

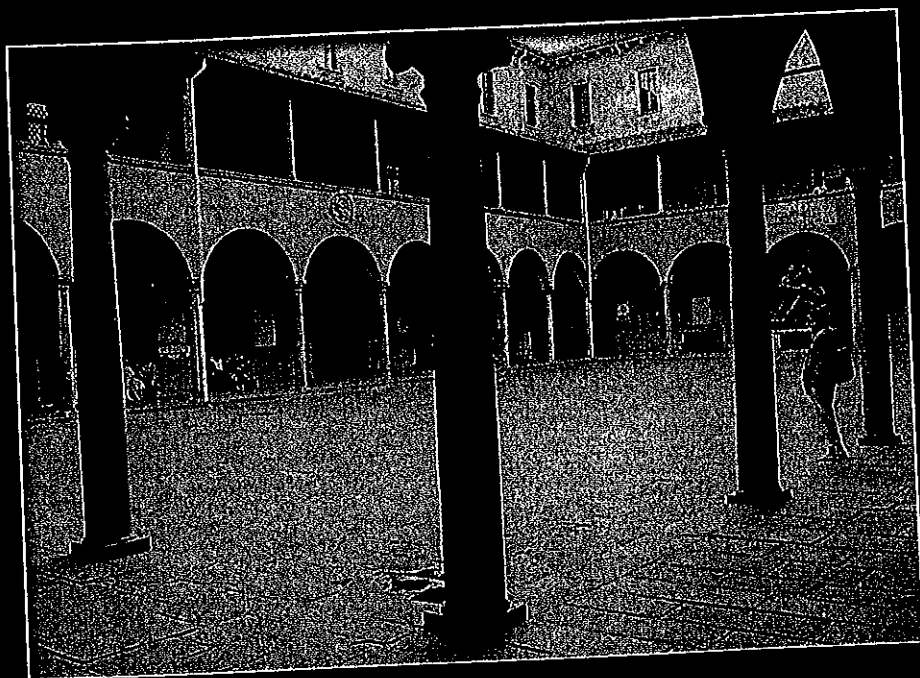
Conversazioni in Sapienza

5

Umberto Breccia - Alessandro Pizzorusso

# ATTI DI DISPOSIZIONE DEL PROPRIO CORPO

*a cura di Roberto Romboli*



EDIZIONI

**plūs**  
pisa university  
press

## Autonomia privata, integrità fisica e dignità della persona: il problema del testamento biologico

Francesca Bonaccorsi

### 1. Premessa

Autonomia privata, integrità fisica e dignità della persona: il problema del testamento biologico si snoda in relazione a questi tre principi chiave. Bisogna, quindi, analizzare in che termini questi tre elementi possano interagire tra di loro, tenendo sempre presente che il limite, ed al contempo lo scopo ultimo, della relazione tra autonomia privata ed integrità fisica è dato dal principio della dignità della persona umana.

### 2. Genesi ed evoluzione dell'art. 5 c.c.

L'art. 5 del nostro codice civile vieta gli atti di disposizione del corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o che siano comunque contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

La norma, di cui non vi era traccia nel codice del 1865, fu introdotta nel vigente codice civile a seguito del vivace dibattito sorto su un noto caso di trapianto, tra due uomini viventi, di una ghiandola sessuale maschile. Le questioni giuridiche connesse al problema degli atti di disposizione del corpo, unitamente all'ideologia politica dell'epoca, fecero sì che nell'art. 5 c.c. confluissero due differenti direttive<sup>1</sup>: da un lato, la necessità, di stampo privatistico, di delimitare l'ambito di liceità degli atti di disposizione del corpo umano, visto come oggetto di un diritto di proprietà soggettivo ed assoluto della persona, da un altro, la necessità, di stampo pubblicistico, di porre un divieto giuridico agli atti di disposizione del corpo che avessero potuto ledere l'integrità fisica della persona, vista nella sua condizione di cittadino-lavoratore e di cittadino-soldato e, quindi, nuocere (sia pure indirettamente) allo Stato<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per un'attenta ricostruzione della genesi dell'art. 5 c.c. si veda P. D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983.

<sup>2</sup> Nella Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice civile (n. 26 del 1936) si legge chiaramente che "l'integrità fisica è condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere ai suoi doveri verso la società e verso la famiglia". Così anche nella giurisprudenza dell'epoca: cfr. Cass., 31 gennaio

Con l'avvento della Costituzione, tuttavia, l'art. 5 c.c. ha subito importanti "modifiche tacite"<sup>3</sup>, che ne hanno profondamente mutato la ratio originaria. Gli artt. 2, 3, 13, 27 e 32 della Costituzione, coordinati tra loro, hanno dato un nuovo significato ai concetti di persona e di salute. È stata riconosciuta al singolo una certa libertà di disporre del proprio corpo<sup>4</sup> ed è mutata l'esigenza posta alla base del divieto di atti di disposizione del corpo: non più la tutela dell'integrità fisica del cittadino, visto in ottica statalista, ma la promozione della piena realizzazione della persona - così come disposto dall'art. 3, secondo comma, Cost. - anche attraverso la propria "fisicità". In quest'ottica, la salute non era più considerata in termini oggettivi e statali come mera assenza di malattia, bensì in termini soggettivi e dinamici, attraverso una valutazione correlata all'idea che ciascun individuo ha della propria identità e della propria dignità, del proprio rapporto con la vita e con la morte, della propria esperienza religiosa, familiare e sociale.<sup>5</sup> Veniva, così, posta in primo piano la necessità di promuovere la piena realizzazione della persona umana al di là dell'aspetto privatistico-economico e al di là dell'aspetto pubblicistico, in un'ottica tipicamente personalistica: la salute fisica della persona doveva essere tutelata in sé e per sé, a prescindere dalla possibilità di sfruttamento economico del corpo e degli interessi statali relativi all'integrità fisica dell'individuo.

A "mettere in crisi" il dettato dell'art. 5 c.c. è, poi, arrivata l'evoluzione nel campo della medicina e della ricerca. Da un contesto nel quale le occasioni di utilizzazione giuridica del corpo umano erano assai limitate e si inquadravano, per lo più, nello

sistema del contratto (nel quale ben si inseriva una disposizione come quella in esame, che regolava la commercializzazione del corpo, tutelando la sfera personale del soggetto da sfruttamenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume), si è passati ad un contesto nel quale le possibilità di sfruttamento del corpo, sempre più numerose e complesse, manifestavano i loro effetti unicamente nella sfera dell'individuo-disponente.<sup>6</sup>

A seguito delle trasformazioni sopra descritte, anche il concetto di atto di disposizione del corpo è, necessariamente, mutato.

Si è, così, affermato che la norma in questione regolerebbe soltanto gli atti di disposizione del corpo c.d. positivi, mentre ne sarebbero automaticamente esclusi quelli c.d. negativi, ossia quegli atti con cui il soggetto rifiuta un determinato trattamento sanitario, incorrendo per questo in una menomazione più o meno grave della propria integrità fisica.<sup>7</sup> La dottrina maggioritaria ha poi ulteriormente specificato il concetto di atto di disposizione del corpo: oggi, infatti, non si parla più di un potere di disposizione su una cosa, dove il corpo-oggetto del diritto è visto come un'entità distaccata dalla persona-soggetto del diritto, bensì della libertà di disporre del proprio corpo, intesa come espressione del più generale principio di libertà e di autonomia della persona.<sup>8</sup> Più in particolare, e per ciò che qui interessa maggiormente, secondo alcuni autori il consenso (ed il dissenso) al trattamento sanitario non sarebbero atti di disposizione in senso stretto, bensì atti di esercizio della libertà

<sup>3</sup> Si pensi, solo a titolo di esempio, alla sterilizzazione volontaria, al mutamento di sesso o al rifiuto di cure mediche. Questo passaggio, osservano G. Palmieri - M.C. Vennù, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, in "Dir. fam. pers.", (2001), p. 1349, "induce ad un ripensamento circa il rapporto tra persona e libertà di autodeterminarsi, tra regola (indisponibilità) ed eccezione (potere di disposizione), chiave di lettura, questa, privilegiata dalla maggior parte degli interpreti attenti a specificare i confini tracciati dalla legge all'autonomia privata e a ribadire la centralità del criterio dell'indisponibilità. Nella prospettiva di un capovolgimento tra regola ed eccezione, invece, l'ordinamento dovrebbe disegnare la tutela della persona sul principio di disponibilità quale espressione dei valori costituzionali di libertà e solidarietà".

<sup>4</sup> Nel senso della restrizione della portata dell'art. 5 c.c. ai soli atti di disposizione positivi cfr. P. Rescigno, *La libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Asquini*, Padova, 1965, vol. IV, p. 1577. M.C. Chemibini, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F. D. Busnelli - U. Breccia, Milano, 1978, p. 78. F. Modugno, *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F. D. Busnelli - U. Breccia, Bologna, 1979, p. 107. *Dir. soc.*, (1982), p. 306; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari" (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in "Dir. soc.", (1981), p. 534; F. Garandina, *Libertà fondamentali dell'individuo e tutela della salute*, in *Il diritto della salute*, a cura di F. D. Busnelli - U. Breccia, Bologna, 1979, p. 107. *In tal senso cfr.* Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo"* ed in quello "passivo", cit., c. 17; P. Zatti, *Il diritto di scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in "Nuova giur. civ. comm.", II (2000), p. 2; Ferrando, *Il principio di gratuità, biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, cit., p. 76; Dogliotti, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, cit., p. 241; L. D'Avack, *Scelte di fine vita*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 56.

<sup>5</sup> Così le definisce R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in "Foro it.", I (1991), c. 16.

<sup>6</sup> Si veda la legge 26 giugno 1967, n. 458 sul trapianto del rene tra vivi; la legge 14 luglio 1967, n. 592 sulla donazione di sangue umano; la legge 26 ottobre 1971, n. 1099 sulla tutela sanitaria nelle attività sportive; la legge 23 marzo 1981, n. 91 sulla tutela sanitaria nell'attività sportiva professionistica; la legge 14 aprile 1982, n. 164 sul mutamento di sesso; la legge 12 agosto 1993, n. 301 sul trapianto della cornea; la legge 1° aprile 1999, n. 91 sui trapianti di organi e tessuti; la legge 16 dicembre 1999, n. 483 sul trapianto del fegato.

<sup>7</sup> In tal senso cfr. G. Ferrando, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura di U. Veronesi, in [www.fondazioneveronesi.it](http://www.fondazioneveronesi.it), p. 144.

personale dell'individuo e non sarebbero, quindi, assoggettati alla regola dell'art. 5 c.c.?: "la libera esplicazione della persona non può soffrire un limite generale qual è quello dell'indisponibilità del corpo e dei diritti della personalità, che si riflette sulla possibilità stessa di decidere come orientare le proprie scelte in conformità al proprio vissuto e al proprio modo di essere"<sup>10</sup>. In questo senso, distinguendo tra principio di disposizione e principio di autodeterminazione<sup>11</sup>, si potrebbe affermare che l'art. 5 c.c. copia soltanto gli atti di disposizione del corpo intesi in senso "contrattuale", mentre resterebbero esclusi da esso gli atti di autodeterminazione della persona in ordine al proprio corpo posti in essere attraverso un'attività di tipo unilaterale, i cui effetti ricadano esclusivamente sulla sfera del soggetto disponente.

### 3. Il testamento biologico ed il suo fondamento giuridico

Per testamento biologico (ma vari sono i suoi sinonimi: *living will*, testamento di vita, testamento per la vita, direttive anticipate, dichiarazioni anticipate di trattamento) si intende, secondo quella che è la definizione fornita dal Comitato Nazionale per la Bioetica (in *nd* cit. "CNP") nel parere del 18 dicembre 2003<sup>12</sup>, "un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere 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".

Allo stato attuale non esiste, nel nostro ordinamento, alcuna disposizione in tema di testamento biologico; tuttavia, ciò non toglie che il nostro sistema possa comunque offrire numerosi spunti normativi tramite i quali poter ricostruire una base normativa su cui fondare l'ammissibilità dell'istituto in esame<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Così Ferrando, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, cit., p. 761; V. Caldera, *Il problema del consenso nella bioetica*, in "Riv. dir. civ.", (2005), p. 341, secondo cui "non c'è disposizione senza relazionabilità, protezione verso l'esterno - costituzione, modificazione, estinzione (art. 1321 c.c.) - di un diritto".

<sup>11</sup> Palmieri - Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, cit., p. 1350. Secondo Pinna, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, cit., p. 607, il principio di autodeterminazione è un principio generale "capace, di volta in volta, di adeguarsi alle specifiche esigenze dell'individuo. Solo l'operatività di tale principio rende possibile che la libertà individuale si elevi da assenza di costrizione a dignitosa decisione", in un percorso ove la dignità non deve "intendersi imposta dall'alto, a prescindere da qualsiasi possibilità di ricostruire la volontà della persona, quanto nel senso di tutela della persona degli abusi altrui".

<sup>12</sup> In tal senso G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in "Riv. dir. priv.", (2006), p. 85.

<sup>13</sup> Il testo è reperibile sul sito internet [www.fondazioneeliazzi.it](http://www.fondazioneeliazzi.it).  
<sup>14</sup> Osserva S. Rodotà, *Protesi sul corpo "giuridificato"*, in "Riv. crit. dir. priv.", (1994), p. 467: "fino a non molto tempo fa, le norme sugli usi del corpo erano poche, sintetiche e riferite solo ad una ridottissima

In tal senso, oltre alle norme costituzionali già in precedenza richiamate<sup>14</sup>, viene in primo luogo in rilievo la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina<sup>15</sup>. L'art. 1 della Convenzione prevede che l'uomo debba essere tutelato "nella sua dignità e nella sua identità", e che gli debba essere garantito "il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina". Con particolare riferimento al tema del testamento biologico rileva, poi, il combinato disposto degli art. 5 e 9 della Convenzione: l'art. 5 prevede che "un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il consenso libero ed informato", mentre l'art. 9 prevede che "i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione".

Sempre in ambito europeo deve essere ricordata la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea<sup>16</sup> del 2000, ove subito dopo il riconoscimento, agli art. 1 e 2, del diritto alla dignità umana e del diritto alla vita, all'art. 3 si afferma il diritto all'integrità fisica, che pone in primo piano il rispetto, nell'ambito medico, del consenso libero ed informato della persona interessata.

Infine, si può richiamare il Codice di deontologia medica del 1998<sup>17</sup> ove all'art. 34 (significativamente rubricato "Autonomia del cittadino") si prevede che "il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza

parte dei problemi oggi discussi. Questo non era il frutto di una disattenzione o di un disinteresse. Era la conseguenza del fatto che l'uso del corpo, nella grandissima parte dei casi, dipendeva unicamente da leggi naturali, consentiva solo limitati interventi attivi che ne modificassero la struttura e, quindi, non aveva bisogno di specifiche regole giuridiche. La norma morale o sociale sull'uso del corpo trovava nella realtà di oggi se, come e quando il corpo, le sue parti e i suoi prodotti possano divenire oggetto di atti di disposizione, e da parte di chi, o di vere e proprie transazioni commerciali". In tal senso anche Ferrando, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, cit., p. 762: "le nuove tecnologie in campo genetico, riproduttivo, o in quella della rianimazione aprono nuove possibilità di scelta, dove prima c'era necessità, ora si presentano diverse opzioni, dove si riteneva che agissero solo forze naturali e immutabili, ora c'è possibilità di mutamento. Si aprono nuovi spazi di libertà, di autonomia, e di responsabilità".

<sup>14</sup> Ma non possono non venire in rilievo anche le norme della Costituzione europea (il cui testo è reperibile sul sito internet [www.europarl.it](http://www.europarl.it)) ove all'art. 1-2 (rubricato "Valori dell'Unione") si prevede che "l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà [...] e del rispetto dei diritti umani".

<sup>15</sup> La Convenzione, il cui testo è reperibile sul sito internet [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it), è stata ratificata in Italia con la legge del 24 marzo 2001, n. 145.

<sup>16</sup> Il testo è reperibile sul sito internet [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).  
<sup>17</sup> Quando ormai questo scritto era in fase di pubblicazione, è stato approvato un nuovo Codice di deontologia medica (del dicembre 2006), il cui testo è stato significativamente modificato anche con riferimento al problema delle direttive anticipate. In questo scritto, quindi, si è potuto tener conto solo

professionale, alla volontà di curarsi liberamente espressa dalla persona. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso".<sup>18</sup>

Ma il documento che, forse più di altri, denota la volontà, da un lato, e la possibilità, da un altro, di introdurre un istituto quale quello in esame nel nostro ordinamento è il citato parere del CNB del 18 dicembre 2003 che, sia pure privo di carattere normativo, ha un'estrema rilevanza sostanziale. Nel documento si afferma che la finalità fondamentale delle direttive anticipate dovrebbe essere quella di "forare uno strumento per recuperare al meglio, nelle situazioni di incapacità decisionale, il ruolo che ordinariamente viene svolto dal dialogo informato del paziente col medico", mentre il principio ispiratore posto a fondamento del testamento biologico dovrebbe essere quello per cui ciascun individuo ha diritto di manifestare, anche anticipatamente, i propri orientamenti in merito alle scelte terapeutiche ed agli interventi medici cui sottoporsi. In tal senso, il testamento biologico costituirebbe un valido strumento che consentirebbe di far proseguire, sia pure in modo ideale, il dialogo tra medico e paziente.<sup>19</sup>

Più di recente, il CNB è tornato ad affrontare il tema delle dichiarazioni anticipate di trattamento, mutando (o, forse, precisando) il pensiero espresso nel precedente documento del 2003. Nel parere emanato il 30 settembre 2005, relativo al problema dell'alimentazione e dell'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente, il

del "vecchio" Codice di deontologia del 1998, né è possibile, nello spazio di una breve nota, svolgere le opportune riflessioni sulle modifiche introdotte nel dicembre 2006.

<sup>18</sup> Cfr. Caldeira, *Il problema del consenso nella bioetica*, cit., p. 337, la quale osserva: "specie se l'esigenza di regole è presente [...] l'autoregolamentazione attuata dai soggetti e dalle professioni, ferma rimanente coinvolte può con efficacia e tempestività assicurare la ricezione della nuova disciplina, ferma restando l'esigenza di valutare la conformità di questo corpus normativo ai principi dell'ordinamento sanitario. Nelle more dell'intervento legislativo, la funzione di raccordo tra fonti sovranazionali e costituzionale interno è affidata al gioco combinatorio del c.d. *soft law*, i Codici deontologici espressione dell'autonomia delle organizzazioni professionali, con le clausole generali, nella storica funzione di controllo dell'autonomia del giurista e ambiente sociale". Ma cfr. anche A. Patroni Griffi, *Dirittive reattivo-attivo tra ordinamento giuridico e ambiente sociale*. "Il cosiddetto "diritto giurisprudenziale", la normativa anticipata: *breve note*, in [www.istitutubiobioetica.org](http://www.istitutubiobioetica.org); "Il cosiddetto "diritto giurisprudenziale", la normativa deontologica, l'esercizio di funzione consultiva da parte di organismi tecnici pongono alcuni dubbi sulla piano della tenuta del principio di certezza del diritto da un lato e costituiscono manifestazione di decisione in sede prive di rappresentanza nella regolazione di questioni dal forte significato politico: ma, al contempo, sono espressione di quella regolazione morbida, *soft law*, che consente meglio di sedimentare nella coscienza sociale una maggiore consapevolezza della problematica delle questioni investite".

<sup>19</sup> Già in precedenza (si veda il parere del CNB del 14 gennaio 1995, relativo alle questioni bioetiche sulla fine della vita umana, in [www.governo.it/bioetica/festi.htm](http://www.governo.it/bioetica/festi.htm)) il CNB aveva avuto modo di affrontare, sia pure indirettamente, il tema delle direttive anticipate, inserendo quest'ultime "in un positivo processo di adeguamento della nostra concezione dell'atto medico ai principi di autonomia decisionale del paziente".

CNB ha affermato che le direttive anticipate sono legittime, e devono essere prese in considerazione, solo nella misura in cui siano riferite esclusivamente a trattamenti di natura straordinaria: in tutti gli altri casi non dovrebbero essere tenute di conto dal medico curante il quale, quindi, potrebbe procedere ugualmente al trattamento sanitario, nonostante la volontà contraria espressa nelle direttive dal malato.<sup>20</sup>

Da ultimo, poi, alcuni autori hanno visto nella recente legge sull'amministrazione di sostegno uno spiraglio per il riconoscimento nel nostro ordinamento della validità del testamento biologico.<sup>21</sup> L'art. 408 c.c. prevede che "l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata". Tale norma, correlata con l'art. 410 c.c. (ove si prevede che "nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario [...] In caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o gli altri soggetti [...] possono ricorrere a giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti"), ha indotto alcuni a sottolineare il grande risalto assegnato alla volontà del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno, anche qualora tale volontà venga espressa "ora per allora". In particolare, si è sottolineato come la nomina del futuro amministratore di sostegno sia pur sempre un atto unilaterale *inter vivos* la cui efficacia è differita ad un momento futuro ed eventuale, ossia il prodursi di una situazione di incapacità psichica o fisica del soggetto che ha effettuato tale nomina. Se si considera che tra le direttive che l'interessato può impartire "ora per allora" il proprio volere sulle scelte terapeutiche"<sup>22</sup>, ecco che sembra possibile utilizzare

<sup>20</sup> Si osservi il contrasto rispetto al precedente parere del 18 dicembre 2003, nel quale si era affermato che il malato aveva diritto di esprimere il proprio consenso (o il proprio dissenso) al trattamento sanitario, anche mediante direttive anticipate, in relazione a tutti i trattamenti sanitari e gli interventi medici che gli si potessero prospettare.

<sup>21</sup> G. Bonifini, "Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 191, secondo cui tale negozio sarebbe "atto a valorizzare appieno la volontà dell'uomo, il quale, in modo consapevole, manifesta, suo tramite, le decisioni inerenti la propria salute, e i rischi connessi a particolari tecniche terapeutiche"; E. Calò, Amministrazione di sostegno, *legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, p. 106; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 45; G. Carapezza Figlia, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in "Famiglia", (2004), p. 1051; G. Spoto, *Dirittive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in "Europa diritto", (2005), p. 192; M. Sesta, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 174.

<sup>22</sup> Bonifini, "Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno, cit., p. 199; Sesta, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, cit., p. 173. In giurisprudenza si vedano Trib. Roma, 19 marzo 2004, in "Notariato", (2004), p. 249; Trib. Cosenza, 24 ottobre 2004, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it); Trib. Roma, 28 gennaio 2005, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

questo schema giuridico per tradurre in termini normativi le istanze proprie del testamento biologico.

Traendo forza dal quadro normativo sopra descritto, sia pure in assenza di una disciplina legislativa ad hoc, alcuni autori hanno, quindi, affermato che l'istituto del testamento biologico potrebbe avere valenza normativa già oggi.<sup>23</sup> Il problema sembra, tuttavia, perdere di intensità se solo si consideri che sono attualmente all'esame in parlamento numerosissimi disegni di legge in tema di direttive anticipate i quali, dopo aver riconosciuto (sia pure con espressioni diverse) il diritto di ciascun individuo di prestare (o negare) il proprio consenso in relazione a determinati trattamenti sanitari, sottolineano, in vario modo, come la dichiarazione di una simile volontà debba restare valida ed efficace anche per il tempo successivo alla perdita delle capacità cognitive del paziente, e che un eventuale rifiuto di determinati trattamenti sanitari debba essere rispettato dal medico anche qualora ne derivi un evidente pericolo per la salute o la vita del paziente.

Nell'attesa, allora, che il parlamento esprima la sua opinione in proposito, si possono indicare (senza, peraltro, alcuna pretesa di esautività) alcuni punti essenziali che dovrebbero necessariamente essere presi in considerazione al fine di dare consistenza al testamento biologico.

In primo luogo, occorre ricordare come la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie siano concordi nel ritenere che non esista, nel nostro ordinamento, né un "dovere di curarsi" né, d'altra parte, un "diritto di morire". Il confine tra le due posizioni è costituito dal diritto di ciascun individuo di rifiutare le cure ed i trattamenti medici (qualora, ovviamente, questi non siano per legge obbligatori) da eseguirsi sulla propria persona.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Così Alpa, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, cit., p. 94, secondo cui: "ragionando sui principi costituzionali e sulle regole che si applicano alle dichiarazioni di volontà, si potrebbe giungere alla conclusione che le dichiarazioni di volontà anticipate hanno una valenza giuridica in ogni caso e già oggi". P. Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 18; "che il testamento biologico possa ammettersi, ed essere considerato valido, nel nostro ordinamento è domanda che può ricevere una positiva risposta già sotto il profilo della liceità degli atti di disposizione del corpo e dell'integrità personale che rispettino i limiti di legge".

<sup>24</sup> Cfr. sul punto M. Barni - G. Dell'Osso - P. Martini, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in "Riv. it. med. leg.", (1983), p. 29, secondo i quali alla base del discorso sul testamento biologico sta una "sostanziale premessa la cui validità non può essere ritenuta acquisita sotto ogni profilo, religioso, morale, sociologico, antropologico; ma che per la medicina legale e la deontologica medica è senza alcun dubbio accertabile e non rifiutabile. [...] esiste [...] un diritto inaspribile della persona alla libera determinazione nei confronti della aggressione medica, ai fini diagnostici o terapeutici. Diversamente argomentando, si degraderebbe la medicina al mero rango di pretenzionale e rischiosissimo strumento di sopraffazione dell'individuo, del suo atteggiarsi e del suo dissentire, in una parola della sua libertà [...] Se questo diritto di libertà possa anche configurarsi in un estremo diritto a morire è problema di immensa portata la cui soluzione non può essere affidata alla medicina [...]". È comunque certo che il

Ed invero, quando un soggetto maggiorenne, nel pieno delle sue facoltà mentali,<sup>25</sup> correttamente informato delle conseguenze delle proprie scelte e, quindi, pienamente consapevole dei rischi cui può andare incontro, opta per un rifiuto delle cure mediche prospettategli, pur sapendo che tale rifiuto condurrà (o potrà condurre) alla morte, egli non sta "scegliendo di morire", ma sta ancora "scegliendo di vivere", sia pure in un modo diverso da quello che deriverebbe dalla sua sottoposizione alle cure mediche.<sup>26</sup> Parte della dottrina, a tal proposito, ha sottolineato la distinzione tra il concetto di *vita* e quello di *salute*, per richiamare l'argomento giuridico secondo cui, al di fuori dei casi di suicidio, "vi sono soltanto atti di disposizione delle cure (come espressione del diritto alla salute), atti che possono anche incidere sulla durata della vita, ma che sono legittimi in quanto non diretti specificamente a causare la morte".<sup>27</sup>

Molto significativo appare, in tal senso, anche un passo della "Dichiarazione sulla *l'autanasia*" redatta dalla Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede il 5 maggio 1980<sup>28</sup> ove si è affermato che il rifiuto di un tipo di cura "troppo oneroso" non equivale al suicidio: "significa piuttosto o semplice accettazione della condizione umana, o desiderio di evitare la messa in opera di un dispositivo medico sproporzionato ai

medico non può in alcun caso violentare la determinazione libera e cosciente dell'individuo". Ma si veda anche quanto affermato nel citato parere del CNB del: "il diritto che si vuol riconoscere al paziente di orientare i trattamenti a cui potrebbe essere sottoposto, ove divenuto incapace di intendere e di volere, non è un diritto all'eutanasia, né un diritto soggettivo a morire [...] ma esclusivamente il diritto di richiedere ai medici la sospensione o la non attivazione di pratiche terapeutiche anche nei casi più estremi e impigri di sostegno vitale".

<sup>25</sup> P. Cendon, *Le direttive anticipate*, in "Pol. dir.", (2002), p. 639 ritiene a tal proposito "fondata la conclusione secondo cui il metro soggettivo - cui riferire ogni valutazione - debba cercarsi sul terreno della capacità testamentaria".

<sup>26</sup> In tal senso cfr. G. Porzanello, *Kenngi Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, in "Foro it.", IV (2001), c. 72. Nella pronuncia ivi commentata la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che il diritto di un malato di rifiutare le cure non si basa sul diritto di morire ma sul diritto all'integrità fisica ed all'irrevocabilità della persona umana. In tal senso cfr. anche Pinna, *Autodeterminazione e consenso, da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, cit., p. 603. In giurisprudenza si veda Trib. Firenze, 18 ottobre 1990, in "Foro it.", II (1991), c. 236, ove si è affermato che ciascuno ha diritto di rifiutare le cure mediche "lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze: il che a ragione non può essere considerato il riconoscimento di un diritto positivo al suicidio, ma è invece la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto [...] dall'arbitrio altrui [...] trattandosi di una scelta che lui solo può legittimamente fare".

<sup>27</sup> A. Santorusso, *A proposito del living will e di alcune direttive: note per il dibattito*, in "Pol. dir.", (1990), p. 484. Ma così anche D. Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., p. 99, ove si afferma che in questo caso può correttamente parlarsi di "diritto alla vita intesa non come mera sopravvivenza ma come possibilità di attuare la propria personalità", ed in tale prospettiva "si potrebbe ammettere la legittimità del rifiuto, predisposto in previsione di una tale ipotesi, alla prosecuzione artificiale della vita come mezzo di realizzazione e di difesa della personalità e dignità umana".

<sup>28</sup> Il testo è reperibile sul sito internet [www.pontefidbioetica.it](http://www.pontefidbioetica.it)

risultati che si potrebbero sperare, oppure volontà di non imporre oneri troppo gravi alla famiglia o alla collettività. Nell'imminenza di una morte inevitabile nonostante i mezzi usati, è lecito in coscienza prendere la decisione di rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all'ammalato in simili casi<sup>29</sup>.

Ovviamente, affinché una simile "scelta di vita" possa trovare riconoscimento nel nostro ordinamento, occorrerà che questa superi un previo controllo di liceità dell'interesse perseguito<sup>30</sup>.

In tal senso, si ritiene che le direttive anticipate (in cui potrebbe essere tralasciata la "scelta di vita" così come sopra descritta) non dovrebbero porsi in contrasto con l'ordine pubblico, inteso come "richiamo ai principi fondamentali della Costituzione posti a garanzia del valore della persona umana"<sup>31</sup>. Così, non potranno contenere, almeno allo stato attuale, scelte di tipo eutanasico o che comunque possano rivelarsi lesive della dignità personale<sup>32</sup>, ma anche (ed in senso opposto) scelte che impongano ai medici di porre in essere un inutile accanimento terapeutico<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> In tal senso cfr. anche quanto scritto da Papa Pio XII nella *Allocuzione del 24 novembre 1957*, A.A.S., 1957, 45, p. 1027: "nessuno è moralmente obbligato a curarsi con terapie straordinarie", per tali intendendosi anche i casi nei quali vi sia una "particolare ripugnanza o paura di un certo trattamento o dei suoi possibili esiti collaterali...]. Il rifiuto della cura in genere è moralmente condannabile, non lo è invece il rifiuto di una particolare terapia quando questa rivesta, oggettivamente o soggettivamente, caratteri di straordinaria".

<sup>30</sup> Canapezza Figlia, *Profilo ricostruttivo delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., p. 1079.

<sup>31</sup> Canapezza Figlia, *Profilo ricostruttivo delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., p. 1079.

<sup>32</sup> Come, ad esempio, il rifiuto delle *basic cares*. In tal senso anche P. Cendon, *Malattia terminale e direttive anticipate*, in [www.infoplegis.it](http://www.infoplegis.it), secondo cui non si possono rifiutare trattamenti che, se omessi, provocherebbero una lesione della dignità della persona (come i trattamenti volti a limitare il dolore o le *c.d. basic cares*, ossia gli interventi di assistenza minima al malato, quali i trattamenti per il presidio dell'igiene personale del paziente) oppure quando, ad esempio, vi sia una gravità ed il fatto sia sviluppato fino al punto da poter sopravvivere autonomamente.

<sup>33</sup> Si osservi, tuttavia, come tali concetti, solo apparentemente chiari, siano nella prassi medico-giuridica ancora estremamente astratti. A tal proposito sembra interessante leggere l'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma il 16 dicembre 2006 (in "Giuda al diritto", 1 (2007), p. 32) sul caso Wellyor: dopo una ricostruzione del quadro giuridico attuale, con la quale si evidenziava la rilevanza della dignità della persona ed il principio del consenso informato, il giudice romano ha respinto il ricorso affermando che "il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita è distinto dal diritto artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente [...] ma trattato di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento; infatti, non può parlarsi di tutela se poi quanto richiesto dal ricorrente deve essere sempre rimesso alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta". A conclusioni diametralmente opposte si poteva, però, pervenire tramite una corretta analisi della normativa in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento e, in particolare, del principio del consenso informato, che pure è stato più volte richiamato nella citata ordinanza (in questo senso si veda il parere espresso dal Comitato di Bioetica dell'Ospedale S. Martino di Genova il 23 novembre 2006, in [www.abiondiritto.it](http://www.abiondiritto.it)).

Il controllo di liceità del testamento biologico si intreccia, quindi, strettamente con il tema del rispetto della dignità del malato<sup>34</sup>, intesa come limite cui deve essere improntata l'attività medica e, più in generale, ogni attività di ingerenza altrui nella sfera personale dell'individuo.

Basti pensare, a tal proposito, a quanto previsto dall'art. 32, secondo comma, Cost., ove si afferma che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". È evidente che se il limite del rispetto della persona umana (e, quindi, in primo luogo della sua identità e della sua dignità personale) vale con riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori, a maggior ragione esso dovrà valere qualora questi trattamenti non siano imposti dalla legge ma siano rimessi alla discrezionalità del paziente stesso, che attraverso il suo consenso (o dissenso) informato può sempre liberamente scegliere se sottoporvi o meno. Ancora, fanno riferimento alla dignità della persona anche l'art. 1 della Convenzione di Oviedo del 1997, ove si afferma che "le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina", o l'art. 1 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, ove si afferma che "la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana".

Ma basterebbe pensare alla formulazione classica che compare nei *living wills* americani ("se non vi è ragionevole aspettativa di un mio recupero della infermità fisica o mentale, io chiedo di morire o di non essere lasciato in vita con mezzi artificiali o misure eroiche. [...] Non temo la morte quanto piuttosto non tema l'indegnità della degradazione, della dipendenza e del dolore senza speranza") od in quelli inglesi ("ho paura della degradazione e dell'indegnità più di quanto tema la morte prematura"), per comprendere come il tema della dignità della morte sia qui assolutamente centrale.

<sup>34</sup> Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, cit., p. 18, sottolinea, infatti, che se non si può parlare di un vero e proprio diritto di morire, si può però certamente parlare di un diritto a morire con dignità. Sempre P. Rescigno, *La fine della vita umana*, in "Riv. dir. civ.", I (1982), p. 656, afferma che "il giurista conosce nell'egualianza, nell'autonomia e nel più comprensivo concetto della dignità umana i "valori" garantiti dal sistema costituzionale con assidua e tenace insistenza: a considerare l'esasperanza individuale ed a raccogliere le indicazioni ricevute da così abbondante e dispersa letteratura, la morte sembra includere l'estremo tentativo di attingerli, approdo o fallimento dell'insanabile ricerca". Ma in tal senso cfr. anche S. Rodotà, *Teorologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 169: "il punto di partenza è che il riconoscimento della vita, come valore fondamentale, non può essere disgiunto dall'attenzione rivolta all'altro valore guida in questa materia, quello della dignità umana".

#### 4. La vincolatività del testamento biologico

Ammissa, in linea generale e con le predette limitazioni, la possibilità di intradurre nel nostro sistema l'istituto del testamento biologico, occorre ora valutare quale grado di vincolatività gli possa essere attribuito. A tal fine, bisogna contemporaneamente due opposte esigenze: da un lato, il desiderio del paziente di vedere rispettata la propria volontà in ordine ai trattamenti sanitari da ricevere; da un altro, l'aspirazione del medico a non vedere svilito il suo ruolo professionale.

Uno degli ostacoli maggiori al riconoscimento del carattere vincolante alle direttive anticipate è stato individuato nel fatto che queste sono espresse in un momento anteriore al verificarsi della patologia cui sono riferite e, quindi, mancherebbero del carattere dell'attualità. Ma, a ben osservare, è proprio questa la finalità del testamento biologico: il paziente esprime ora per allora, e *rebus sic stantibus*, una determinata volontà, accollandosi anche il rischio che proprio nel momento in cui tale volontà dovrà essere eseguita, questa potrebbe non "rappresentarlo" più<sup>35</sup>. Questo, del resto, è l'indirizzo espresso dal CNB nel parere del 18 dicembre 2003: "per chiedere il rischio, - indubbiamente grave - della sproporzione che sussiste tra il contenuto della decisione del paziente e il momento in cui essa viene elaborata, si vorrebbe il rischio altrettanto grave di non tenere nel dovuto conto l'autonomia del malato. Da questa difficoltà si può uscire solo se si considera che il concetto dell'attualità esprime un requisito logico e non meramente cronologico - temporale e se si riflette come già il diritto positivo italiano (si consideri ad es. la legge sui trapianti di organi del 1999) abbia già da tempo aperto la strada [...] all'accreditamento legale della volontà espressa, anche mediante silenzio, dal soggetto in vita"<sup>36</sup>. Pertanto, ove un soggetto, consapevole del fatto che "tutte le decisioni anticipate di trattamento possiedono inevitabilmente un carattere precario, contingente ed incerto, confermasse comunque la sua ferma volontà di redigere, con la sua firma egli manifesterebbe senza equivoci l'intenzione di assumersi personalmente e pienamente, almeno sul piano etico, tale rischio" e, quindi, "non si vede perché il rischio che egli coscientemente deciderebbe di correre dovrebbe operare nel senso di togliere validità alle sue indicazioni"<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cf. R. Cecchi, *Il testamento biologico: perché?*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 130: "Il rischio paventato viene, invece, consapevolmente assunto dal paziente nel momento in cui redige una direttiva anticipata. In pratica, coloro che sottoscrivono tale documento accettano quella percentuale di rischio di poter cambiare idea, d'altronde insita in tutte le decisioni che prendiamo nel corso della nostra vita. Chi non si sente di correre questo rischio, non prenderà mai in considerazione un testamento biologico".

<sup>36</sup> Sul punto cfr. D'Avack, *Scelte di fine vita*, cit., p. 83.

<sup>37</sup> Così sempre il citato parere del CNB del 18 dicembre 2003.

La soluzione che appare più logica per superare l'impasse è, allora, quella di considerare le direttive anticipate vincolanti per il medico solo nella misura in cui queste: i) siano state liberamente espresse da un paziente maggiorenne, capace di intendere e di volere, correttamente informato e consapevole delle proprie scelte; ii) corrispondano effettivamente alla situazione clinica in cui versa in concreto il paziente; iii) non abbiano un contenuto eutanasico; iv) non siano state da lui revocate, né espressamente né implicitamente; v) non siano divenute inattuati a causa del sopravvenuti progressi in campo medico. Qualora venga a mancare anche uno soltanto di questi elementi, è chiaro che il valore delle direttive anticipate dovrà essere notevolmente ridimensionato: si parla in tal senso di "vincolatività attenuata" o di "discrezionalità limitata"<sup>38</sup>. In questo modo, peraltro, le figure del paziente e del sanitario non solo vengono rivalutate, ma acquisiscono ancor più forza all'interno del rapporto malato-medico.

Per quanto riguarda il paziente, questi non solo avrà la certezza che le sue indicazioni saranno rispettate dal medico, ma sarà anche rassicurato dal fatto che se in un qualsiasi momento la volontà precedentemente espressa dovesse divenire inattuata (tanto a causa di un suo cambiamento di idea, quanto a causa del progresso medico), o non dovesse corrispondere al quadro clinico concreto, il medico non dovrà più tenerla in considerazione, ma dovrà procedere seguendo un nuovo percorso, più adatto ai sopravvenuti mutamenti o alla situazione concretamente presentatasi.

Analoga mente, viene rivalutato il ruolo del medico (la cui professionalità, quindi, non esce da questa analisi svilita), il quale, dall'atto della sua esperienza professionale, dovrà da un lato valutare il quadro clinico del paziente, per appurare se questo corrisponda effettivamente alla situazione ipotizzata nelle direttive anticipate, e, da un altro, verificare se il progresso medico e tecnologico eventualmente sopravvenuto possa rendere inattuati quelle direttive<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Entrambe le espressioni sono di L. Balestra, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 100. Così anche Ferrando, *Il principio di gravità, biotecnologie e "arti di disposizione del corpo"*, cit., p. 773; D'Avack, *Scelte di fine vita*, cit., p. 85; Cecchi, *Il testamento biologico: perché?*, cit., p. 131; D. Neri, *Il principio di autonomia nel documento del CNB sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *www.fondazionealleanza.it*, p. 6; R. Podomo, *Commento al documento del CNB*, in *www.istitutubiocetica.org*. In senso nettamente contrario cfr. G. Ladeola, *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, in "Riv. it. med. leg.", p. 473: "attesa la inadeguatezza della volontà del paziente a porsi, nelle situazioni di grave rischio ipotizzate, quale vincolante per le scelte del medico, risulta intrinsecamente lecito l'intervento di questi, pur in presenza di una contraria manifestazione di volontà del malato".

<sup>39</sup> Questa, come si sottolinea nel citato parere del CNB, è anche la ratio sottesa all'art. 9 della Convenzione di Oviedo, come si evince anche dal punto 62 del Rapporto esplicativo ad essa annesso e nel quale si afferma che "tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano necessariamente essere eseguiti. Per esempio, se i desideri sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza ha da allora fatto progressi, potrebbero esserci le basi per non tener in conto l'opinione del paziente".



