

Disposizioni di fine vita: il ruolo degli operatori del diritto

Avv. MICHELE SESTA
Ordinario di Diritto Civile, Università degli Studi di Bologna

SOMMARIO: 1. Discrezionalità del giudice e lacune legislative: il caso delle disposizioni di fine vita e il conflitto tra potere giudiziario e legislativo che ne è seguito. - 2. Il contesto normativo italiano e la questione del diniego attuale e consapevole di terapie. - 3. Il paziente incapace e l'assenza di indicazioni concernenti le scelte di fine vita. - 4. Il problema delle direttive anticipate di trattamento. - 5. L'amministratore di sostegno quale strumento per attuare le direttive anticipate del paziente? - 6. Conclusione.

1. E' assai significativo che un Convegno che si ripromette di riflettere sulla discrezionalità del giudice, mettendo a confronto le esperienze dell'ordinamento italiano e di quello tedesco, prenda avvio dal tema delle disposizioni di fine vita ⁽¹⁾ onde indagare il ruolo che sono chiamati a svolgere gli operatori del diritto. Nell'esperienza italiana, infatti, come si cercherà di chiarire, le materie eticamente sensibili, tra le quali primeggia quella di cui trattasi, hanno alimentato un forte dibattito tra gli studiosi e nella giurisprudenza, circa i limiti di liceità delle condotte degli operatori sanitari; dibattito i cui esiti risultano ancora oggi assai incerti, stante l'assenza di disposizioni espresse in materia, quali quelle recentemente introdotte nell'ordinamento tedesco ⁽²⁾.

Il che, dunque, ha reso e rende tali problematiche terreno particolarmente fertile per l'esercizio della discrezionalità del giudice, inducendo, al contempo, ad interrogarsi circa i limiti cui soggiace in tale settore l'attività creativa della giurisprudenza.

Emblematico al riguardo che, a seguito di una notissima sentenza della Corte di cassazione ⁽³⁾, - che aveva posto i presupposti perchè il giudice di merito ⁽⁴⁾ autorizzasse il tutore di una paziente in stato vegetativo irreversibile a revocare il consenso alla

⁽¹⁾ Con l'espressione «decisioni di fine vita» ci si riferisce alle determinazioni - di carattere non patrimoniale - che la persona compie relativamente al momento finale della propria esistenza, le quali sono suscettibili di assumere un contenuto quanto mai eterogeneo, potendo implicare una scelta sul piano medico, la donazione degli organi *post mortem* oppure l'opzione relativa alla destinazione delle spoglie. Al riguardo, si noti che il Comitato Nazionale per la Bioetica, con Parere 18 dicembre 2003, ha indicato i seguenti possibili contenuti delle scelte di fine vita e, segnatamente, di quelle compendiate nelle c.d. direttive anticipate di trattamento: «1. Indicazioni sull'assistenza religiosa, sull'intenzione di donare o no gli organi per trapianti, sull'utilizzo del cadavere o parti di esso per scopi di ricerca e/o didattica; 2. Indicazioni circa le modalità di umanizzazione della morte (cure palliative, richiesta di essere curato in casa o in ospedale ecc.); 3. Indicazioni che riflettono le preferenze del soggetto in relazione al ventaglio delle possibilità diagnostico-terapeutiche che si possono prospettare lungo il decorso della malattia; 4. Indicazioni finalizzate ad implementare le cure palliative (...); 5. Indicazioni finalizzate a richiedere formalmente la non attivazione di qualsiasi forma di accanimento terapeutico, cioè di trattamenti di sostegno vitale che appaiano sproporzionati o ingiustificati; 6. Indicazioni finalizzate a richiedere il non inizio o la sospensione di trattamenti terapeutici di sostegno vitale, che però non realizzino nella fattispecie indiscutibili ipotesi di accanimento; 7. Indicazioni finalizzate a richiedere la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale».

⁽²⁾ Sul punto cfr. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 964 ss.

⁽³⁾ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. e dir.*, 2008, 129, con nota di CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*.

⁽⁴⁾ App. Milano, 9 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 2504.

prosecuzione di trattamenti necessari per la sua sopravvivenza - la Camera dei Deputati ed il Senato della Repubblica abbiano recentemente sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del potere giudiziario (nella specie appunto la Corte di cassazione e la Corte di appello di Milano), assumendo che quest'ultimo - fissando le circostanze al ricorrere delle quali è possibile autorizzare la richiesta di interruzione di cure salvavita avanzata dal rappresentante legale di un soggetto da molti anni in stato vegetativo permanente - avesse «esercitato attribuzioni proprie del potere legislativo, comunque interferendo con le prerogative del potere medesimo» e «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria». L'Autorità giudiziaria avrebbe colmato il vuoto legislativo (quello, su cui ci si soffermerà in prosieguo, relativo alle direttive anticipate) «mediante un'attività che assume sostanzialmente i connotati di vera e propria attività di produzione normativa»; in altri termini, per quanto rileva in relazione al nostro dibattito, può dirsi che il potere legislativo ritenesse che la statuizione del giudice – emessa ovviamente con efficacia limitata al caso concreto deciso – invadesse la sfera propria riservata al potere legislativo medesimo.

La Corte costituzionale ha comunque dichiarato inammissibili i ricorsi sollevati dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica, non rilevando la sussistenza, nella specie, di indici idonei a dimostrare che i giudici avessero utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare ⁽⁵⁾.

La questione di cui si sta trattando si colloca nell'ampia dialettica che in questi anni in Italia si è instaurata tra potere giudiziario e potere legislativo: non vi è dubbio che il primo, come da anni si riconosce, abbia svolto sovente attività di supplenza a fronte di quella che veniva vissuta come una inerzia del legislatore. Altro caso emblematico, sempre in materia di fattispecie eticamente sensibili, quello della procreazione medicalmente assistita, che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, aveva trovato una disciplina per via giudiziaria ⁽⁶⁾. Addirittura, nonostante l'entrata in vigore della legge che introduce prescrizioni assai rigide e limitative, i giudici, anche con l'avallo della Corte costituzionale, non hanno mancato di riscriverne alcuni aspetti fondamentali ⁽⁷⁾.

Il fenomeno di quello che è stato definito «attivismo giudiziale» non è proprio dell'ordinamento italiano: basti pensare agli ordinamenti di *common law* ed anche a quelli di *civil law*, compreso quello tedesco, che – nella materia di cui trattasi – sono approdati a soluzioni tendenzialmente omogenee anche in mancanza di un esplicito quadro normativo

⁽⁵⁾ Corte cost., 8 ottobre 2008 n. 334, in *Foro it.*, 2009, I, 37.

⁽⁶⁾ Cfr, tra le altre, Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Fam. e dir.*, 1999, 237, con nota di SESTA, *Fecondazione assistita: la cassazione anticipa il legislatore*.

⁽⁷⁾ V., ad esempio, Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Fam. e dir.*, 2009, 761, con nota di DOGLIOTTI, ove si è dichiarata l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004, nella parte in cui non demanda al medico la scelta del numero di embrioni da produrre per ogni ciclo terapeutico e del numero di embrioni da impiantare: se tutti quelli prodotti o solo alcuni di essi con possibile crioconservazione dei rimanenti. In merito v. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, *ivi*, 2010, 839 ss.

(⁸), di cui peraltro alcuni Paesi di recente si sono dotati. Diversamente, in Italia, manca tuttora una disciplina legale, ancorché si trovi attualmente all'esame della Camera dei Deputati un disegno di legge, già approvato dal Senato in data 26 marzo 2009, recante *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, il quale, oltre a contenere specifiche previsioni in materia di assenso alle cure prestato in modo attuale da persona capace, mira a regolamentare contenuto, limiti e forma del consenso manifestato in previsione di un eventuale e futuro stato di incapacità. Il progetto di legge – che sconta la difficoltà di coordinare in maniera soddisfacente visioni etiche tra loro configgenti, spesso trasversali ai partiti rappresentati in Parlamento - raccoglie già numerosissime critiche da più parti, il che, qualora dovesse trasformarsi in legge, ne renderà certamente difficoltosa l'applicazione: in questo quadro, è opportuno ricordare come, secondo una certa visione, sia preferibile che i temi eticamente sensibili, piuttosto che dal legislatore, siano risolti in sede giudiziale (⁹).

2. Venendo all'ordinamento italiano, al fine di meglio apprezzare l'operato dei giudici nella tematica delle decisioni di fine vita e ribadita l'assenza di una disciplina specifica della materia, giova rilevare come il principio di autodeterminazione ai trattamenti sanitari venga riconosciuto da numerose fonti normative.

Tra queste vanno innanzitutto annoverate le disposizioni di carattere sopranazionale destinate a trovare applicazione all'interno dei nostri confini, prime tra tutte quelle compendiate dal *Trattato di Lisbona* e, segnatamente, il disposto dell'art. 6, ove si stabilisce che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 7 dicembre 2000 (adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo), la quale assume lo stesso valore giuridico dei trattati. Tale ultimo documento racchiude una serie di norme assai rilevanti per quanto concerne l'oggetto della presente indagine, posto che l'art. 1 sancisce l'inviolabilità della dignità umana, l'art. 2 il diritto alla vita e, infine, l'art. 3 prevede il diritto alla integrità fisica e psichica, stabilendo che, nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere in particolare rispettato il principio del consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge.

Tornando al Trattato di Lisbona, il già menzionato art. 6 stabilisce altresì che l'Unione aderisce alla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Questo documento assume una centrale rilevanza nel panorama internazionale, contenendo una serie di disposizioni suscettibili di venire in rilievo con riferimento al problema delle scelte di fine vita [cfr. art. 2 (Diritto alla vita), art. 3 (Divieto di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti), art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata), art. 9 (Libertà di pensiero, di coscienza e di religione), art. 14 (Divieto di discriminazione)], come è ben testimoniato dalla nota decisione emessa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso *Pretty v. Regno Unito*, ove si è escluso che

(⁸) VIGANÒ, *Decisioni di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1594 ss., ove si sottolinea come, relativamente a tali contesti, i giudici abbiano talvolta modificato lo stato del diritto vigente, stabilendo principi e regole prima non rinvenibili nel sistema.

(⁹) VIGANÒ, *Decisioni di fine vita e attivismo giudiziale*, cit., 1602; RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, 983.

la richiesta di suicidio assistito avanzata da una donna affetta da sclerosi allo stadio terminale fosse in armonia con i principi espressi dalla Convenzione ⁽¹⁰⁾.

Sempre in prospettiva internazionale va menzionata la *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina* (Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina) firmata a Oviedo, in data 4 aprile 1997, dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, da altri Stati e dalla Unione Europea. La Convenzione dedica, difatti, l'intero Capitolo II al tema del consenso, fissando innanzitutto il principio per cui un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato (art. 5) e stabilendo successivamente una serie di importanti regole - che si analizzeranno nel corso della trattazione - concernenti la protezione delle persone prive della capacità di dare il consenso (art.6), le situazioni di urgenza (art. 8), nonché le c.d. direttive anticipate di trattamento (art. 9).

Per quanto invece concerne le fonti interne, si deve anzitutto richiamare il dettato della Carta costituzionale, e, in modo particolare, l'art. 2, il disposto dell'art. 13, che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nonché la norma dell'art. 32, comma 2, giusta il quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non sia previsto per legge. Senza alcuna pretesa di completezza, tra le altre disposizioni che ribadiscono la rilevanza del consenso, si annoverano l'art. 33, comma 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833, (Legge istitutiva del servizio sanitario nazionale), in base al quale, in accordo con il dettato costituzionale, gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari; l'art. 18, l. 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), che prevede la reclusione da quattro a otto anni per chiunque cagioni l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna, nonché l'art. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), compendiate un'articolata disciplina del consenso alle tecniche di fecondazione artificiale.

Indicative, si rivelano, altresì, le disposizioni - pur prive di valore normativo - dettate dal Codice di deontologia medica (approvato il 16 dicembre 2006 dal Consiglio Nazionale della Federazione italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri), che all'art. 35 vieta al medico di intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente.

La centralità del principio di autonomia decisionale del paziente viene, infine, ribadita, dal Comitato Nazionale per la Bioetica che, nel Parere Informazione e consenso all'atto medico del 20 giugno 1992, ne pone altresì in risalto i requisiti essenziali.

Ebbene, dagli indici di legge ed extranormativi appena menzionati, gli interpreti traggono l'impossibilità di prescindere, in tema di scelte concernenti la salute, dalla volontà manifestata in modo attuale, specifico ed informato da un soggetto pienamente capace, la quale dovrà essere rispettata tanto nel caso in cui sia volta a ottenere un

⁽¹⁰⁾ Corte europea dir. uomo sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2346, in *Foro it.*, 2003, IV, 57, ove in particolare si statuisce che l'art. 2 della Convenzione, che tutela il diritto alla vita di ogni persona, sancisce un divieto di ricorso alla forza o a qualsiasi altro comportamento idoneo a provocare la morte di ogni essere umano, ma non attribuisce all'individuo il diritto di morire per mano di un terzo o con l'assistenza di una pubblica autorità.

trattamento terapeutico, quanto nella differente ipotesi in cui sia finalizzata al rifiuto di cure, anche se indispensabili per la sopravvivenza ⁽¹¹⁾.

A tal ultimo riguardo, va evidenziato come i Giudici siano chiamati a dirimere delicate questioni, in primo luogo, ogniqualevolta il paziente, pur in grado di intendere e di volere, sia fisicamente impossibilitato a sottrarsi ad un trattamento in atto, e, per rendere effettiva la propria volontà di non essere ulteriormente curato (revoca del consenso al trattamento), debba ricorrere all'ausilio di un terzo, da individuare necessariamente tra il personale sanitario. In detta ipotesi, ci si chiede infatti se l'operato del medico che decida di accogliere la richiesta del malato onde rendere effettiva la revoca del consenso alle cure da questi manifestata vada equiparata ad una condotta eutanassica – nella specie all'eutanassia attiva, punita ai sensi dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente) e vietata dall'art. 17 del Codice di deontologia medica - o sia invece penalmente irrilevante.

A favore di questa ultima soluzione si è pronunciata la giurisprudenza, secondo la quale la condotta del medico, che - dietro richiesta del malato - interrompa il trattamento di respirazione artificiale, non è penalmente sanzionabile, in quanto corrispondente all'adempimento di un dovere – cioè quello di interrompere cure rifiutate - e quindi scriminata sulla base dell'art. 51 c.p.; in tale prospettiva, si è infatti ritenuto che, nell'ambito dei diritti tutelati e riconosciuti dall'ordinamento, vi sia quello di opporsi ad ogni tipo di cura e che il medico, dinanzi all'esercizio di tale diritto ed in consonanza al divieto di trattamenti coatti sancito dalla Carta costituzionale, sia investito del dovere giuridico di sospendere l'indesiderato presidio sanitario ⁽¹²⁾.

La materia è particolarmente complessa.

Alcuni studiosi hanno osservato, infatti, come vi sia il rischio che il consenso venga revocato in una situazione di debolezza, o addirittura di disperazione e di solitudine del paziente, cosicché compito del medico sarebbe piuttosto quello “di mettere il malato nelle condizioni di affrontare i suoi problemi nel modo migliore possibile” ⁽¹³⁾. In altri termini, si è contestata l'assolutezza del principio di autodeterminazione e della illimitata efficacia del consenso tutte le volte in cui siano in discussione la vita e l'integrità personale del paziente.

⁽¹¹⁾ Da ultimo, cfr. Tribunale Milano sez. V, 16 dicembre 2008, n. 14883, in *Giustizia a Milano*, 2008, 12, 83, secondo il quale di fronte al rifiuto di cure, c'è spazio nel quadro dell'alleanza terapeutica fra medico e paziente per un'azione di persuasione e c'è il dovere da parte del medico di verificare le ragioni profonde del rifiuto e la possibilità di superarle, ma non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi e di vivere come principio di ordine pubblico. È questo il risvolto negativo dei diritti alla salute e alla libertà che, in quanto tali, implicano anche il diritto di perdere la salute, di non curarsi, di lasciarsi morire.

⁽¹²⁾ Trib. Roma, Giudice per l'udienza preliminare, 23 luglio - 17 ottobre 2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 2008, 1791. La questione è stata successivamente affrontata dal Comitato Nazionale per la Bioetica (*Parere Rifiuto e rinuncia consapevole ai trattamenti sanitari nella relazione medico-paziente* del 24 ottobre 2008), in seno al quale sono emerse due contrapposte opinioni. L'una, pur riconoscendo che la tutela della salute non sia passibile di imposizione coattiva, ravvisa, sul piano etico, il dovere salvaguardare la salute; l'altra postula invece che la richiesta di non intraprendere o di interrompere le terapie trovi giustificazione sul piano etico, in quanto scelta individuale di accettazione dei limiti dell'esistenza umana, sia in condizioni di autonomia, che in condizioni di dipendenza, sostanziosi nel diritto di rifiutare le cure e di vedere per tale via realizzati i propri desideri relativamente alla fine della vita.

⁽¹³⁾ Così EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, In *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 241. Preoccupazione espressa anche da NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 1 ss.

Sotto questo riguardo, ulteriore complessa questione è quella relativa alla efficacia delle prescrizioni del paziente relativamente alla sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, che, secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica, rappresentano un atto dovuto in termini di etica e deontologia medica⁽¹⁴⁾ e non costituirebbero «trattamento sanitario»; affermazione questa ultima contestata tra l'altro dalla Società Italiana di nutrizione parentale ed enterale in documento approvato nel 2007⁽¹⁵⁾, ma condivisa invece dal disegno di legge approvato dal Senato in data 26 marzo 2009 recante *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, ove si stabilisce che l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita, di guisa che non possono neppure formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento (art. 3, comma 5).

Prima ancora di affrontare il tema delle direttive anticipate può dunque evidenziarsi come, proprio con riferimento alle scelte di una persona capace che possano condurre alla fine della vita, non vi sia piena uniformità di vedute, come emerge palesemente dal richiamato parere del Comitato Nazionale per la Bioetica e dal testo del progetto di legge in discussione alla Camera: è chiaro come ciò costituisca terreno particolarmente fertile per l'esercizio della discrezionalità del giudice, sia in via anticipata, allorché venga chiamato, come pure avvenuto nell'esperienza italiana, ad autorizzare l'interruzione di trattamenti richiesta dal paziente, sia in via successiva, allorché sia chiamato a sanzionare quelle condotte – attive o passive – che, in adempimento di quanto richiesto dal paziente, ne abbiano prodotto la morte.

3. Esaminata brevemente la fattispecie del paziente capace, occorre subito avvertire come il tema della vincolatività delle decisioni del malato sia suscettibile di condurre a diversi approdi laddove il paziente si trovi in stato di incapacità nel momento in cui è necessario esprimere il consenso o il diniego alle cure.

Al ricorrere di tale ipotesi, sono molteplici gli scenari che possono presentarsi e che richiedono all'operatore del diritto di effettuare un delicato bilanciamento tra la tutela della vita e della salute e la salvaguardia dell'autonomia decisionale del paziente.

La prima fattispecie suscettibile di prospettarsi è quella in cui il paziente, prima di perdere la capacità, non abbia manifestato (né per iscritto, né oralmente) alcuna volontà in ordine al rifiuto di trattamenti medici.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Parere 30 settembre 2005, reso a maggioranza, sul tema «L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente», ove si afferma altresì che, pur laddove si riconoscesse a tali atti la natura di trattamenti medici, il giudizio sull'appropriatezza e idoneità degli stessi dovrebbe dipendere solo dall'oggettiva condizione del paziente (cioè dalle sue effettive esigenze cliniche misurate sui rischi e benefici) e non da un giudizio sulla sua qualità di vita, attuale e/o futura e che, per conseguenza, la sospensione di tali pratiche non va considerata come la doverosa interruzione di un accanimento terapeutico, ma come una forma di abbandono del degente.

⁽¹⁵⁾ In tal senso depone anche T.A.R. Lazio, 12 settembre 2009, n. 8650, in *Guida al diritto*, 2009, 39, 90 con cui si è statuito che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la domanda volta ad ottenere l'annullamento di un provvedimento adottato dal Ministro del Lavoro, salute e politiche comunitarie ed indirizzato ai Presidenti delle regioni e delle province Autonome di Trento e Bolzano, in cui vengono dettate le disposizioni e gli indirizzi volti a garantire sempre la nutrizione e l'alimentazione nei confronti delle persone in stato vegetativo persistente e, quindi, anche contro la volontà espressa in senso contrario.

A tal riguardo, è innanzitutto comune opinione che, allorché sussistano condizioni di urgenza e in caso di pericolo per la vita di una persona che non possa esprimere, al momento, volontà contraria, il medico deve prestare l'assistenza e le cure indispensabili; non si dubita, cioè, in alcun modo della doverosità dell'intervento medico, giustificato dalla posizione di garanzia da esso rivestita, nonché, soprattutto, dallo stato di necessità (art. 54 c.p.)⁽¹⁶⁾. In tal senso si esprime inoltre l'art. 8 della Convenzione di Oviedo, stante il quale, allorquando, in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata, e, quindi, il medico non potrà sospendere di sua iniziativa le cure salvavita.

Qualora, invece, vi sia la possibilità di nominare un rappresentante legale o di interpellare quello già nominato, sorge il problema di valutare quali poteri costui abbia di esprimere circa la cura del paziente e in che misura il medico sia tenuto ad attenersi alla volontà così manifestata. Anche il giudice tutelare è necessariamente coinvolto dalla scelta, così come d'altronde accade in riferimento alla fattispecie di cui al § 1904 BGB.

A detto riguardo, giova segnalare come una importante - e assai discussa - pronuncia della Corte di cassazione italiana⁽¹⁷⁾ abbia attribuito al rappresentante legale la possibilità di manifestare, in nome e per conto dell'interessato, un eventuale diniego alle cure salvavita, pur in assenza di una espressa indicazione in tal senso da parte dell'incapace. La Suprema Corte ha invero statuito che il giudice può autorizzare il rappresentante legale di un incapace, giacente in persistente stato vegetativo, ad interrompere i trattamenti sanitari che la tengono artificialmente in vita, a patto che la condizione di stato vegetativo sia accertata come irreversibile - secondo riconosciuti parametri scientifici - e che l'istanza sia espressiva della volontà del paziente, tratta dalla (...) sua personalità, dal suo stile di vita, dai suoi convincimenti.

4. In relazione all'ipotesi in cui l'interessato, prima di perdere la capacità, avesse manifestato per iscritto le proprie scelte di fine vita, viene finalmente in rilievo il dibattuto problema relativo all'efficacia delle direttive anticipate - definite come il documento contenente scelte terapeutiche destinate a valere in caso di futura ed eventuale incapacità -, le quali non trovano espresso riconoscimento da parte del nostro ordinamento giuridico⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ V. Trib. Trieste, 11 marzo 2009, ined., ove si statuisce che lo stato di necessità consente di giustificare l'operato del sanitario pur in mancanza di un consenso del paziente e sempre che questi non abbia manifestato o non sia altrimenti conoscibile un suo espresso dissenso (valido e cosciente) all'intervento; App. Trieste, 12 giugno 1987 e App. Trento, 19 dicembre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 145; Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, I, 1711. Sul punto cfr. FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2008, 583.

⁽¹⁷⁾ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁽¹⁸⁾ Pone l'accento su tale lacuna PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura della Fondazione Veronesi, Milano, 2006, 1. In argomento cfr. anche v. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. e dir.*, 2008, 407; BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, 435; SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in *Bullettino delle Scienze Mediche. Giornate di Cultura Sanitaria 2006, Bologna, 2006*, 139; AA.VV. *Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie*, Milano, 2005; IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano 2000; RESCIGNO, *Il testamento biologico*, in AA.VV., *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, a cura di Fagioli, Milano, 1997, 63.

I maggiori ostacoli ad ammettere il *living will* derivano dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale creatasi in materia di requisiti del consenso (o del dissenso) informato, il quale, per essere considerato tale – cioè realmente informato – ed efficace, deve essere non solo personale - eccettuati i casi di incapacità dell'interessato, nei quali sarà, di norma, il rappresentante legale a prestare il consenso alle cure -, ma anche consapevole, libero, gratuito, espresso in modo chiaro e incontrovertibile, e, soprattutto, per quanto qui di interesse, attuale, specifico e revocabile in ogni tempo.

Le obiezioni più frequentemente mosse nei confronti dell'efficacia delle direttive anticipate fanno infatti leva sull'impossibilità di ravvisare in esse la sussistenza di tali ultimi requisiti.

La prima critica cui si espone il riconoscimento dell'efficacia del consenso manifestato «ora per allora» attiene alla mancanza del requisito dell'attualità, giacché esso risulta del tutto «decontestualizzato» rispetto alla futura ed ipotetica situazione nella quale è chiamato ad operare, il che non consente, per conseguenza, di informare adeguatamente l'interessato in ordine alle scelte terapeutiche prospettabili. In tale prospettiva, si sottolinea infatti come, solo con riguardo ad una data e concreta situazione di fatto ed al processo evolutivo di una determinata patologia, possano essere forniti all'interessato precisi elementi – quali, a titolo esemplificativo, una prognosi attendibile o le alternative terapeutiche a disposizione – realmente in grado di condurre ad una scelta ponderata; oltre a ciò si pone altresì in luce come una siffatta manifestazione di volontà sia destinata ad operare in un momento in cui le condizioni mentali e personali dell'interessato potrebbero rivelarsi assai differenti rispetto a quelle in cui venne espressa, senza poi tenere conto dei progressi che la scienza medica potrebbe avere nel frattempo compiuto e del conseguente miglioramento delle prospettive di vita ⁽¹⁹⁾.

Tali osservazioni inducono peraltro ad osservare come - diversamente da quanto accade per il consenso prestato nell'attualità del ricovero - le determinazioni contenute nel testamento biologico non siano all'evidenza suscettibili di essere revocate proprio in ragione dello stato di incapacità in cui versa l'interessato. Il paziente si troverebbe così privo della possibilità di invalidare o modificare le disposizioni preventivamente manifestate proprio nel momento in cui sarebbero invece più avvertite le interne motivazioni in grado di indurlo a tornare sui suoi passi.

Un'ulteriore obiezione nei riguardi della vincolatività del testamento biologico fa poi leva sulla mancanza di specificità del consenso manifestato in via anticipata, atteso che gli interventi sanitari sono nella maggior parte dei casi composti da molteplici atti medici - richiedenti differenziate e specifiche competenze professionali - che devono essere singolarmente accettati dal paziente. In particolar modo, se alcuni interventi collegati a quello principale possono essere implicitamente accettati dall'interessato, lo stesso non si può dire al cospetto di trattamenti che rivestano natura invasiva e

⁽¹⁹⁾ Circa le modalità attraverso le quali sarebbe possibile «attualizzare» le direttive anticipate cfr. le riflessioni di PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, 101 ss., ove si prospetta la possibilità di evocare la figura della disposizione *per relationem*, ovverosia di quella disposizione il cui contenuto è integrato per mezzo del richiamo, effettuato dallo stesso dichiarante, a comportamenti umani od accadimenti naturali già avvenuti al momento della stesura dell'atto o ancora suscettibili di verificarsi, quali, per l'appunto, potrebbero essere, con riguardo alle scelte di fine vita, l'evoluzione della scienza medica ed il miglioramento di determinate terapie.

comportino determinati rischi per il paziente (si pensi, a titolo esemplificativo, alla trasfusione di sangue e all'intervento dell'anestesista).

Orbene, dal quadro appena delineato emergono i motivi che hanno indotto il Comitato Nazionale di Bioetica ⁽²⁰⁾ e la dottrina maggioritaria ⁽²¹⁾ a ritenere che le direttive anticipate non possano considerarsi pienamente vincolanti per il personale sanitario e che il medico possa disattenderle - purché indichi esaurientemente in cartella clinica i motivi della decisione - nel caso in cui, sulla base degli sviluppi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche, non risultino più corrispondenti a quanto l'interessato aveva previsto al momento della loro redazione.

A suffragio di tale conclusione si pone peraltro in luce come l'unica disposizione legislativa dettata in materia, ossia l'art. 9 della Convenzione di Oviedo, impieghi una formula che valga ad escludere l'assoluta vincolatività delle direttive anticipate, limitandosi a stabilire che i desideri precedentemente espressi da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non sia in grado di esprimere la sua volontà devono essere «tenuti in considerazione» ⁽²²⁾.

Le direttive anticipate assumerebbero, in definitiva, carattere non assolutamente vincolante, ma, al contempo, nemmeno meramente orientativo dei desideri espressi dall'interessato, i quali dovrebbero essere tenuti in conto a condizione che il medico li ritenga dotati di un sufficiente grado di determinatezza avuto sempre riguardo al miglior interesse del paziente.

A ben vedere, un riconoscimento all'efficacia di direttive anticipate parrebbe doversi trarre dalla richiamata decisione della Suprema Corte ⁽²³⁾, ove si statuisce che il rappresentante legale di un incapace che giaccia da anni in stato vegetativo irreversibile possa essere autorizzato dal giudice ad interrompere un trattamento salvavita, laddove tale istanza risulti essere espressiva della volontà del paziente come ricostruita sulla base delle sue precedenti dichiarazioni e dei suoi pregressi comportamenti. A tale pronuncia ha fatto seguito un decreto della Corte di Appello di Milano ⁽²⁴⁾, che, - in applicazione, in sede di rinvio, del principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte - ha accolto l'istanza del rappresentante legale volta ad ottenere l'autorizzazione a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale. La Corte territoriale, ha, infatti espresso il convincimento che le prove assunte relativamente alla ricostruzione della volontà del

⁽²⁰⁾ Cfr. il Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle dichiarazioni anticipate di trattamento del 18 dicembre 2003. In argomento v. NERI, *Note sul documento del CNB sulle «Dichiarazioni anticipate di trattamento»*, in *Bioetica*, 2004, 188, nonché i rilievi critici espressi da BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 89 ss.

⁽²¹⁾ Tra gli altri cfr. IADECOLA, *Note critiche in tema di testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 482; BARNI, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, 839 ss.; TAMBURRINO, *Intervento*, in Reale (a cura di), *Il testamento di vita (The Living Will)*, Roma, 1985, 61 ss.

⁽²²⁾ Di analogo tenore sono i riferimenti alle direttive anticipate contenuti nel Codice di deontologia medica, le cui norme configurano imprescindibili e preziose linee guida per l'operato del personale sanitario. A tal riguardo, si segnalano il capoverso dell'art. 35 ed il disposto dell'art. 36, ove si stabilisce che il medico, intervenendo su un paziente incapace, deve tenere conto delle precedenti volontà da questi eventualmente manifestate. Di eguale portata è poi il successivo art. 38, rubricato «autonomia del cittadino e direttive anticipate», il quale impone al medico di tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente espresso dal paziente in modo certo e documentato.

⁽²³⁾ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁽²⁴⁾ App. Milano, 9 luglio 2008, cit.

degente fossero attendibili, univoche, efficaci e conferenti, ed autorizzassero la conclusione della correttezza della determinazione volitiva del legale rappresentante dell'incapace nella sua conformità alla presumibile scelta che, nelle condizioni date, avrebbe fatto anche e proprio la rappresentata, di cui il tutore si fa e deve farsi portavoce ⁽²⁵⁾.

Alla luce di tale decisione, sembra potersi affermare che, se l'ordinamento può attribuire efficacia ad una volontà di diniego di cure salvavita espresso addirittura implicitamente e a distanza di anni, a maggior ragione possa trovare riconoscimento la volontà che si sia anticipatamente formalizzata in un atto espresso.

Naturalmente, anche in detta ipotesi, si pone il problema della attualizzazione del consenso e del ruolo che possa svolgere il rappresentante legale, come avvenuto nella fattispecie di cui si è detto, in cui la S.C. non ha attribuito efficacia diretta alla volontà (ricostruita) della paziente, ma in via mediata, essendosi ammesso che il suo legale rappresentante potesse essere autorizzato ad esprimere la decisione definitiva facendosi interprete di quella dell'interessata ⁽²⁶⁾.

Per completezza, si osserva che la richiamata decisione della S.C. faceva espresso e ripetuto riferimento alla circostanza che il paziente in questione si trovasse in stato vegetativo permanente, il che, peraltro, ad una attenta analisi, non sembra impedire di ritenere applicabile il principio ivi enunciato anche a situazioni caratterizzate da diverse patologie che colpiscono l'incapace, ugualmente prive di cure.

A ben vedere, tuttavia, l'affermarsi del principio secondo il quale le direttive anticipate, eventualmente attualizzate dalla presenza di un legale rappresentante, abbiano valore vincolante allorché concernano trattamenti indispensabili per la sopravvivenza del paziente è tutt'altro che scontata nell'odierno «diritto vivente».

Paradigmatico è il caso dei Testimoni di Geova, solitamente provvisti di una direttiva anticipata in cui manifestano il diniego di trasfusioni anche a costo della vita. Al riguardo, la giurisprudenza della Suprema Corte ⁽²⁷⁾ - anche successivamente alla richiamata decisione del caso Englaro -, pur riconoscendo che il paziente ha diritto di rifiutare le cure che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte, afferma infatti che il dissenso ai trattamenti medici, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale; non sarebbe sufficiente, quindi, una generica manifestazione di dissenso formulata *ex ante* ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita,

⁽²⁵⁾ A tale decisione fece, a sua volta, seguito un atto del Direttore Generale della Direzione generale Sanità della Giunta Regionale Lombardia del 3 settembre 2008, con il quale si negava che il personale del Servizio Pubblico Sanitario Regionale potesse procedere, all'interno di una delle sue strutture, *hospice* compresi, alla sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale) di cui goda l'ammalato in stato vegetativo permanente il quale, tramite manifestazione di volontà del Tutore ed autorizzazione del Giudice Tutelare, intenda rifiutare tale trattamento; atto poi dichiarato illegittimo dal Giudice amministrativo (T.A.R. Milano Lombardia, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Guida al diritto*, 2009, 7, 82).

⁽²⁶⁾ In tal senso si colloca anche il d.lgs., 24 giugno 2003, n. 211, *Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico*, ove, quale presupposto per la sperimentazione clinica degli adulti incapaci, si richiede, tra gli altri, il consenso informato del rappresentante legale che è chiamato a dichiarare la presunta volontà dell'incapace.

⁽²⁷⁾ Cfr., da ultimo, Cass., 15 settembre 2008 n. 23676, in *Dir. famiglia*, 2009, 50.

ma parrebbe necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure. Anche a questo proposito non può non sottolinearsi l'ampia discrezionalità che si rinviene negli orientamenti della stessa Corte Suprema, vieppiù se comparati con quelli dei giudici di merito ⁽²⁸⁾.

Pare a chi scrive che il difforme orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nel caso Englaro, rispetto a quello seguito nelle fattispecie riguardanti i Testimoni di Geova, difficilmente possa giustificarsi sulla base di argomentazioni di carattere tecnico – giuridico. Esso sembra piuttosto frutto di una pregiudiziale ideologica, che, di fatto, introduce una sorta di gerarchia nell'applicazione dell'autodeterminazione del paziente. Il principio viene infatti assolutizzato e giudicato meritevole di incondizionata tutela, e, quindi, applicato, quando involge il “laico” diritto di morire del paziente incurabile, mentre degrada, fino a restare privo di concreta applicazione, quando viene invocato dal paziente per motivi di carattere religioso – come appunto nel caso dei Testimoni di Geova – quasi ripugnasse ai Giudici che una persona in grado di guarire possa voler morire – ed essere lasciata morire – per consimili ragioni: si disvela così il carattere non neutrale e selettivo sul piano assiologico delle scelte giudiziali, che, in ultima analisi, rischiano di assumere connotazioni arbitrarie e paternalistiche.

5. Pur acclarata la generale tendenza a negare incondizionata efficacia al testamento biologico, si può nondimeno osservare come gli operatori del diritto - e segnatamente i giudici tutelari - abbiano a disposizione uno strumento che appare in grado di conferire maggiore effettività alla volontà anticipatamente manifestata dal paziente e destinata a valere in caso di sopravvenuta incapacità.

Il riferimento è alla disciplina dell'amministrazione di sostegno introdotta con l. 9 gennaio 2004, n. 6, la quale - in attesa di una normativa *ad hoc* - viene da più parti indicata come addentellato legislativo idoneo a conferire cittadinanza alle direttive anticipate ⁽²⁹⁾.

Come noto, tale misura protettiva può essere disposta a favore di chi, a causa di una infermità o di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche temporanea, di provvedere ai propri interessi (art. 404 c.c.) ed è informata al principio di

⁽²⁸⁾ Cfr. App. Cagliari, 16 gennaio 2009, in *Resp. civ.*, 2010, 517; Trib. Pordenone, 11 gennaio 2002, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2003, I, 650, il quale ha condannato al risarcimento del danno esistenziale il personale sanitario che aveva sottoposto a trasfusione un paziente Testimone di Geova, la cui sensibilità religiosa era conosciuta sia per mezzo di una dichiarazione scritta, sia per quanto riferito dai familiari; Pret. Roma, 9 aprile 1997 in *Bioetica*, 2000, 132, con nota di FUCCI, *Rilevanza giuridica del rifiuto di cure da parte del paziente*, che ha assolto i medici imputati di omicidio colposo per avere ommesso un trattamento trasfusionale ad un paziente Testimone di Geova, in quanto si erano attenuti alle volontà del paziente ricavabili dalla dichiarazione di volontà sottoscritta dallo stesso e controfirmata da due testimoni, nonché dal documento niente sangue trovato indosso al paziente al momento del ricovero.

⁽²⁹⁾ SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?* in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 171 ss.; BONILINI, *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, ivi, 190 ss.; CALÒ, *L'amministrazione di sostegno. L. 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, 106. ZAMBRANO, *Dell'amministrazione di sostegno, in Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, 151, *Contra* GENNARI, *La protezione dell'autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Famiglia*, 2006, 733, secondo il quale, così opinando, si finirebbe per attribuire valore legale al testamento biologico attraverso l'interpretazione di una disciplina dettata a tutt'altro fine.

flessibilità, il quale si traduce nel potere del giudice tutelare di determinare, volta per volta, l'oggetto dell'amministrazione ed i poteri dell'amministratore, tenuto conto delle residue capacità e delle specifiche esigenze del beneficiario.

Il motivo per cui buona parte degli interpreti intravede in tale misura di protezione una possibile cornice normativa entro cui inscrivere il testamento biologico viene ravvisato nel disposto dell'art. 408, comma 2, c.c., che sancisce la possibilità per l'interessato di designare l'amministratore di sostegno in previsione della propria eventuale futura incapacità mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e sembra in tal guisa evocare la figura del fiduciario per la salute, già presente in alcuni ordinamenti stranieri e menzionata nel disegno di legge approvato dal Senato in data 26 marzo 2009 ⁽³⁰⁾. Pur tuttavia, occorre avvertire come la designazione di cui all'art. 408 c.c. presenti una sensibile differenza rispetto a quella del fiduciario per la salute, dal momento che la nomina dell'amministratore è comunque lasciata dalla legge alla competenza del giudice tutelare, senza perciò acquistare efficacia in forza della mera volontà dell'interessato, ancorché il giudice possa discostarsi da essa solo in presenza di gravi motivi (art. 408, comma 3, c.c.).

Un'ulteriore ragione per ritenere che l'amministrazione di sostegno possa sopperire alla mancanza di una legge in materia di testamento biologico si trae poi dalla circostanza per cui l'atto di designazione possa essere accompagnato da alcune direttive dettate dall'interessato e concernenti le modalità di svolgimento dell'incarico.

Così stando le cose, si può in definitiva ritenere che i compiti dell'amministratore di sostegno possano estendersi anche alle decisioni concernenti i trattamenti sanitari e che possa, per l'effetto, intravedersi una corrispondenza quantomeno parziale tra l'oggetto dell'amministrazione di sostegno e quello del testamento biologico.

Tanto precisato, resta però da accertare se, ed in quale misura, le direttive impartite dall'interessato possano considerarsi vincolanti nei confronti del giudice, dell'amministratore e, soprattutto, nei riguardi del personale medico.

Si deve anzitutto notare come, salvo casi eccezionali, l'art. 408, comma 3, c.c. vincoli il giudice a nominare quale amministratore di sostegno la persona indicata dall'interessato. La predetta norma non opera tuttavia alcun riferimento specifico alle eventuali direttive che accompagnano l'atto di designazione, di guisa che il giudice non si può ritenere ad esse vincolato, pur avendo la facoltà, ove lo ravvisi opportuno, di recepirle nel decreto di nomina.

Ebbene, laddove si verifichi tale eventualità, è invece considerazione diffusa che le indicazioni fornite dal beneficiario divengano assolutamente vincolanti per l'amministratore di sostegno, il quale, nello svolgimento dei suoi compiti, deve rispettare le aspirazioni e gli interessi, anche morali, dell'assistito. L'amministratore potrebbe tuttavia discostarsi da tali linee guida nelle eccezionali ipotesi in cui sopraggiungessero seri motivi - come, ad esempio, nuovi ed inattesi progressi in ambito terapeutico - i quali

⁽³⁰⁾ Cfr art. 6, ove si prevede che nella dichiarazione anticipata di trattamento il dichiarante può nominare un fiduciario maggiorenne, capace di intendere e di volere, il quale accetta la nomina sottoscrivendo la dichiarazione. Il fiduciario, se nominato, è l'unico soggetto legalmente autorizzato ad interagire con il medico e si impegna ad agire nell'esclusivo e migliore interesse del paziente, operando sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente esplicitate dal soggetto nella dichiarazione anticipata.

inducano a ritenere che la volontà espressa in via anticipata dal malato non sia più confacente ai suoi effettivi interessi.

Per quanto invece concerne la vincolatività di quelle direttive che, pur contenute nell'atto di designazione, non siano recepite nel decreto di nomina, viene in considerazione la previsione contenuta nell'art. 410 c.c., compendiante il dovere dell'amministratore di tener conto, nello svolgimento dei suoi compiti, dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario. Così stando le cose, si può allora ritenere che eventuali indicazioni lasciate dallo stesso assistito, anche se non incluse nel provvedimento del giudice, si atteggino comunque a fonte primaria cui trarre informazioni circa le aspirazioni del soggetto sottoposto alla misura di protezione. A presidio di tali determinazioni si potrebbe peraltro invocare la norma dell'art. 410, comma 2, c.c., giusta il quale, «in caso di [...] negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o gli altri soggetti di cui all'art. 406 c.c. possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti».

Relativamente all'efficacia delle direttive anticipate del beneficiario nei confronti del personale medico, si deve muovere dall'analisi di numerosi decreti dei giudici di merito, che hanno inteso valorizzare l'amministrazione di sostegno quale strumento in grado di conferire effettività alle determinazioni manifestate dal paziente in vista di un futuro ed eventuale stato di incapacità⁽³¹⁾.

A detto riguardo va posto in luce come, talvolta, si sia espressamente investito l'amministratore di sostegno del compito di "far valere" di fronte ai medici le volontà espresse in via preventiva dal malato⁽³²⁾, conferendo senza dubbio, in tal modo, efficacia vincolante alle direttive da questi impartite; talaltra, si sia invece attribuita all'amministratore la sola legittimazione a "riferire" o "rappresentare" ai medici le volontà espresse in via preventiva dal malato, lasciando perciò aperto qualche dubbio circa la vincolatività di dette istruzioni⁽³³⁾. A ben guardare però, risulterebbe manifestamente contraddittorio sostenere che le indicazioni da questi espresse non abbiano forza vincolante nei riguardi del personale sanitario, ma si atteggino solo ad ulteriori elementi in grado di orientarne l'operato in maggiore consonanza alle aspirazioni del malato, posto che detta conclusione varrebbe a privare la misura di protezione dell'incapace di ogni effettiva utilità nel settore delle scelte mediche e finirebbe per svilire le funzioni dell'amministratore di sostegno, il cui compito fondamentale risiede proprio nella cura *personae* del disabile.

⁽³¹⁾Parte della giurisprudenza ha escluso la possibilità di conferire all'ads il potere di esprimere, a nome e per conto del beneficiario e sulla base delle precedenti direttive dello stesso, il dissenso a cure salvavita, assumendo che, in tal modo, si rischierebbe di rappresentare una volontà dell'amministrato non più attuale e si rimetterebbe a un terzo la disponibilità di un diritto personalissimo (Trib. Genova, 6 marzo 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 187).

⁽³²⁾ Trib. Vibo Valentia, sez. dist. Tropea, 30 novembre 2005 in *Fam. e dir.*, 2006, 525, con nota di CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario ed amministrazione di sostegno*; Trib. Modena, 13 maggio 2008, in *Foro it.* 2008, I, 2318; Trib. Bologna, sez. dist. Imola, 4 giugno 2008, inedit.

⁽³³⁾ Cfr. due decreti emessi in data 21 agosto 2007 dal Tribunale di Ravenna, sezione distaccata di Faenza, inedit.; cfr. inoltre, Trib. Verona, 5 dicembre 2007, inedit.; Trib. Tivoli, sez. dist. Palestrina, 10 ottobre 2007, inedit.

Ciò detto, deve in ultimo rilevarsi come parte dei giudici abbia proceduto alla nomina di amministratori di sostegno a favore di soggetti in perfette condizioni di salute, affidando ad essi il compito di far valere le direttive del beneficiario in caso di eventuale e futuro stato di incapacità ⁽³⁴⁾. Contrariamente a tale possibilità, si espresso tuttavia un consistente filone giurisprudenziale, il quale non ritiene ammissibile la nomina di un amministratore di sostegno *pro futuro* presentata da un soggetto sano e capace di intendere e di volere, assumendo che, ai fini della nomina, la legge richiede, quale indispensabile presupposto, l'attualità del requisito dell'impossibilità del beneficiario di provvedere ai propri interessi ⁽³⁵⁾. Ancora una volta, è facile qui ritrovare il segno dell'attivismo giudiziale, che intende supplire all'inerzia del legislatore.

6. Il quadro, così come ricostruito, ha messo in evidenza il notevole spazio lasciato alla discrezionalità del giudice, sia con riferimento alla autorizzazione ad attuare le richieste - contestuali od anticipate - del paziente, sia con riguardo alla valutazione delle conseguenze, anche penali, a carico del personale sanitario che le abbia eseguite o che, al contrario, se ne sia discostato.

Non vi è dubbio che l'ampio potere discrezionale cui si è fatto cenno - che peraltro, come si è visto, conduce a statuizioni operative non sempre omogenee - crea notevoli incertezze che impediscono al paziente e al medico di poter prevedere le precise conseguenze, sul piano fattuale e giuridico, del loro volere e del loro agire; il che conferma come, in ultima analisi, si rendano opportuni indirizzi di fonte normativa, sia pure nella consapevolezza delle notevoli difficoltà a legiferare in materia, stanti i difforni orientamenti etici cui si richiamano le forze politiche.

⁽³⁴⁾ Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009 in *Fam. e dir.*, 2010, 171, con nota di Bugetti, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*; Trib. Modena, 14 maggio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 9, 2168; Trib. Prato, 8 aprile 2009, inedit.

⁽³⁵⁾ Trib. Cagliari, 14 dicembre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 171; Trib. Firenze, 8 aprile 2009, inedit.; Trib. Roma, 1 aprile 2009 e Trib. Pistoia, 1 aprile 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 51.