanimento terapeutico. La natura negoziale delle direttive anticipate e la rilevanza dell'autonomia a contenuto non patrimoniale. L'efficacia di disponibilità unisoggettiva insita nell'atto di disposizione del proprio corpo. Il carattere non vincolante, né meramente persuasivo, delle direttive anticipate: la necessaria contestualizzazione.12**
3. **L'infondatezza della distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire nel contesto delle situazioni non patrimoniali. La capacità di intendere e di volere quale requisito sufficiente di validità. L'inadeguatezza della prescrizione della forma scritta: la valorizzazione dell'identità del paziente.18**
4. **La carenza di una legislazione sul fine vita: il margine di apprezzamento dello Stato. La non persuasività degli argomenti addotti a sostegno dell'inutilità di una legge. La rivalutazione dei principi rispetto alle regole nell'apertura e complessità dell'ordinamento. L'auspicata responsabilizzazione della dottrina in chiave non positivista e la sottoposizione del giudice al «diritto».21**

1. Il testamento biologico: precisazioni terminologiche. Il consenso informato quale elemento essenziale del contratto con il medico e presupposto di legittimità del suo intervento. La dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute: l'efficacia immediatamente precettiva dell'art. 32 Cost. Dalla negazione dell'autonoma risarcibilità del danno alla salute all'unitarietà e atipicità della lesione delle situazioni esistenziali.

Nell'ambito del fine vita l'autonomia negoziale si esplica nel testamento biologico, definito come quel «documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposto 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»¹.

L'inadeguatezza dell'espressione «testamento biologico», mutuata dall'inglese *living will*, è stata evidenziata in relazione alle differenze funzionali con il negozio testamentario². Il testamento biologico produce i suoi effetti in un momento in cui l'autore è ancora in vita, seppur nella fase terminale; di qui, sarebbe preferibile ricorrere a termini diversi, quali «dichiarazioni» o «direttive» anticipate di trattamento.

Non convince, per contro, l'osservazione che l'irriducibilità del testamento biologico al testamento *tout court* dipenda dall'aver quest'ultimo un'efficacia tipicamente patrimoniale, in quanto dispositiva di diritti e doveri per il tempo successivo alla morte del testatore³. Il testamento, invero, tutela soprattutto la persona del *de cuius*, consentendo la sopravvivenza dell'anima attraverso la disciplina delle proprie sostanze e, più in generale, dei propri rapporti giuridici, anche non patrimoniali⁴.

Solo in tale prospettiva il termine «testamento» può risultare appropriato, ravvisando in esso il carattere di discorso o, in senso letterario, di monologo, destinato ad essere attuato in un momento in cui l'autore non ha alcuna possibilità di controllarne l'esecuzione⁵.

L'attuazione del testamento biologico rimanda all'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente, la quale deve improntare tutte le fasi del trattamento sanitario. Se il malato pienamente capace è in grado di instaurare un dialogo consapevole con il medico riguardo ai trattamenti cui intende o meno sottoporsi, nel momento in cui avvenga la perdita di coscienza il consenso informato del paziente è recuperato attraverso la rilevanza giuridica di quanto anticipatamente consacrato nelle direttive⁶.

¹ Parere del Comitato Nazionale di Bioetica 18 dicembre 2003, intitolato «Dichiarazioni anticipate di trattamento», consultabile su http://presidenza.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf (ultima visita 23 dicembre 2015).

² G. BONILINI, *Testamento per vita e amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 189 ss., 191-192; D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 1, p. 7 ss., 17 ss.; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2010, p. 83; ID., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 252.

³ Il rilievo è di G. FERRANDO, *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, 2014, p. 990 ss.

⁴ Sul testamento come risposta all'aspirazione umana all'immortalità dell'anima e, dunque, emanazione del diritto di personalità, cfr. G.W. LEIBNITZ, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667), 12, p. XX; A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Intra, 1865, p. 574 ss., 579; H. AHRENS, *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, trad. it. di A. Marghieri, 2, Napoli, 1872, p. 296 ss., 298.

⁵ P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico: riflessioni*, cit., p. 15 ss., 16-17.

⁶ Si veda il parere del Comitato Nazionale di Bioetica 18 dicembre 2003, cit., per il quale le dichiarazioni hanno il compito «di rendere ancora possibile un rapporto personale tra il medico e il paziente proprio in quelle situazioni estreme in cui non sembra poter sussistere alcun legame tra la solitudine di chi non può esprimersi e la solitudine di chi deve decidere».

Il principio del consenso informato, quale manifestazione dell'adesione consapevole del paziente al trattamento sanitario, è stato assunto dalla Corte costituzionale quale criterio ispiratore dell'attività medica. Esso sintetizza due diritti fondamentali: il diritto all'autodeterminazione (art. 13 Cost.) e il diritto alla salute (art. 32 Cost.)⁷. La persona ha il diritto – non il dovere – di curarsi, in quanto l'esigenza di salute non può determinare una lesione della libertà di autodeterminarsi in ordine alle scelte esistenziali relative al proprio benessere. Il paziente non è più destinatario inerte della cura medica, ma ne è attivo protagonista, poiché il trattamento è sempre frutto di un percorso concordato con il medico, sul quale incombe il dovere di colmare l'asimmetria informativa.

In tale prospettiva, il consenso informato non è soltanto elemento essenziale del contratto concluso con il medico⁸, ma è anche presupposto di legittimità del suo intervento⁹. Il medico che non abbia acquisito il consenso del paziente, dopo averlo adeguatamente informato, incorre in responsabilità contrattuale per il danno alla salute patito, anche se l'intervento sia stato correttamente eseguito *secundum legis artis*, ma il paziente deve fornire la prova che, ove compiutamente informato, avrebbe

⁷ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, con nota di R. BALDUZZI e D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 4945. Il consenso informato riceve una tutela multilivello. La Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145 (sebbene non risulti ancora depositato, presso il Consiglio d'Europa, lo strumento di ratifica), prevede, all'art. 5, che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato». La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, all'art. 3, che «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata». Quanto alla legislazione nazionale, la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale prevede che «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari» (art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833). Specifiche applicazioni sono previste in tema di procreazione medicalmente assistita (art. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40) e di attività trasfusionali (art. 3, l. 21 ottobre 2005, n. 219). Il principio del consenso informato è altresì consacrato nell'art. 35 del codice di deontologia medica. In dottrina, cfr. F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, 2006; D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4970 ss.; C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4981 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 361 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 191 ss.; N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012, p. 9 ss.; A. CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, Napoli, 2014, p. 9 ss.

⁸ La legge istitutiva del servizio nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833) ha consolidato l'idea del contratto tra assistito e amministrazione sanitaria, concluso all'atto dell'accettazione per il ricovero o per la cura: F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività medica*, in *Riv. trim.*, 1984, 3, p. 710 ss. L'obbligo a contrarre a carico dell'amministrazione fa sì che il diritto soggettivo del paziente alla fruizione del servizio diventi diritto al contratto avente ad oggetto il servizio, azionabile secondo le norme della responsabilità contrattuale. Sulla natura contrattuale del rapporto tra paziente e medico o struttura sanitaria, cfr. altresì R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1998, p. 751 ss.; U. RUFFOLO e B. GRAZZINI, *Il problema della responsabilità medica*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica. Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari, privati e pubblici*, Milano, 2004, p. 5 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010, p. 883 ss.

⁹ Se manca il consenso dell'interessato, il prelievo di sangue, pur necessario per le indagini genetiche nell'ambito di un procedimento per la dichiarazione giudiziale di paternità, non può essere effettuato: Cass., 24 febbraio 1997, n. 1661, in *Fam. dir.*, 1997, p. 105. Similmente, v. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, p. 2108, per la quale è legittimo il dissenso all'emotrasfusione manifestato dal testimone di Geova.

verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno¹⁰.

Tutto ciò investe una nuova dimensione del diritto alla salute, che è concepito non più nella sua portata esclusivamente pubblicistica – come interesse della collettività – ma, ora e sempre di più, come diritto fondamentale della persona, pienamente operante nei rapporti tra i privati¹¹.

All'art. 32 Cost. non si attribuisce un ruolo programmatico, di mero indirizzo per il legislatore futuro – come vorrebbe un'angusta lettura delle norme costituzionali, che ne neghi l'applicabilità diretta nei rapporti privatistici – bensì un'efficacia immediatamente precettiva e costitutiva di una posizione giuridica direttamente tutelata dalla carta costituzionale¹². La salute non si esaurisce nel diritto all'assistenza sanitaria, la cui lesione può farsi valere nei confronti della pubblica

¹⁰ L'aggravamento dell'onere probatorio a carico del paziente è imposto da Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, c. 2113, per la quale il risarcimento per gli effetti lesivi o mortali subiti a séguito di un intervento necessario, correttamente eseguito, non potrebbe fondarsi soltanto sull'inadempimento, da parte del medico, dell'obbligo informativo, dal momento che difetterebbe l'ulteriore e necessaria prova del nesso di causalità tra la mancata acquisizione del consenso e il pregiudizio alla salute. Ulteriori precisazioni sono offerte da Cass., 6 giugno 2014, n. 12830, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 4, p. 1362, secondo la quale, ove si tratti di un trattamento non necessario (nella specie, un intervento di chirurgia estetica), la circostanza che il risultato perseguito dal paziente non sia normalmente declinabile in termini di tutela della salute fa presumere che il consenso non sarebbe stato prestato se l'informazione fosse stata data e rende, pertanto, superfluo l'accertamento del nesso di causalità da cui, invece, non si può prescindere quando l'intervento sia volto alla tutela della salute e la stessa risulti pregiudicata da un intervento pur necessario e correttamente eseguito. Sul punto, si vedano altresì, nella giurisprudenza più recente, Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Giust. civ.*, 2013, 5-6, I, p. 1169; Cass., 27 novembre 2012, n. 20984, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, p. 1497; Cass., 31 luglio 2013, n. 18334, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2, p. 569; Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751, in *Guida dir.*, 2014, 6, p. 97; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2854, *ivi*, 2015, 21, p. 68. In dottrina, sulla responsabilità medica per violazione del consenso informato, cfr. A. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 1, p. 1 ss.; M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1014 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, p. 77 ss.; M.F. LO MORO, *Mancato consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2013, p. 1119 ss.; P. RESCIGNO, *Il consenso informato. Responsabilità civile della struttura sanitaria e del medico*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 2013, p. 91 ss.; A. CILENTO, *Oltre il consenso informato*, cit., p. 71 ss.

¹¹ Sulla duplice dimensione del diritto alla salute, individuale e soggettiva l'una (la salute come «fondamentale diritto dell'individuo»), sociale e oggettiva l'altra (la salute come «interesse della collettività»), cfr. Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 190 ss.; Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro amm.*, 1991, p. 640; Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1006; Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro amm.*, 1999, p. 565; Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, c. 5; Corte cost., 16 ottobre 2000, n. 423, *ivi*, 2001, I, c. 4. In dottrina, sull'interpretazione costituzionale del diritto alla salute, cfr. L. MONTUSCHI, *Sub Art. 32*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 146 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in M. BARNI e A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995, p. 75 ss.; P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGLIONE e G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012, p. 55 ss.; G.M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana: un diritto fondamentale, un interesse di tutti*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, cit., p. 15 ss.; P. MEZZANOTTE, *Tutela della salute tra compiti pubblici, autonomia privata e principio di sussidiarietà*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna (Rn), 2014, p. 45 ss.

¹² Le fasi che hanno portato all'attuale interpretazione dell'art. 32 Cost., da norma meramente programmatica a norma immediatamente precettiva, sono ben scandite da R. ROLLI e A. PINNA, *Il diritto alla salute*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 ss., 5-6.

amministrazione, ma assume una rilevanza anche nei rapporti intersoggettivi, quale parametro della liceità e della meritevolezza dell'attività umana¹³.

L'interesse della collettività, se può giustificare l'imposizione di una misura sanitaria anche senza il consenso dell'interessato, giammai potrebbe delegittimare la tutela risarcitoria conseguente alla lesione dell'interesse individuale alla salute. In tale direzione, la giurisprudenza costituzionale riconosce il diritto all'indennizzo per il danno derivante da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati (art. 1, l. 25 febbraio 1992, n. 210), anche a coloro che si siano sottoposti a vaccinazioni non obbligatorie ma fortemente raccomandate dalle autorità sanitarie¹⁴.

La salute non è un bene autonomamente tutelato, ma è una situazione giuridica inscindibile rispetto al valore della persona umana. Ciò impone una lettura dell'art. 32 Cost. in maniera non separata rispetto alla clausola generale di tutela della persona (art. 2 Cost.)¹⁵. Sì che la salute non si esprime solo nell'integrità fisica della persona, ossia nell'assenza di malattia, bensì coinvolge una dimensione complessiva di benessere psico-fisico del soggetto, non avulsa dalle circostanze culturali, sociali e ambientali¹⁶. Trattasi di una visione identitaria e storicizzata della salute, che non è più correlata allo standard oggettivo dell'uomo sano, ma si parametrizza necessariamente all'esperienza individuale. Il contenuto del diritto si relativizza nel tempo.

La salute diviene, così, un aspetto non statico ma dinamico e funzionale della persona, che non può esaurirsi nello schema formale del diritto soggettivo, investendo piuttosto una serie atipica e potenzialmente illimitata di situazioni giuridiche.

Il collegamento della salute con la persona appare di fondamentale importanza, perché induce a superare una ristretta visione della responsabilità civile legata alla patrimonialità dell'interesse leso, nonché a rivedere la netta demarcazione tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale.

E' noto, infatti, che l'art. 2059 c.c., che ancora la risarcibilità del danno non patrimoniale all'espressa previsione di legge, ha ricevuto a lungo un'interpretazione ostensiva al ristoro della lesione di situazioni giuridiche esistenziali.

¹³ In tal senso, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss. e ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 101 ss., 104-105 (da cui si cita), il quale chiosa che la salute «è nozione esprimibile non soltanto dal punto di vista strettamente sanitario, ma anche da quello comportamentale, sociale ed ambientale».

¹⁴ Così, Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Giur. cost.*, 2012, 2, p. 1452, sul rilievo decisivo che «in un contesto di irrinunciabile solidarietà, [...] la misura indennitaria appare per se stessa destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo».

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute*, cit., pp. 104-106, e *ivi* ulteriori riferimenti.

¹⁶ Sulla dimensione identitaria del diritto alla salute, cfr. P. ZATTI, *Dimensioni e aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in AA.VV., *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Padova, 2007, p. 1 ss.; ID., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, II, p. 403 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 579 ss. Per la nota distinzione tra l'essere vivi, in senso biologico, e l'aver una vita, in senso biografico, si veda J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 1989, p. 11 ss. In giurisprudenza, v., di recente, Cons. St., 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, 9, p. 2229, ove si legge che «la nozione statica e "medicale" di salute, legata cioè ad una dimensione oggettiva e fissa del benessere psico-fisico della persona, deve cedere il passo ad una concezione soggettiva e dinamica del concreto contenuto del diritto alla salute, che si costruisce nella continua e rinnovata dialettica medico-paziente, di modo che tale contenuto, dal suo formarsi, al suo manifestarsi sino al suo svolgersi, corrisponda effettivamente all'idea che di sé e della propria dignità, attraverso il perseguimento del proprio benessere, ha il singolo paziente per realizzare pienamente la sua personalità, anzitutto e soprattutto nelle scelte, come quelle di accettare o rifiutare le cure, che possono segnare il destino». Anche la Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità definisce la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale», non consistente solo «in un'assenza di malattia o d'infermità».

Influenzata dalla bipartizione del sistema risarcitorio in danni patrimoniali, risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., e danni non patrimoniali, risarcibili ai sensi dell'art. 2059 c.c., la giurisprudenza qualificava come non patrimoniale il danno alla persona, tra cui anche il danno alla salute, assoggettandone la risarcibilità alla tipicità prevista dalla seconda disposizione¹⁷. Il danno non patrimoniale si riteneva risarcibile solo in quanto danno morale soggettivo, consistente nell'ingiusto turbamento dello stato d'animo o nello stato di angoscia transeunte ingenerato dal fatto illecito previsto dalla legge penale come reato (art. 185 c.p.). Viceversa, le conseguenze di natura patrimoniale della lesione della salute (si pensi alla perdita o diminuzione della capacità lavorativa, alle spese mediche) erano risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ne derivava la negazione dell'autonoma risarcibilità del danno alla salute, con la conseguenza aberrante di negare la tutela risarcitoria a soggetti incapaci di produrre reddito.

Dopo un travagliato iter, la giurisprudenza ha riconosciuto l'autonoma rilevanza della menomazione dell'integrità psicofisica della persona in sé considerata, indipendentemente dall'attitudine a produrre ricchezza, risarcibile quale danno biologico ai sensi del combinato disposto dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2043 c.c.¹⁸

In tempi recenti, si è attribuita unitarietà al danno non patrimoniale, il quale non è suscettibile di parcellizzazione in sottocategorie diversamente etichettate, aventi piuttosto una funzione meramente descrittiva. In caso contrario, si sottoporrebbe la risarcibilità del danno non patrimoniale all'atipicità, in spregio alla lettera dell'art. 2059 c.c.¹⁹

Il nuovo corso della giurisprudenza, se da un lato si apprezza per l'aver ricondotto ad unitarietà il danno non patrimoniale, dall'altro sembra censurabile nella parte in cui ne condiziona la risarcibilità alla tipicità contemplata dall'art. 2059 c.c. In un ordinamento, come il nostro, fondato sulla clausola generale della tutela della persona, non ha senso discorrere di atipicità per la lesione di interessi patrimoniali, risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., e tipicità, o addirittura tassatività, per la lesione di interessi non patrimoniali. Una simile visione spezzerebbe la necessaria unitarietà del valore della persona. Appare, piuttosto, convincente l'interpretazione che riconduce la risarcibilità della lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, sia patrimoniale che non patrimoniale, all'art. 2043 c.c., residuando all'art. 2059 c.c. un ambito di applicazione limitato al danno morale soggettivo da reato, sì da ammettere la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in assenza di ipotesi tassativamente predeterminate²⁰.

¹⁷ Cfr. Ass. Padova, 10 dicembre 1984, in *Giur. it.*, 1985, II, c. 350; App. Palermo, 18 settembre 1985, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1986, p. 794; Trib. Roma, 31 ottobre 1985, *ivi*, 1986, p. 546.

¹⁸ Sulla risarcibilità del danno biologico si vedano, *ex plurimis*, Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, con nota di G. ALPA, *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1905 ss.; Cass., 3 aprile 1990, n. 2761, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 7; Cass. 29 settembre 1999, n. 10762, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2027; Cass., 21 maggio 2001, n. 6895, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1016; Cass., 5 luglio 2001, n. 9090, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 1224; Cass., 27 giugno 2007, n. 14852, in *Arch. giur. circol.*, 2007, 12, p. 1289.

¹⁹ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, con nota di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, p. 38 ss. La sentenza appare altresì significativa per la statuizione che il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale può essere domandato con un'unica azione *ex contractu*, qualora l'inadempimento abbia leso diritti inviolabili della persona, senza la necessità di ricorrere all'artificio del cumulo delle azioni. La pronuncia delle Sezioni unite è stata anticipata dalle note sentenze «gemelle» del 2003: Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, cc. 2272 ss. e 2275 ss., per le quali la tutela risarcitoria della persona va ricondotta al sistema bipolare del danno patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo comprensivo del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso e dei pregiudizi diversi ed ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

²⁰ In tal senso, v. P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 3, p. 775 ss.; ID., *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, *ivi*, 2009, 2,

2. Il contenuto dell'autodeterminazione anticipata: la discussa disponibilità della vita umana. Il superamento del dogma della volontà in ambito sanitario attraverso la meritevolezza della scelta esistenziale. Il divieto di eutanasia e di accanimento terapeutico. La natura negoziale delle direttive anticipate e la rilevanza dell'autonomia a contenuto non patrimoniale. L'efficacia di disponibilità unisoggettiva insita nell'atto di disposizione del proprio corpo. Il carattere non vincolante, né meramente persuasivo, delle direttive anticipate: la necessaria contestualizzazione.

La visione del consenso informato come sintesi del diritto alla salute e all'autodeterminazione, in collegamento con il valore della persona umana, induce a svolgere una riflessione sul contenuto del testamento biologico.

Il dibattito sull'estensione dell'autodeterminazione anticipata è aperto, tra quanti discorrono di indisponibilità della vita, o di una parziale disponibilità, e quanti, invece, esaltano l'assoluta libertà del soggetto in relazione alla propria esistenza. Il nodo della questione è se la persona possa rifiutare anche trattamenti salvavita tra cui, in particolare, l'idratazione e l'alimentazione artificiale. Se taluni sottolineano l'irrinunciabilità di azioni mediche di sostegno vitale, che assolverebbero una funzione non curativa ma meramente facilitativa dello svolgimento delle funzioni vitali, finché il sostegno sia ben recepito dall'organismo e non si configuri quale accanimento terapeutico²¹, altri, invece, rilevano che, a prescindere dalla natura terapeutica o sanitaria, trattasi pur sempre di trattamenti invasivi della sfera fisica, illeciti se non consentiti²².

p. 520 ss.; E. CAPOBIANCO, *Lesione di interessi esistenziali della persona e loro risarcibilità: il c.d. danno esistenziale. Il contributo della «Rassegna di diritto civile»*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 123 ss.; A. FLAMINI, *Danno biologico e danno non patrimoniale: percorsi e ricorsi*, in *Studi in memoria di Elio Fanara*, Milano, 2008, p. 555 ss.; E.A. EMILIOZZI, *Il danno alla persona. Profili sistematici e ricostruttivi*, Napoli, 2008; F. TESCIONE, *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, p. 530 ss.; A. MALOMO, *Responsabilità civile: unitarietà della persona umana e atipicità delle situazioni da tutelare*, in *Corti salernitane*, 2011, 3-4, p. 127 ss.; S. DEPLANO, *Danno alla persona e responsabilità civile (Cass., 11 novembre 2008, n. 26972)*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 505 ss., per il quale la pronuncia delle Sezioni unite del 2008 non è condivisibile là dove «statuisce di effettuare una “interpretazione costituzionalmente orientata” dell'art. 2059 c.c., nel riconoscere anche alla Costituzione il valore di “legge” che determina la risarcibilità del danno non patrimoniale, affermando di preservare così la tipicità prevista dalla previsione normativa. I giudici, infatti, più che un'interpretazione costituzionalmente orientata, sembrano, al contrario, realizzare una lettura della Costituzione alla luce di una disposizione codicistica, non a caso definita “di rinvio”». In giurisprudenza, cfr. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2324, per la quale «l'art. 2043 c.c., correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma (esclusi [...] i danni morali subiettivi) tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana». Nello stesso senso, v. Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, c. 187.

²¹ In tal senso, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 2, p. 387 ss., 450. Similmente, v. G. IADECOLA, *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 3-4, p. 473 ss., 479 ss., il quale precisa che il paziente non potrebbe esercitare il diritto di morire dinanzi al medico, essendo costui titolare di una posizione di garanzia della salute del malato affidato alle sue cure.

²² Cfr. G. FERRANDO, *Testamento biologico*, cit., pp. 1015-1016; G. CRICENTI, *Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni irrilevanti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 3, p. 681 ss. Più diffusamente, sulla questione se l'idratazione e l'alimentazione forzata siano qualificabili come trattamenti medici, v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, p. 228 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, 11, I, p. 2366, per la quale «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente

Dal punto di vista della morale cattolica, la vita è sacra e, dunque, indisponibile. Per l'uomo la vita è un dono di Dio, sí che non può disporre. L'uomo possiede una natura ontologica data da Dio, rispetto alla quale, piú che decidere, risulta deciso²³.

Di là da qualsiasi riflessione morale sull'indisponibilità della vita, un punto fondamentale va subito chiarito. L'autodeterminazione, perché sia espressione della dignità dell'uomo, non deve tradursi nel capriccio o nell'arbitrio, pena il ritorno al dogma della volontà come valore da tutelare ad ogni costo. L'autodeterminazione non deve esercitarsi soltanto in maniera non illecita, vale a dire non contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, ma deve altresí esplicarsi in un'attività meritevole di tutela per l'ordinamento. In qualsiasi esercizio di autodeterminazione vi deve essere il riscontro della meritevolezza insita nella dignità umana, altrimenti l'autonomia diventa puro arbitrio. Sí che un gesto che risolve la propria esistenza, sia pur lecito – è noto che l'ordinamento non sanziona il tentativo di suicidio, ma solo il suicidio assistito – non appare meritevole²⁴.

Ciò induce a superare l'imperialismo della volontà in ambito sanitario, insito in quelle logiche «proprietarie» del diritto all'autodeterminazione, che ricostruiscono il diritto di disporre della propria salute alla stregua di un diritto di proprietà. L'atto di disposizione di una situazione esistenziale, invero, non può affatto equipararsi al negozio con cui si dispone di una situazione proprietaria²⁵: basti

incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita»; e Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, cit., secondo la quale «va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita». Nel parere del Comitato nazionale per la bioetica 24 ottobre 2008, intitolato «Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico», consultabile su http://presidenza.governo.it/bioetica/pareri_abstract/rifiuto_rinuncia_consapevole_paziente_medico_24102008.pdf (ultima visita 23 dicembre 2015), sono emerse posizioni divergenti sulla possibilità di rifiutare trattamenti salva-vita.

²³ Cfr. G. CRICENTI, *Il diritto di rifiutare le cure*, cit., p. 681 ss., il quale osserva che vi sono eccezioni al principio della indisponibilità della vita nella stessa morale cattolica, al riguardo citando il martire che sacrifica la vita in vista di un bene superiore; la teoria del doppio effetto, secondo cui l'azione che abbia due effetti, uno positivo e l'altro negativo, non è proibita se l'effetto negativo è previsto ma non voluto; ed infine, la distinzione tra mezzi proporzionati e mezzi sproporzionati, i primi moralmente obbligatori, i secondi elettivi. Sull'indisponibilità della vita nel magistero della Chiesa, si veda altresí M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico nel Magistero della Chiesa cattolica*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1, p. 335 ss. Sull'idea della sacralità della vita in chiave secolarizzata, v. R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia, libertà individuale*, Milano, 1994.

²⁴ Sulla limitatezza dell'autodeterminazione e l'oggettivizzazione della dignità umana, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 126, il quale ricorda che «il filone culturale del personalismo non costituisce un ritorno al dogma della volontà individuale ed egoistica: esso si completa e si integra con il solidarismo. [...] Al centro dell'ordinamento, infatti, è la persona non come volontà di realizzarsi libertariamente ma come valore da preservare e da realizzare anche nel rispetto di se stesso»; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 4, p. 1037 ss., il quale, premesso che l'autodeterminazione non compare nella teoria classica del negozio giuridico come determinazione della volontà volta a produrre effetti giuridici, avverte che l'autodeterminazione non può obliterare altri valori costituzionali, tra cui il diritto alla vita, che pure sottende tutti i diritti, altrimenti diventerebbe un valore non credibile perché proverebbe troppo; L. BALESTRA, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Riv. trim.*, 2011, 4, p. 1009 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere*, cit., 2014, 2, p. 402, il quale, avverso l'imperialismo della volontà, auspica la costruzione di un diritto all'autodeterminazione che non può avere ad oggetto l'autoannientamento della persona ma le diverse modalità dell'essere, secondo una concezione oggettiva della dignità umana «il cui contenuto è [...] rimesso alla capacità dell'interprete di tradurvi l'assiologia immanente nell'ordinamento giuridico senza distorcerla secondo la propria personale visione delle cose».

²⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 127; A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, p. 269 ss. La configurabilità del diritto sul proprio corpo come diritto proprietario è in voga soprattutto negli Stati Uniti: G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, p. 138 ss.

solo pensare che il consenso al trattamento sanitario deve essere personale ed attuale, ed è revocabile in qualsiasi momento²⁶.

L'autonomia è, dunque, tutelata, purché rivendichi la dignità della persona. La ragione per cui la persona non può decidere di non vivere non va individuata nelle norme, di origine preconstituzionale, che vietano gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica (art. 5 c.c.) oppure che sanzionano l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.)²⁷. Ragionare in questi termini significherebbe invertire la gerarchia delle fonti, interpretando la Costituzione alla luce delle disposizioni codicistiche, peraltro fondate sulla tutela del patrimonio più che della persona²⁸.

Né vale il richiamo a visioni religiose che proclamino l'indisponibilità della vita, che pur potrebbero scontare l'obiezione di una loro estraneità ad una discussione laica sul fine vita.

Risolutivo appare, piuttosto, il rilievo che la negazione della propria esistenza è un atto sì lecito ma non meritevole di tutela, in quanto contrario alla dignità umana. La valutazione di non illiceità dell'atto, vale a dire non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, non è affatto sovrapponibile al diverso controllo di meritevolezza. La meritevolezza non si identifica con la liceità²⁹, né con la volontà di giuridicizzare il rapporto³⁰ o con l'assenza di dannosità verso terzi³¹, ma implica una valutazione positiva dell'atto alla luce dell'assiologia dell'ordinamento³².

²⁶ In ambito sanitario, il consenso non costituisce accordo, ma assenso, ossia una manifestazione di volontà che non si coniuga con un'altra volontà, con la conseguenza che esso non crea un vincolo, ma soltanto un'autorizzazione per il medico: C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione*, cit., p. 1053. Sui requisiti del consenso negli atti a contenuto non patrimoniale, si veda L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 64 ss.

²⁷ In tal senso, invece, C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione*, cit., p. 1051, per il quale dall'art. 5 c.c. è possibile ricavare meglio che da altri luoghi normativi l'inesistenza di un diritto al suicidio.

²⁸ Come osserva G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 2009, 4, p. 509 ss., 519-520. Sul punto, v. anche C. CASONATO, *Consenso e rifiuto di cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, p. 545 ss., 551-554.

²⁹ Sulla coincidenza tra liceità e meritevolezza, cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, p. 199 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 172 ss., 345 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 1 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2001, pp. 424-425; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss.

³⁰ F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 62 ss.

³¹ F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'era del post-moderno*, in ID., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 141 ss.

³² L'atto meritevole di tutela non è semplicemente l'atto lecito, ma l'atto che attua l'ordine giuridico dei valori. Sul punto, cfr. L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli-Camerino, 1978, p. 28 ss.; M.A. URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 334 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 189. In giurisprudenza, v. Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, 3, p. 1441, la quale, dopo aver richiamato la distinzione tra liceità e meritevolezza, ha ritenuto nulla la clausola di un contratto di locazione che vietava l'ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, sul rilievo che una simile clausola confligge «con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà e [può] altresì confliggere con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di rapporti amicizia». Per la disamina di un caso giurisprudenziale riguardante un contratto non meritevole, nonché per ulteriori riferimenti, si veda I. PRISCO, *Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione»*, II, cit., p. 345 ss. Nel senso, invece, che la meritevolezza non assurge a strumento di controllo di validità dell'autonomia

Ciò, ovviamente, non comporta che l'individuo abbia un dovere di vivere, dal momento che l'ordinamento non può imporre trattamenti sanitari che non siano giustificati anche da un interesse collettivo legato alla salute pubblica (art. 32 Cost.).

La persona, in definitiva, ha un diritto di vivere ma non un diritto di morire. Inequivocabile è la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, là dove avverte che l'art. 2 C.e.d.u., che riconosce il diritto alla vita, non può essere interpretato nel senso di conferire l'opposto diritto alla morte; nemmeno potrebbe fondare un diritto all'autodeterminazione inteso come diritto di preferire la morte alla vita³³.

Occorre, in ogni caso, sgombrare il campo da qualsiasi possibile confusione tra eutanasia e accanimento terapeutico. È evidente che con le direttive anticipate la persona non possa optare per l'eutanasia, ossia esprimere la volontà che, ove si trovi in uno stato di incoscienza dovuto ad una malattia o ad un trauma improvviso, le sia somministrato un farmaco idoneo a cagionare la morte. Per contro, il paziente, sia cosciente, sia incosciente, quest'ultimo attraverso lo strumento delle direttive anticipate, è legittimato a rifiutare l'accanimento terapeutico, ossia la somministrazione di trattamenti da cui non possa ragionevolmente attendersi un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della qualità della vita. Se, infatti, l'eutanasia non appare meritevole di tutela nel nostro ordinamento, il rifiuto dell'accanimento terapeutico costituisce un legittimo e meritevole esercizio di autonomia ove espresso nelle direttive anticipate, in quanto impone il valore della dignità umana nei confronti di cure che appaiono sproporzionate rispetto al fine ultimo del beneficio per la salute.

L'accanimento terapeutico è, del resto, vietato sia dalla deontologia medica³⁴, sia dalla morale cristiana³⁵. La persona che si oppone all'accanimento terapeutico, anche in via anticipata, non esercita un diritto di morire, secondo una manifestazione di volontà che, per quanto detto, non sarebbe meritevole, ma il diverso diritto a che la sua vita non sia protratta artificialmente mediante trattamenti sproporzionati³⁶.

Ricostruita l'estensione dell'autodeterminazione nel fine vita in questi termini, non può dubitarsi dell'inquadramento delle direttive anticipate tra i negozi giuridici non patrimoniali. Le direttive anticipate sono un atto con funzione precettiva nei confronti del personale sanitario, predisponendo un regolamento della relazione di cura, attraverso la manifestazione del consenso o del rifiuto nei confronti di determinati trattamenti sanitari. Esse, dunque, dettano la regola dispositiva volta ad incidere sugli effetti che l'atto è destinato a produrre, sia pure entro i limiti previsti dall'ordinamento³⁷.

negoziale, ma serve semplicemente a tracciare i binari entro cui l'autonomia può operare: M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, I, p. 789 ss.

³³ Trattasi del caso *Pretty c. Regno Unito* 29 aprile 2002, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 57.

³⁴ Art. 16 del nuovo codice di deontologia medica, approvato il 18 maggio 2014.

³⁵ Cfr. M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico*, cit., p. 335 ss., il quale, citando il Magistero ecclesiastico espresso da Giovanni Paolo II, *Lett. enc. Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, n. 65, ricorda che dall'eutanasia «va distinta la decisione di rinunciare al cosiddetto accanimento terapeutico [...]. Si dà certamente l'obbligo morale di curare e di farsi curare, ma tale obbligo deve misurarsi con le situazioni concrete; occorre, cioè, valutare se i mezzi terapeutici a disposizione siano oggettivamente proporzionati alle prospettive di miglioramento. La rinuncia a mezzi straordinari o sproporzionati non equivale al suicidio o all'eutanasia; esprime, piuttosto, l'accettazione della condizione umana di fronte alla morte».

³⁶ Cfr. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 99 ss., per la quale il rifiuto alla prosecuzione artificiale della vita costituirebbe esercizio non già del diritto di morire, incompatibile con il nostro sistema di valori, bensì del diritto alla vita intesa non come sopravvivenza, ma come possibilità di attuare la propria personalità. Ne deriverebbe una diversa valutazione dell'omicidio del consenziente, sanzionabile solo qualora la richiesta di porre fine alla vita non sia espressione del diritto alla propria vita naturale.

³⁷ T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, p. 83 ss.

All'asserita natura negoziale non può opporsi la non completa coincidenza tra effetti voluti ed effetti giuridici: il negozio giuridico può produrre – anzi produce normalmente – effetti che non siano voluti dall'autore. Elemento essenziale del negozio è, allora, l'efficacia innovativa e dispositiva, idonea, cioè, a creare nuove situazioni giuridiche in capo agli interessati, incidendo sul preesistente regolamento di interessi³⁸.

Sembra che qualsiasi negazione della natura negoziale e contestuale riferimento alla categoria dell'atto giuridico in senso stretto³⁹ siano dovute all'obsoleta diffidenza verso il contenuto non patrimoniale del negozio, all'errata idea che il negozio possa riguardare solo il patrimonio e non la persona. La patrimonialità è un requisito strutturale dell'obbligazione e del contratto, storicamente mutevole, che delimita l'ambito delle norme applicabili a tali fattispecie. La negoziabilità, viceversa, è categoria concettuale più ampia, coincidente con la meritevolezza degli interessi, anche esistenziali, perseguiti dalle parti⁴⁰.

Il negozio giuridico ha oggi acquisito spazi inediti proprio nell'ambito delle situazioni esistenziali, tradizionalmente ritenute aliene all'autonomia privata. Può notarsi, anzi, che se nella sfera patrimoniale l'autonomia subisce sempre più intense intrusioni dovute all'emersione di nuovi stati (si pensi, per tutti, allo *status* di consumatore), nelle situazioni personali l'autonomia ha ridefinito il rapporto tra medico e paziente, sostituendosi come espressione di libertà individuale a quella che prima era una mera discrezionalità tecnica⁴¹.

L'atto di disposizione del proprio corpo, in tale contesto, non ha più l'efficacia tipica dell'art. 5 c.c., vale a dire l'attribuzione del diritto del disponente ad un soggetto antagonista, bensì assume il significato, del tutto peculiare, di disponibilità unisoggettiva, nel senso di conferire ad altri un potere decisionale che altrimenti non si avrebbe⁴². La titolarità del diritto sul corpo resta in capo al disponente, ma il negozio attribuisce ad altri la legittimità di disporre.

³⁸ Cfr. L. DI BONA, *I negozi giuridici*, cit., p. 231 e *ivi* ulteriori riferimenti critici all'orientamento che individua nella completa volontarietà degli effetti il discrimine tra i negozi e gli atti giuridici in senso stretto.

³⁹ Sul punto, si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere*, cit., p. 432, il quale sostiene la natura non negoziale della direttiva anticipata sul rilievo che essa «non impone prestazioni positive, ma solo impedisce o limita l'esercizio di un'attività altrimenti dovuta o comunque sottoposta ad un vaglio di mera discrezionalità tecnica da parte del medico, senza nel contempo vincolare l'autore della dichiarazione». Similmente, v. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione*, cit., p. 126 ss., per la quale il consenso al trattamento non assolve una funzione dispositiva, perché non produce una modificazione del mondo del diritto, conseguente alla creazione di un regolamento impegnativo di interessi o alla modifica della situazione dell'agente.

⁴⁰ Sulla rilevanza dell'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale e l'identificazione della negoziabilità non con la patrimonialità o la contrattualità, ma con la meritevolezza dell'assetto di interessi, cfr. M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000; L. DI BONA, *I negozi giuridici*, cit., p. 219 ss.; ID., *Rapporti a contenuto non patrimoniale e vincolatività del consenso*, Pesaro, 2005; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; P. PERLINGIERI e M.A. URCIUOLI, *Atti a contenuto non patrimoniale*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Napoli, 2014, p. 649 ss. Sulla necessità di funzionalizzare anche i rapporti patrimoniali al rispetto della dignità della persona, il che non implica una riduzione quantitativa della loro tutela, ma una tutela qualitativamente diversa, cfr. C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; P. PERLINGIERI, «Depatrimonializzazione» e diritto civile, *ivi*, 1983, p. 1 ss., ora in ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 175 ss.; M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.; ID., *Legalità costituzionale e diritto civile*, *ivi*, 2011, 3, p. 840 ss. In senso critico, v. A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.

⁴¹ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1, p. 87 ss., 107.

⁴² Cfr. C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 102 ss., il quale osserva che l'atto di disposizione del proprio corpo «ha la persona come punto di partenza e di arrivo, come autore dell'atto e come destinatario dell'effetto. Pure nella scelta di morire non si dispone del proprio corpo in favore di altri; e però se ne dispone in termini integrali e definitivi, attribuendo ad altri non la titolarità, che è inalienabile, bensì i poteri che con parola

Se le direttive anticipate costituiscono un peculiare negozio a contenuto non patrimoniale, dall'efficacia non attributiva ma di disponibilità unisoggettiva, allora non vale richiamare una loro vincolatività nei confronti del personale sanitario, sotto la suggestione dell'art. 1372 c.c., che sancisce la forza di legge del contratto tra la parti.

Non c'è dubbio che la volontà espressa anticipatamente nelle direttive è di per sé carente di attualità, se si intende correttamente l'attualità come possibilità di riesaminare le proprie convinzioni nel momento in cui richiedono un'attuazione. A fronte di un evento improvviso che determini uno stato di incoscienza e di impossibilità di esprimere una volontà consapevole, le direttive anticipate, che non siano state revocate, soltanto formalmente potranno dirsi attuali. La previsione della revocabilità in qualsiasi momento del testamento biologico non consente, infatti, di affermarne la perdurante attualità. Non serve obiettare che la volontà anticipata è attuale perché il disponente non abbia esercitato il potere di revoca⁴³.

Nondimeno, l'assenza di attualità delle direttive anticipate non consente di ridurle a criterio meramente orientativo. Occorre, dunque, rifuggire dall'estremo dell'assoluta vincolatività per il medico, come se la direttive fossero un contratto, ma anche dall'estremo opposto della mera persuasività. Il medico non è di certo sottoposto ad un obbligo di meccanica esecuzione della volontà espressa anticipatamente: ciò svilirebbe non soltanto la sua autonomia professionale⁴⁴, ma anche la necessità di accertare la corrispondenza tra la situazione ipotizzata dal paziente e quella concretamente verificatasi⁴⁵.

La volontà anticipata deve essere sempre contestualizzata alla stregua di un giudizio che non può non tener conto del lasso temporale che interviene tra il momento dell'espressione della volontà e il momento in cui questa va attuata. In tale lasso, la scienza medica non sta a guardare, ma progredisce secondo esiti spesso imprevisi o oggettivamente imprevedibili, i quali, viceversa, ove previsti o conosciuti, avrebbero sensibilmente mutato il quadro di riferimento a disposizione dell'autore delle direttive.

che suona brutta nel contesto, possiamo chiamare di gestione», e che «tutto questo può dirsi emblematicamente riassunto nella categoria del consenso informato», atto negoziale unilaterale che non si limita a neutralizzare l'antigiuridicità, bensì si esercita come potere di controllo circa il se di un'attività devoluta ad un potere altrui. Di attitudine innovativa o dispositiva dell'atto di disposizione del corpo discorre L. DI BONA, *I negozi giuridici*, cit., p. 224, osservando che il titolare del diritto all'integrità dispone della propria situazione imprimendo sulla stessa una configurazione giuridica nuova, un diverso assetto regolamentare. Il consenso elimina l'antigiuridicità dell'intervento medico e lo rende meritevole di tutela, il che costituisce un mutamento *nel diritto e del diritto*.

⁴³ In tal senso, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere*, cit., p. 440, il quale contesta l'attualità della volontà espressa nelle direttive, ritenendo più corretto discorrere di prossimità. Sottolinea la carenza di attualità delle direttive anche G. IADECOLA, *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, cit., p. 482.

⁴⁴ Per una valorizzazione dell'autonomia e della responsabilità del medico il quale, con il consenso del paziente, individua e applica i presidi diagnostici e terapeutici più adatti, fondando la sua decisione su aggiornate acquisizioni scientifiche, v. Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, c. 294. Il medesimo principio è espresso dagli artt. 4 e 13 del codice di deontologia medica.

⁴⁵ Sulla necessità di contestualizzare le direttive, v. G. FERRANDO, *Testamento biologico*, cit., p. 1015. Similmente, v. E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, II, p. 363 ss., 377-379. In senso parzialmente contrario, si esprime A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 2, p. 85 ss., 88, per la quale ove la persona si trovi in stato di coma vegetativo permanente o di lesioni cerebrali irreversibili, la decisione anticipata di rifiutare determinati trattamenti spetterebbe esclusivamente all'interessato, in quanto atto di disposizione della propria dignità, di fronte al quale il medico «deve fare un passo indietro». Viceversa, ove il paziente si trovi in uno stato di incapacità transitoria, la disposizione anticipata non sarebbe vincolante per il medico, il quale «dovrà analizzare la complessità della situazione concreta e valutare la rilevanza degli interessi suscettibili di essere irrimediabilmente compromessi». Il distinguo non è del tutto persuasivo. Non si vede perché la persona che si trovi in stato di incapacità irreversibile debba decidere in completa solitudine. Inoltre, non si comprende perché la decisione del paziente in stato di incapacità transitoria non costituisca parimenti espressione della propria dignità.

Si restituisce così un ruolo di dignità al medico, il quale non appare titolare di un potere arbitrario di discostarsi dal testamento biologico, ma è tenuto a rispettarlo contestualizzandolo. Il pieno rispetto delle direttive anticipate porterà ad una loro inattuazione tutte le volte in cui il medico accerti la discrepanza tra quanto ipotizzato dal paziente e quanto effettivamente verificatosi, nonché nel caso in cui i progressi della medicina siano stati di tale entità che, ove previsti o conosciuti dall'autore delle direttive, avrebbero indotto una decisione diversa.

Del resto, il medico che accerta che la volontà espressa anticipatamente dal paziente non può essere attuata perché priva di effettività, non fa altro che rispettare la volontà del paziente⁴⁶.

3. L'infondatezza della distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire nel contesto delle situazioni non patrimoniali. La capacità di intendere e di volere quale requisito sufficiente di validità. L'inadeguatezza della prescrizione della forma scritta: la valorizzazione dell'identità del paziente.

Gli eccessi del pancontrattualismo hanno avuto ripercussioni anche nella definizione dei requisiti di capacità e di forma per la conclusione di valide direttive anticipate. Si è, infatti, osservato che, in considerazione dell'importanza degli effetti del negozio in questione – concernenti la sfera più intima della persona – la forma di capacità che dovrebbe qualificare lo stato soggettivo del dichiarante non potrebbe essere la naturale capacità di intendere e di volere, dovendo ricorrere altresì la legale capacità di agire⁴⁷.

Può obiettarsi che la distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire ha la sua origine, ed esprime una *ratio* ragionevole, nel contesto delle situazioni giuridiche patrimoniali, là dove la capacità d'agire è requisito di validità del contratto e, più in generale, del negozio a contenuto patrimoniale, in quanto esprime la capacità di valutare la convenienza economica dell'atto. Una simile distinzione, per contro, non può condividersi nel campo delle situazioni esistenziali, dal momento che la persona è tale a prescindere dalla capacità d'agire, e finanche dalla capacità di intendere e di volere.

Riguardo agli interessi esistenziali della persona, non ha senso distinguere tra l'aspetto statico della titolarità del diritto (capacità giuridica) e l'aspetto dinamico del suo esercizio (capacità d'agire)⁴⁸. Riconoscere la titolarità astratta del diritto senza la possibilità di esercitarlo si risolve nella negazione del diritto. La persona, dunque, è necessariamente titolare del diritto a contenuto non patrimoniale e, al contempo, legittimata ad esercitarlo. La dicotomia tra capacità giuridica e capacità d'agire vale per le sole situazioni patrimoniali.

⁴⁶ L. BALESTRA, *L'autodeterminazione*, cit., p. 1028.

⁴⁷ In tal senso, cfr. T. PASQUINO, *Autodeterminazione*, cit., p. 98; D. CARUSI, *Per una deliberazione auto-esaminata. Idee per una legge sul «testamento biologico»*, in *Ragion pratica*, 38, 2012, p. 307 ss., 317-318, il quale propone la soglia dei sedici anni.

⁴⁸ Sulla non scindibilità della titolarità e dell'esercizio delle situazioni esistenziali, e il superamento, in tale contesto, della distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, si veda P. STANZIONE, *Capacità e minore d'età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 471 ss.; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 54 ss.; M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 103 ss.; M. BUSSANI, P. CENDON, L. GHEDINI e A. VENCIARUTTI, *I diritti della personalità dei minori: titolarità ed esercizio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 773 ss.; M. DOGLIOTTI, *Eclissi della capacità*, in *Dir. fam. pers.*, 1986, 1, p. 237 ss.; ID., *Che cosa è l'interesse del minore?*, *ivi*, 1992, 4, p. 1093 ss.; F. RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, 1, I, p. 57 ss.; G. LISELLA, *Capacità di agire*, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, diretta da Sgreccia e Tarantino, III, Napoli, 2010, p. 19 ss.

Appare, pertanto, ragionevole ritenere sufficiente la capacità naturale ai fini dell'espressione di valide ed efficaci direttive anticipate⁴⁹. Tale capacità potrebbe sussistere ancor prima del compimento della maggiore età; viceversa, il soggetto maggiorenne, ma incapace di intendere e di volere, non può validamente definire la propria sorte terapeutica per il tempo in cui non sarà più cosciente, perché qui manca quella minima capacità di discernimento che consente di assumere una decisione con adeguata consapevolezza.

Al contempo, non convince l'idea di imporre la forma scritta per la stesura delle direttive. Secondo taluni, soltanto la forma scritta garantirebbe la certezza e la serietà dell'intento. La volontà negoziale, inoltre, richiederebbe una forma tanto più rigida quanto maggiore è la libertà di cui è espressione, il che si manifesta emblematicamente nei negozi in cui la volontà della parte forte rischia di prevalere e di diventare soggezione per la parte debole⁵⁰.

Altri si spingono fino ad ipotizzare la competenza del medico di famiglia a ridurre per iscritto le direttive, delineando a carico del sanitario un complesso sistema di doveri di informazione e di accertamento della genuinità e consapevolezza dell'intento⁵¹.

Di là da qualsiasi formalismo, più o meno rigido, rilevano l'identità della persona, i suoi comportamenti, le sue abitudini di vita, la sua cultura, i valori in cui crede, che rimangono tali anche quando sopravvenga la mancanza della capacità di discernimento. Una simile considerazione impone la massima valorizzazione della «voce» del paziente, anche là dove non trovi espressione in forma scritta, e quand'anche si tratti di una volontà presunta⁵².

Dirimente non è un asserito principio di libertà delle forme, che pure è stato contestato⁵³, bensì l'idea che, attesa l'inscindibilità di qualsiasi negozio giuridico nella sua forma e nel suo contenuto, la disciplina della forma non può che essere delineata nel contesto della disciplina del contenuto del

⁴⁹ Così, P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, cit., pp. 21-22, per il quale non varrebbe opporre che le direttive anticipate cesserebbero di produrre effetti nel caso in cui la capacità naturale venga successivamente meno. Una simile obiezione dovrebbe valere anche per le disposizioni patrimoniali contenute nel testamento, mentre è noto che il testamento resta efficace anche nel caso in cui il suo autore perda successivamente la capacità di intendere e di volere.

⁵⁰ In tal senso, C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 108-109. Per la forma scritta si esprime anche F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 1, p. 107 ss., 115-116.

⁵¹ D. CARUSI, *Per una deliberazione auto-esaminata*, cit., pp. 312-313.

⁵² Cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., ove si è deciso che il giudice può autorizzare il tutore dell'interdetto, che giace in uno stato vegetativo, ad interrompere i trattamenti sanitari che lo tengono artificialmente in vita, ivi compresa l'idratazione e l'alimentazione artificiale, sempre che: a) la condizione di stato vegetativo sia accertata come irreversibile, secondo riconosciuti standard scientifici, b) l'istanza sia espressiva della «voce» del paziente, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dai suoi convincimenti. Per un commento alla pronuncia, v. A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, p. 1 ss.; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, ivi, 2008, 10, p. 331 ss.; F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., p. 107 ss.

⁵³ Si allude alla contestazione del principio di libertà delle forme contenuta in N. IRTI, *Idola liberatatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 19 ss. L'A. osserva che l'unica norma sulla forma è l'art. 1325, n. 4, c.c., che prescrive la nullità del contratto per violazione della forma *ad substantiam*, mentre non sarebbe ravvisabile una norma che sancisca un principio di libertà. Non potendosi configurare un rapporto di regola ed eccezione tra due norme, l'art. 1325 c.c. sarebbe suscettibile di applicazione analogica. Da una norma prescrittiva di forma non potrebbe togliersi l'esistenza di un principio generale. *Contra* P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 40 ss., il quale esprime un dissenso sul metodo, in quanto norme sono non soltanto le regole, ma anche i principi. Non può attribuirsi natura eccezionale ad una norma secondo un confronto meramente strutturale e descrittivo con un solo principio o una sola regola, ovvero secondo una contrapposizione positivo-negativo, presenza-assenza. Eccezionale è la norma che risulta tale all'esito di un confronto con l'intero ordinamento.

singolo negozio – che, qui, tende alla realizzazione di interessi esistenziali, irriducibili in rigidi schematismi – e dell’ordinamento globalmente considerato⁵⁴.

Si è proposto, in tale direzione, di prevedere, tra le forme per la valida espressione di disposizioni anticipate, oltre all’atto pubblico e alla scrittura privata autenticata o olografa, le «dichiarazioni orali o manifestazioni di volontà realizzate attraverso altre procedure adeguate ai mezzi espressivi del disponente, purché raccolte dal medico responsabile della cura o documentate attraverso registrazione video da cui risulti la data delle disposizioni»⁵⁵. Le disposizioni espresse in altra forma, così come la volontà presunta del paziente che emerga da dichiarazioni o da condotte di cui si abbia certa conoscenza, non sono giuridicamente irrilevanti, ma devono essere tenute in considerazione dal medico responsabile e da chiunque assista la persona incapace, come fondamento delle decisioni terapeutiche, in quanto esprimano «in modo inequivoco le convinzioni e preferenze della persona stessa con riguardo al trattamento medico nella fase finale della sua esistenza», e ciò al fine di «assicurare alla persona il pieno rispetto di quanto caratterizza la sua identità».

La scelta lessicale per qualificare il comportamento del medico dinanzi alla volontà espressa o presunta del paziente non è casuale. Se, in presenza di direttive, il medico è tenuto al «pieno rispetto» delle stesse – si badi, «rispetto» e non «vincolo», che alluderebbe ad un obbligo di stretta e rigida esecuzione di precetti – in assenza di una volontà manifestata anticipatamente, il medico dovrà «tenere in considerazione, come fondamento delle decisioni terapeutiche» l’identità del paziente, il che impone al sanitario di inserire un *input* fondamentale nel processo decisionale⁵⁶.

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., p. 41.

⁵⁵ Il riferimento è all’art. 23 della «Prova di testo normativo sulla relazione di cura. Principi, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate», in P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 1 ss.

⁵⁶ Cfr. art. 21 della «Prova di testo normativo sulla relazione di cura», in P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina*, cit. Stante la difficoltà per il giudice di raggiungere un sereno convincimento sulla volontà del malato in assenza di prove documentali, taluni alludono a qualsiasi forma da cui risulti chiaramente la manifestazione di volontà dell’interessato (portando, come esempio, il video memorizzato su un supporto magnetico); tale forma, in ogni caso, sarebbe non *ad substantiam*, bensì *ad probationem*: T. PASQUINO, *Autodeterminazione*, cit., p. 138.

4. La carenza di una legislazione sul fine vita: il margine di apprezzamento dello Stato. La non persuasività degli argomenti addotti a sostegno dell'inutilità di una legge. La rivalutazione dei principi rispetto alle regole nell'apertura e complessità dell'ordinamento. L'auspicata responsabilizzazione della dottrina in chiave non positivista e la sottoposizione del giudice al «diritto».

Occorre, a questo punto, interrogarsi sulla necessità di un intervento legislativo in materia. Com'è noto, manca una legge statale che disciplini le direttive anticipate, sebbene registri di testamenti biologici siano stati istituiti in diversi Comuni italiani⁵⁷. Un maldestro tentativo di dare un impianto organico al tema del fine vita, peraltro connotato da un contenuto fortemente ideologico e illiberale, è naufragato nel dibattito parlamentare⁵⁸.

Il Friuli-Venezia Giulia, recentemente, è stata la prima Regione ad aver istituito il registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (Dat). La legge, tuttavia, è stata impugnata dal Governo dinanzi alla Consulta, denunciando, in particolare, la violazione della sfera di competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento civile e la sfera di competenza legislativa concorrente statale in materia di sanità pubblica, nonché la lesione del principio di uguaglianza⁵⁹.

In un panorama dottrinale in cui molti esortano il legislatore ad intervenire sul tema⁶⁰, l'inutilità di una legge sul testamento biologico è stata, in maniera del tutto isolata, denunciata con argomenti empirici che, tuttavia, non appaiono decisivi. Si è detto che sarebbe mistificatorio pensare che una legge avrebbe risolto un caso come quello Englaro, ove il paziente non aveva lasciato espresse disposizioni, trattandosi, dunque, di ricostruire la sua volontà presunta. L'esistenza di una legge sul testamento biologico, peraltro, non potrebbe impedire di attribuire rilievo all'identità della persona, al cospetto di un paziente che non abbia lasciato direttive; l'unico effetto sarebbe quello di restringere le possibilità di accertare la volontà presunta. Al contempo, si citano statistiche che dimostrerebbero

⁵⁷ Una dettagliata mappa delle iniziative locali sui registri del testamento biologico è disponibile sul sito: <http://www.associazionelucacoscioni.it/mappa-delle-iniziative-sul-registro-del-testamento-biologico> (ultima visita 12 dicembre 2015).

⁵⁸ Il riferimento è al ddl C.2350, intitolato «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento», approvato dal Senato il 26 marzo 2009 e dalla Camera, con emendamenti, il 12 luglio 2011, infine trasmesso al Senato per l'approvazione definitiva. La fine anticipata della legislatura ha determinato la decadenza della proposta legislativa. Critiche verso il ddl sono state espresse da più parti; v., *ex plurimis*, A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 85 ss.; D. CARUSI, *Per una deliberazione auto-esaminata*, cit., p. 307 ss.

⁵⁹ Legge del Friuli-Venezia Giulia, 13 marzo 2015, n. 4, impugnata dal Governo con ricorso n. 55 del 2015, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 24 giugno 2015, n. 25. A séguito del ricorso, la Regione ha modificato il provvedimento contestato mediante l. 10 luglio 2015, n. 16, la quale, tuttavia, è stata nuovamente impugnata dal Governo con ricorso n. 87 del 2015, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 11 novembre 2015, n. 45. La disciplina regionale prevede la possibilità per il cittadino di presentare all'Asl la dichiarazione anticipata della volontà di essere o meno sottoposto a trattamenti sanitari in caso di malattia o lesione cerebrale che cagioni una perdita di coscienza definibile come permanente e irreversibile secondo i protocolli scientifici riconosciuti a livello internazionale. Nella dichiarazione anticipata, l'interessato può nominare uno o più fiduciari, per l'interlocuzione e il contraddittorio con il servizio sanitario regionale concernente la dichiarazione medesima.

⁶⁰ Cfr. M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., p. 1935 ss., 1958 ss.; P. ZATTI, *Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 7-8, II, p. 313 ss. Anche il Documento approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione Nazionale Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (FNOMCeO), riunitosi a Terni il 13 giugno 2009, invoca l'intervento del legislatore con un «diritto mite», che non invada, cioè, l'autonomia del paziente e quella del medico.

come negli Stati Uniti – ove alla legislazione dei singoli Stati si affianca anche una disciplina federale – il ricorso alle Dat è stato, negli anni, del tutto irrisorio⁶¹.

E' pacifico che lo Stato abbia un margine di apprezzamento nel disciplinare le questioni del fine vita, sia quanto alla possibilità di interrompere i trattamenti artificiali di sostegno vitale, sia quanto al bilanciamento tra il diritto alla vita e quello all'autodeterminazione⁶².

Sembra, tuttavia, che nel tema che qui interessa – dove le peculiarità della persona per identità, cultura, età, religione, tipo di malattia rilevano al punto da richiedere una disciplina quanto più adeguata al caso concreto – imporre una disciplina legislativa precisa e puntuale finirebbe per schiacciare tali peculiarità, ledendo l'uguaglianza sostanziale, che impone di trattare situazioni diverse in maniera diversa.

Di fronte ad un Parlamento, come il nostro, che non legifera sul tema, occorre rivalutare i principi rispetto alle regole. Il positivismo giuridico ci ha illuso che le norme giuridiche si esaurissero in regole precise, puntuali e dettagliate le quali, nella velleità di prevedere tutte le ipotesi possibili, rivelano invece una limitatezza di fondo⁶³.

Il giurista ha, ora, a che fare con l'esplosione di un sistema ordinamentale complesso e, soprattutto, aperto: complesso, perché si articola in fonti diverse, che non si identificano più esclusivamente con lo Stato; aperto, in quanto integrato e coordinato con le fonti internazionali e comunitarie. L'abbandono della chiusura nazionalista e statalista rispetto alle fonti esterne, già espresso dall'art. 11 Cost., è stato confermato dalla nuova formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Norme, dunque, non sono soltanto le regole. Norme sono anche i principi presenti nella carta costituzionale, nelle consuetudini e nelle convenzioni internazionali, nel diritto comunitario, costituendo parte integrante e inscindibile dell'ordinamento giuridico italiano. Tali principi esprimono valori, cui bisogna ispirarsi, attraverso l'interpretazione assiologica, per dare risposte a casi concreti che, nell'assenza di una norma di dettaglio, non possono restare senza tutela. Asserire che se il Parlamento non legifera si annullerebbe la tutela dei diritti fondamentali, significherebbe negare la Costituzione, che non è affatto un mero programma politico, bensì è fonte direttamente applicabile. L'inerzia del legislatore non può tradursi in un vuoto di tutela⁶⁴.

⁶¹ Per tali rilievi, v. A. SIMONCINI e O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. cost.*, 2010, 1, p. 7 ss., 22-24.

⁶² Il punto è ben sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel recente caso Lambert e altri c. Francia, del 5 giugno 2015, consultabile in inglese su <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352> (ultima visita 19 dicembre 2015). La Corte precisa che spetta ai singoli Stati l'organizzazione del processo volto all'assunzione di una decisione sull'interruzione del trattamento, compresa l'individuazione della persona legittimata a prendere la decisione finale, con la precisazione, tuttavia, che la decisione deve fondarsi sul consenso del paziente, quand'anche questi sia impossibilitato ad esprimere la propria volontà. Per un primo commento alla pronuncia, v. C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert tra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 9, II, p. 489 ss. La medesima Corte, in un altro caso recente riguardante il divieto di suicidio assistito e di eutanasia nel Regno Unito, Nicklinson e Lamb c. Regno Unito, del 23 giugno 2015, disponibile in inglese su <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156476> (ultima visita 19 dicembre 2015), ha ribadito che gli Stati sono liberi di determinare se la competenza ad assumere decisioni che rientrano nel loro margine di apprezzamento spetti al Parlamento, al Governo o alla Magistratura. Nel Regno Unito, il divieto di suicidio assistito e di eutanasia è il risultato di una precisa scelta parlamentare, sí che costringere le corti ad esprimersi nel merito di un ricorso avverso tale divieto potrebbe avere l'effetto di imporre su di esse un ruolo istituzionale non contemplato dall'ordine costituzionale interno. La Corte conclude che il Parlamento è il luogo più adatto per una scelta in materia, in considerazione del suo impatto etico, filosofico e sociale.

⁶³ Per una critica serrata al positivismo giuridico e la rivendicazione della rilevanza giuridica dei principi, v. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Ma), 1977.

⁶⁴ Sul punto, v. in particolare R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009, 1, p. 91 ss., 92, il quale osserva che «le continue innovazioni prodotte dall'evoluzione dei risultati raggiunti dalla scienza e dalla tecnologia impongono una ineliminabile mediazione giudiziaria, anche declinando in maniera diversa le categorie giuridiche tradizionali per rispondere

I valori fondamentali della persona umana, della sua dignità, della salute, dell'autodeterminazione, della solidarietà fanno parte non soltanto della nostra Costituzione, ma del costituzionalismo europeo che, prendendo le mosse da una logica esclusivamente mercantile – quella sottesa al Trattato di Roma del 1957, che istituì la Comunità Economica Europea – si è evoluto verso una concezione personalistica e solidaristica, ove i diritti e le libertà fondamentali sanciti nella Carta di Nizza hanno lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 Tratt. UE). E della svolta personalistica ha preso atto anche la Corte di Giustizia⁶⁵.

L'armonizzazione dei sistemi degli Stati Membri in chiave depatrimonializzata ha determinato la riscoperta dei principi e l'introduzione, nell'ermeneutica giuridica, dell'interpretazione comparativa, di cui ha fatto ampio uso anche la nostra giurisprudenza nel dare risposte ai problemi del fine vita⁶⁶.

Tutto ciò non può che portare ad una responsabilizzazione della giurisprudenza e della dottrina, perché ragionino in maniera non del tutto positivista, nel senso che ove la norma di dettaglio manchi, la soluzione non potrà che essere rinvenuta nei principi⁶⁷.

Dal canto suo, il giudice non è sottoposto soltanto alla legge, se si intende per essa la legge formale dello Stato e delle Regioni. Una simile interpretazione del principio di legalità di cui all'art. 101 Cost. non terrebbe conto dell'apertura e della complessità dell'ordinamento. Il giudice, piuttosto, è sottoposto al «diritto»⁶⁸, come del resto sancisce anche la Costituzione tedesca⁶⁹. E il diritto non è

alle specifiche vicende individuali, «alle quali non ci si può sottrarre senza negare giustizia a chi la chiede» (Rodotà, *Se la legge regola la vita e la morte*, in *la Repubblica*, 18 settembre 2008 [...]). In senso analogo, v. D. CARUSI, *Rifiuto di cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2011, 4, p. 695 ss., 704.

⁶⁵ Sin da Corte giust., 12 novembre 1969, c. 29/69, Erich Stauder c. Stadt Ulm-Sozialamt, in *Racc.*, 1969, p. 419 ss., è stato affermato che i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza. Più di recente, cfr. Corte giust., 14 ottobre 2004, c. 36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, in *Racc.*, 2004, p. I-9641 ss., la quale ha stabilito che «il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana».

⁶⁶ L'uso del metodo comparativo è alla base della decisione della Suprema Corte nel caso «Englaro», Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., in cui si fa esplicito riferimento all'art. 1111-10 del *code de la santé publique* francese, inserito dalla L. 22 aprile 2005, n. 370, alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 aprile 2002, nel caso Pretty c. Regno Unito, ed alla sentenza 26 giugno 1997 della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso V. e altri c. Q. e altri. Per una rassegna delle soluzioni offerte in altri ordinamenti, v. C.H. BARON, *The Right to Die: Themes and Variations*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., p. 1841 ss.

⁶⁷ Cfr. P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, II, p. 20 ss., in particolare 24 ss., il quale indica, come ostacolo all'applicazione dei principi enunciati dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione, «la vecchia cultura del giurista-leguleio e del burocrate amministrativo, che replica modelli validi – quando lo sono – per strutture di servizi che non hanno a che fare con l'intima essenza della persona». L'A. riconosce che il diritto vigente della relazione di cura è adeguato, a livello di principi, allo scopo di creare un ambiente di certezza in cui la buona prassi sia favorita, benché «in diversi punti, questo buon diritto non è dotato, per ragioni legate al nostro sistema, di certezza inconfutabile nella navigazione giudiziale». Fortemente critico verso i principi appare F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., p. 122, nota 29.

⁶⁸ Significativo, in tal senso, è l'insegnamento di Corte cost., 5 febbraio 1998, n. 11, in *Giur. it.*, 1998, p. 2123, la quale osserva che «spetta al giudice del caso concreto, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto [...] risolvere conformemente alla Costituzione il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina». Similmente, v. Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. it.*, 1999, p. 461, per la quale in una «situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione [dei] beni costituzionali». In dottrina, v. G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico*, cit., p. 510, il quale mette in guardia dai «colpi d'ascia del legislatore, per vedere confermate le proprie certezze», ritenendo fondamentale il bilanciamento tra i valori compiuto dal giudice, in concreto e caso per caso, nel quadro dei principi definiti dalla legge.

⁶⁹ Il riferimento è all'art. 20, comma 3, della Legge fondamentale per la Repubblica federale tedesca, ai sensi del quale «la legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono

esclusivamente la legge: il diritto è cultura, identificandosi anche con le fonti *extra ordinem* e i princípi del sistema italo-comunitario.

Il giudice che abbia una cultura moderna non si arresterà di fronte alla mancanza di un articolo di legge, ma troverà, in un ordinamento complesso, che dialoga con fonti di provenienza e ranghi eterogenei, la soluzione piú ragionevole, proporzionata e adeguata rispetto al caso concreto, in cui non rileverà mai un soggetto astratto, ma una persona con la sua identità, che è anche la sua storia, la sua cultura e i valori in cui crede⁷⁰.

soggetti alla legge e al diritto», secondo la traduzione curata da Roberto Zanon per il sito del Consiglio regionale Veneto (http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/BancheDati/costituzioni/de/zGermania_sin.pdf) (ultima visita 23 dicembre 2015), sulla scorta della traduzione italiana pubblicata in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASELLA e M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, della versione francese curata da C. AUTEXIES per conto dell'Ufficio stampa e informazione del Governo federale tedesco e della versione inglese pubblicata in S.E. FINER, V. BOGDANOR e B. RUDDEN (a cura di), *Comparing Constitutions*, Oxford, 1998.

⁷⁰ In un contesto in cui il giudice è chiamato a decidere su questioni del fine vita, taluni hanno denunciato la lesione del principio di divisione dei poteri: F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., p. 121 ss. In realtà, la soggezione del giudice alla legge non significa automaticamente soggezione al legislatore. La giurisdizione non è un'attività dichiarativa, ma sostanzialmente creativa: A. RIDOLFI, *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *Pol. dir.*, 2011, 4, p. 599 ss., 603 ss. È, altresí, significativo che la Corte costituzionale, nel respingere il ricorso proposto dal Parlamento per conflitto di attribuzione nel caso «Englaro», ha affermato che «l'ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali» e che «un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici»: Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334, in *Giur. cost.*, 2008, 5, p. 3713. Sui limiti dell'attività creativa dei giudici, v. A. BARBERA, «Nuovi diritti»: *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 19 ss.