

LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO: LUCI ED OMBRE

Maria Antonietta Urciuoli*

SOMMARIO: 1.- Il recente intervento legislativo sulle disposizioni anticipate di trattamento ed il tormentato ed articolato dibattito che lo ha preceduto; 2.- Carattere personalissimo degli interessi e dei diritti coinvolti. La delicata problematica della configurabilità in materia dell'istituto della rappresentanza: sostanziale inadeguatezza degli strumenti civilistici tradizionali; 3.- Le disposizioni anticipate di trattamento: i principi ispiratori della disciplina; 4.- Considerazioni critiche, con particolare riferimento alla configurabilità, nelle DAT, degli indispensabili requisiti dell'attualità, ponderatezza e specificità del consenso; 5.- Il problema delle forme legali. La revocabilità «in ogni momento» delle DAT; 6.- Rilievi conclusivi.

1.- Il recente intervento legislativo sulle disposizioni anticipate di trattamento ed il tormentato ed articolato dibattito che lo ha preceduto

Dopo un lungo, articolato e tormentato dibattito¹, il Parlamento ha finalmente approvato la legge sul consenso informato nonché sulle cdd.

*Professore ordinario di Diritti della persona presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ Cfr., in via meramente esemplificativa, L. Iapichino, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano, 2000, 45 ss.; P. Cendon, *Le direttive anticipate*, in *Pol. dir.*, 2002, 639 ss.; G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate*, in *Famiglia*, 2004, 1084 ss.; G. Spoto, *Directive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 179 ss.; C. Donisi, *Testamento biologico: quale rilevanza?*, in M. Corleto (a cura di), *Diritto e diritti di fronte alla morte: dall'eutanasia al diritto di morire*, Napoli, 2006, 102 ss.; D. Maltese, *Il testamento biologico*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 526 ss.; L. Balestra, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, 435 ss.; Id., *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Riv. trim.*, 2011, 1009 ss.; G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not.*, 2007, 4 ss.; M. Sesta, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, 407 ss.; E. Calò, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008, 34 ss.; F. G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 72 ss. Più di recente, M. Franzoni, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Cont. impr.*, 2009, I, 255 ss.; A. Gorassini, *Appunti sparsi sul cd. testamento biologico*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, specie 44 ss.; G. Salito, *Il testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 2007, 127 ss.; Id., *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, 141 ss.; D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012; D. Carusi, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Davanti allo specchio. La persona, il diritto, la fine della vita*, Torino, 2013, 3 ss.; M. Foglia e S. Rossi, *Testamento biologico*, in *Digesto*, disc. priv., Sez. civ., Agg., IX, Torino, 2014, 638 ss.; G. Ferrando, *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, 990 ss.; P. D'Onofrio, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, Padova, 2015, specie 139 ss.; M. Di Masi, *Il fine vita*, Roma, 2015, specie 91 ss.; S. Cacace, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, 35 ss.; M. Mainardi (a cura di), *Testamento*

Disposizioni anticipate di trattamento. Disposizioni e non dichiarazioni (termine, quest'ultimo, utilizzato spesso in passato), proprio a voler sottolinearne il valore prescrittivo e non più meramente informativo e/o comunicativo, ponendo così in essere una univoca presa di posizione circa il profilo dell'efficacia, oggetto, in precedenza, non soltanto in dottrina², di vivaci e molteplici discussioni. Inoltre, in modo assai opportuno, la legge in questione sancisce il carattere «vincolante» non in assoluto di siffatte disposizioni le quali ben possono essere «disattese in tutto o in parte dal medico qualora appaiono palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione capaci di assicurare possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (comma 5). Risulta così promossa e valorizzata in modo adeguato la relazione medico-paziente, incentrata tanto sull'autodeterminazione dell'interessato quanto sull'autonomia professionale e la responsabilità del personale sanitario. E si cerca, inoltre, di ovviare a quello che, giustamente, viene indicato come principale il principale *handicap* degli atti in esame, ovvero la mancanza di attualità e la loro decontestualizzazione rispetto alla situazione futura nella quale sono destinate ad operare³. È doveroso, infine, sottolineare come la vincolatività delle cdd. disposizioni anticipate di trattamento, di là dalla circostanza della sostituzione del termine «disposizione» a quello di «dichiarazione», emerga in modo inequivocabile dal contenuto dell'art. 4, comma 5 («il medico è tenuto al rispetto delle DAT») e, soprattutto, dell'art. 1, comma 6 («il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale»). Anche per tali disposizioni vale il particolare rilievo attribuito (ai fini della validità di tutti gli atti in materia) ai requisiti essenziali della attualità, consapevolezza, specificità unitamente alla natura personale ed alla necessità di un'adeguata informazione⁴. In linea con gli orientamenti più

biologico e consenso informato, Torino, 2018, 39 ss.; S. Delle Monache, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 997 ss.; P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247 ss.; V. Donato, *Note critiche sulle disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, 1 ss.

² Siffatta problematica sarà oggetto di approfondimento nei par. 3 e 4.

³ Per tutti, in dottrina, C. Venditti, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e autodeterminazione*, in *Tratt. not.* diretto da F. Preite, IV, *Diritto comunitario*, 1, Milano, 2011, 355 ss.; D. Carusi, *Libertà dei trattamenti terapeutici e direttive anticipate: lo status quo*, in D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure*, cit., 14 ss.; F.D. Busnelli ed E. Palmerini, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 142 ss.; G. Ferrando, *Consenso informato*, cit., 61 ss.; Id., *Il testamento biologico*, cit., 1015 ss.; P. Cendon, *Prima della morte. I diritti dei malati terminali*, in *Pol. dir.*, 2002, 361 ss.; B. De Filippis, *o.u.c.*, 124 ss.

⁴ In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1358, che rimarca l'insufficienza di un modello generico, standardizzato, ai fini della validità del

moderni, emersi in dottrina⁵ come in giurisprudenza⁶, la legge mostra così di aver fatto propria la profonda rilettura degli artt. 2, 13 e 32 cost. da tempo impostasi nel panorama giuridico anche alla luce delle fonti comunitarie, con particolare riferimento agli artt. 1 e 3 Carta dei diritti UE, 2 e 8 CEDU⁷, 5-10 Convenzione di Oviedo⁸. In altre parole, la disciplina in oggetto si muove nel solco tracciato da quanti hanno giustamente prospettato un'interpretazione costituzionalmente orientata dei summenzionati requisiti così da rendere il consenso come il rifiuto e/o la rinuncia effettivi strumenti di tutela della libertà personale, dell'identità e della stessa dignità del soggetto interessato⁹. Non per

consenso. V., inoltre, Cass., 29 settembre 2015, n. 19212, in *Danno resp.*, 2016, 381 ss. Riconoscono in modo univoco la necessità di un consenso «manifestato in modo espresso, non equivoco, informato ed attuale» Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 170 ss.; Cass., 30 gennaio 2009, n. 2468, in *Danno resp.*, 2009, 446; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1727; Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 337 ss. Anche per Trib. Mantova, 4 luglio 2017, cit., «la sottoposizione di un paziente ad intervento chirurgico in forza di un modulo informativo gravemente carente in quanto generico in relazione alla tipologia d'intervento, [...] non sufficientemente descrittivo del decorso post-operatorio viola il diritto del paziente di autodeterminarsi in modo consapevole [...]»

⁵ Per tutti, M. Franzoni, *Testamento biologico*, cit., 273 ss.; G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi*, cit., 1072 ss.; S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà e P. Zatti, *Tratt. Biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 169 ss.; G. Marini, *Il consenso*, *ivi*, 361 ss.; P. Zatti, *Premesse e criteri per un diritto della dignità del morire e delle disposizioni anticipate del paziente*, in *Pol. dir.*, 2016, 45 ss.

⁶ Significative, in proposito, Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit.; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771 ss.; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit.; Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.; Cass., 30 settembre 2011, n. 20547, in *Danno e resp.*, 2015, 84 ss.; Cass., 12 giugno 2015, n. 12205, *ivi*, 2016, 402 ss.

⁷ Corte Edu, 29 aprile 2002, Ric. n. 2346/02, cit.; Corte Edu, 20 gennaio 2011, Ric. n. 31322/07, cit., che ravvisa nella facoltà di «assumere una decisione libera e pienamente consapevole» in ordine ai trattamenti sanitari uno degli aspetti più forti del diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8* Convenzione europea.

⁸ Ricorda come tale Convenzione si proponga quale obiettivo «proprio quello di collocare al centro delle pratiche mediche la persona e la sua dignità, come si evince già dall'art. 1», statuendo, inoltre, che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il consenso libero e informato (art.5)» M.Di Masi, *Il fine vita*, cit., specie 103 ss.

⁹ Concordi risultano dottrina e giurisprudenza in materia. Oltre agli aa. citati nelle note 4-7, cfr. G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi*, cit., 1056 ss. e 1078-1085; P. Zatti, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 76 ss.; Id., *Il diritto a scegliere*, cit., 4 ss.; Id., *La dignità dell'uomo*, cit., 384 ss.; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 54 ss.; A. Occhipinti, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2008, 69 ss.; G. Grasso, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. Cocco (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, 2012, 19 ss.; S. Rossi, *Consenso informato (II)*, in *Digesto*, disc. priv., Sez. civ., VII, Torino, 2012, 177 ss. V., inoltre, la relazione sulle dichiarazioni anticipate di trattamento del Comitato nazionale bioetica risalente al 18 dicembre 2003. Da segnalare, anche, Corte Edu, 11 luglio 2002, cit., ove il riferimento all'autonomia decisionale trova fondamento proprio nel «diritto che spetta ad ognuno di determinare dettagli della propria identità di essere umano» e viene, non a caso, messo in relazione con la dignità e la libertà dell'uomo. In giurisprudenza, tra gli altri, App. Milano (decr.), 18 dicembre 2003, in *Famiglia*, 2004, I, 1167 ss.; Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 572 ss.; Cass., 15 settembre 2008, n. 23876, cit.; Cass., 27

nulla, più volte, la stessa Corte di Cassazione non ha esitato ad individuare un forte legame tra la necessità del consenso «informato» ed «il diritto fondamentale della persona» a manifestare «una consapevole adesione ad trattamento sanitario» e, quindi, a porre in essere un «libero e cosciente» esercizio del potere di autodeterminazione terapeutica¹⁰. Oltre a non aver ignorato le diverse posizioni succedutesi nel corso degli anni, il recente testo normativo risulta esplicitamente ispirato (nel regolamentare sia il consenso informato quanto le cdd. disposizioni anticipate di trattamento¹¹) ai principi costituzionali (artt. 2, 13 e 32 cost.)¹² e sovranazionali (artt. 1, 2 e 3 Carta dei diritti UE)¹³, con un particolare richiamo al pieno sviluppo della personalità

novembre 2012, n. 20984, in *Guida dir.*, 2013, 72 ss.; Cass., 29 settembre 2015, n. 19212, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 432 ss.

¹⁰ Da ultimo, Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit.; Cass., 29 settembre 2015, n. 19212, cit.; Cass., Sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Giust. civ.*, 2009, I, 34 ss.; Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, *ivi*, 2013, I, 1169.

¹¹ Anche in Germania, la regolamentazione del fenomeno risulta non poco condizionata dal combinato disposto delle norme della *Grundgesetz* poste a tutela della dignità della persona (art. 1) nonché del diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2, comma 1). Riguardo all'esperienza italiana, cfr., per tutti, gli aa. citati nella nota 1.

¹² Cfr., in particolare, Corte cost., 27 giugno 1996, n.238, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2586 ss. Cfr., anche, Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss. In dottrina, G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi*, cit., 1084 ss.; M. Sesta, *Riflessioni sul testamento biologico*, cit., 407 ss.; E. Calò, *Il testamento biologico*, cit., 35 ss.; P. D'Onofrio, *Libertà di cura*, cit., specie 139 ss. e M. D. Masi, *Il fine vita*, cit., 91; P. Veronesi, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure*, cit., 55-71. Non a caso, P. Zatti, *Premesse e criteri*, cit., 2016, 44 ss., individua come compito precipuo del legislatore in materia la concretizzazione dei «principi costituzionali e diritti fondamentali alla luce della dignità relativa alla persona ed alla vita umana»

¹³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito indicata come Carta dei diritti UE) è stata solennemente proclamata una prima volta a Nizza nel 2000, per poi essere, con opportuni adattamenti, riproclamata a Strasburgo nel dicembre del 2007. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il testo in esame ha acquistato il medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6 Tratt. UE). In argomento, per tutti, F. Pocar, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, 1179 ss.; P. Perlingieri, *A margine della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2001, 153 ss.; L. Ferrari Bravo, F.M. Di Maio ed A. Rizzo (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: aspetti giuridici e politici*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, specie 41 ss.; M. Sidari (a cura di), *Contributo allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2003, 23 ss.; A. Galasso (a cura di), *Diritti fondamentali e multietnicità. Una ricerca per la Costituzione dell'Unione Europea*, Palermo, 2003, 57 ss.; P. Ridola, *I diritti fondamentali: un'introduzione*, Torino, 2006, 45 ss.; G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 35 ss.; Id., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 7 ss.; Id., *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 121 ss.; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 45 ss.; E. Triggiani, *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008, 12 ss.; A. Lucarelli ed A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, 16 ss.; P. Bilancia e M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Corr. giur.*, 2010, 145 ss.

umana così come alla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, della sua identità e dignità¹⁴ ex artt. 2-3 cost. Essenziale anche il riferimento alla tutela apprestata dall'art. 13 cost. che costituisce - come ricorda in modo estremamente puntuale la Corte costituzionale¹⁵ - una previsione «centrale nel disegno costituzionale avente ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, il quale rientra tra i valori supremi, come indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita ed alla integrità fisica con il quale concorre a creare la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona»¹⁶. Ad essi si affianca la considerazione della salute come stato di benessere fisico, mentale e sociale¹⁷, punto di riferimento oggettivo di un diritto fondamentale dell'individuo (da rispettare nelle sue dinamiche relazionali, con la sua autonomia e la sua dignità) così da accentuare nell'art. 32 cost. la scelta personalistica che lo caratterizza ed il consequenziale, deciso superamento di logiche, modelli, categorie legate all'avere ed al momento patrimoniale¹⁸.

In definitiva, la legge si pone in linea con l'orientamento, da tempo dominante¹⁹, favorevole a fondare proprio sulle DAT una decisa valorizzazione della libertà di autodeterminazione del paziente intesa quale «diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi quale indefettibile nucleo

¹⁴ Si consenta, in materia, il rinvio a M.A. Urciuoli, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, specie 25 ss., testo e note. Significativa, in proposito, Corte giust., 14 ottobre 2004, c. 36/02, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1435: «il diritto fondamentale alla dignità umana costituisce parte integrante del diritto dell'Unione». Cfr., inoltre, Corte giust., 3 settembre 2008, in *Foro it.*, 2008, c. 465 ss.

¹⁵ Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit.

¹⁶ Testualmente, Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit. V., anche, Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, cit.

¹⁷ In tal senso si era già mossa la Costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità, approvata nel sistema italiano il 19 dicembre 1946. Cfr., inoltre, Cass., 14 gennaio 1988, n. 208, in *Quadr.*, 1988, 433 ss. ed anche, Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Foro it.*, 1993, I, c. 72 ss. In dottrina, per tutti, P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 1020 ss.; P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso San Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 8 ss.; G. Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 43 ss.; Id., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 30 ss.

¹⁸ In argomento, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, specie 733 ss.; P. Perlingieri e P. Pisacane, *Art. 32*, in P. Perlingieri (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 203 ss.; M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute*, Torino, 2003, 64 ss.; G. Ferrando, *o. u. c.*, 47 ss.; Id., *Diritto alla salute*, cit., 32 ss.; V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), in *Tratt. Biodiritto*, I, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, specie 592 ss.; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015, 34 ss.

¹⁹ Per tutti M. Di Masi, *Il fine vita*, cit., 72 ss.; D. Neri, *Il testamento biologico: problemi etici e prospettive di regolamentazione legislativa*, in D. Carusi (a cura di), *Davanti allo specchio*, cit., 36 ss.; P. D'Onofrio, *Libertà di cura*, cit., 145 ss. ed, in giurisprudenza, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1013.

essenziale dell'individuo»²⁰. Non a caso, è proprio la funzione centrale e dinamica della persona nell'ambito del vigente ordinamento²¹ a spingere, non pochi autori²², ad enfatizzare il ruolo dell'autodeterminazione nella costruzione dell'identità personale così da proporre una radicale rilettura del rapporto medico-paziente, investendo, il secondo, della facoltà di porre in essere qualsiasi scelta relativa al proprio essere quale condizione imprescindibile del pieno sviluppo della propria personalità²³. Degna di nota risulta anche la rilevanza attribuita al consenso libero ed informato della persona interessata (art. 3, punto 2). Quest'ultimo, che sempre più spesso si risolve nell'atto conclusivo di un *iter* delicatissimo, rappresenta, infatti, una efficace sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello della salute»²⁴.

2.- Carattere personalissimo degli interessi e dei diritti coinvolti. La delicata problematica della configurabilità in materia dell'istituto della rappresentanza: sostanziale inadeguatezza degli strumenti civilistici tradizionali

Del potere di autodeterminazione terapeutica costituisce significativa espressione anche il riconoscimento, *ex art.* 4, ad ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale, futura incapacità ad autodeterminarsi, di esprimere, «attraverso disposizioni anticipate di trattamento, le proprie convinzioni e preferenze in materia di trattamenti sanitari nonché il consenso o il rifiuto rispetto a scelte diagnostiche o

²⁰ Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit. In dottrina, tra gli altri, G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not.*, 2007, 3 ss.

²¹ Si consenta, in materia, il rinvio a M.A. Urciuoli, *Situazioni esistenziali*, cit., specie 25 ss., testo e note.

²² Puntuale, al riguardo, la ricostruzione operata da G. Salito, *Autodeterminazione*, cit., specie 57 ss. Cfr., inoltre, P. Borsellino, *Bioetica tra «moralì» e diritto*, Milano, 2009, 13 ss.; M. Di Masi, *Fine vita: vecchi e nuovi paradigmi a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 362 ss.; F. Parente, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. not.* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, specie 474 ss.; P. D'Onofrio, *o.u.c.*, 11 ss.

²³ Di «rivoluzione copernicana in tema di rapporti tra il personale sanitario e il paziente [...] dal paradigma "ippocratico" a quello "bioetico", ove il primo evoca un'eterodeterminazione [...] mentre il secondo riconduce le scelte all'autodeterminazione personale» discorre M. Di Masi, *o.l.u.c.* In argomento, anche, L. Balestra, *Efficacia del testamento biologico*, cit., 435 ss.; Id., *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 102 ss.; A. Donati, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, I, 1 ss.; M. Franzoni, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 82 ss.; Id., *Testamento biologico*, cit., 258 ss.; P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e «integrità della persona»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 406 ss.; V. Durante, *La salute come diritto della persona*, cit., specie 157 ss.; D. Neri, *Il testamento biologico*, cit., specie 41 ss.; M. Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, specie 12 e 16 ss.; B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, Vicenza, 2018, specie 88 ss.

²⁴ Testualmente, Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit.; Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, cit. In dottrina, per tutti, S. Rodotà, *Introduzione*, in G. Baldini e M. Soldano (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Firenze, 2011, 11 ss.

terapeutiche ed a singoli trattamenti sanitari, comprese la nutrizione e l'idratazione artificiale». Notevole interesse suscita, inoltre la possibilità di indicare una «persona di fiducia», di seguito denominata fiduciario²⁵, che faccia le veci del disponente e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (commi 1-3). Al riguardo, la consapevolezza del carattere personalissimo dei diritti rilevanti in materia pone la necessità di individuare precisi limiti all'operato del legale rappresentante, chiamato ad agire esclusivamente per il *best interest* dell'incapace nonché a decidere non «al suo posto» né «per» ma «con» il soggetto in questione, cercando di ricostruirne, nel modo più fedele possibile, la volontà in precedenza espressa. Per questo, oltre all'irreversibilità della perdita di coscienza, la Suprema Corte ha posto da tempo l'accento sul limite invalicabile della «corrispondenza tra le richieste del rappresentante e la volontà, sia pure implicita, del malato». Emerge, dunque, con tutta evidenza, l'inadeguatezza dei concetti e degli strumenti civilistici tradizionali, non a caso elaborati essenzialmente per disciplinare rapporti giuridici patrimoniali nonché la necessità di analizzare sotto una nuova luce la dicotomia ottocentesca capacità giuridica-capacità d'agire²⁶ in relazione alle situazioni esistenziali. Affermare, in termini assoluti, che la categoria della rappresentanza non può essere ammessa in relazione agli atti personalissimi²⁷ significa, peraltro, sminuire la complessità giuridica del fenomeno come pure l'evoluzione legata all'entrata in vigore della Costituzione ed alla forza espansiva del principio personalista²⁸. In altre

²⁵ La consapevolezza del carattere personalissimo di siffatti diritti pone la necessità di individuare precisi limiti all'operato del legale rappresentante, chiamato ad agire esclusivamente per il *best interest* dell'incapace nonché a decidere non «al suo posto» né «per» ma «con» il soggetto in questione, cercando di ricostruirne, nel modo più fedele possibile, la volontà in precedenza espressa. Per questo, oltre all'irreversibilità della perdita di coscienza, la Suprema Corte pone con forza l'accento sul limite invalicabile della «corrispondenza tra le richieste del rappresentante e la volontà, sia pure implicita, del malato». Emerge, dunque, con tutta evidenza, l'inadeguatezza dei concetti e degli strumenti civilistici tradizionali, non a caso elaborati essenzialmente per disciplinare rapporti giuridici patrimoniali nonché la necessità di analizzare sotto una nuova luce la dicotomia ottocentesca capacità giuridica-capacità d'agire in relazione alle situazioni esistenziali.

²⁶ Spunti in tal senso in F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità d'agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 54 ss.; M. Dogliotti, *Eclissi della capacità*, *ivi*, 1986, I, 237 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto alla salute*, cit., specie 127 ss.; M. Di Masi, *Il fine vita*, cit., specie 124-132; L. Balestra, *L'autodeterminazione*, cit., 1009 ss. Sul superamento della dicotomia capacità giuridica-capacità d'agire nell'ambito delle situazioni esistenziali, cfr., P. Zatti, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. dir.*, 1986, 42 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., specie 733 ss.

²⁷ In argomento, C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss. e già F. Santoro Passarelli, *Dottrina generale del diritto civile*, Napoli, 1989, 259.

²⁸ Sul personalismo è d'obbligo il riferimento a E. Mounier, *Il personalismo*, (1964) trad. it., Roma, 1993 ed J. Maritain, *Umanesimo integrale*, trad. it., Torino, 1962, entrambi citati da P. Perlingieri, *o.u.c.*, specie 8 ss., testo e note. Stimolante anche l'analisi di A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 8 ss.; V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I,

parole, la rilettura delle categorie tradizionali in un'ottica di tutela della persona, se da un lato consente di attribuire più spazio alla cd. capacità di discernimento²⁹, giustifica, dall'altro (in linea con lo sviluppo della personalità, e con la tutela della dignità e della identità della persona³⁰), l'estensione dell'applicazione dei meccanismi della rappresentanza anche alle situazioni non patrimoniali, specie se si interpreta in modo più adeguato alla particolare natura di queste ultime l'espressione «prendersi cura» con la quale si è soliti designare uno dei principali compiti assegnati al rappresentante a tutela del soggetto debole. In questo contesto, la figura del fiduciario per la salute contemplata nella legge in esame risulta maggiormente adeguata rispetto all'amministratore di sostegno per l'indubbia capacità di contribuire, in modo più incisivo «alla ricostruzione della volontà pregressa dell'interessato³¹, valorizzando preferenze, credenze, convinzioni che concorrono a definire l'identità della persona»³². Ad ogni modo, ulteriori ed interessanti motivi di indagine e d'approfondimento emergono anche da una lettura sistematica dell'ordinamento tesa a porre l'accento, in particolare, sulla *ratio* della l. 9 gennaio 2004, n. 6, ovvero sull'intenzione di favorire a pieno «il recupero del momento partecipativo dell'incapace» a tutela della sua dignità nonché del pieno sviluppo della sua personalità oltre che del mantenimento di adeguate forme di integrazione nel tessuto sociale e

145 ss. Sul punto, si consenta, inoltre, il rinvio a M.A. Urciuoli, *Situazioni esistenziali*, cit., specie 36 ss., testo e note.

²⁹ P. Perlingieri, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in P. Perlingieri, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 24 ss.; A. Iannelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino-Napoli, 1984, 126-135, il quale ben sottolinea la «necessità di abbandonare il preconcetto che autorizza il collegamento di tutte le situazioni giuridiche con la categoria della capacità». I diritti esistenziali, infatti, possono essere collegati direttamente allo *status personae* ed, «in difetto di previsione normativa al riguardo, non vi è motivo per distinguere tra titolarità ed esercizio». Cfr., inoltre, P. Stanzione, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 471; Id., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 249 ss.; F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità d'agire*, cit., 59.

³⁰ App. Milano (decr.), 9 luglio 2008, in *Corr. giur.*, 2008, 1281 ss.

³¹ La svolta dei giudici di legittimità si pone perfettamente in linea con quella assunta, anni prima, dal *Bundesgerichtshof* nel far leva sulla pregressa volontà del paziente, anche se non manifestata per iscritto. Cfr., in tal senso, P. D'Onofrio, *Libertà di cura*, cit., 127.

³² Così M. Di Masi, *Il fine vita*, cit., specie 155 ss., per il quale siamo in presenza di una «figura nuova, che si discosta dai tradizionali istituti di rappresentanza e di sostituzione dell'incapace». A giudizio dell'a. «se proprio di rappresentanza si vuole parlare, si tratta di quella che si suole definire 'rappresentanza attributiva'. Sul punto, anche, M. Franzoni, *Testamento biologico*, cit., specie 276 ss.; M. A. Piccinni, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1209 ss. Sull'ampiezza dei poteri attribuiti, prima della nuova normativa, all'amministratore di sostegno a tutela della salute cfr., per tutti, P. Zatti, *Il diritto a sacrificare la propria salute*, cit., 4 ss.; G. Savorani, *Direttive anticipate e amministratore di sostegno*, in D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure*, cit., specie 133 ss.; G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi*, cit., 1060 ss. Più di recente, M. A. Piccinni, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, specie 1119 ss.

familiare³³. La regolamentazione in oggetto non sembra, tuttavia, mostrare la necessaria attenzione e sensibilità rispetto alle conclusioni più interessanti ed attuali, da tempo raggiunte in dottrina come in giurisprudenza, circa il peculiare atteggiarsi della dicotomia capacità giuridica-capacità d'agire in ordine alle situazioni esistenziali, con conseguente necessità di rivedere la distinzione tra titolarità ed esercizio³⁴ riguardo ai diritti fondamentali della persona. Riconoscere a taluni individui la titolarità di questi ultimi senza permetterne l'esercizio equivale, infatti, a negare, in concreto, la possibilità di realizzare la propria personalità tramite i suddetti diritti. In questa direzione muovono i cenni, sempre più frequenti, alla cd. capacità di discernimento della persona³⁵ (alla quale, non a caso, fanno esplicito riferimento anche gli atti normativi più recenti)³⁶ come pure l'estensione dell'applicazione dei meccanismi della rappresentanza in linea con la tutela della dignità e dello svolgimento della personalità umana³⁷. Il testo in esame non mostra lo stesso

³³ In argomento, per tutti, G. Lisella, *L'amministrazione di sostegno nella Rassegna di diritto civile*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, 201 ss.; G. Bonilini, *Amministrazione di sostegno e introduzione giudiziale*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 490 ss.; G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per i soggetti deboli*, in G. Visentini (a cura di), *Le ragioni della riforma*, Milano, 2005, 11 ss.; M. Sesta, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali del beneficiario?*, in *Fam. dir.*, 2007, 31 ss.

³⁴ P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 183 ss.; P. Stanzone, *Capacità (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 20 ss.; C. M. Bianca, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in E. Russo (a cura di), *La protezione giuridica dell'insufficiente mentale*, Napoli, 1990, 35 ss.; F. Prospero, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 810 ss. e, più di recente, M. Di Masi, *Il fine vita*, cit., 121 ss.; P. D'onofrio, *Libertà di cura*, cit., 91 ss.; M. Sesta, *Riflessioni sul testamento biologico*, cit., 407 ss.

³⁵ In argomento, cfr. gli aa. citati nelle note 26, 29, 40.

³⁶ Basti pensare all'art. 6 della Convenzione di Oviedo che riconosce al minore, ove capace di discernimento, il diritto ad essere informato e reso partecipe nelle scelte relative alla propria salute, come anche all'art. 24 Carta dei diritti UE che attribuisce una particolare preminenza all'opinione dei minori, in relazione alla loro età e maturità. Tra le fonti interne giova ricordare come già l'art. 21 l. 22 maggio 1978, n. 194, sull'interruzione volontaria della gravidanza, preveda espressamente, in presenza di «seri motivi che impediscono o sconsigliano la consultazione delle persone esercenti la potestà [...]», di fare a meno dell'assenso di queste ultime, per dar peso all'ascolto della minorenni così da tener conto della sua volontà e delle ragioni addotte. Analogamente, è riconosciuta ai minori tossicodipendenti la possibilità di chiedere, nel più completo anonimato, accertamenti diagnostici e programmi terapeutici-sociali di riabilitazione (art. 120 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

³⁷ P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit. 17 ss. Sulla tutela della persona umana come «valore dei valori», nell'ambito di una letteratura vastissima, P. Perlingieri, *o.u.c.*, specie 434 ss.; G.B. Ferri, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1977, 75 ss.; D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.; P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 2 ss.; V. Zeno Zencovich, *Personalità (diritto della)*, in *Digesto*, dir. priv., Sez. civ., Torino, 1995, 430 ss.; F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss.; V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali*, cit., 145; L. Lonardo, *Diritti della personalità*, in *Temi e problemi*, cit., 174 ss.; G. Alpa, *La persona fisica*, in G. Alpa e G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, 1, *Le persone e la famiglia*,

coraggio, preferendo far leva, nel caso del minore come per l'interdetto, sugli esercenti la responsabilità genitoriale o sul tutore. Non è, peraltro, senza significato la circostanza che questi ultimi siano espressamente chiamati ad esprimere o rifiutare il consenso al trattamento, «tenendo conto della volontà dell'interessato in relazione all'età ed al suo grado di maturità, ed avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita di quest'ultimo nel rispetto della sua dignità» (art. 3, comma 2). È, inoltre, estremamente interessante la previsione (*ex art. 3, comma 1*) del diritto della persona minore di età «alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione [...]» nonché a «ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alla sua capacità per essere messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà». Nell'apprezzare il tentativo di coinvolgere, in qualche modo, nel processo decisionale anche i pazienti ai quali non viene consentito di partecipare alle decisioni da assumere così da considerarli pur sempre come 'persone in senso pieno', è evidente, quasi sorprendente, il mancato o, almeno, il poco esauriente coordinamento tra i primi due commi della disposizione in esame. In realtà, anziché procedere lungo la via tracciata dalla Suprema Corte quando, in relazione al caso Englaro, non ha esitato a porre l'accento sulla necessità che, nella ricerca del *best interest*, il rappresentante legale decida non «al posto» né «per» ma «con» l'incapace³⁸, sarebbe stato preferibile valorizzare la richiamata «capacità di comprensione e di decisione» del soggetto interessato, consentendogli di esprimere personalmente il consenso ai trattamenti. Cosa significa sostenere che i genitori o il tutore esprimono solo «formalmente il consenso o il dissenso alle cure [...]»?³⁹ Il mero coinvolgimento dei soggetti capaci di discernimento nella relazione di cura non è sufficiente in quanto non si traduce affatto nel riconoscimento di «un diritto all'autodeterminazione in senso pieno»⁴⁰ che la

Torino, 2006, specie 75 ss.; G. Salito, *La persona nei diversi ordinamenti giuridici*, in *Comp. dir. civ.*, 2013, 1 ss. In giurisprudenza, un chiaro riferimento alla tutela della persona umana si rinviene in Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1169 ss.; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 20 ss. Sul valore peculiare e sull'essenza del principio di solidarietà, per tutti, P. Perlingieri e P. Femia, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli 2014, 53 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 43 ss.; Id., *La personalità umana*, cit., 161 ss. Sottolinea come la «solidarietà non può essere definita ed affermata come valore, indipendentemente da ogni specificazione o articolazione» L. Lonardo, *Diritti della personalità*, cit., 178 ss. Cfr., inoltre, G. Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 365 ss.; F.D. Busnelli, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 435 ss.; N. Lipari, «Spirito di liberalità» e «Spirito di solidarietà», in *Riv. trim.*, 1997, 9 ss.; D. Messinetti, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 502 ss.; App. Milano (decr.), 9 luglio 2008, in *Corr. giur.*, 2008, 1281 ss.

³⁸ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

³⁹ M. Foglia, *Consenso e cura*, cit., 105-107 e 111 ss. (il corsivo è dell'a.) e già C.M. Marroni e M. Piccinni, *La persona fisica*, Milano, 2016, 387 ss.

⁴⁰ Così, invece, M. Foglia, *o.l.u.c.*

stessa Corte costituzionale ha qualificato come «diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi della persona»⁴¹.

3.- Le disposizioni anticipate di trattamento: i principi ispiratori della disciplina

La normativa sulle cdd. disposizioni anticipate, oltre a non sciogliere del tutto le perplessità sollevate - come già visto nei paragrafi precedenti - in ordine al tema dell'eventuale, futura incapacità d'agire, spinge a riflettere sulla configurabilità, nella fattispecie in questione, dell'attualità e specificità del consenso, da tempo giustamente indicati (come si è già avuto occasione di rimarcare nell'ambito del presente lavoro) alla stregua di requisiti indispensabili per la validità degli da porre in essere.

In definitiva, la legge appare, senza dubbio, in linea con l'orientamento, da tempo dominante⁴², favorevole a fondare proprio sulle DAT una decisa valorizzazione della libertà di autodeterminazione del paziente, riconoscendo la funzione centrale e dinamica della persona nell'ambito del vigente ordinamento⁴³. Risulta così adeguatamente enfatizzato il ruolo dell'autodeterminazione nella costruzione dell'identità personale⁴⁴ unitamente ad una radicale rilettura del rapporto medico-paziente⁴⁵, con il secondo, ormai riconosciuto titolare della facoltà di porre in essere qualsiasi scelta relativa al proprio essere quale condizione imprescindibile del pieno sviluppo della propria personalità. Analoga impostazione si ritrova negli artt. 1 – 3 Carta dei diritti UE, in particolare nella decisa proclamazione dell'invulnerabilità del valore della dignità umana (art. 1) che assurge a giustificazione ineludibile di ogni altra situazione sancita nella Carta ovvero come base e parte integrante

⁴¹ G. Ferrando, *Diritto alla vita*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 351 ss.; P. D'Onofrio, *o.l.u.c.* Interessante, in materia, Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2504 ss.: «La necessità del consenso si evince, in generale, dall'art. 13 cost. il quale sancisce l'invulnerabilità della libertà personale nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute [...] soprattutto è rilevante in materia l'art. 32 cost.». Cfr., inoltre, Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395 ss.; Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit.

⁴² Per tutti M. Di Masi, *Il fine vita*, cit., 72 ss.; D. Neri, *Il testamento biologico: problemi etici e prospettive di regolamentazione legislativa*, in D. Carusi (a cura di), *Davanti allo specchio*, cit., 36 ss.; P. D'Onofrio, *Libertà di cura*, cit., 145 ss. ed in giurisprudenza, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1013.

⁴³ Si consenta, in materia, il rinvio a M.A. Urciuoli, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, specie 25 ss.

⁴⁴ Puntuale, al riguardo, la ricostruzione operata da G. Salito, *Autodeterminazione*, cit., specie 57 ss. Cfr., inoltre, P. Borsellino, *Bioetica tra «moralità» e diritto*, Milano, 2009, 13 ss.; M. Di Masi, *Fine vita: vecchi e nuovi paradigmi a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 362 ss.; F. Parente, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. not.* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, specie 474 ss.; P. D'Onofrio, *o.l.u.c.*, 11 ss.

⁴⁵ Cfr., *supra*, nota 23.

della sostanza stessa dei diritti fondamentali ivi riconosciuti⁴⁶. Degna di nota, infine, la rilevanza attribuita al consenso libero ed informato della persona interessata (art. 3, punto 2). La sensibilità verso i surricordati principi fondamentali del sistema italo-comunitario delle fonti manifestata dal legislatore italiano con la normativa in esame costituisce il momento finale della netta affermazione della tutela della autodeterminazione personale in ambito sanitario, frutto di una lenta ma costante riflessione tesa a conciliare il momento della libertà con quelli, egualmente essenziali, dei valori intangibili della dignità umana, dell'uguaglianza e della solidarietà⁴⁷. Non a caso, in dottrina, si è spesso indicato nelle disposizioni anticipate di trattamento l'espressione più piena dell'«interazione contenutistica nonché della connessione semantica e ideale» tra salute, libertà, dignità ed identità personale⁴⁸. Tuttavia la libertà di autodeterminazione terapeutica *ex artt.* 2, 13 e 32 cost.⁴⁹, pur costituendo, senza ombra di dubbio, un diritto fondamentale nell'ambito del vigente ordinamento, in nessun caso è in grado di assumere valore assoluto, dovendo sempre essere oggetto di adeguato bilanciamento con altri diritti e valori di pari rango costituzionale⁵⁰. Analogamente, gli atti di autonomia rilevanti in materia⁵¹ ovvero il consenso, il rifiuto, la rinuncia ai trattamenti sanitari, le stesse DAT, proprio per la loro natura negoziale, non potrebbero mai sfociare in una manifestazione di volontà piena, assoluta, incondizionata, arbitraria, del soggetto interessato. Costituiscono, infatti, un valore non in sé e per sé bensì unicamente se e perché tesi a realizzare interessi meritevoli di tutela⁵² alla luce dei principi fondamentali del sistema,

⁴⁶ Si consenta, in materia, il rinvio a M.A. Urciuoli, *Situazioni esistenziali*, cit., specie 25 ss., testo e note. Significativa, in proposito, Corte giust., 14 ottobre 2004, c. 36/02, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1435: «il diritto fondamentale alla dignità umana costituisce parte integrante del diritto dell'Unione». Cfr., inoltre, Corte giust., 3 settembre 2008, in *Foro it.*, 2008, c. 465 ss.

⁴⁷ Per tutti, T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, 34 ss.; L. Balestra, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, cit., 1001 ss.; G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione*, cit., specie 5 ss.; A. Nicolussi, *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 457 ss.; S. Cacace, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 238 ss.

⁴⁸ P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., 17 ss.

⁴⁹ Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334, in *Foro it.*, 2009, I, c. 37 ss.; Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, *ivi*, 2010, p. 1013 ss.; Cass. pen., 14 marzo 2008, n. 11335, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1535.

⁵⁰ Cfr. in proposito, P. Morozzo Della Rocca, *Capacità di volere*, cit., 387 ss.; C. Castronovo, *Autodeterminazione*, cit., 1037 ss.; G. Alpa, *Bioetica biodiritto e rifiuto di cure*, in D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure*, cit., specie 9.

⁵¹ Sulla natura, pur sempre negoziale, degli atti destinati ad incidere su interessi e situazioni esistenziali si consenta il rinvio a M.A. Urciuoli, *Situazioni esistenziali*, cit., specie 54 ss.

⁵² Sul giudizio di meritevolezza, per tutti, P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 334 ss.; F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. not.* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, 189 ss.; V. Rizzo, *Fonti delle obbligazioni fra tipicità, atipicità e giudizio di meritevolezza*, in F. Ruscello (a cura di), *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, 797 ss.; M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, 156 ss.; M. Bianca, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in

con particolare riferimento alla tutela della persona umana⁵³ e della sua dignità⁵⁴ nonché al valore della solidarietà⁵⁵. In questo contesto trova piena giustificazione la prevalente propensione della giurisprudenza a riconoscere come, di fronte al rifiuto di trattamento sanitario (purché legittimo, ovvero dotato di tutti i requisiti richiesti⁵⁶), «c'è spazio nell'ambito dell'alleanza terapeutica medico-paziente per un'azione di persuasione e c'è il dovere di verificare le ragioni profonde di una simile scelta [...] ma non c'è possibilità di disattenderla in nome di un ipotetico dovere di curarsi e di vivere» che la Carta costituzionale non sembra affatto contemplare.

L'analisi sin qui svolta ha consentito di rilevare come la legge in questione faccia propria la posizione, più volte espressa dalla Corte costituzionale, a favore della libertà di autodeterminazione della persona in chiave di «diritto

Riv. dir. civ., 2011, 789 ss.; M. Franzoni, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Ius*, 2017, 410 ss.; I. Martone, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017, 35 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, 1441 ss.; Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 299 ss.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, 725; Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 299.

⁵³ Sulla tutela della persona umana come «valore dei valori», nell'ambito di una letteratura vastissima, P. Perlingieri, *o.u.c.*, specie 434 ss.; G.B. Ferri, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1977, 75 ss.; D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.; P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 2 ss.; V. Zeno Zencovich, *Personalità (diritto della)*, in *Digesto*, dir. priv., Sez. civ., Torino, 1995, 430 ss.; F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss.; V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali*, cit., 145; L. Lonardo, *Diritti della personalità*, in *Temi e problemi*, cit., 174 ss.; G. Alpa, *La persona fisica*, in G. Alpa e G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, 1, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2006, specie 75 ss.; G. Salito, *La persona nei diversi ordinamenti giuridici*, in *Comp. dir. civ.*, 2013, 1 ss. In giurisprudenza, un chiaro riferimento alla tutela della persona umana si rinviene in Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1169 ss.; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 20 ss.

⁵⁴ In argomento, da ultimo, L. Lonardo, *Il valore della dignità*, cit., 768 ss.; P. Zatti, *La dignità dell'uomo*, cit., 379 ss.; G. Alpa, *Dignità personale*, cit., 21 ss.; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 45 ss.; G. Perlingieri, *Introduzione*, cit., specie 28. Anche a giudizio di Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, 2239 «la dignità è principio costituzionale che informa di sé il diritto positivo vigente». Un chiaro riferimento al «rispetto della dignità umana», concetto nel quale si comprende tutto «quell'insieme di valori che costituiscono l'individualità di ogni essere umano» si rinviene in Corte Assise Milano, (ord), 14 febbraio 2018, cit., Cfr., inoltre, Cass., Sez. un., (ord.), 29 maggio 2008, n. 14201, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2255 ss.

⁵⁵ Sul valore peculiare e sull'essenza del principio di solidarietà, per tutti, P. Perlingieri e P. Femia, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli 2014, 53 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 43 ss.; Id., *La personalità umana*, cit., 161 ss. Sottolinea come la «solidarietà non può essere definita ed affermata come valore, indipendentemente da ogni specificazione o articolazione» L. Lonardo, *Diritti della personalità*, cit., 178 ss. Cfr., inoltre, G. Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 365 ss.; F.D. Busnelli, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 435 ss.; N. Lipari, «Spirito di liberalità» e «Spirito di solidarietà», in *Riv. trim.*, 1997, 9 ss.; D. Messinetti, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 502 ss.

⁵⁶ Cfr., *supra*, par. 3 e 4.

inviolabile rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona»⁵⁷. Non è senza significato, inoltre, la scelta di preferire, rispetto alla formulazione dell'art. 32 cost., una decisa sottolineatura della centralità, nell'ipotesi in esame, del «consenso libero e informato» in modo da rimarcare i requisiti essenziali per una scelta consapevole, frutto effettivo della volontà dell'interessato, in sintonia con quanto si evince non soltanto a livello costituzionale (artt. 2, 13 e 32 cost.) ma anche in non poche fonti sovranazionali [la Carta dei diritti UE⁵⁸ (art. 3, comma 2) e, soprattutto, la Convenzione cd. di Oviedo⁵⁹ che dedica al rapporto medico-paziente quasi tutto il Cap. II]. Il richiamo ai summenzionati dati normativi conferisce forza all'identificabilità del consenso informato entro la scala dei valori fondamentali del sistema in chiave di espressione essenziale del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente il fondamento del quale risiede, prima ancora che nella tutela della salute, in quella, complessiva, della personalità umana e del suo pieno sviluppo⁶⁰. E non potrebbe essere diversamente, atteso che l'esclusione del malato dal momento informativo-decisionale lo porrebbe nella condizione di non riuscire ad «esercitare correttamente i suoi diritti e quindi a formarsi una volontà che sia effettivamente tale»; in altri termini non gli consentirebbe di scegliere in modo consapevole.

4.- Considerazioni critiche, con particolare riferimento alla configurabilità, nelle DAT, degli indispensabili requisiti dell'attualità, ponderatezza e specificità del consenso

La normativa sulle DAT, oltre a non riuscire a sciogliere le perplessità in ordine al tema dell'eventuale, futura incapacità d'agire, pone non pochi

⁵⁷ Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit.

⁵⁸ Sul punto, A. Santosuosso, *Integrità della persona, medicina e biologia: l'art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno resp.*, 2002, 809; F. Parente, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., 478, specie nota 2198.

⁵⁹ La Convenzione sui diritti umani e la biomedicina è stata firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e recepita in Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145, senza depositare, tuttavia, lo strumento di ratifica in seno al Consiglio d'Europa. Per questo si è orientati ad escluderne l'efficacia nel nostro ordinamento anche se parte della dottrina non esita ad ammettere che i suoi principi debbono essere applicati come principi generali del sistema vigente. In argomento, A. Gritti, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sulla biomedicina*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, 722 ss.; G. Cataldi, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, specie 267 ss. e, più di recente, I.R. Pavone, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009, 47 ss.; F. M. Palombino, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 4811 ss.; C. Campiglio, *Rifiuto di cure e direttive anticipate: la prospettiva europea*, in D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure*, cit., specie 111-114, testo e note.

⁶⁰ P. D'Onofrio, *Libertà di cura*, cit., specie 97 ss.

problemi in ordine alla configurabilità, nella fattispecie in esame, dell'attualità e specificità del consenso, da tempo giustamente indicati alla stregua di requisiti indispensabili tanto per la validità degli atti in oggetto quanto ai fini della legittimazione stessa del trattamento sanitario⁶¹. In effetti, non appare per niente facile rinvenire il fondamentale requisito dell'attualità in una manifestazione di volontà espressa da un soggetto capace ma destinata a trovare attuazione unicamente in un momento successivo, quando ormai il suo autore non risulta più in grado di valutarne il contenuto e finanche l'opportunità. Ciò pone una serie di questioni non adeguatamente analizzate e risolte dall'attuale disciplina, soprattutto in relazione all'indicazione delle terapie che si desidera non vengano somministrate, alle disposizioni relative al cd. fiduciario per la salute ed ai poteri attribuiti a quest'ultimo⁶² nonché alle garanzie da predisporre per assicurare, anche in questa ipotesi, un efficace ed incisivo adempimento dell'obbligo di informazione⁶³ sussistente in capo al personale sanitario. In altre parole, siffatte disposizioni risultano senza dubbio rivolte ad effettuare una complessa scelta di vita. È difficile, peraltro, non identificarle alla stregua di manifestazioni di volontà con efficacia *inter vivos* ma sempre *pro futuro* e quindi, per definizione, non attuali. Benché si tratti di decisioni esistenziali delicatissime, di tipo decisamente unilaterale, rivolte non a porre fine alla vita e neppure ad incidere negativamente sulla salute bensì ad evitare il doloroso e, talvolta, inutile prolungarsi di sofferenze atroci, per il

⁶¹ Perplexità sull'attualità della volontà nelle DAT vengono manifestate da G. Ferrando, *Consenso informato*, cit., 61 ss.; Id., *Il testamento biologico*, cit., specie 1015 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, specie 77 ss.; G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi*, cit., 1091 ss.; P. Cendon, *Prima della morte*, cit., 650 ss.

⁶² V., *supra*, par. 2, testo e note.

⁶³ Sull'obbligo di informazione e sulla sua rilevanza in materia, per tutti, A. Cilento, *Oltre il consenso informato. Il dovere d'informazione nella relazione medico-paziente*, Napoli, 2014, specie 120 ss.; S. Cacace, *Autodeterminazione*, cit., specie 34 ss. In giurisprudenza, Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Giust. Amm.*, 2009, 1200 ss.; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328; Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *ivi*, 2001, c. 2504; Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giur. it.*, 2007, I, 343 ss.; Cass., 2 luglio 2010, n. 15698, in *Danno resp.*, 2010, 1076 ss.; Cass., 2 novembre 2012, n. 20984, in *Giur. it.*, 2014, 276 ss.; Cass., 31 luglio 2013, n. 18334, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 269 ss.; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2854, cit.; Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 324 ss.; Cass., 4 febbraio 2014, n. 2177, cit.; Cass., 20 maggio 2016, n. 10414, in *Dir. giust.*, 2016, 23, con nota di R. Sasia; Cass., 5 luglio 2017, n. 16503, in *Sanità pubb. priv.*, 2017, 65. In dottrina, sulla rilevanza, nel vigente ordinamento giuridico, degli obblighi di informazione a favore della parte, per così dire, debole, allo scopo di ricostruire un qualche equilibrio tra i soggetti agenti v., in via meramente esemplificativa, P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., specie 513 e 531 ss.; P. Stanzone, *Consenso e situazioni esistenziali: valore e limiti*, in P. Stanzone, *Itinerari di diritto privato*, cit., 146 ss.; G. Ferrando, *Consenso informato del paziente*, cit., 68-73. Sulla valenza, in generale, di siffatti obblighi D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 109 ss.; E. Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim.*, 2003, 1149 ss.; G. Alpa e V. Levi (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2010.

loro particolare *modus operandi* rischiano, comunque, di essere spesso frutto di informazioni poco adeguate, con un carattere, a volte, affatto specifico e ben ponderato (specie se stipulate in condizioni di sostanziale solitudine ed in relazione ad un quadro clinico unicamente supposto). Per questo la giurisprudenza ha, più volte, insistito sull'essenzialità di un consenso manifestato «in modo espresso, non equivoco, adeguatamente informato ed attuale»⁶⁴, puntualizzando, tra l'altro, la non sufficienza, ad esempio, di una volontà esternata sulla base di «un modulo generico, standardizzato»⁶⁵. In direzione analoga muove quella parte della dottrina che non esita a considerare le DAT come «l'approdo logico del processo di valorizzazione del consenso informato», a tutela della libertà del disponente e, prima ancora, della sua salute⁶⁶, della sua identità nonché della sua dignità⁶⁷.

Per quanto concerne il requisito della capacità, in linea con quanto previsto dall'art. 3, comma 2, e in tema di consenso e/o di rifiuto di ogni tipo di trattamento, la normativa (art. 4, comma 1) risulta inequivocabilmente orientata a favore della piena capacità d'agire *ex art. 2 cod. civ.* Benché analoga soluzione risulti adottata anche in Germania (§ 1901° del *BGB*) ed in Francia (L. 1110- 2 *Code de la santé publique*)⁶⁸, come già rimarcato sarebbe stato preferibile riconoscere adeguato rilievo alla circostanza che anche le DAT costituiscono espressione della autodeterminazione della persona e coinvolgono beni ed interessi di natura squisitamente esistenziale casi da effettuare una scelta più coraggiosa, in linea con i valori del sistema⁶⁹. Occorre, inoltre, ricordare che il summenzionato potere non può non assumere (per le ragioni che si è cercato di dimostrare) uno spessore ed una consistenza costituzionali, frutto di un equilibrato bilanciamento tra tutti i valori e gli interessi rilevanti in materia. E che, per la sua peculiare natura, avrebbe forse richiesto la previsione, dopo un certo periodo di tempo, della necessità di confermare la dichiarazione resa così da garantire una più efficace aderenza alle reali volontà del soggetto. È, infatti, evidente come la visione della propria vita e lo stesso modo di essere e di pensare appaiono inevitabilmente condizionati dal trascorrere degli anni, dalle esperienze maturate nonché dai

⁶⁴ Cass., 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1359 ss.; App. Milano, 5 marzo 2015, in *Danno resp.*, 2016, 387 ss.; Cass., 29 settembre 2015, n. 19212, *ivi*, 2016, 387 ss. e già Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2504 ss.; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, *ivi*, 1997, I, c. 771.

⁶⁵ Per tutti, Cass., 4 febbraio 2016, n. 2171, *cit.*; Cass., 29 settembre 2015, n. 19212, *cit.*

⁶⁶ M. Foglia, *Consenso e cura*, *cit.*, specie 183, testo e note 88-90.

⁶⁷ Interessante, in proposito, la definizione delle DAT in chiave di «esplicazione personalissima ed esclusiva della dignità» del disponente prospettata da V. Donato, *Note critiche*, *cit.*, 10 ss.

⁶⁸ M. Foglia, *o.u.c.*, 187 ss.; M. Mantovani, *Il c.d. testamento biologico come strumento di pianificazione delle scelte di fine vita*, in *Atti SISDC Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, 272 s.

⁶⁹ Cfr. le considerazioni svolte nel par. 2, testo e note.

progressi della medicina. Necessaria risulta, infine, una disciplina puntuale ed articolata, omogenea in tutto il territorio nazionale «per imperative ragioni di eguaglianza»⁷⁰.

5.- Il problema delle forme legali. La revocabilità «in ogni momento» delle DAT

Più di un cenno merita anche l'espressa previsione, per quanto riguarda i requisiti formali, accanto alla forma scritta (atto pubblico o scrittura privata autenticata), della possibilità di ricorrere a «videoregistrazioni od altri dispositivi in grado di consentire alla persona con disabilità di comunicare» (artt. 1, comma 4, e 4, comma 6). Una simile prescrizione si fa notare, in particolare, per la capacità di coniugare, con grande efficacia, la tutela di interessi e valori costituzionalmente rilevanti quali la libertà, la consapevolezza, la natura personale del volere⁷¹ ed anche la serietà e la ponderazione della volizione alla base del neoformalismo degli ultimi anni⁷² con la necessità di evitare, nel caso di specie, ogni rigidità e scarsa flessibilità. Esigenza, quest'ultima, che si avverte ancora di più nel caso delle cdd. disposizioni anticipate, in relazione alle quali una forma rafforzata sembra rappresentare uno dei non pochi bilanciamenti resi necessari dalla loro natura di atti destinati a diventare efficaci soltanto dopo la perdita della capacità del disponente, senza, quindi, poter essere oggetto di alcuna conferma nel momento dell'attuazione. In quest'ottica va letta, ad esempio, la previsione, *ex art. 4, comma 7*, della possibilità di revocare la disposizione anche con «dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni» limitatamente, beninteso, ai casi in cui «ragioni di emergenza impediscono di procedere alla revoca con le forme previste dai periodi precedenti». È evidente la volontà di predisporre un'efficace tutela del paziente, specie di una sua libera, consapevole, personale, manifestazione di volontà, obiettivo perseguito dal legislatore affiancando alla previsione di un requisito formale debole, quale quello orale, la videoregistrazione da parte di un medico e la presenza di due testimoni.

In conclusione, di là dalla innegabile possibilità di offrire una più agevole ricostruzione e certezza dell'effettiva volizione del soggetto agente, la prescrizione di una forma rafforzata trova fondamento nella esigenza di una maggiore ponderazione del contenuto dell'atto nonché nella salvaguardia degli

⁷⁰ Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, in *Biodiritto*, 2017, 207 ss.

⁷¹ Interessanti spunti al riguardo in G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi*, cit., specie 1084 ss. Mostra consapevolezza di ciò anche la regolamentazione di tali profili contenuta nel Codice di deontologia medica (specie art. 38) approvato il 18 maggio 2014.

⁷² Per tutti, P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 108 ss.

interessi del disponente in una fase così delicata della propria esistenza⁷³. In quest'ottica, qualche perplessità nasce dal riferimento, nell'art. 1, comma 4, al «consenso *documentato* in forma scritta [...]» che sembrerebbe far propendere per la natura *ad probationem* delle forme ivi disciplinate⁷⁴. A ben vedere, la complessità e la natura esclusivamente esistenziale dei beni e degli interessi coinvolti dovrebbero spingere con decisione verso un'interpretazione funzionale ed assiologica⁷⁵ delle disposizioni in esame. In altre parole, l'uso frequente, nelle più recenti scelte normative, della forma scritta in quanto valido strumento di tutela del soggetto debole o, comunque, in difficoltà, sembra suggerire la previsione di una forma vincolata ovvero *ad substantiam*⁷⁶. In ogni caso, tutti gli atti rilevanti in materia ovvero il consenso, ma anche il rifiuto, la rinuncia, etc., in qualunque forma espressi, devono poi essere inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico così da poter essere sempre a disposizione del personale medico (art. 1, comma 4, parte finale). Per le DAT è, infine, espressamente prescritto che si provveda all'annotazione «in un apposito registro presso l'ufficio dello Stato civile del comune di residenza del disponente, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7 del medesimo articolo» (art. 4, comma 6).

Da apprezzare, infine, la previsione, - in linea con quanto previsto dai legislatori tedeschi e francesi⁷⁷- della revocabilità delle DAT senza eccessive limitazioni: queste ultime, infatti, con le medesime forme prescritte per la stipulazione (art. 4, comma 6)⁷⁸ «sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento» (art. 4, comma 6, parte finale)⁷⁹. Siffatta prescrizione appare

⁷³ Sulla rilevanza della forma scritta in materia, da ultimo, Cass., 29 settembre 2015, n. 19212, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 432 ss. con nota di I. Pizzimenti, *Responsabilità medica: il consenso deve essere scritto e completo*; Cass., 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1359 ss.

⁷⁴ Sottolinea la necessità di distinguere tra «la forma come requisito dell'atto» e gli strumenti per «inserirla in circuiti sanitari di documentazione». P. Zatti, *Spunti*, cit., 249 ss.

⁷⁵ Su tale interpretazione insiste, P. Perlingieri, *Forma dei negozi*, cit., 108 ss.; Id., *Il diritto civile*, cit., 417 ss. Sulla necessità, nella fattispecie in esame, della forma scritta, Cass., 29 settembre 2015, n. 19212, cit. e già Trib. Genova, 20 luglio 1988, in *Foro pol.*, 1989, I, 172 ss., che ravvisa nella manifestazione scritta il valore «di garanzia dell'integrità psico-fisica».

⁷⁶ Non a caso, l'art. 38 Codice di deontologia medica prevede espressamente che il medico è vincolato al contenuto delle DAT unicamente se «espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace [...]» e «successivamente ad un'informazione medica di cui resta traccia documentata».

⁷⁷ M. Foglia, *Consenso e cura*, cit., 200.

⁷⁸ V., *supra*, par. precedente.

⁷⁹ In tal senso, già, l'art. 5 Convenzione di Oviedo «La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Giova inoltre ricordare come sia frequente, in giurisprudenza, l'affermazione secondo la quale «deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita». Da ultimo, Corte Assise Milano, 14 febbraio 2018, cit. ed *ivi* un'ampia e articolata analisi della giurisprudenza non soltanto della Cassazione ma anche della Corte di Strasburgo.

in linea con la natura esistenziale degli atti in questione⁸⁰ come delle esigenze e dei beni coinvolti (basti pensare alla integrità psico-fisica, alla salute, all'identità ed, in particolare, alla dignità) i quali risultano sempre strettamente connessi al valore della persona umana. La stessa mutevolezza delle circostanze alla base di decisioni così delicate e complesse giustifica l'attribuzione del potere di revoca in qualsiasi momento, a prescindere da eventuali ragioni di tutela dell'affidamento di terzi e/o di certezza nelle relazioni interindividuali⁸¹ che, nel caso di specie, non possono non soccombere di fronte alla peculiare natura e rilevanza degli interessi in gioco. Ciò che prevale è, dunque, la volontà di salvaguardare i beni punto di riferimento oggettivo di tale personalissimo atto il quale, proprio a causa del suo particolare modo di essere, si atteggia sempre come espressione significativa del potere di autonomia negoziale ma, non avendo carattere economico, va assoggettato ad una regolamentazione ben diversa da quella relativa agli accordi contrattuali⁸².

6.- Rilievi conclusivi.

In conclusione, la legge in esame ha, senza dubbio, il merito di aver tenuto ben presenti i valori fondamentali del sistema nonché - è opportuno ribadirlo ancora una volta - la rilevanza di beni ed esigenze connesse ad ogni essere umano quali la salute, l'identità personale⁸³ e, in primo luogo, la dignità umana⁸⁴. A quest'ultimo valore risulta completamente informato tutto il testo della Raccomandazione n. 1418 del Consiglio d'Europa «*Protection des droit de l'homme et de la dignité des malade incurables et des morants*»⁸⁵. A ben vedere, l'indiscutibile rilevanza, nel vigente ordinamento, della tutela della dignità quale «priorità ontologica da riferire alla persona umana nella sua

⁸⁰ Si tratta pur sempre di «potere connaturale alle situazioni esistenziali, in quanto tale irrinunciabile»: Cass. pen., 26 maggio 2010, n. 34521, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 825. In dottrina, per tutti, P. Perlingieri, *Il diritto alla salute*, cit., specie 127 ss.; G. Resta, *Contratto e persona*, in *Tratt. contratto* diretto da V. Roppo, VI, Milano, 2006, 21 ss.

⁸¹ Sulla rilevanza giuridica dell'affidamento, C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 155 ss.; V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 32 ss.; E. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, II, Torino, 1993, 237 ss.

⁸² In argomento si consenta il rinvio a M.A. Urciuoli, *Situazioni esistenziali*, cit., specie 79 ss.

⁸³ Sulla necessità di coniugare il rispetto delle intenzioni del paziente con una politica legislativa a favore della tutela della dignità della persona nel fine della vita nonché sull'esigenza di affiancare alla centralità del consenso la salvaguardia della identità della persona e delle sue convinzioni P. Zatti, *Premesse e criteri*, cit., 3 s.; Id., *Spunti*, cit., 247 ss.; P. Veronesi, *Salute*, cit., 62.

⁸⁴ Non esita ad indicare nel valore della dignità un limite invalicabile rispetto alla stessa centralità del consenso P. Zatti, *o.l.u.c.* Cfr, inoltre gli aa. citati nelle note 15 e 17.

⁸⁵ La Raccomandazione si sofferma, tra l'altro, sulla necessità di assicurare al paziente un trattamento ragionevole contro il dolore e di rispettarne a fondo le volontà nonché sull'opportunità di una valutazione proporzionata delle misure atte a prolungare artificialmente la vita. Per tutti, G. Alpa, *La persona fisica*, cit., 250 ss.

essenza e nella concretezza delle situazioni esistenziali»⁸⁶ ovvero quale *quid* inviolabile che afferisce ad ogni essere umano sin dall'inizio del processo vitale, ponendosi in un legame circolare, inscindibile ed inossidabile rispetto allo svolgimento della personalità umana⁸⁷ suggerisce di indicare proprio in siffatto valore un limite invalicabile in relazione alla stessa centralità del consenso, in grado di conformare dall'interno il contenuto e l'ampiezza stessa del relativo potere. Non a caso, proprio la decisa affermazione della portata assoluta del valore della dignità ha indotto a rimarcare, con apprezzabile acume, come ciò renda l'adozione di ogni atto di autodeterminazione - quindi anche delle DAT - «refrattario a sopportare qualunque ingerenza causativa da parte di terzi» e, quindi, a guardare ai poteri riconosciuti a questi ultimi in chiave di strumenti finalizzati a costituire «condizioni idonee ad agevolare l'attuazione della dignità della persona»⁸⁸. Da qui la necessità di distinguere la qualificazione delle DAT alla stregua di «manifestazione consapevole ed attuale della volontà del disponente» rispetto a qualsiasi atto posto in essere da terzi, assegnando a quest'ultimo il «ruolo di mera autorizzazione al trattamento sanitario»⁸⁹. Non a caso, la Corte costituzionale⁹⁰ ha, di recente, avuto occasione di «negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi con se anche necessariamente il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita». Siffatto potere deve, infatti, essere attribuito in modo specifico e unicamente quando in concreto ne ricorra l'esigenza. Non potrebbe essere diversamente, atteso che, come la Consulta ha, con grande sensibilità, segnalato, l'incapace è a tutti gli effetti «persona» e «nessuna limitazione o disconoscimento dei suoi diritti si prospetterebbe lecita [...] potendo la condizione di incapace influire solo sulle modalità di esercizio».

Abstract- La recente previsione delle disposizioni anticipate di trattamento e della loro vincolatività ed efficacia (art. 4 e 5 l. 22 dicembre 2017, n. 219) pone non pochi problemi in ordine alla sussistenza delle fondamentali caratteristiche dell'attualità, ponderatezza specificità e della forma. requisiti, questi, giustamente indicati come essenziali per la validità di tutti gli atti di autodeterminazione rilevanti in materia come pure per la legittimità stessa di ogni trattamento. Il lavoro si propone di esaminare i profili positivi ma anche le ombre persistenti della normativa in questione.

⁸⁶ L. Lonardo, *Il valore della dignità della persona*, cit., 768 ss.

⁸⁷ L. Lonardo, *o.l.u.c.*

⁸⁸ Interessanti spunti in V. Donato, *Note critiche*, cit., specie 11-15, testo e note.

⁸⁹ V. Donato, *o.l.u.c.*

⁹⁰ Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144. V., anche, Trib. Pavia (ord.), 24 marzo 2018 che con grande sensibilità pone con forza l'accento sui diritti alla vita, alla salute, alla dignità ed alla stessa autodeterminazione.

The recent forecast about the advanced treatment Provisions and their binding nature and effectiveness (Articles 4 and 5 Law 22nd December 2017, n. 219) leads to many challenges concerning the validity of fundamental characteristics about current events, serious consideration, specific nature and form. These requirements are rightly considered as being central elements for the validity of all the self-determination acts in such matter as well as for the legitimacy itself of every single treatment. The purpose of our work is to examine the positive benefits but also the negative effects of the legislation such as that at issue.