

RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DELLE DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO: PROFILI DI CRITICITA'

di Roberta Travia

Sommario: 1. – Qualificazione giuridica del testamento biologico. – 2. Analogie e differenze tra testamento biologico e testamento di matrice codicistica. – 3. La giustapposizione con l'istituto del mandato. – 4. Inquadramento delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell'alveo dell'esecuzione testamentaria. – 5. Autonomia privata e indisponibilità dei diritti personalissimi.- 6. La complessa comparazione tra testamento biologico, rappresentanza e amministrazione di sostegno.

1. Qualificazione giuridica del testamento biologico.

Pervenuti a questo punto della analisi, occorre accertare se, colmato il vuoto legislativo, il nostro ordinamento giuridico permetta di rintracciare finalmente delle risposte esaustive in merito al dibattito tenutosi sino ad oggi sulla qualificazione e sulla disciplina delle dichiarazioni anticipate, fino a questo momento vissute nell'assenza¹ di una specifica normativa nazionale ad esse rivolta.

¹ In realtà, come più volte ribadito nel presente lavoro, è stata rilevata da più parti l'inesistenza di tale "vuoto" normativo in quanto, nonostante l'attuale assenza di una specifica legge sul tema, la giurisprudenza può applicare direttamente ai rapporti privati le norme costituzionali che disciplinano la materia. Cfr. F.D. Busnelli, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, RDC, 2011, I, 158 ss.; G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, VN, 2007, 3 ss. In giurisprudenza, T. Roma, (ord.) 16-12-2006, cit., in cui, relativamente al caso Welby, si è affermato erroneamente che «in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una determinazione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico, va esclusa la sussistenza di una forma tipica di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito, e di conseguenza, ciò comporta l'inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale ed anticipatoria del futuro giudizio di merito».

Si è, quindi, cercato di evidenziare come l'iter teso ad una legiferazione a riguardo sia stato complesso e tortuoso a causa delle evidenti implicazioni morali sottese alle questioni in oggetto e del difficile inquadramento giuridico anzidetto.

Alla luce dell'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n.219, che disciplina le disposizioni anticipate di trattamento, si stabilisce *“Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.”*

Per agevolare il processo di recepimento del testamento biologico nel nostro diritto positivo la dottrina ha da sempre tentato di attribuire alle DAT i connotati propri di altri istituti giuridici già organicamente tipizzati e disciplinati dall'ordinamento, accostamenti che evidenziano, tutti, marcate criticità.

Bisogna pertanto interpellare il sistema e constatare se, al suo interno, sia pensabile riconoscere taluno istituto che consenta di risolvere le numerose questioni concernenti la figura del bio - testamento fornendo strumenti di tutela appropriati alle esigenze dei soggetti implicati nelle vicende di fine vita.

Prima di procedere alla disamina dei tentativi di inquadramento in figure dogmatiche tipiche è opportuno tentare di dare una collocazione prettamente giuridica all'atto de quo.

Invero, il testamento biologico, come si è tentato di delineare nel presente lavoro, è un atto in cui sono racchiuse un insieme di dichiarazioni volte ad assicurare al paziente-dichiarante di determinare ex ante, per l'ipotesi in cui venga colpito da una malattia

che lo conduca allo stato terminale oppure da una lesione cerebrale irreversibile² tali da minare e compromettere la sua capacità cognitiva, i trattamenti medico-sanitari cui intenda sottoporsi, evitando, dunque, che tale scelta sia rimessa all'arbitrio del personale medico.

Il bio-testamento è un atto sicuramente personale e unilaterale, pienamente modificabile e revocabile, a contenuto non patrimoniale, in cui l'elemento volitivo³ assume a ruolo determinante nella sua fase genetica i cui effetti sono differiti nel tempo.

La dottrina si è chiesta se debba ascrivere tale atto, alla cerchia degli atti giuridici o dei negozi⁴, escludendo, quasi unanimemente, la ascrivibilità alla generica categoria dei fatti giuridici, essendo questi ultimi, quegli accadimenti giuridicamente rilevanti in cui la *suitas*, intesa come volizione cosciente di una determinata attività, è del tutto assente.

Coloro i quali ritengono il testamento biologico rientrante nell'alveo degli atti giuridici leciti, atipici e meritevoli⁵ di tutela rilevano che l'elemento volitivo è senz'altro

² R. SPAEMANN, *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, in DE MATTEI (a cura di), *Finis vitae*, p. 333 ss.; Centro Nazionale Trapianti, *Determinazione di morte con standard neurologico. Elementi informativi essenziali*, 2008, p. 14.; Comitato Nazionale per la Bioetica, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, 1991, p.7.

³ Dello stesso avviso P. Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, p. 15 (anche in Id., *Danno da procreazione*, p. 220 ss.) il quale osserva che «il termine 'testamento' sembra appropriato, al di là dell'obiezione dell'essere riferite le disposizioni al tempo della vita, e non già a quello in cui il soggetto avrà cessato di vivere, se in esso si ravvisa il carattere di discorso – di un 'monologo', per usare un termine letterario – destinato a essere in concreto ricevuto ed eseguito (ancorché 'indirizzato' ai destinatari in epoca remota, al di fuori di ogni conoscenza e specificazione) quando non vi è più alcuna possibilità di controllarne l'esecuzione da parte dell'autore».

⁴ A. Tesaurò, *atti e negozi giuridici*, Padova, 1993; F.Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, p. 125, il quale definisce il negozio giuridico come "l'atto di volontà privata autorizzata dall'ordinamento a perseguire un suo scopo".

⁵ Sulla coincidenza tra liceità e meritevolezza, cfr. G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, p. 199 ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 172 ss., 345 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in Riv. dir. comm., 1979, p. 1 ss.; A. Guarnieri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in Riv. dir. civ., 1994, I, p. 799 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano 2001, pp. 424-425; M. Gazzara, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in Riv. dir. priv., 2003, p. 55 ss.; F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in Riv. dir. civ., 1978, I, p. 62 ss.; F. Di Marzio, *Il contratto immeritevole nell'era del post-moderno*, in ID., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 141 ss.; L'atto meritevole di tutela non è semplicemente l'atto lecito, ma l'atto che attua l'ordine giuridico dei valori. Sul punto, cfr. L. Lonardo, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli-Camerino, 1978, p. 28 ss.; M.A. Urciuoli, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in Rass. Comunitario delle fonti, Napoli, 2006, p. 334 ss.; F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, 2009, n. 14343, in Vita not., 2009, 3, p. 1441, la quale dopo aver richiamato la distinzione tra liceità e meritevolezza, ha ritenuto nulla la clausola di un contratto di locazione che vietava l'ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, sul rilievo che una simile clausola confligge "con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per

determinante nella sua fase genetica, benché non perduri anche nella fase di estrinsecazione dell'effetto, e che l'oggetto della "dichiarazione" sia privo di qualsiasi connotato di patrimonialità, così da escludere l'inquadramento nella cerchia dei negozi giuridici patrimoniali, categoria, quest'ultima, in cui la patrimonialità dell'attività posta in essere e degli elementi sottesi rappresenta un carattere determinante.

Il criterio di discernimento per indagare la corretta collocazione del bio-testamento in uno dei due citati agenti eziologici della dinamica giuridica, fatto o negozio⁶, è da rintracciare nella sussistenza della c.d. *suitas* nella sola fase genetica o, anche, nella fase di manifestazione e produzione degli effetti.

Pare di doversi concludere che in ambito di dichiarazioni anticipate di trattamento la volontarietà sia ravvisabile nella sola fase iniziale, in quanto riconoscere una qualche coscienza nel momento di attuazione dell'atto che rappresenta l'effetto consequenziale delle dichiarazioni, è quanto meno difficoltoso, essendo, in quella fase, il dichiarante completamente incapace di intendere e volere e, quindi, incapace non solo di palesare la sua volizione ma anche di produrla.

2. Analogie e differenze tra testamento biologico e testamento di matrice codicistica.

venire incontro ad altrui difficoltà e può altresì confliggere con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di rapporti di amicizia". Per la disamina di un caso giurisprudenziale riguardante un contratto non meritevole, nonché per ulteriori riferimenti, si veda I. Prisco, Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto, in G. Perlingeri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'interpretazione secondo costituzione*, II, cit., p. 345 ss. Nel senso, invece, che la meritevolezza non assurge a strumento di controllo di validità dell'autonomia negoziale, ma serve semplicemente a tracciare i binari entro cui l'autonomia può operare: M. Bianca, Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, I, p. 789 ss.

⁶ Cfr. A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, p. 745, il quale osserva che "quando l'effetto giuridico presuppone un contenuto di volontà conforme si ha il negozio; quando, invece, per l'esistere dell'effetto il contenuto di volontà conforme diventa irrilevante ma rimane necessaria la volontà di un definito atteggiamento esteriore del corpo umano, si ha l'atto; quando, infine, l'effetto prescinde da qualunque volontà, sia del contenuto sia del comportamento, si ha il mero fatto".

Alcuni autori, sollecitati anche dall'assonanza semantica⁷, hanno tentato di ricondurre le disposizioni anticipate di trattamento all'istituto del testamento di cui all'articolo 587 c.c..

Il testamento è l'atto di ultima volontà mediante il quale il testatore dispone delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere; è un atto unilaterale, esclusivo, formale, personalissimo, modificabile, revocabile e patrimoniale.

Evidenti i punti di contatto con il testamento biologico: l'unilateralità, la modificabilità e revocabilità delle dichiarazioni rese; l'efficacia posticipata delle dichiarazioni in esso contenute; il fine di orientare ora per allora determinate questioni; la c.d. *testamenti factio* attiva, capacità di testare, attribuita ai soli soggetti capaci di agire⁸.

Quanto alle differenze, innanzitutto preme evidenziare come il testamento acquisti efficacia alla morte del testatore, da cui la connotazione di atto *mortis causa*, mentre il testamento biologico acquista efficacia in una fase precedente alla morte, coincidente con la perdita della capacità cognitiva, da cui la necessaria connotazione di atto *inter vivos*.

Ulteriore ostacolo all'accostamento delle due figure è stato da sempre rintracciato nel principio racchiuso nell'articolo 587 del codice civile, secondo cui con il testamento si dispone del proprio assetto patrimoniale per il tempo in cui si cesserà di

⁷L'utilizzazione del termine "testamento" per richiamare la fenomenologia delle dichiarazioni anticipate, potrebbe mantenere una sostanziale plausibilità linguistica laddove venisse utilizzato in senso *ampio ed atecnico* (cfr. C.M. Tatarano, Il testamento, in Tratt. Dir. civ., diretto da P. Perlingeri, VIII, 4, Napoli, 2003, p.240), ovvero si ravvisasse in esso "il carattere di discorso – di un "monologo", per usare un termine letterario – destinato ad essere in concreto ricevuto ed eseguito (ancorché "indirizzato" ai destinatari in epoca remota, al di fuori di ogni conoscenza e specificazione) quando non vi è più alcuna possibilità di controllarne da parte dell'autore" (così P. Rescigno, La scelta del testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi, p. 15).

⁸È discusso in dottrina se la capacità di testare configuri una ipotesi di capacità giuridica o capacità di agire. Sebbene la questione abbia rilevanza puramente teorica, è il caso di sottolineare che ai soggetti cui la legge esclude l'idoneità a testare, l'ostacolo predetto non si ritiene in alcun modo valicabile, limite neppure superabile interpellando lo strumento sostitutivo della rappresentanza. Secondo autorevole opinione in relazione ai c.d. atti personalissimi, cioè a tutti quegli atti in cui non è lecito superare il limite dell'incapacità a mezzo di interposizioni soggettive, ciò che risulterebbe ascritto all'alveo della capacità di agire, si ritiene rientrante nel concetto di capacità giuridica. Il punto è sottolineato da F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, p. 25.

vivere. I termini “disporre” e “sostanze”⁹ utilizzati dal legislatore per inquadrare la funzione del testamento hanno per molto tempo fatto ritenere a dottrina e giurisprudenza¹⁰ che non potessero ritenersi compatibili con il testamento le disposizioni a contenuto non patrimoniale¹¹, con cui nulla, in concreto, si attribuisse; in quanto si soleva accostare il concetto di disporre al concetto di “attribuzione” e il concetto di sostanze ai beni connotati da patrimonialità.

Alla stregua delle disposizioni non attributive, quindi, dovevano ritenersi non compatibili con il testamento le disposizioni vertenti su diritti e beni immateriali caratterizzati da mero valore morale e non economico (*rectius* patrimonialità).

Dottrina¹² e giurisprudenza¹³ si sono discostate nel tempo dall'interpretazione restrittiva del termine disporre, sicché, allo stato dell'arte, la problematica anzidetta si

⁹ Le sostanze, di cui all'articolo 587 c.c., sono rappresentate dal patrimonio del testatore, come rileva L. Bigliazzi Geri, *Il contenuto del testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. VI, *Successioni*, vol. II, Torino, 1997, II ed., p. 127 s.

¹⁰ Cass. 20 giugno 1967, n. 1458, in *Giust. civ.*, I, 1967, 2032 ss.; Cass. 23 novembre 1982, n. 6339, in *Foroit.*, I, 1983, 1652 ss.; Cass. 18 giugno 1994, n. 5895, in *Giur. It.*, I, 1995, 1564 ss.

¹¹ A. Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successioni, dall'unità al pluralismo nelle successioni per causa di morte*, Padova, 1988, p. 205 ss.; G. RESTA, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p.751 e ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 3 ss.; si veda anche S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *cod. civ. comm.*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2005, p. 115 ss., il quale precisa che il contenuto atipico del testamento è da intendersi come comprensivo delle disposizioni che non condividano i caratteri tipici del testamento quale atto di ultima volontà a contenuto patrimoniale. In senso differente, si veda V. CUFFARO, art. 587, *delle successioni*. Artt. 565-712, a cura di V. CUFFARO e F. DELFINI, in *comm. Cod. civ.*, dir. da E. GRABRIELLI, Torino, 2010, P. 162, sulle distinzioni: contenuto tipico ed atipico; contenuto patrimoniale e contenuto non patrimoniale.; In argomento, la letteratura è ovviamente assai vasta: senza pretese di completezza, cfr. almeno C. M. TATARANO, *op. cit.* p.1 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2015; A. PALAZZO, *Le successioni. Successione testamentaria. Comunione-Divisione*, in *Tratt. Dir. priv.* Diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2000; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1998; P. Rescigno, *Il testamento*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 6, II, 2 ed., Torino, 1997; G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995; G. Criscuoli, *Il testamento. Corso di diritto civile*, Palermo, 1985; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento. Profili negoziale dell'atto (Appunti delle lezioni)*, Milano, 1976; G. Azzariti, *Successioni (dir. civ.)*, Successione testamentaria, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971; A. Cicu, *Testamento*, rist. 2 ed., Milano, 1969.

¹² G. BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, in *Fam. per. suc.*, 2007, p.715 ss., G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 200; M. CORONA, *La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, cit., p. 506; L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia a una volontà testamentaria di diseredazione*, cit., c. 50; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima, Successioni per causa di morte.*, cit., p. 22, nota n. 59; E. ONDEI, *Le disposizioni testamentarie negative*, cit., c. 303.; P. RESCIGNO, *Recensione a M. BIN, La diseredazione – Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., p. 95. L. CAVANDOLI, *Clausola di diseredazione e testamento*, cit., p.701.

¹³ Cfr. Cass. 25 maggio 2012, n. 8352, in *Fam. Per. Succ.*, 11, 2012, p. 763 ss., con nota di V. Barba, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, nella cui massima è evidenziato il revirement ermeneutico in merito al concetto di disporre di cui all'art 587 c.c. “è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la volontà destitutiva – che può includersi nel “disporre”, di cui all'art. 587, 1° co., c.c. – diretta ad escludere dalla propria successione legittima alcuni dei successibili ed a restringerla così ai non diseredati, costituendo detta clausola di diseredazione espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, rientrante nel contenuto tipico dell'atto di ultima volontà e volta ad indirizzare la

ritiene superata e disposizioni quali il riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio, la diseredazione, la disposizione a causa di morte di alcuni diritti della personalità, sebbene non attributive e non vertenti su diritti patrimoniali, trovano tutta pacifica collocazione tra le legittime disposizioni testamentarie, sostenute dalla teoria secondo la quale il testamento non debba intendersi quale strumento dispositivo-attributivo, ma, piuttosto, quale strumento programmatico-normativo. Si viene in tal modo a configurare un nuovo orientamento teso a valorizzare il potere di autoregolamentazione della propria sfera giuridica, cioè di quell'autonomia privata che l'ordinamento attribuisce al singolo in tutti i campi considerevoli delle attività umane. Collocare, pertanto, il testamento nell'ambito degli atti negoziali, e cioè degli atti di autonomia privata, è importante anche ai fini sistematici per intendere come la disciplina normativa sia improntata al fondamentale criterio di rispetto dell'autodeterminazione del soggetto.

Al rispetto dell'autodeterminazione del testatore deve essere improntata anche l'operazione di interpretazione del testamento. Anzi, per quanto riguarda il testamento l'interpretazione non incontra il limite proprio delle dichiarazioni contrattuali, e cioè il limite dell'affidamento della controparte. L'interpretazione della disposizione testamentaria deve quindi avere riguardo esclusivamente alla volontà del testatore. D'altra parte occorre anche tenere presente che il precetto della forma, necessario per

concreta destinazione “*post mortem*” delle proprie sostanze, senza che per diseredare sia, quindi, necessario procedere ad una positiva attribuzione di bene, ne occorre prova di un'implicita istituzione.”“I giudici della Cassazione, chiamati a decidere sulla validità ed efficacia di una disposizione testamentaria di diseredazione, modificando il precedente, costante e consolidato, orientamento, non senza che si possa leggere, tra le righe della dotta decisione, l'adesione alla soluzione proposta, sul caso, cinque anni or sono, da autorevole dottrina, affermano il seguente principio di diritto: «è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili». Riconosciuta l'ampia autonomia testamentaria, la quale consente al testatore, nell'ambito del lecito, di dare assetto a tutti i propri interessi *post mortem*, cadono le ragioni concettuali che portano a escludere che la diseredazione possa considerarsi un'autentica disposizione testamentaria. Si tratta, piuttosto, di un modo diverso con il quale il testatore decide di dare assetto ai propri interessi *post mortem*, non già disponendo a favore di taluno, ma escludendo altri, pel modo che costoro non possano succedere. A ciò deve aggiungersi, inoltre, che non sembra neppure vero che la diseredazione non serva a dettare un regolamento di rapporti patrimoniali, se solo si consideri che essa serve a favorire, tra i successibili legittimi, quelli non esclusi attraverso la diseredazione. Ne, per giungere a questa conclusione, è necessario far ricorso a finzioni o sperimentare indagini ermeneutiche, intrise di soggettività e tese a scrutare l'animo del testatore o a penetrarne volontà intime e nascoste. Piuttosto, è a dirsi che la scelta tra la istituzione esplicita di alcuni successibili o la esclusione di alcuni sembra attendere, non già e non tanto alla volontà istitutiva, sebbene al motivo, che determina il testatore nella scelta. Non si tratta di dare, surrettiziamente, cittadinanza alla finzione di impronta francese, per cui *exclure c'est instituer*, bensì di cogliere la differenza di prospettiva tra funzione e scopo della disposizione testamentaria, tra obiettiva tecnicità delle medesima e concreta utilizzazione fatta dal soggetto”.

garantire proprio la volontà testamentaria, non consente che venga dato rilievo ad una volontà non manifestata nella dichiarazione testamentaria.

Appare quindi giustificato il criterio di fondo che impone di interpretare il significato del testamento ricercando la reale volontà del testatore desumibile dal contesto delle dichiarazioni testamentarie¹⁴.

In tale visione interpretativa, il testamento assurge a strumento favorito ed insostituibile per mezzo del quale l'individuo proietta le sue volontà in una prospettiva temporale futura ed estranea alla sua capacità di controllo e governo ma dando ordine all'intero ambito dei suoi rapporti umani e patrimoniali.

Ancorandoci alla visione prospettata, sembra dunque probabile rintracciare una qualche somiglianza con il testamento biologico, quale atto diretto a manifestare le preferenze del soggetto in ordine alle cure nel caso in cui dovesse ritrovarsi in una situazione di totale incapacità tale da non permettergli di autodeterminarsi.

Dopo la breve e sintetica analisi dei punti di contatto e di conflitto appare in tutta chiarezza che la insormontabile difficoltà di accostare la natura e la disciplina del testamento (*mortis causa*) al testamento biologico sia da rintracciare nel fatto che il primo esplica i suoi effetti a partire dalla morte del *de cuius*, mentre il secondo esplica gli effetti a partire dalla perdita della capacità di intendere e volere del dichiarante; e nel fatto, incontrovertibile che il testamento (*mortis causa*) ha ad oggetto, prevalentemente, la “agevole” materia dei diritti patrimoniali, il testamento biologico ha ad oggetto la vischiosa e delicata materia dei diritti immateriali e personalissimi, in cui il bilanciamento degli interessi in gioco appare sicuramente più complesso.

Funzioni e strutture inconciliabili che non permettono alcuna sovrapposizione se non nei limiti dell'indagine tesa a sondare il terreno della possibilità e liceità delle dichiarazioni giuridicamente rilevanti in cui vi sia dissociazione temporale tra manifestazione volitiva cosciente e attuazione concreta di detta manifestazione di

¹⁴ Cfr., *amplius*, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 2, *op.cit.*, p. 567 ss.

volontà, quando il dichiarante non sia più cosciente; così come accade nel testamento, in cui le dichiarazioni di ultima volontà vengono poste in essere in vita dal *de cuius* per avere, però, efficacia quando il *de cuius* stesso non sarà più capace, in quanto defunto¹⁵.

La ratio dello strumento testamentario è proprio quella di permettere ad un soggetto di determinare la sorte delle proprie sostanze e di ogni rapporto giuridico (disponibile) per il tempo in cui non potrà più porre in essere alcun atto dispositivo; il testamento biologico sarebbe teleologicamente orientato allo stesso scopo, ossia consentire ad un soggetto di autoregolare e determinare il proprio trattamento sanitario-farmacologico *ex ante*, prima che quel determinato trattamento diventi necessario e, soprattutto, prima che la capacità di autodeterminazione scompaia lasciando il soggetto in questione in balia delle scelte altrui. La predetta scissione tra manifestazione volitiva e atto conseguente alla stessa è alla base del meccanismo testamentario e, dunque, non si comprende come a tale struttura debba negarsi liceità e legittimazione nel campo del testamento biologico, da un punto di vista strettamente giuridico - strutturale¹⁶.

Invero, anche nel testamento biologico, al pari del testamento in senso tecnico, pare manifestarsi un atto di autonomia privata, un atto cioè che regola interessi volti a preservare l'individualità di un soggetto nelle scelte di vita.

¹⁵ Cfr. C. M. TATARANO, *op. cit.* p. 31 ss., la quale afferma “la funzionalizzazione del testamento alla predisposizione di un assetto personale-patrimoniale dei propri interessi destinato a diventare operativo, quindi efficace, nei confronti dei terzi, al verificarsi dell'evento morte, dimostra come tale evento non si ponga come mero fatto esterno, ma contribuisca a qualificare sul piano causale il negozio, penetrando all'interno della sua struttura, sì da divenire co-elemento di qualificazione causale del testamento. In quanto destinata a caratterizzare la funzione causale dell'atto, determinandone l'efficacia esterna, la morte diviene ragione giustificatrice dell'esistenza di un negozio qualificato da un netto distacco tra perfezione (immediata, con conseguente subitanea rilevanza giuridica per il suo autore), ed efficacia nei confronti dei terzi (posticipata, differita al prodursi dell'evento morte)”.

¹⁶ La principale argomentazione contraria addotta da chi osteggia il recepimento del bio testamento nell'ordinamento positivo, è costituita dall'incapacità pratica di acquisire, da parte del malato terminale la conferma delle volontà da questi dichiarate anticipatamente. Argomento che appare tuttavia debole in quanto, come si è cercato di sottolineare, questo iato temporale tra manifestazione ed effetto è proprio dello strumento testamentario ed è inoltre desumibile quale principio recepito dalla legge n. 91 del 1999, e successive modificazioni, in materia di trapianti di organi e tessuti. Trapianto per il quale si ritiene lecitamente manifestato il consenso espresso anteriormente dal donatore o dai suoi stretti congiunti.

3. La giustapposizione con l'istituto del mandato

Ulteriore, e finora più fondata, proposta ricostruttiva¹⁷ risiede nell'accostamento del testamento biologico al mandato¹⁸.

E'opportuno ricordare come quest'ultimo sia un negozio giuridico bilaterale, un contratto, mediante il quale una parte, il mandatario, si obbliga a porre in essere una determinata attività nell'interesse della controparte, il mandante.

Secondo una parte della dottrina, infatti, il testamento biologico potrebbe essere contenuto in un contratto di mandato con rappresentanza (artt. 1703 ss. c.c.) facendo rientrare negli incarichi affidati al mandatario, scelto fra le persone di propria fiducia, sia quello di far eseguire o di far rispettare, nel rapporto personale con il medico, le proprie volontà di cura specificamente dettate nello stesso atto, sia più in generale di prestare il consenso o il dissenso informato alle terapie, anche in assenza di puntuali indicazioni, sulla sola base del criterio generale del migliore interesse per il mandante. Nel concetto di atti giuridici di cui all'art. 1703 c.c. si farebbero rientrare in questo modo anche atti non patrimoniali, ma che riguardano in generale la cura del mandante, intesa in senso ampio fino a ricoprire la sfera delle scelte che riguardano la salute.

Sono del tutto evidenti le problematiche che emergono da un siffatto accostamento, innanzitutto il mandato è un contratto¹⁹, in cui l'incontro tra proposta (incarico) e accettazione deve sussistere affinché lo stesso sorga.

¹⁷ Sul rapporto tra mandato e testamento biologico si veda: M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire*, in Dig. disc.pen., IV, Torino, 1990, p. 9

¹⁸ Sulla figura del mandato F. ALCARO, Milano, 2000; M. GRAZIADEI, *Mandato*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., XI, Torino, 1994; U. Carnevali, *Mandato, I) Diritto Civile*, in *Enc. giur.* Treccani, XIX, Roma, 1990; A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione, XII, Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.* Diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985; G. Bavetta, *Mandato (Negozio giur., dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 1073 ss.; L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*, 3, *Obbligazioni e Contratti*, Torino, 1989, p. 460 ss.

¹⁹ Cfr. F. G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 187, il quale sull'accostamento tra mandato, bilaterale, e testamento biologico, unilaterale, afferma "...Sostenere la natura bilaterale, e non già unilaterale del testamento biologico, porterebbe a postulare la compresenza di due specifiche parti...seguendo questa prospettazione, dunque, il testamento biologico si dovrebbe perfezionare

I principi generali impongono di affermare che se anche la manifestazione di proposta e accettazione non fosse simultanea, la notizia dell'accettazione dovrebbe comunque giungere a conoscenza del proponente per dirsi concluso il contratto.

Volendo applicare il predetto, basilare, principio alla fattispecie de qua, ci troveremmo in evidenti difficoltà, poiché al momento di efficacia del testamento biologico il "testatore" non sarà più capace di intendere e volere²⁰.

La difficoltà di assurgere a fonte di rapporti bilaterali propria degli atti unilaterali²¹ con efficacia differita ad un tempo in cui l'incontro cosciente di due volontà non sarà più configurabile è nota.

Nel tema oggetto di indagine non è possibile, per superare l'ostacolo anzidetto, tentare di rintracciare "scampoli" di bilateralità altrove, come è accaduto in ambito testamentario in cui, grazie all'elaborazione di dottrina e giurisprudenza, si è, ad esempio, giunti ad ammettere la configurabilità di una *datio in solutum*²² testamentaria ricreando artificiosamente l'incontro delle due volontà (del *de cuius* e del beneficiario della diversa prestazione) interpretando il mancato rifiuto²³ del legato, da parte del legatario, quale accettazione della *datio*.

solamente con l'accordo tra il testatore e quello specifico medico individuato al momento della formazione e conclusione della dichiarazione, al quale le istruzioni sono rivolte...".

²⁰ A. TORRENTE P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, P. 537. "La morte o la sopravvenuta incapacità del mandante fanno cessare la capacità di svolgere un'autonoma attività di gestione del proprio patrimonio da parte del mandante stesso (...)" N. Grossi, Le altre cause di estinzione del mandato, in *Il mandato*, F. ALCARO (a cura di), in *Diritto privato oggi*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2000, p. 576 ss.

²¹ Sul tema cfr. : C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

²² Cass. 12 luglio 2001, n. 9467, in *Riv. Not.*, 2002, p. 1245 ss.; Cass. 2 febbraio 1990 n.706, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1532.; G. CASSISA, *A proposito di un caso di datio in solutum testamentaria*, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1650; G. DE MARZO, in nota a Cass. 2 febbraio 1990, n. 706, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1535; N. DI MAURO, *Legato di debito e datio in solutum*, in *Riv. Not.*, 1990, p. 835 ss.; Id., *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, p. 279

²³ Cfr. Quesito CNN, n.5, 2009, "La rinuncia al legato viene ricondotta in letteratura alla figura del rifiuto eliminativo. Più precisamente, suole distinguersi tra rifiuto impeditivo, rifiuto eliminativo e rinuncia. Il rifiuto si dice impeditivo allorché ostacoli l'ingresso del diritto all'interno del patrimonio del soggetto rifiutante: esempio classico è quello del rifiuto della proposta contrattuale ex art. 1326 c.c. Il rifiuto è denominato eliminativo ove esprima la dismissione ex tunc di un diritto precedentemente acquisito: esemplificativi sono le rinunzie dell'onorato nel legato e del terzo beneficiario in caso di contratto a favore del terzo, ex art. 1411 c.c. La rinuncia tout court ricorre in caso di dismissione, con effetto irretroattivo, del diritto acquistato; si pensi alla dichiarazione di non voler profittare della remissione del debito, ex art. 1236 c.c.." in tale senso si vedano anche: L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, p. 38; G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 165; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 842.

Ulteriore criticità nell'accostamento in esame è data dalla circostanza che il mandato, essendo un contratto, dovrebbe avere ad oggetto il compimento di attività patrimoniali, non immateriali e rientranti nella sfera dei diritti morali/personalissimi in cui la contrapposizione tra due privatistici interessi in gioco è inesistente, venendo così meno qualsiasi presupposto causale e funzionale del contratto cui si intende rifarsi.

Come se non bastassero, a scongiurare il tentativo di inquadramento prospettato, alle criticità già analizzate si aggiunge il dato letterale secondo cui "*(...) Il mandato si estingue per morte o per incapacità sopravvenuta del mandante (...)*"(art. 1728 C.c.).

La ratio della predetta causa di estinzione poggia sia sull'essenziale bilateralità del rapporto contrattuale di mandato, bilateralità che deve mantenersi per l'intera durata del rapporto, sia sull'elemento personalistico che sta alla base dell'incarico gestorio, sicché laddove il mandante perdesse la capacità cognitiva il suo rappresentante/gestore non potrebbe continuare nello svolgimento dell'attività oggetto del contratto di mandato, in quanto la fiducia riposta dal mandante nel mandatario non è elemento surrogabile.

Ulteriore aspetto problematico è quello afferente alla difficoltà di individuare il soggetto da configurare quale mandatario, qualora si potesse ipotizzare un contratto di tal fatta.

Orbene, coloro i quali hanno ritenuto di rinvenire nel mandato il rapporto che si instaura tra testatore/dichiarante e fiduciario, si sono dovuti scontrare con il dato incontrovertibile già evidenziato in precedenza, ossia che il fiduciario, nel caso di specie, assume un ruolo assimilabile al *nuncius*²⁴, un mero portavoce del malato, non ponendo in essere alcuna attività giuridica.

Dal rilievo evidenziato consegue l'inutilità di utilizzare lo schema dogmatico del mandato, con tutte le difficoltà e perplessità che ciò comporta, dal momento che

²⁴ SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 275; Chianale, *La rappresentanza*, in *I contratti in generale*, a cura di Grabrielli, Torino, 1999, p. 1131; Bigliuzzi- Geri, op. cit., p. 5.

l'attività oggetto del rapporto si limiterebbe all'atto meramente materiale di riportare le dichiarazioni già compiutamente rese, senza nulla aggiungere.

Se, invece, si tentasse di individuare il mandatario nel medico che concretamente dovrà, con la sua attività, incidere sul decorso della malattia del paziente, che risulta essere, a parere di chi scrive, il naturale destinatario delle dichiarazioni anticipate di trattamento, ci scontreremmo con tutte le criticità già passate in rassegna e con l'aggravante che mentre il fiduciario può essere preventivamente "scelto" dal dichiarante, il medico risulterebbe del tutto indeterminabile, venendo definitivamente perduta qualsiasi forma di bilateralità ipotizzabile²⁵.

4. Inquadramento delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell'alveo dell'esecuzione testamentaria.

Alcuni autori²⁶ hanno ritenuto di rintracciare una simmetria tra l'istituto dell'esecutore testamentario e il testamento biologico.

²⁵ G. Colacino, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Milano, 2015, p. 119, il quale sul necessario inquadramento del mandatario nella figura del fiduciario, piuttosto che in quella del personale medico e sulla problematica della bilateralità, afferma "(...) Ed infatti, deve intanto rilevarsi come una siffatta opzione ermeneutica postuli, per la sua effettiva configurabilità, che le dichiarazioni di volontà anticipate del paziente si concretizzino sempre e comunque (oltre che in una direttiva di istruzioni, anche) in una direttiva c.d. di delega, vale a dire nella nomina di una persona di fiducia che abbia l'incarico di vigilare sulla attuazione delle volontà di cura del soggetto (ormai) incapace e di ricostituire il dialogo terapeutico con il personale medico: cosicché- occorre sottolineare- in presenza di una direttiva di sole istruzioni, il richiamo alla figura del mandato diverrebbe privo di qualsiasi fondamento. Ma anche a voler prescindere da tale aspetto- che pure, tuttavia, parrebbe incrinare l'unitarietà del percorso ricostruttivo- non si può a nostro avviso misconoscere una ulteriore difficoltà, legata alla conformazione strutturale del mandato, che per sua natura un contratto, ovvero un negozio bilaterale che per perfezionarsi richiede in ogni caso l'accettazione del destinatario: *id est*, il consenso del c.d. fiduciario. In tal guisa-è appena il caso di rilevarlo- si finirebbe però con il condizionare la validità e l'efficacia delle direttive anticipate ad un fattore estrinseco ed in qualche misura aleatorio, quale è appunto l'accettazione dell'incarico da parte di un altro soggetto, accettazione che in concreto potrebbe anche mancare. Inoltre, si è giustamente osservato che il successivo venir meno del mandatario inizialmente prescelto dal paziente", che nella ricostruzione interpretativa di G. Colacino può esclusivamente rintracciarsi nel fiduciario, "renderebbe comunque prive di valore le direttive di istruzione contenute nel mandato, non potendo il contratto spiegare i suoi effetti anche nei confronti di soggetti che siano rimasti estranei all'accordo originariamente concluso".

²⁶ Cfr. T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità del morire*, Padova, 2009.

L'esecutore testamentario²⁷ è una persona di fiducia, al quale il *de cuius* affida l'incarico di curare che siano correttamente attuate le sue ultime volontà, così come risultanti dal testamento. Si tratta di un ufficio di natura privata, svolto in nome proprio dall'esecutore testamentario e senza alcun rapporto di rappresentanza, in attuazione di interessi interni alla successione.

Come disposizione testamentaria, la nomina dell'esecutore è un atto essenzialmente unilaterale e pertanto deve essere accettata in forma espressa e solenne²⁸ ma tale accettazione non integra un accordo, trattandosi di un altro atto unilaterale mediante il quale l'incaricato accetta l'ufficio conferitogli ed assume pertanto l'obbligo di espletarlo. L'esecutore testamentario non è un rappresentante del defunto poiché la morte estingue la capacità giuridica della persona. L'esecutore non può neppure considerarsi un rappresentante dell'erede poiché i suoi poteri sono autonomi e non sono esercitati nel nome dell'erede e possono anzi dover essere esercitati nei confronti di quest'ultimo.

L'esecutore è piuttosto titolare di un ufficio privato, e cioè di un potere che è conferito per la tutela di un altrui interesse e che non dipende dalla volontà dell'interessato. L'interesse qui tutelato è, precisamente, l'interesse per il quale il testatore nomina

²⁷ Tra le opere più rilevanti in tema di esecutori testamentari, non solo di carattere monografico, si vedano: TALAMANCA, *Degli esecutori testamentari*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1965, sub artt. 700-712; ID., *Poteri e funzioni dell'esecutore testamentario*, in *Riv. notar.*, 1970, I, 972; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 276 ss.; MANCA, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da D'AMELIO e FINZI, *Libro delle successioni per causa di morte e donazione*, Firenze, 1941, 620 ss.; V. M. TRIMARCHI, voce «Esecutore testamentario (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, 383 ss.; CONTURSI LISI, *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950 (v. anche la recensione di CICU, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 188 ss.); ID., voce «Esecutore testamentario», in *Noviss. Dig.*, VI, Torino, 1960, 693 ss.; A. CANDIAN, op. cit., 379 ss.; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, vol. I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, 2a ed., Milano, 1968; ID. *L'amministrazione dei beni ereditari*, vol. II, *L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, 2a ed., Milano, 1969; CICU, *Testamento*, Milano, 1951, 248 ss.; DEL GIUDICE, *L'esecutore testamentario*, in *Le successioni testamentarie* (artt. 624-712), a cura di M. Bianca, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1983, 425 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, nel *Commentario Utet*, Torino, 1961, 386 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 583 ss.; G. BONILINI, *Esecutore testamentario*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, 537 ss.; ID., *Degli esecutori testamentari*, in *Commentario Schlesinger*, cit.; VICARI, *L'esecutore testamentario*, in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, I, Padova, 1994, 1313 ss.; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. teorico-pratico al codice civile*, diretto da DE MARTINO, Roma, 1982, 555 ss.; CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, 6, II, Torino, 1997, 353 ss.; MUSOLINO, *L'esecutore testamentario. Profili sostanziali e procedurali*, in *NGCC*, 2008, 373 ss.; Anteriormente al codice civile vigente si veda MESSINEO, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, Padova, 1931.

²⁸ L'accettazione deve infatti risultare da dichiarazione resa nella cancelleria della pretura del luogo dell'apertura della successione. Un'accettazione manifestata in altra forma non avrebbe efficacia.

l'esecutore, e cioè l'interesse ad assicurare l'esecuzione delle sue disposizioni di ultima volontà. Di questo interesse, che può fare capo a diversi soggetti, si fa portatore l'esecutore ma non quale interesse proprio bensì quale interesse assunto in forza dell'incarico ricevuto²⁹.

In relazione alla sua funzione l'esecutore testamentario ha il potere di prendere possesso dei beni ereditari e di amministrarli ma può anche essere chiamato a svolgere compiti più delimitati quali curare l'esecuzione di uno specifico onere testamentario e in tal caso il possesso e l'amministrazione dell'intera massa ereditaria si rendono superflui.

Pertanto la funzione dell'esecutore testamentario prescinde di regola dall'accettazione dell'eredità da parte dei chiamati, ed i suoi poteri sono autonomi rispetto alla loro posizione, prima e dopo l'accettazione dell'eredità.

Le caratteristiche appena evidenziate sono sicuramente utili per tentare di dare un inquadramento giuridico al fiduciario del dichiarante, in quanto se si inquadrasse nell'alveo degli istituti della rappresentanza e del mandato si porrebbero difficoltà sia in merito all'oggetto non patrimoniale dell'incarico sia in merito alla perdita della capacità di agire del dichiarante (in costanza di rapporto), con l'aggiunta, nell'accostamento alla procura, della non obbligatorietà dell'attività del rappresentante, e, nell'accostamento al mandato, della difficile ricostruzione della bilateralità.

Posto che sull'individuazione della natura giuridica dell'esecutore testamentario non c'è unanimità di vedute in dottrina, essendo state sostenute diverse ricostruzioni ermeneutiche, quali, tra tutte: la tesi del mandato post *mortem*³⁰ in senso stretto, della

²⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *op. ult. Cit.*, p. 436.

³⁰ G. CAPOZZI, *successioni e donazioni*, 2009, cit., 62 ss.; In tal senso A. LUMINOSO, *Il mandato*, Milano, p. 38, il quale, alla nota n. 24, indica la consolidata giurisprudenza sul punto.

Sul punto si veda Cass. Civ. 4.10.1962, n. 2804 "E' concepibile, come valido ed efficace nel nostro ordinamento giuridico, un mandato conferito ed accettato durante la vita del mandante, ed avente per oggetto un incarico (anche se di contenuto patrimoniale) da eseguirsi dal mandatario dopo la morte del mandante stesso, per conto di questo (mandato post mortem exequendum: ad esempio, consegna al terzo donatario di un bene già donatogli in vita dal mandante). Tuttavia, la validità di un mandato da eseguirsi post mortem è subordinata alla circostanza che la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano la successione mortis causa e in specie la successione testamentaria. Nel nostro diritto, la volontà del defunto, relativamente ai beni dell'eredità, non può operare, post mortem, che come volontà testamentaria, nelle forme, nei modi e nei limiti determinati dalla legge. Pertanto, deve essere negata validità ad un

procura *post mortem*³¹, del mandato *inter vivos*³², dell'istituto quale ufficio di diritto privato³³ non rappresentativo³⁴ (che ad oggi è la ricostruzione dominante), ciò che è certo è che la nomina dell'esecutore testamentario è un atto unilaterale, necessariamente *mortis causa*, avente ad oggetto l'incarico del compimento di attività programmatico-gestoria .

mandato contrattuale che, in qualsiasi forma e modo, importi, attraverso l'esecuzione da parte del mandatario dopo la morte del mandante, una trasmissione *mortis causa* di beni patrimoniali, inerenti all'eredità, a favore di terze persone (*mandatum post mortem*)”.

Si ricorda, infine, che il criterio di distinzione tra mandato *post mortem* e mandato *post mortem exequendum*, è dato dalla natura dell'atto che forma oggetto dell'incarico che deve essere eseguito dopo la morte del *de cuius*. In particolare nel mandato *post mortem*, il mandatario si obbliga a compiere un atto di disposizione del patrimonio del mandante per il tempo in cui quest'ultimo avrà cessato di vivere. In tal caso si configura senza dubbio il contrasto con l'art. 458 c.c., in quanto avremmo un contratto con il quale taluno viene incaricato di disporre del patrimonio per il tempo successivo alla morte del mandante. Nel mandato *post mortem exequendum*, invece, vi è un'attribuzione *inter vivos* con l'obbligo a carico del mandatario di operare un trasferimento ad un terzo dopo la morte del mandante. Se infatti i cespiti si trovano nell'asse ereditario al momento dell'apertura della successione, il mandato collide con il divieto dei patti successori e deve considerarsi nullo; se invece i cespiti ne sono già usciti perché il testatore ne ha disposto per atto *inter vivos* ed il mandatario deve soltanto consegnarli materialmente o farsi carico di acquistare qualcosa per consegnarla ad un terzo dopo la morte del testatore, allora il mandato è perfettamente valido.

In quest'ultima ipotesi, infatti, la morte funge soltanto da momento temporale, cioè da termine di efficacia del mandato. Qui, dunque, il mandatario assume al funzione di strumento idoneo a portare a termine questa attribuzione patrimoniale (ad esempio assumerà l'incarico di consegnare una cosa mentre il diritto si è già trasferito in capo al terzo); ove, invece, all'incarico conferito dal mandante al mandatario si accompagnasse la traslazione del diritto che dovrà essere trasferito al terzo nel tempo in cui il mandante avrà cessato di vivere, si avrà violazione dei patti successori (cfr., in argomento, Trib. Milano 18 aprile 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694 ss., con nota critica di Carnevali).

Può dunque affermarsi, in definitiva, che il mandato è valido ogni volta che il mandatario non svolge un'attività dispositiva, limitandosi invece a compiere un'attività meramente esecutiva di un titolo già precostituito.

³¹ Decisivo elemento di criticità della tesi della c.d. procura *post mortem* sta nel fatto che se la rappresentanza continuasse con gli eredi del rappresentato, si imporrebbe agli eredi stessi di avere fiducia in un soggetto scelto dal *de cuius* e non dai diretti interessati; senza, infine, considerare che il compimento di qualsiasi atto gestorio da parte dell'esecutore comporterebbe accettazione tacita dell'eredità per gli eredi.

³² Cfr. Baudry Lacantinerie-Colin, *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile. Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, cit., 311. Butera, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, 410 ss.

³³ Di grande interesse appaiono, sul punto, le considerazioni di TALAMANCA, *Degli esecutori*, cit., 432 ss., il quale ripercorre, in un'ottica assai critica, il dibattito dottrinario sfociato nella soluzione indicata nel testo. Fondamentale per l'applicazione del concetto di ufficio di diritto privato all'esecutore testamentario, seppur sotto il codice del 1865, è stata l'opera di MESSINEO, *Contributo*, cit., 68 ss. Dello stesso A. cfr. anche il successivo *Manuale*, cit., 279 ss. Si veda in giurisprudenza, Trib. Roma, 1.4.1992, in *Giur. Merito*, 1993, I, p. 347 ss., con nota di G. Azzariti, *Sostituzione testamentaria-vocazione*; Cass., 24.04.1965, n. 719 e Cass., 16.03.1977, n. 1044 e da ultimo, CASS., 5.7.1996, n. 6143, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce "Successione testamentaria", n. 95. *Contra* CONTURSI LISI, voce «Esecutore testamentario», cit., 694; MESSINEO, *Contributo*, cit., 68 ss; ID, *Manuale*, cit., 279 ss.; V. M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 406 ss.; NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, 59; CARAMAZZA, *op. cit.*, 556 s.; C. M. BIANCA, *op. cit.*, 584; TORRENTE-SCHLESINGER, *op. cit.*, 212 e 960; VICARI, *op. cit.*, 1314. Oltre alle indicazioni contrarie, o quanto meno che sminuiscono la portata della nozione di ufficio di diritto privato, di TALAMANCA, *Degli esecutori*, cit., 435, si ricordano altre posizioni limitative di tale nozione in CICU, *op. cit.*, 249, e, soprattutto, CONTURSI LISI, *L'esecutore*, cit., 192 ss. e ID., voce «Esecutore testamentario», cit., 693 ss.

³⁴ M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie, art. 679-712 c.c.*, p. 432; L'esecutore nell'espletamento del suo incarico, infatti, non agisce certamente in nome né nell'interesse del testatore o in quello degli eredi e dei creditori, nei cui confronti può porsi addirittura con interessi confliggenti.

L'attività da svolgersi si contraddistingue per il carattere obbligatorio della stessa, una volta accettata la nomina, e per l'elemento personalistico-fiduciario che sta alla base del rapporto.

Sono evidenti le differenze con il bio testamento e con la nomina del fiduciario, che ad oggi, in virtù dell'articolo 4, della legge "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", risulta "*(...) essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente (art. 4, comma 2). Inoltre, "L'incarico del fiduciario può essere revocato dal disponente in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione" (art. 4, comma 3). Infine, "Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile" (art. 4, comma 4).*

In prima battuta il testamento biologico, che al suo interno contiene la nomina, non è sicuramente un atto *mortis causa*, ma *inter vivos*, in quanto, come più volte rilevato, esplica efficacia in un momento antecedente rispetto alla morte, precisamente nel momento della perdita della capacità cognitiva del dichiarante; in secondo luogo, qualora si tentasse di inquadrare il medico che si troverà a dover dare attuazione alle direttive anticipate di trattamento con la figura dell'esecutore testamentario, non sarebbe rintracciabile né ipotizzabile alcun carattere di obbligatorietà e coercibilità, in quanto il destinatario delle dichiarazioni ha l'obbligo di consultare il contenuto delle direttive ma non di attenersi alle stesse e tale disallineamento dalle indicazioni predette non comporta alcuna "sanzionabilità".

Sebbene la struttura unilaterale e l'elemento personalistico sotteso all'incarico siano caratteri comuni ad entrambe le fattispecie esaminande, l'elemento che più potrebbe condurre all'accostamento tra nomina dell'esecutore testamentario e nomina del fiduciario sta nella ricostruzione cui è approdata la dottrina circa la natura giuridica dell'esecutore testamentario, che sarebbe quella del titolare di un ufficio di diritto privato non rappresentativo, in quanto sia l'agire dell'esecutore che quello del fiduciario sono indirizzati e tesi alla cura di un interesse da intendersi superiore e trascendente rispetto alle dinamiche prettamente privatistiche³⁵, l'antinomia tra gli interessi in gioco non riguarda, in entrambi i casi, questioni esclusivamente patrimoniali o tali da intaccare solo la sfera privata dei soggetti direttamente implicati.

5. Autonomia privata e indisponibilità dei diritti personalissimi.

Dopo aver esaminato i principali tentativi di inquadramento del testamento biologico in istituti tipici al fine di agevolarne il recepimento nel diritto positivo, appare in tutta evidenza la problematicità, e per certi versi la inappropriatazza, di una simile operazione.

³⁵ Messineo, op. cit., p. 282, il quale definisce la natura giuridica dell'esecutore testamentario con la formula "amministrazione pubblica di interessi prevalentemente privati".

La fallacia del tentativo risiede nella viziata prospettiva con cui si tende a guardare alle questioni dibattute.

Utilizzare i classici “occhiali” del giurista orientato alla classificazione dei fatti in rigidi schemi ricostruttivi imposti dal riferimento alle fattispecie tipizzate potrebbe portare ad una decontestualizzazione “immobilizzante”, del resto il tentativo di ricondurre ogni evento naturalistico non tipizzato in schemi tipici senza accettarne di buon grado le dovute, e inevitabili, forzature, pare quasi una petizione di principio. Sul punto è almeno il caso di rilevare che ogni qualvolta le istanze della collettività spingano all’introduzione nel tessuto normativo vigente di nuovi istituti innovando il diritto e creando nuove frontiere, prima di allora ritenute invalicabili, è una naturale conseguenza il superamento di quelli che venivano considerati principi non derogabili. Il concetto è facilmente rintracciabile nell’analisi, ad esempio, in ambito patrimoniale e civilistico, del patto di famiglia³⁶ che si sostanzia in una palese deroga al divieto dei

³⁶Con la l. 14 febbraio 2006 n. 55 è stata introdotta nell’impianto codicistico la fattispecie del patto di famiglia definita quale «il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti»; Numerosi gli studi che hanno approfondito la figura *de qua*: senza pretesa di completezza, v. M. C. ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, pp. 31 ss.; L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, pp. 369 ss.; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Not.*, 2006, pp. 289 ss.; P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 539 ss., la quale rileva “famiglia e impresa sono due realtà difficili da far convivere perché procedono in direzioni opposte: la famiglia verso protezione e solidarietà, l’impresa verso competizione e rischio. In famiglia si gestiscono affetti e uguaglianza, in azienda affari e differenze. Perciò, quando il numero dei membri della famiglia che hanno i legami con l’impresa aumenta, l’applicazione da parte dei genitori di logiche di uguaglianza porta a determinare situazioni di coesione del tutto illusorie che si traducono rapidamente in una difficoltà gestionale dell’azienda”; E. MINERVINI e V. VERDICCHIO, *Note introduttive*, in *Il patto di famiglia, Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, a cura di E. Minervini, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1 ss.; G. OPPO, *Patto di famiglia e “diritti della famiglia”*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 439 ss., il quale, tuttavia, precisa “la limitazione dell’assegnazione ai discendenti toglie all’imprenditore che non abbia discendenti di destinare, con il meccanismo del patto, l’azienda ad altri parenti, anche suoi collaboratori o addirittura già partecipi dell’azienda”; A. PALAZZO e G. PALAZZOLO *Patto di famiglia*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, Roma, vol. XXII, 2006, p. 1; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del “patto di famiglia”*, in *Riv. not.*, 2006, p. 402 ss.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 450 ss.; M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 1 ss.; F. CARINGELLA e R. GIOVAGNOLI, *Il patto di famiglia, i n Studi di diritto civile- Famiglia e successioni*, Milano, 2007, pp. 816 ss.; F. GERBO, *Il patto di famiglia: problemi dogmatici. Loro riflessioni redazionali*, in *Riv. Not.*, 2007, pp. 1271 ss., ad avviso del quale, “finora l’inidoneità degli istituti giuridici tradizionali si percepiva su un duplice piano: la difficoltà da un lato di rispettare il diritto alla legittima dei figli o del coniuge non assegnatari e l’impossibilità dall’altro, in caso di donazione, di fissare il valore del donatum, cioè dell’azienda o delle partecipazioni sociali al momento dell’atto, evitando che i successivi incrementi ascrivibili al lavoro dell’assegnatario aumentino il valore che questi è tenuto a conferire in collazione o il valore del patrimonio calcolato ai sensi dell’art. 556”; M. IMBRENDA, *Patto di famiglia, solidarietà familiare e family business*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 418 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali della trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemior al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 303 ss.; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione «anticipata» (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 273 ss.; A. TORRONI, *Il patto di famiglia: aspetti di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 2008, pp. 465 ss.; G.

patti successori; e in ambito non patrimoniale con la legge 22 maggio 1978, n.194³⁷, che con la legittimazione dell'interruzione volontaria della gravidanza supera il concetto di indisponibilità dell'integrità fisica della donna cui veniva connessa l'impossibilità di incidere sulla vita del concepito.

Naturalmente non si intende qui sostenere, neanche indirettamente, l'idea di una qualche sovrapposibilità o similitudine delle fattispecie più sopra prese ad esempio a quella del bio testamento, essendo invero palese l'irriducibile peculiarità di quest'ultima figura rispetto a quelle citate. Piuttosto, ciò che deve semmai cogliersi nelle normative in questione e che può rappresentare un prezioso punto di riflessione è che il legislatore, nonostante la confluenza di una molteplicità di istanze valoriali caratterizzate da una conflittualità apparentemente insanabile, sia riuscito ad individuare strumenti di tutela e di garanzia degli interessi in gioco. Lo stesso preferisce affidare la selezione dei valori più rilevanti alla decisione del singolo, al suo atto di autonomia privata, che diviene l'unico vero criterio risolutore, ma allo stesso tempo individua delle regole che servono a supportare l'atto di scelta del privato.

CAPOZZI, *Patto di famiglia*, in *Successioni e donazioni*, II, terza edizione, interamente rivista ed aggiornata a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, pp. 1452-1453; M. IEVA, *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi* (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione), in *Riv. Not.*, 2009, pp. 1081 ss.; E. MOSCATI, *Il patto di famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato A. Zoppini, Le successioni e le donazioni, II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 363 ss.; F. PATTI, *Il patto di famiglia. Strumento di trasmissione di ricchezza*, in *Vita not.*, 2009, pp. 1159 ss.; M. C. ANDRINI, *La trascrizione del patto di famiglia*, in *Vita not.*, 2010, pp. 1163 ss.; G. BEVIVINO, *Il patto di famiglia: fra negozio e procedimento*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 217 ss.; G. DE NOVA e F. DELFINI, *Commento all'art. 768 bis – Nozione*, in *Delle successioni, Commentario al codice civile*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, artt. 713 – 768 octies. Leggi collegate, Utet giuridica, Torino, 2010, pp. 375 ss.; G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, note a Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345 e Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 1895 ss.; A. PISCHETOLA, *Il patto di famiglia*, in *Trattato notarile* diretto da F. Preite, 2011, pp. 1765 ss.

³⁷ Difficile dare conto in modo esaustivo degli studi prodotti su questa legge: cfr., *ex multis*, M. Zanchetti, *La legge sull'interruzione della gravidanza, Commentario sistematico alla legge 22.5.1978 n.194*, pag. 89, Padova, 1992; C. Casini, F. Cieri, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Padova, 1978; G. Boni, *La legge n.194 del 1978: "derive" applicative di una legislazione da rivedere*, in *Dir. Famiglia*, 2008; L. V. Moscarini, *Aborto*, in *Enc. Giuridica.*, I, Roma 1986; G. Passacantando, *Brevi considerazioni su alcuni aspetti di legittimità costituzionale della legge n. 194/1978*, in *Giust. Pen.*, 1979, p. 238 ss.; A. D'Atena, *Commento all'art. 9*, in *AA. VV.*, *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, pag. 1660 ss.; C. Flamigni, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*. Bologna, 2008, pag. 93; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Università degli Studi di Ferrara, 2011; M. Olivetti, *La Corte e l'aborto fra conferme e spunti innovativi*, *Giuri. Cost.* 1997, 315; M. Rotolo, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'inammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale*, pag. 347ss.; C. CASINI - F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, p.151; A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in *AA. VV.*, *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di C. M. Bianca - F. D. Busnelli, I, 1978, p. 1650 ss.; D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 2008, p. 1083 s.

Il difficile approccio alla tematica del bio testamento involge una serie di contrapposizioni e contrasti invalicabili e non sopibili, il laico concetto di corpo quale strumento di manifestazione ed estrinsecazione del proprio io, contrapposto alla cattolica idea di corpo quale dono di dio, e come tale indisponibile e inviolabile.

A prescindere da qualsivoglia considerazione morale sull'indisponibilità della vita, un punto sostanziale va ora spiegato. L'autodeterminazione, perché si traduca in manifestazione della dignità dell'uomo, non deve sfociare nel capriccio o nell'arbitrio, altrimenti ciò comporterebbe un ritorno al principio della volontà come valore da difendere ad ogni prezzo. Essa non deve essere esercitata solamente in una forma non illecita, e cioè non contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, ma deve anche svilupparsi in un meccanismo meritevole di tutela per l'ordinamento. Ad ogni esercizio di autodeterminazione è necessario un riscontro di meritevolezza che è insito nella dignità umana, proprio perché l'autonomia non deve tramutarsi in semplice arbitrio. Pertanto, un gesto che risolve la propria esistenza, anche se lecito, potrebbe non apparire meritevole³⁸.

La vera questione è da risolvere ad un livello superiore di indagine, su ciò che deve intendersi in questo determinato luogo e tempo, in questa determinata fase storico-culturale, meritevole di tutela, indipendentemente dalla rispondenza ad un dogma giuridico o di fede.

³⁸ Sulla limitatezza dell'autodeterminazione e l'oggettivizzazione della dignità umana, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 126, il quale ricorda che «il filone culturale del personalismo non costituisce un ritorno al dogma della volontà individuale ed egoistica: esso si completa e si integra con il solidarismo. [...] Al centro dell'ordinamento, infatti, è la persona non come volontà di realizzarsi libertariamente ma come valore da preservare e da realizzare anche nel rispetto di se stesso»; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 4, p. 1037 ss., il quale, premesso che l'autodeterminazione non compare nella teoria classica del negozio giuridico come determinazione della volontà volta a produrre effetti giuridici, avverte che l'autodeterminazione non può obliterare altri valori costituzionali, tra cui il diritto alla vita, che pure sottende tutti i diritti, altrimenti diventerebbe un valore non credibile perché proverebbe troppo; L. BALESTRA, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Riv. trim.*, 2011, 4, p. 1009 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere*, cit., 2014, 2, p. 402, il quale, avverso l'imperialismo della volontà, auspica la costruzione di un diritto all'autodeterminazione che non può avere ad oggetto l'autoannientamento della persona ma le diverse modalità dell'essere, secondo una concezione oggettiva della dignità umana «il cui contenuto è [...] rimesso alla capacità dell'interprete di tradurvi l'assiologia immanente nell'ordinamento giuridico senza distorcerla secondo la propria personale visione delle cose»

La meritevolezza cui ci si riferisce non riguarda, infatti, il rispetto o meno del tessuto normativo o religioso, non va confuso con ciò che è lecito³⁹ o eticamente corretto, riguarda ciò che deve intendersi tutelabile e ascrivibile al rango di disciplina positiva.

Il giudizio di meritevolezza si basa propriamente sull'idoneità degli atti a risultare confacenti a interessi protetti dall'ordinamento, è sull'ultimo assunto che si comprende il perché la nozione di meritevolezza è un concetto in fieri, in continuo divenire, in quanto risente inevitabilmente dei cambiamenti socio-politici.

Lo scopo di ogni ordinamento⁴⁰ è quello di prevenire conflitti⁴¹, sia esteriori che interiori, di percepire le istanze della collettività e creare un tessuto normativo che vi si uniformi al fine di tendere al bene comune (per comune non può di certo intendersi rispondente alle ideologie di chiunque), non viceversa, in quanto le norme sono di matrice convenzionale e statiche, senza impulso, la società, invece, è un'entità in continuo divenire.

L'indagine delle istanze promananti dal basso non deve essere teso, a differenza di ciò che accade in altri ordinamenti (quale quello religioso), al recepimento di ciò che aprioristicamente si ritiene giusto, ma di ciò che si ritiene di dover tutelare in una determinata collocazione spazio-temporale.

Queste brevi premesse hanno lo scopo di evitare che ci si focalizzi su problematiche puramente classificatorie o prettamente etiche offuscando la vista su ciò che deve essere realmente sondato.

³⁹ Sulla coincidenza tra liceità e meritevolezza, cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, p. 199 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 172 ss., 345 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 1 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano 2001, pp. 424-425; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss.

⁴⁰ In dottrina è ancora in corso la nota diatriba circa il ruolo dell'ordinamento in relazione all'organizzazione sociale; tra coloro i quali ritengono che le norme abbiano creato la "società" (H. Kelsen, *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, 1934) o, viceversa, è dalla società che trae genesi il tessuto normativo (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, I ed., 1917-1918).

⁴¹ R. Federici, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici. Affinché i cittadini non vengano alle armi*, Editoriale Scientifica, Napoli, III ed., 2013.

L'autodeterminazione per quanto attiene alle scelte sanitario- farmacologiche cui essere sottoposti è da intendersi meritevole, in quanto rientrante nel concetto di dignità⁴² dell'individuo?

È opportuno lasciare spazio all'indagine sui limiti e sui confini della predetta autonomia privata, utilizzando il tessuto normativo vigente come ambito propulsivo da cui attingere le compiute risposte.

Il concetto di autonomia privata attiene alla possibilità, propria di ogni individuo, di darsi determinate regole, come è suggerito, tra l'altro, dal significato etimologico del termine, *autos e nomos*, che letteralmente si traduce "dare legge a se stessi".

Anche il concetto di autonomia, come osservato per la meritevolezza, è mutevole e in continuo divenire.

Invero nella fase storica contemporanea si è assistito ad una tendenziale privatizzazione nell' "erogazione" dei servizi essenziali, privatizzazione nella gestione da cui è, inevitabilmente, scaturita una tendenza alla tutela dei diritti fondamentali connessi (tra cui quello alla salute) privatistico-contrattuale.

⁴² E' necessario comunque riconoscere che «la nozione di dignità rappresenta una delle parole chiave, forse la parola chiave dei discorsi contemporanei in campo biogiuridico», come dimostra peraltro il suo largo uso a livello costituzionale, nella legislazione ordinaria e in giurisprudenza, quale paradigma aggregante e formula-fonte di valori fondamentali. Così G. Resta, *La dignità*, in *Ambito e fonti del Biodiritto*, a cura di Rodotà-Tallacchini, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, cit., 259; Per i riferimenti in termini di comparazione costituzionale C. Casonato, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2009, p. 15 ss.; D. Schefold, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *La tutela della dignità dell'uomo. Lezioni Volterrane II*, a cura di E. Ceccherini, Napoli, 2008, p. 113 ss.; G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, a cura di E. Ceccherini, cit., 57 ss.; Per indicazioni sulla legislazione italiana si veda P. Becchi, *La dignità e l'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *Pensare la dignità*, Quaderni dell'Almo Collegio Borromeo, Pavia, 2013, 7 ss.; in relazione all'analisi della dignità in contesti ordinamentali specifici M.C. Lipari, *La dignità dello straniero*, PD, 2006, 2, 283-319; D. Carusi, *Non solo procreazione assistita: il principio di pari dignità e la costituzione minacciata*, PD, 2007, 3, 413-450; Per un quadro nella giurisprudenza nazionale, sovranazionale e straniera si veda J. Luther, *Razonabilidad y dignidad humana*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, 7, 2007, 295326; M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010; M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, IV, 2011, 3123-3173; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, PD, 2011, 1, 45-78; A. Sperti, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in www.constituzionalismo.it, 2013, 1, 1-41; C. Piciocchi, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, 105 ss.; Quindi «parlare della dignità senza fare riferimento ai casi umani concreti è forse permesso solo ai teologi e ai filosofi, ma non ai giuristi (...). La dignità è quindi impensabile e giuridicamente inafferrabile senza il richiamo alla ragionevolezza del caso». Così J. Luther, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo nel sapere giuridico*, a cura di A. Cerri-O. Pfersmann, II, Roma, 2007, 185; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 32 ss.

Tale propensione all'individualismo ha portato culturalmente alla soggettivizzazione di ogni valore e, quindi, all'idea della proprietà di se stessi e del proprio corpo.

Nella tendenza anzidetta va ascritto il progressivo mutamento del rapporto medico-paziente, si è passati da una bilateralità sbilanciata e asimmetrica, in cui la volontà del medico era da intendersi imperante ed assoluta, ad una bilateralità simmetrica e improntata al dialogo consapevole, in cui il paziente ha diritto a conoscere le cure praticabili e acconsentire o meno alle stesse⁴³.

E' necessario, pertanto, far coincidere il concetto di dignità⁴⁴ con il concetto di autonomia privata, ritenendo quest'ultima un modo di estrinsecazione della prima, una sorta di suo corollario giuridico.

Ricostruita l'estensione dell'autodeterminazione nel fine vita in questi termini non può dubitarsi circa la rilevanza giuridica delle direttive anticipate di trattamento.

⁴³ Non solo: la relazione di cura tra medico e paziente si presenta oggi come un rapporto complesso, non più ridotto alla sola prestazione medica in senso stretto, ma arricchito di una costellazione di obblighi di protezione volti a tutelare la salute del paziente. La posizione del medico, tenuto ad operare all'interno del ristretto spazio delimitato dalla volontà del paziente, è gravata da un dovere di diligenza professionale che si estende durante tutte le fasi del rapporto obbligatorio. La condotta del medico va perciò valutata nell'arco della prestazione medica globalmente intesa, inerente a tutte le fasi della relazione di cura, ove il medico in caso di violazione degli obblighi protettivi nei confronti del paziente risponde anche in caso di colpa lieve. Tali considerazioni sono svolte in M. Foglia, *Il prisma della prestazione medica e l'«azzeramento» dell'art. 2236 cod. civ.*, NGCC, 2010, I, in part. 373 ss.; Sull'evoluzione del ruolo del consenso nel rapporto medico-paziente si v. R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 11 ss.

⁴⁴ G. Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, NGCC, 1997, II, p. 415; anche F. Bartolomei, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, p. 10 ss.; B. Veneziani, *Il lavoro tra l'ethos del diritto e il pathos della dignità*, in *La dignità*, a cura di M. Napoli, Milano, 2011, 42; A. Pirozzoli, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, p. 15 ss.; Sebbene il ruolo creativo e regolativo del diritto stia nel "dare nomi a cose" (E. Resta, *Diritto vivente*, cit., X), determinati concetti, come quello di dignità, non possono essere dati per acquisiti, ma continuamente cercati e scoperti, in quanto «se sapessimo dire a noi stessi cos'è la nascita, cos'è la morte, cos'è ciò che vive nel ventre della donna, cos'è ciò che vive per virtù di una macchina, cos'è una madre, cos'è un padre, cos'è l'identità, cos'è la dignità, avremmo il linguaggio per valutare e prescrivere. Ma non lo sappiamo, o lo sappiamo in parte e senza certezza» (P. Zatti, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, cit., 65); A. Ruggeri-A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, PD, 1991, 3, 343-377, specie 347 per cui «la dignità è il con-fine delle libertà costituzionalmente protette, proprio perché essa costituisce l'unico vero fine che esse possono e devono perseguire»; sulla gerarchia dei diritti F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, p.171 ss.; G. Piepoli, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 2295-2296; G. Azzoni, *Dignità umana e diritto privato*, RPr, 2012, 38, 75-97, specie 77-83; P. Morozzo della Rocca, *Il principio di dignità come clausola generale*, DD, 2004, 195; M. Delmas Marty, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irreductible humain*, Rev. sc. crim., 1994, 477 ss. In questi termini la garanzia della dignità è assoluta, non soggetta a limiti e restrizioni, proprio in quanto assume nella sua area di protezione l'«irreductible humain» del soggetto stesso, ovvero la qualità umana presente nella persona. Tuttavia concepita in tal modo «la dignità si contrappone all'individuo in quanto pretesa giuridica in riferimento alla sua appartenenza alla comunità giuridica. Comportarsi in maniera dignitosa viene allora dichiarato obbligo giuridico» (K. Seelmann, *Filosofia del diritto*, Napoli, 2006, p.257). L'individuo, quindi, perde il diritto di definire cosa è degno per lui e cosa non lo è, essendo normativamente tenuto ad un comportamento dignitoso il cui contenuto è imposto da terzi.

A questo punto occorre distinguere se le direttive anticipate siano date dal paziente, nell'ambito di un rapporto terapeutico già in corso, oppure se provengano da un soggetto capace di assumere una decisione - "ora per allora" - rispetto ai trattamenti sanitari cui vorrà o non vorrà essere sottoposto.

Nella prima ipotesi le direttive impartite sono sicuramente forme di manifestazione dell'autonomia privata, con le quali l'individuo intende tutelare la propria sfera privata e l'intangibilità della propria esistenza, salvaguardando l'identità, personale e sociale, costruita insieme all'integrità del suo corpo.

Se consideriamo il rapporto medico-paziente, non come un contratto, ma come un rapporto inter-personale basato sulla fiducia, allora le direttive anticipate dovrebbero assumere la forma di atto giuridico in senso stretto, le cui conseguenze siano preordinate dalla legge, rilevandosi la libertà dell'uomo come presupposto degli effetti giuridici.

Se guardiamo invece all'ipotesi di un soggetto capace e che decide in un momento anteriore rispetto a quando le direttive saranno attuate, la natura giuridica delle direttive dovrà allora essere riconducibile a quella del negozio giuridico, la cui volontà del soggetto è volta -non solo- al compimento dell'atto ma anche alla determinazione dei suoi effetti.

Sulla scorta di quanto sin qui rilevato, troverebbe allora sicura conferma l'opinione incline a qualificare le direttive anticipate alla figura astratta del *negozio giuridico unilaterale atipico*, un atto che si perfezionerebbe, quindi, con la manifestazione di volontà del soggetto e che sarebbe quindi frutto dell'elaborazione dell'autonomia privata.

Giova sottolineare, ancora una volta, come le direttive anticipate non abbiano alcuna valenza patrimoniale, ma funzione di precetto nei riguardi del personale medico, programmando un regolamento di cura che si esplica attraverso il consenso o il dissenso di determinati trattamenti sanitari.

All'affermata natura negoziale non può essere d'ostacolo la non assoluta convergenza tra effetti voluti ed effetti giuridici dal momento che normalmente il negozio giuridico può anche produrre effetti che non siano voluti dal suo autore. L'efficacia innovativa e dispositiva è l'elemento essenziale del negozio in quanto mira a far sorgere in capo agli interessati nuove situazioni giuridiche che influiscono sul pregresso regolamento di interessi. Pare che qualsivoglia rifiuto della natura negoziale e simultaneo richiamo alla categoria dell'atto giuridico in senso stretto siano dovute alla superata perplessità verso il contenuto non patrimoniale del negozio, all'inesatta idea che il negozio possa avere ad oggetto solo il patrimonio e non la persona. La patrimonialità è un attributo tipico dell'obbligazione e del contratto, che circoscrive la sfera delle norme attuabili a siffatta fattispecie. La negoziabilità, al contrario, è un concetto più vasto, che collima appieno con quello di meritevolezza degli interessi, anche vitali, voluti dalle parti.

In dottrina, la categoria del negozio giuridico, usualmente ritenuto estraneo all'autonomia privata, ha nel tempo acquisito spazio nell'alveo delle situazioni giuridiche soggettive personali. Dunque, se nella sfera patrimoniale l'autonomia è soggetta a forti ingerenze dovute all'emersione di nuovi stati, nelle situazioni personali l'autonomia ha definito in modo diverso e più preciso il legame tra medico e paziente, qualificandolo come espressione di libertà individuale e non semplice discrezionalità tecnica.

Del resto è esattamente questo il risultato che si è voluto in questa sede ribattere, partendo dalla tesi che le direttive anticipate siano dichiarazioni negoziali con le quali un individuo sceglie i valori per lui più considerevoli nel suo contesto di vita, ed anche i precetti di comportamento da analizzare per poterne raggiungere, in un tempo posteriore, l'esecuzione. In tale visione, può anzi asserirsi che il testamento biologico rappresenti l'espressione forse più densa e rilevante dell'autonomia privata.

Di contro si sottolinea che nelle direttive anticipate entrano in gioco tutta una serie di valori tra loro conflittuali, quali la vita, la salute, l'autodeterminazione, la dignità, l'identità e l'indisponibilità che finiscono per avere una configurazione sempre

differente a seconda del caso concreto e che per tale ragione si presentano approssimativamente inflessibili ad un preciso e catalogante riconoscimento normativo. Ed è, or dunque, per tale ragione, augurabile, nel caso delle direttive anticipate, la supervisione dell'autorità giudiziaria, quale mezzo prezioso di supporto dell'atto di disposizione del proprio corpo.

In conclusione, accertata la meritevolezza delle direttive anticipate di trattamento e sgomberato il campo dalle ostative implicazioni derivanti sia dai tentativi di inquadramento *tout court* in istituti tipici che dal dibattito sulla rispondenza della tematica sul fine vita alla sfera etica, appare evidente, dopo il recepimento normativo, doverne propiziare la portata innovativa sul piano sia giuridico sia morale.

D'altronde quando Hans Jonas scriveva che «è il concetto di vita, non quello di morte, che in definitiva governa la questione del diritto di morire»⁴⁵, intendeva porre in risalto l'intreccio inestricabile che connota il singolare ed irripetibile percorso esistenziale di ogni persona e il suo riflesso nella fase che porta alla soglia della morte, ove quello che è dovuto a ciascuno è il diritto a scegliere secondo il proprio cuore e la propria fede⁴⁶. Ed è appunto in questa fase dell'esistenza che l'intreccio tra dignità e diritto diventa visibile, specie laddove il diritto si trova a dover regolare le questioni sempre nuove e sempre eguali della vita⁴⁷, che, quanto più si tenta di ridurla ad una dimensione unitaria e monologante, tanto più ci si rende conto dei molteplici significati che essa racchiude e delle tante forme sociali in cui si concreta.

⁴⁵ H. Jonas, *Il diritto di morire*, Roma, 1991, p. 50.

⁴⁶ R. De Monticelli, *La libertà di divenire se stessi*, in *Che cosa vuol dire morire*, a cura di D. Monti, Torino, 2010, p. 92.

⁴⁷ E. Resta, *Diritto vivente*, Bari-Roma, 2008, XI.

6. *La complessa comparazione tra testamento biologico, rappresentanza e amministrazione di sostegno.*

Altro istituto cui è possibile, in modo più o meno condivisibile, accostare il testamento biologico, è la procura.

La procura è un negozio unilaterale e recettizio⁴⁸, che conferisce il potere di rappresentanza⁴⁹ senza far discendere alcun obbligo (ma solo un potere) per il rappresentante. Proprio in ragione del difetto di obbligatorietà, la procura si perfeziona con la sola dichiarazione unilaterale del suo autore, a differenza del mandato che è un contratto e che obbliga il mandatario al compimento di una determinata attività, e, dunque, richiede il consenso di entrambi i soggetti in causa.

La procura, per sua natura, è un negozio revocabile, in quanto l'elemento personalistico è molto pregnante e la fiducia su cui poggia il conferimento della stessa deve permanere per l'intera durata del rapporto che, infatti, è continuamente soggetto alla volontà del rappresentato, il quale può sempre modificare, avocare a sé o revocare la procura.

Sarebbe, quindi, ipotizzabile l'inquadramento del testamento biologico nell'alveo della procura in quanto le similitudini strutturali sono evidenti, sebbene, dopo aver

⁴⁸ M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, p. 601, la quale, al riguardo sottolinea "(...) Del carattere recettizio della procura si è recentemente dubitato, in base alla considerazione che gli effetti della rappresentanza si produrrebbero ugualmente anche se il rappresentante agisse senza che il dominus gli avesse dato comunicazione della procura (...)"; come confermato da L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, p. 113 ss., il quale "(...) nei limiti fissati dalla procura, l'attività negoziale che il rappresentante svolge in nome del rappresentato produrrà gli effetti nella sfera giuridica di costui senza che il rappresentato nulla possa fare per evitare tali effetti (...)"; a conferma, invece, della recettività della procura si vedano U. NATOLI, *La rappresentanza*, p.51-56; L. BIGLIAZZI GELI, voce *Procura*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 1000; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, p.375; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, p.691; G. DE NOVA, *La rappresentanza*, p. 430; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 579.

⁴⁹ Sulla rappresentanza esiste una cospicua letteratura: al riguardo, v. almeno S. DELLE MONACHE, *La "contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001; M. GRAZIADEI e R. SACCO, *Sostituzione e rappresentanza*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, XVIII, Torno, 1998, p. 616 ss.; G. VISENTINI, *Della rappresentanza*, in *Comm. cod. civ.* (A. Scialoja e G. Branca) a cura di F. GALGANO, *Artt. 1372-1405*, Bologna- Roma, 1993; P. D'AMICO, *Rappresentanza*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991; P. Papanti-Pelletier, *rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1983; U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977; W. D'AVANZO, *Rappresentanza (Diritto Civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 800 ss. S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; Per una più agile consultazione, v. pure F. Gazzoni, *Manuale*, p. 1043 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 71 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile, Fatti e Atti giuridici*, Torino, 1987, p. 551 ss.

evidenziato i punti di contatto tra le due fattispecie è doveroso analizzare le criticità prospettabili.

Innanzitutto ci si interroga sulla suscettibilità della procura di attribuire poteri rappresentativi vertenti su diritti personalissimi⁵⁰ in cui anche autodeterminazione e autonomia del titolare sono di dubbia ampiezza⁵¹; in secondo luogo bisogna chiedersi chi debba intendersi per soggetto rappresentante.

Quanto al primo profilo evidenziato, non può non osservarsi che l'istituto della procura si ritiene configurabile esclusivamente in relazione ad atti di natura patrimoniale riguardanti diritti ed interessi disponibili, mentre la materia oggetto di indagine riguarda diritti personalissimi in cui autodeterminazione del titolare e disponibilità degli stessi sono caratterizzati da confini labili e di dubbia portata.

In merito alla seconda questione, si potrebbe individuare il rappresentante nel medico che al momento del bisogno si prenderà cura del dichiarante, oppure, invece, sulla scia dell'attuale approvazione della legge⁵², che disciplina e introduce la figura del fiduciario del "testatore", individuare il rappresentante proprio nel soggetto che potrebbe essere indicato nel testamento biologico quale persona tenuta a fare le veci del malato, non più cosciente, nei rapporti con il personale medico.

⁵⁰ La Dottrina si è, a più riprese, posta il problema circa la liceità della rappresentanza, o degli altri meccanismi sostitutivi di interposizione, per gli atti giuridici in senso stretto e, quindi, per ogni atto non negoziale. È da ritenere ragionevole di non restringere la rappresentanza ai soli meccanismi sostitutivi nell'attività negoziale in quanto non importa, essendo irrilevante a tal fine, se si tratti di atti nei quali la volontà è determinante del fatto o, anche degli effetti.

⁵¹ In merito all'oggetto, ai limiti ed ai poteri del rappresentante legale dell'incapace l'evoluzione ermeneutica ha portato ad una tendenziale apertura tesa a ricomprendervi i diritti c.d. personalissimi di competenza dell'incapace (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. Dir., cit.*, p.133), la quale recita "il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire della prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta ad un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non al "posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche".

⁵² La rassegna dei lavori parlamentari si conclude il 14 dicembre 2017 al Senato con l'approvazione della c.d. legge sul bio-testamento: "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento sanitario*".

In dottrina, da sempre, si sottolinea l'importanza della figura del fiduciario nel testamento biologico e vi è chi scorge in essa una parte fondamentale del documento: si è osservato che, così come assume un ruolo significativo l'esecutore testamentario nel diritto successorio, anche il testamento biologico «deve affidarsi (...) in termini di sicura opportunità e forse di insuperabile necessità, alla relazione fiduciaria con soggetti che "eseguano" o siano in grado di vigilare sulla "esecuzione" delle direttive»⁵³.

Tentando di analizzare giuridicamente la figura del c.d. fiduciario, non può sottacersi il fatto che il soggetto in questione debba limitarsi a comunicare al personale medico le volontà espresse dal paziente non più in grado di interloquire, ponendo in essere, dunque, atti meramente materiali e non giuridici, alla stregua di un qualsiasi *messo-nuncius*⁵⁴, finendo per concretarsi in un mero mezzo di trasmissione della volontà del testatore.

Un ruolo più attivo del fiduciario si rende necessario quando non c'è corrispondenza tra l'eventualità prevista nel testamento biologico e la situazione concreta del paziente, oppure nel caso in cui le direttive anticipate avessero un contenuto eccessivamente generico.

In ogni caso il compito preminente del fiduciario è rappresentato da quello di contribuire alla ricostruzione dell'identità della persona e della sua volontà rispetto al proprio destino terapeutico, facendo emergere l'universo valoriale del malato alla luce del quale dovranno essere lette e interpretate le disposizioni anticipate. In quest'ottica,

⁵³ P. Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, cit., 17. Dello stesso tenore sono le considerazioni espresse nel documento intitolato "Riflessioni su alcuni punti di discussione", 2, pubblicato nel sito <http://undirittogentile.wordpress.com> (consultato il 12-11-2013) a cura di P. Zatti, in cui si legge: «In una dichiarazione anticipata di trattamento, redatta in termini di documento rispondente a un modello proposto dalla legge, l'indicazione di un fiduciario sembra imprescindibile. A tal fine si potrebbe costruire un modello articolato in due parti: una concernente le disposizioni vere e proprie, l'altra concernente la nomina del fiduciario. Anche il medico di base potrebbe validamente essere nominato fiduciario per la salute (si pensi ai casi in cui il paziente è "solo"), come la *personne de confiance* nel modello francese». Cfr. anche G. Spoto, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, EDP, 2005, 182.

⁵⁴ L. MOSCO, op. cit., p. 83-84; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, p. 277 ss.; A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1997, p. 29-30; G. MIRABELLI, op. cit., p.364

il fiduciario «non decide mai al posto dell'incapace, né per l'incapace, ma con l'incapace».

È di tutta evidenza che una simile funzione del fiduciario potrebbe apparire giuridicamente irrilevante dal momento che il testamento biologico assurge ad atto connotato da “ufficialità” e obbligatorietà, per quanto attiene alla sua necessaria consultazione, in quanto il palesamento della volontà del dichiarante è la prima funzione specifica e propria del bio-testamento in sé considerato, rischiando, pertanto, di metterne in dubbio la concreta utilità del fiduciario.

Invero, potremmo individuare il rappresentante nel medico che si troverà a dover somministrare le proprie cure al dichiarante.

In tal caso, a differenza delle conseguenze della teoria poc'anzi analizzata, il medico-rappresentante si troverebbe realmente nella condizione di dover porre in essere attività con potenziali riflessi giuridici nell'interesse del malato, e vi sarebbe anche “spazio” per individuare una ratio/collocazione giuridica alla c.d. obiezione di coscienza del personale medico cui si assicurerebbe la facoltà di discostarsi dalla volontà espressa dal paziente che assurgerebbe a raccomandazione-potere (non obbligo) di incidere con un determinato atto sulla sua sfera personale.

Discrezionalità nell'esplicazione dell'atto che non ha alcuna ragion d'essere in relazione all'attività del fiduciario mentre assume enorme valore in riferimento al compito del personale medico, il quale potrebbe avere diverse ragioni personali e tecniche⁵⁵ per discostarsi dalle indicazioni rese dal paziente anche in un tempo cronologicamente molto anteriore.

Per concretare l'accostamento tra le figure in esame bisogna, però, indagare la prospettabilità di una procura conferita in *incertam personam*, in quanto se si volesse realmente aderire a tale teoria, ci ritroveremmo nella situazione di ipotizzare un potere

⁵⁵ Ci sembra utile precisare che la ratio sottesa all'obiezione di coscienza del personale medico è da rintracciare, prioritariamente, nel fatto che il progresso scientifico è in continua evoluzione, pertanto le D.A.T. potrebbero non risultare più coerenti con le mutate conoscenze in campo medico.

rappresentativo conferito ad un soggetto eventuale, futuro ed indeterminato, ossia il medico che concretamente si troverebbe a prestare le sue cure al rappresentato (paziente), in un tempo futuro rispetto al conferimento della procura (redazione del testamento biologico).

L'elaborazione dottrinale ha portato alla creazione della c.d. categoria della rappresentanza innominata, in cui, cioè, uno dei due soggetti del rapporto (rappresentante o rappresentato) non sia determinato a priori.

Si è giunti, ad esempio, ad individuare una forma di rappresentanza eventuale in *incertam personam*⁵⁶ nell'istituto del contratto per persona da nominare in cui è però il rappresentato ad essere incerto, individuabile attraverso *l'electio* amici, non il rappresentante.

Se si riuscissero a superare i due ostacoli evidenziati, ossia la problematica della conferibilità al rappresentante del potere di compiere atti che incidano su diritti personalissimi e non patrimoniali e il problema della configurabilità della categoria della rappresentanza eventuale in *incertam personam*, in cui la persona indeterminata sia il rappresentante e non il rappresentato, si arriverebbe, probabilmente, ad accostare agevolmente le due fattispecie.

Risultano, però, ostative all'interpretazione prospettata le questioni afferenti alla perdita della capacità cognitiva del paziente/rappresentato, in quanto, nella rappresentanza, la perdita della capacità naturale è causa estintiva del rapporto rappresentativo, quindi, ci troveremmo nella concreta difficoltà di far perdurare il fenomeno sostitutivo successivamente alla perdita delle capacità cognitive da parte del dichiarante.

⁵⁶ In dottrina cfr. F. PASSARELLI, *Dottrine*, p. 293; E. BETTI, op. cit., p. 588-589; G. MIRABELLI, op. cit., p. 409; M. PENNASILICO, *Profili della "contrattazione" per persona da nominare*, Napoli, 1995, p. 76 ss.; G. VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare. Art. 1401-1405*, in *Comm. dod. Civ.*, a cura di A. SCIALOIA- G. BRANCA, Bologna-Roma, 1993, p. 345-346. In Giurisprudenza cfr. per tutte, Cass. 21 giugno 1995, n. 7026, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1269; Cass. 10 febbraio 1993, n. 1682, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 275; Cass. 15 dicembre 1987, n. 9301, in *Arch. civ.*, 1988, p. 416.

Non risultano invece di ostacolo all'indagine in oggetto le problematiche questioni riguardanti la sorte della procura dopo la morte del rappresentato⁵⁷, in quanto, nel caso *de quo*, il termine di efficacia della procura coinciderebbe con un momento diverso e anteriore rispetto alla morte, e non possono tantomeno riemergere tali questioni laddove si osservasse che dall'atto posto in essere dal rappresentante potrebbe discendere causalmente proprio l'evento morte che a sua volta è causa dell'estinzione del potere rappresentativo.

Ultimo, ma non secondario, problema da evidenziare è che se si ritenesse applicabile al testamento biologico la disciplina della rappresentanza, inevitabilmente, il contenuto delle dichiarazioni in esso racchiuse assurgerebbe a mera raccomandazione, venendo meno ogni forma di vincolatività delle stesse; da un punto di vista giuridico, dalle dichiarazioni in oggetto sorgerebbe un'obbligazione naturale, come tale incoercibile.

Questa assenza di vincolatività è compatibile, come già esaminato, con la figura e la funzione del personale medico che concretamente si prenderà cura del dichiarante, mentre non trova alcuna giustificazione funzionale in relazione al ruolo del fiduciario, in rapporto a quest'ultimo, infatti, la discrezionalità e la possibilità di disattendere il compito attribuitogli paiono del tutto illogiche e non rispondenti ad alcuna ratio.

Aver determinato i profili di efficacia del testamento biologico e i criteri di prevalenza, delle dichiarazioni in esso contenute, rispetto alle altre volontà manifestabili, è stata una questione cruciale anche per eliminare la potenziale responsabilità medica a riguardo⁵⁸. Infatti, a seguito della novità legislativa, la relazione di cura e fiducia che lega il paziente e il medico è ora valorizzata in maniera totale, dando la massima rilevanza al consenso informato, che costituisce il frutto dell'autonomia decisionale del

⁵⁷ P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, p. 492. "La fiducia del rappresentato nella procura del rappresentante, che sta alla base del conferimento della procura, la deve sorreggere anche per tutta la sua durata (se si tratta di procura conferita nell'esclusivo interesse del rappresentato). Ecco perché la procura si estingue di regola alla morte o all'incapacità del rappresentato..."; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2012, p. 228 "La procura, basandosi sulla fiducia personale che il procuratore ispira, cessa, di regola, anche per la morte del rappresentante o del rappresentato".

⁵⁸ G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico* p. 7; Per un quadro generale sui principali profili in tema di responsabilità medica si v. A.P. SCARSO-M. FOGLIA, *Medical Malpractice in Italy*, in B.A. Koch (ed.), *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions* (Tort and Insurance Law, vol. 29), de Gruyter, Berlin, 2011, p. 329 ss.

paziente guidata dalla competenza, dall'autonomia professionale e dalla responsabilità del medico. Il rispetto della volontà del paziente diviene per il medico un dovere, dalla cui conseguenza non può discendere per lui alcuna forma di responsabilità, né di carattere civile né di carattere penale.

Sempre con riguardo all'istituto della rappresentanza è bene sottolineare come esso sia sorto per tutelare interessi prettamente, se non esclusivamente, patrimoniali che, pertanto, mal si concilierebbero con le dichiarazioni anticipate di trattamento. Di conseguenza risulterebbe difficoltoso inquadrare nella rappresentanza il rapporto instaurabile tra paziente e medico (destinatario delle direttive anticipate di trattamento) o tra paziente e fiduciario le cui attività non sono connotate affatto dai caratteri tipici dell'istituto a confronto.

Sulle base delle predette conclusioni è opportuno rilevare che alcuni autori hanno tentato di accostare l'istituto oggetto di indagine all'amministrazione di sostegno⁵⁹, per quanto attiene al rapporto tra dichiarante e fiduciario.

L'istituto rileva un potenziale ermeneutico ed applicativo di certo rilievo sistematico, che sembra andare al di là dei limiti operativi dettati dalla normativa e che nell'ottica della nostra indagine sembra tracciarne delle linee conclusive.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto con legge n. 6/2004, si pone quale obiettivo quello di affrontare con successo le considerevoli contraddizioni persistenti nel nostro ordinamento con riguardo alla capacità della persona e alla tutela dei soggetti deboli. La finalità, pertanto, è quella di tutelare l'individuo che risulti privo in tutto o in parte dell'autonomia, senza tuttavia "ferire" in alcun modo la sua autodeterminazione residua, ma piuttosto dando impulso e potenziando, entro

⁵⁹ La figura dell'amministratore di sostegno è stata introdotta con la legge n. 6 del 2004, la finalità dell'istituto emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 1 della legge citata che la definisce "finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente". L'amministrazione di sostegno è stata egregiamente descritta come "una forma di tutela ampia, non meramente patrimoniale, ma spiccatamente personale; propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata e non astratta, modulabile e non standardizzata, frutto di una concezione di diritti delle fasce deboli orientata ai fini costituzionali di promozione del pieno sviluppo della persona umana", E. Monserrat Pappalettere, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, NGCC, I, p. 37 ss.; Cass., sez. I, 12-6-2006, n. 13584, GCM, 2006.

determinati limiti, tutte le scelte autonome di cui sia ancora capace. La necessità dell'istituto de quo, di unire l'istanza protettiva con quella di autodeterminazione, si rintraccia anche a fondamento delle direttive anticipate perché, come più volte sottolineato nel corso della trattazione, attraverso tale atto l'individuo vorrebbe principalmente gestire i momenti finali della sua vita, "imponendo" regole di cura al personale medico sanitario per il tempo in cui lo stesso avrà perso la sua capacità di agire. Per questo motivo si possono riscontrare necessità di tutela del tutto simili a quelle che emergono per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno. La materia è di fatto stata sviluppata in una visione di promozione dei diritti dei soggetti deboli, non restringendo il campo d'intervento ai soli infermi di mente, ma cercando di agire su una ampia gamma di malesseri esistenziali di ordine più complesso. Tale legge ha compiuto una rivoluzione "copernicana", collocando l'individuo – e non più la patologia fisica o mentale – al centro dell'universo della disabilità. Tutto ciò si concreta nell'ampliamento del campo soggettivo di attuazione delle misure di protezione e nel manifesto riferimento alla "persona", quale soggetto di tutela, anziché alla malattia (infermità mentale), che ne riproduce solo uno dei tanti aspetti.

In tal senso emerge il carattere innovativo dell'amministrazione di sostegno che, superando il riferimento all'incapacità nell'enunciazione dei presupposti per l'applicazione della misura, pone quale condizione subordinata la sussistenza di una malattia o di una menomazione, le quali vengono in rilievo nella misura in cui cagionano una impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Invero, l'istituto dell'amministrazione di sostegno è differente dai precedenti sia in considerazione delle dissimili modalità di attuazione della tutela, sia per una mutata visione di fondo dell'assistenza alla persona non autonoma.

La necessità di porre al centro degli strumenti di protezione la persona affiora anche dalla lettera dell'art. 1 della legge che ne precisa la «finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di

autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Ciò vuol dire, evidentemente, che la misura appena apprestata *de iure condito* incide sulla predetta capacità, attraverso un ventaglio di manifestazioni che “patologicamente” attentano all'idoneità del singolo soggetto considerato alla sua autodeterminazione. I nuovi protocolli di cura delle infermità mentali segnano un superamento di quella logica totalizzante propria dell'interdizione, che determina un'ablazione inflessibile e meccanica della capacità di agire del soggetto, a prescindere da un reale giudizio sulle condizioni di incapacità.

In breve, l'amministrazione di sostegno può essere pertanto rappresentata come «una forma di tutela ampia, non meramente patrimoniale⁶⁰, ma spiccatamente personale; propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata e non astratta, modulabile e non standardizzata, “frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli orientata ai fini costituzionali di promozione di pieno sviluppo della persona umana”»⁶¹.

La disciplina degli artt. 404 ss. c.c., infatti, nel delineare la scomparsa di un impianto normativo che sopravviveva in maniera anacronistica, delinea una protezione *ad acta* nell'ambito di un più ampio processo volto a garantire, attraverso il rifiuto dei concetti di alienazione, di incapacità e di pericolosità sociale, la piena protezione – temporanea o permanente – dei diritti dei soggetti deboli e il loro recupero nella vita di relazione; e ciò mediante la valorizzazione dei residui spazi di autonomia della persona, alla quale viene consentito di esprimere al massimo le possibilità di autodeterminazione⁶² in modo da vedere in concreto garantite persona e personalità, nella concezione che vede

⁶⁰ T. Modena, (ord.) 24-11-2004, GI, 2005, 714 per cui «mentre le misure tradizionali tutelavano più che altro i creditori (e perciò, lato sensu, la sicurezza dei traffici giuridici), ovvero la famiglia dell'infermo, in tale secondo caso, impedendo la dilapidazione del patrimonio dell'inabile; la disciplina normativa era quindi rivolta a tutelare il patrimonio del soggetto; viceversa, l'amministrazione di sostegno tende a spostare la prospettiva e l'attenzione, da ragioni di conservazione del patrimonio della persona, alla tutela ed alla protezione di quest'ultima».

⁶¹ E. MONSERRAT PAPPALETTERE, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, NGCC, I, p.37 ss.

⁶² C. Cost., 9-12-2005, n. 440, *Famiglia*, 2006, II, 361, che tende, con un'interpretativa di rigetto, a massimizzare l'autodeterminazione del beneficiario della misura di sostegno, non solo con riguardo allo svolgimento delle attività di amministrazione, ma anche in sede di applicazione della misura di sostegno.

nella prima nozione l'aspetto statico, nella seconda il profilo dinamico della soggettività.

A riguardo si è formato un orientamento giurisprudenziale consolidato da cui emerge come lo scopo dell'istituto in oggetto sia quello di assicurare «la massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente posto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia, di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo»⁶³.

La realizzazione dello scopo predetto viene assicurata attraverso un criterio procedurale graduale nell'attuazione delle misure di protezione – in virtù del quale il giudice tutelare deve individuare, tra gli strumenti che l'ordinamento gli mette a disposizione, quello che realizzi la promozione della personalità del disabile apportando la minore limitazione possibile della capacità del soggetto interessato⁶⁴.

Invero, il giudice tutelare potrà discostarsi dall'indicazione enunciata dal soggetto privato esclusivamente in presenza di “gravi motivi”. La dottrina è essenzialmente unanime nel ritenere che l'intento programmatico del soggetto debole possa essere non osservato dall'autorità giudiziaria solamente in casi singolari, riconducibili alle ipotesi in cui la persona investita si provi essere del tutto inadatta all'attuazione dell'ufficio. Il compito del giudice non appare tanto quello di valutare l'adeguatezza della scelta ultimata dal soggetto, quanto invece quello di mettere a disposizione una garanzia più salda ed efficiente all'atto di autonomia, rendendo inefficaci quegli eventi perturbatori che possano in qualche maniera impedirne o svalutarne la realizzazione. In tal senso la valutazione di meritevolezza della scelta individuale, assume un significato meno

⁶³ Cass., sez. I, 12-6-2006, n. 13584, GCM, 2006.

⁶⁴ Il carattere individualizzato della risposta protettiva, speculare alla peculiarità delle specifiche esigenze di protezione di ciascuno, si completa nella previsione per cui al beneficiario dell'amministrazione di sostegno non si applichino gli ulteriori effetti, limitazioni o decadenze che contribuiscono a delineare il regime giuridico dell' incapace, con ciò sancendo anche formalmente il superamento del paradigma bipolare (capacità/incapacità).

specifico e contenutistico, nel senso che il giudice dovrà solamente accertare che la procedura si sia svolta in maniera corretta e che l'atto di autonomia del soggetto sia realmente il risultato di una volizione autentica, istintiva e non condizionata da terzi o da influenze occasionali.

Da una siffatta trama normativa emerge con chiarezza l'intento del legislatore di trovare, soprattutto attraverso l'incarico di valutazione affidato al giudice, un nuovo punto di bilanciamento tra le istanze di libertà e di protezione, tale «da assicurare all'infermo tutta la libertà che è possibile e indispensabile, e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella che è necessaria, [togliendogli invece] quella che è superflua, dannosa o ingiusta»⁶⁵.

E' noto come in tale prospettiva, che amplifica la tutela delle scelte esistenziali dei soggetti deboli, si sia paventata l'ipotesi di un intervento dell'amministratore di sostegno volto a dar voce al soggetto – divenuto oramai incapace – circa i trattamenti di fine vita così da valorizzarne l'autodeterminazione, la dignità e l'identità biografica.

Circa il rifiuto ai trattamenti sanitari da parte del paziente e alla opportunità di nomina da parte di questi di un amministratore di sostegno che lo rappresenti qualora giunga inaspettatamente uno stato d'incoscienza o d'incapacità a manifestare al personale medico l'intenzione di sospendere un trattamento sanitario, ha trovato espressione in una nutrita⁶⁶, seppure non unanimemente condivisa⁶⁷, corrente giurisprudenziale.

⁶⁵ P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, PD, 1987, 118. In questo senso C. Cost., 9-12-2005, n. 440, cit., 361; C. Cost., 19-1-2007, n. 4, GiC, 2007, 3, 2277 ss.; Cass., sez. I, 12-6-2006, n. 13584, CorG, 2006, 1519, la quale, nel sancire il carattere residuale dell'interdizione – misura da applicare solo in mancanza di altro e diverso strumento idoneo a garantire adeguata tutela al soggetto debole – indica quale profilo di differenziazione tra amministrazione di sostegno e interdizione la maggiore capacità della prima di «adeguarsi alle esigenze del soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità relativa alla procedura applicativa»; Cass., sez. I, 22-4-2009, n. 9628, NGCC, 2009, 10,1, 963.

⁶⁶ T. Varese, (decr.) 5-3-2012, FD, 2012, 5, 492 relativo alla nomina di amministratore di sostegno a favore di un beneficiario in stato vegetativo permanente; T. Verona, (decr.) 4-1-2011, CorG, 2011, 9, 1289; T. Firenze, (decr.) 22-12-2010, FI, 2011, 2, 1, 608; T. Palermo, (decr.) 9-12-2009, FD, 2010, 5, 492; T. Cagliari, (decr.) 22-10-2009, FD, 2010, 2, 161; T. Genova, (decr.) 6-3-2009, n. 6058, Banca dati De Jure, 2009; T. Modena, (decr.) 23-2-2009, RC, 2009, 5, 473; T. Modena, (decr.) 26-1-2009, Not, 2009, 3, 250; A. Cagliari, 16-1-2009, GDir, 2009, 55; T. Parma, (decr.) 2-4-2004, GI, 2005, 1839.

⁶⁷ T. Sassari, (decr.) 16-7-2007, FI, 2007, I, 3025; T. Mantova, (decr.) 24-7-2008, in www.ilcaso.it, 2008; T. Genova, (decr.) 6-3-2009, FD, 2010, 2, 187; T. Roma, (decr.) 1-4-2009, in www.personaedanno.it, 2009; T. Pistoia, (decr.) 1-4-2009, FD, 2010, 1, 51; T. Firenze, (decr.) 8-4-2009, in www.personaedanno.it, 2009; T. Cagliari, (decr.) 14-12-2009, FD, 2010, 2, 161; T. Varese, (decr.) 25-8-2010, GI, 2011, 8-9, 1805; T. Treviso, (decr.) 14-1-2011 e 7-6-2011, in www.personaedanno.it, 2011; T. Reggio Emilia, (decr.) 24-7-2012, in www.personaedanno.it, 2012. Si vedano T. Pistoia,

Specificamente è attraverso vari provvedimenti del Tribunale di Modena⁶⁸ che si è sviluppata una originale forma di dialogo tra la disciplina civilistica dell'amministratore di sostegno con le disposizioni costituzionali riferenti il diritto di autodeterminazione terapeutica, oggi "sigillati" nella nuova legge sul testamento biologico.

In particolar modo, nel provvedimento⁶⁹ più emblematico di questo filone giurisprudenziale si era riconosciuta la legittimità della «nomina di un amministratore di sostegno per una persona attualmente capace e non affetta da alcuna patologia nota, su designazione della stessa, ai sensi dell'art. 408, 2° co.⁷⁰, c.c., allo scopo di sostituirla, qualora intervenga in futuro uno stato di incapacità, nell'espressione del diniego, già manifestato dall'interessato prima della nomina con scrittura privata autenticata, ad eventuali e future terapie invasive, in relazione a possibili malattie terminali o comunque ad uno stato patologico irreversibile. Il giudice, dal momento che «già

(decr.) 8-6-2009, CorM, 8-9, 2009, 841; T. Pistoia, (decr.) 1-4-2009, FD, I, 2010, 52; tali pronunce approssimano il tema lungo un percorso logico differente rispetto a quello dei decreti modenesi, sostenendo, nonostante la presenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, l'applicazione del principio di diritto espresso nella sentenza della Cassazione civile n. 23676/2008 e quindi la necessaria intermediazione del giudice che dovrà valutare, oltre al requisito oggettivo della irreversibilità della condizione clinica, la sussistenza della attualità della volontà precedentemente espressa. Questo accertamento renderebbe pertanto inidonea o quanto meno superflua l'investitura anticipata dell'amministratore di sostegno.

⁶⁸ Rappresentano esempi di una sempre più diffusa pratica di law in action in campo bioetico e sanitario T. Modena, (decr.) 13-5-2008, GI, 2008, 1928 con nota di R. Masoni, *Qualità della vita e morte con dignità grazie all'amministrazione di sostegno*; T. Modena, (decr.) 5-11-2008, FD, 2009, 277, con nota di G. Ferrando, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; G. Casaburi, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita»*, FI, 2009, I, 35 ss.; T. Modena, (decr.) 26-1-2009, Not, 2009, 250 ss.; P. Fimiani, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, GC, 2010, 93 ss.

⁶⁹ T. Modena, (decr.) 5-11-2008, cit.

⁷⁰ G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, RCP, 2008, 9, p. 1825 ss. per cui «La tesi di fondo è che l'articolo 408 c.c., che consente al beneficiario di designare lui stesso l'amministratore di sostegno in previsione della futura incapacità, letto alla luce di una normativa complessiva la cui ratio sarebbe quella di privilegiare la persona, permetterebbe altresì di impartire direttive vincolanti in materia di trattamenti sanitari. L'argomento interpretativo così articolato quantomeno per le modalità con cui è espresso sembra superare con difficoltà il valore di una dichiarazione in forma ottativa (...) E in un sistema di diritto scritto si prova quasi imbarazzo a precisarlo nessuna pretesa ratio legislativa può fare dire ad un testo di legge quello che non è compreso entro la portata semantica delle parole in esso utilizzate. Così come sembra atteggiamento estremamente frettoloso quello che, attraverso la deformazione di un istituto giuridico vigente, pretende di accantonare un vasto dibattito parlamentare e una serie di iniziative legislative volte a dare veste giuridica a uno strumento che, piaccia o non piaccia, ancora non è contemplato dal nostro ordinamento»; F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, DFP, 2009, 1, 288 ss.; contra G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, FD, 2008, 10, 923 ss. secondo cui «Questo provvedimento dimostra, una volta di più, che già esistono nel nostro sistema gli strumenti per dare attuazione ai diritti fondamentali della persona. Il fatto che il Parlamento non riesca a fare (buone) leggi sulle questioni di vita non impedisce ai giudici di utilizzare le risorse già disponibili»; M. PICCINI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, NGCC, 2008, 9, 1299 ss.

esistono il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408, 2° comma, c.c.) e, infine, l'istituto processuale di cui avvalersi (l'amministrazione di sostegno, legge n. 6/2004)» per garantire il rispetto delle volontà in fase di fine vita⁷¹, aveva ipotizzato l'inutilità dell'intervento del legislatore volto a disciplinare il testamento biologico.

La novità di tali provvedimenti emergeva dal fatto che la nomina dell'amministratore avvenisse immediatamente nonostante l'inequivocabile condizione di integrità funzionale, intellettuale e fisica dell'amministrato, e nonostante la non imminenza di una circostanza tale da condurre alla situazione necessitante l'attivazione della misura protettiva⁷². La nomina era quindi immediatamente efficace ai sensi dell'art. 405 c.c., pur essendo sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva, per cui il verificarsi di una specifica circostanza (la patologia e la contestuale incapacità di esprimere autonomamente la propria volontà) avrebbe dato effettivamente inizio allo svolgimento di un incarico teoricamente già avviato con il decreto di nomina.

La possibilità di nominare l'amministrazione di sostegno in previsione di uno stato di incapacità non attuale e meramente eventuale, è stata giustificata, oltre che

⁷¹ Già in precedenza T. Modena, (decr.) 13-5-2008, cit. Tale considerazione ha suscitato pesanti critiche: G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, RCP, 2008, 9, 1825 ss. per cui «La tesi di fondo è che l'articolo 408 c.c., che consente al beneficiario di designare lui stesso l'amministratore di sostegno in previsione della futura incapacità, letto alla luce di una normativa complessiva la cui ratio sarebbe quella di privilegiare la persona, permetterebbe altresì di impartire direttive vincolanti in materia di trattamenti sanitari. L'argomento interpretativo così articolato quantomeno per le modalità con cui è espresso sembra superare con difficoltà il valore di una dichiarazione in forma ottativa (...) E in un sistema di diritto scritto si prova quasi imbarazzo a precisarlo nessuna pretesa ratio legislativa può fare dire ad un testo di legge quello che non è compreso entro la portata semantica delle parole in esso utilizzate. Così come sembra atteggiamento estremamente frettoloso quello che, attraverso la deformazione di un istituto giuridico vigente, pretende di accantonare un vasto dibattito parlamentare e una serie di iniziative legislative volte a dare veste giuridica a uno strumento che, piaccia o non piaccia, ancora non è contemplato dal nostro ordinamento»; F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, DFP, 2009, 1, 288 ss.; contra G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, FD, 2008, 10, 923 ss. secondo cui «Questo provvedimento dimostra, una volta di più, che già esistono nel nostro sistema gli strumenti per dare attuazione ai diritti fondamentali della persona. Il fatto che il Parlamento non riesca a fare (buone) leggi sulle questioni di vita non impedisce ai giudici di utilizzare le risorse già disponibili»; M. PICCINNI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, NGCC, 2008, 9, 1299 ss.

⁷² B. VIMERCATI, *Amministrazione di sostegno e consenso informato: scelte di politica legislativa e case law a raffronto (Parte I)*, RIML, 2011, 1, 134 ss.; M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, cit., 361 ss., specie 404 ss.; A. SCALERA, *L'amministrazione di sostegno e il consenso ai trattamenti medico-chirurgici*, FD, 2011, 7, 745 ss.

dall'esigenza di rendere effettiva la tutela della salute ex art. 32 Cost. , dal regime giuridico introdotto dalla legge n. 6/2004 , nei novellati artt. 404 e 406 c.c. , essendo «la lettera stessa della prima norma (...) a suggerire all'interprete che il legislatore ha individuato l'attualità dello stato di incapacità del beneficiario come presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche come requisito per la sua istituzione»⁷³.

Conseguentemente, come sottolineato da autorevole dottrina⁷⁴, «non vi sono valide ragioni per intendere il concetto di attualità della volontà in senso meramente e necessariamente cronologico, ovvero come sinonimo di contestualità, salvo che, così opinando, non si intenda contenere aprioristicamente l'ambito operativo del consenso informato. Tanto precisato, l'attualità del consenso va affermata piuttosto in senso logico [piuttosto che cronologico]: attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione»⁷⁵.

Nella sua essenza, infatti, la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare: in sintesi con la sua dignità⁷⁶. Pensare quindi che la sola volontà espressa “in flagranza” sia effettiva e vincolante, significherebbe privare il soggetto della propria identità

⁷³ T. Modena, (decr.) 5-11-2008, cit. Come nota G. SAVORANI, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, PD, 2011, 4, 681 «Le norme sull'amministrazione di sostegno – in particolare la possibilità di una designazione anticipata da parte del beneficiario, corredata da indicazioni sulle modalità di svolgimento dell'ufficio – sono state utilizzate come cornice normativa attraverso cui tutelare il diritto all'autodeterminazione del paziente, che rischia di venire azzerato dal sopravvenire dell'incapacità di agire». In senso critico A. PIOGGIA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e amministrazione di sostegno: uno strumento di tutela che rischia di sacrificare l'autodeterminazione del malato*, GiC, 2011, 3, 2591 ss.

⁷⁴ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., 108 ss.; Id., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, RIDPP, 2001, 380 ss.

⁷⁵ Sul piano ermeneutico, la parte maggiormente innovativa di tale orientamento giurisprudenziale si ritrova laddove il decreto fornisce una lettura espansiva della normativa di riferimento costituita dal combinato disposto tra gli artt. 404, 406 e 408 c.c. : in particolare si sostiene che il tenore letterale dell'art. 404 c.c. dovrebbe suggerire all'interprete che l'attualità dello stato di incapacità di intendere e di volere sia presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche requisito per la sua istituzione, venendo tale interpretazione confermata non solo dal dispositivo dell'art. 406 c.c. , che attribuisce la legittimazione attiva allo stesso beneficiario, pur se dotato di piena capacità di agire, ma anche dall'art. 408, 1° comma, c.c., che espressamente prevede la facoltà del beneficiario di designare, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità».

⁷⁶ C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, cit., 546.

biografica, in quanto l'espressione del dissenso terapeutico rappresenta comunque il frutto di un percorso di vita, fatto di esperienze, ricerche, dolore e amore, che portano l'individuo a fare determinate scelte, le quali non possono essere messe tra parentesi in quanto non manifestate in modo attuale⁷⁷.

Nel perseguire tale finalità, l'istituto introdotto dalla legge n. 6/2004 consente ai giudici di riaffermare la pari dignità anche dell'incapace, che è soggetto morale, a cui va riconosciuto il rispetto delle proprie volontà, come esplicazione di quell'identità narrativa che – citando Ricoeur – mette in racconto gli eventi e le scelte essenziali di un'esistenza (da qui il riferimento, come criterio per ricostruire tale volontà, allo stile di vita, inclinazioni, valori di riferimento e convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche dell'individuo)⁷⁸.

Richiamandosi al combinato disposto tra gli artt. 404 e 408, 2° co., c.c., una parte della giurisprudenza⁷⁹, premessa la distinzione tra designazione dell'amministratore, attuata

⁷⁷ In senso analogo si era pronunciato il giudice tutelare del Tribunale di Siena che, con decreto 18-6-2007 (in www.personaedanno.it, 2007), ha accolto il ricorso proposto da una signora che stava per sottoporsi ad un intervento medico-chirurgico, nominando, in via d'urgenza, la figlia quale amministratore di sostegno, col compito di esprimere «il consenso ad eventuali trattamenti sanitari o medico-chirurgici ove l'interessata non sia in grado di prestarlo, secondo le indicazioni date dalla medesima in relazione ad intervento di espianto e reimpianto di protesi al ginocchio, nel documento "direttive anticipate relative alle cure mediche" sottoscritto dall'interessata in data 30-5-2007». Il giudice tutelare del Tribunale di Bologna, sez. dist. Imola, con decreto 4-6-2008 (in www.personaedanno.it, 2008) ha affermato che: «per il combinato disposto dell'art. 404 c.c. e dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, può provvedersi alla nomina di un amministratore di sostegno per un paziente che non sia in grado di prestare consapevolmente il proprio consenso ai trattamenti sanitari. Allorché l'interessato chieda la nomina di un amministratore di sostegno, dal medesimo designato all'udienza di comparizione avanti al giudice tutelare, al fine di dare attuazione alle direttive anticipate per cure mediche precedentemente redatte e sottoscritte, l'incarico vicariale dovrà essere affidato alla persona designata dall'amministrando, sempreché risulti idonea all'incarico, con il compito specifico di compiere gli atti indicati nelle direttive mediche predisposte e confermate in udienza»

⁷⁸ «Là dove lo schema della consensualità diviene comunque impraticabile [essendo sopravvenuta l'incapacità], si deve valorizzare con propri strumenti il criterio, concorrente e suppletivo, del rispetto assoluto verso l'identità della persona, intesa come convinzioni, concezioni di vita, preferenze comunque manifestate: è più facile per un paziente fare una dichiarazione di identità, che dice in modo semplice qual è il suo criterio di bene e di vita, che non una disposizione anticipata di trattamento». Così P. ZATTI, *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, NGCC, 2011, 3, 149.

⁷⁹ Da ultimo *Cass.*, sez. I, 20-12-2012, n. 23707, Not, 2013, 2, 137 ss. secondo cui « L'art. 408 c.c. che ammette la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato. Nondimeno, non è legittimata a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in proprio favore la persona che si trovi nella piena capacità psicofisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale d'incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto. Il codice civile stabilisce infatti che l'amministratore di sostegno è nominato dal giudice, per mezzo di apposito decreto, entro sessanta giorni dalla data di presentazione di relativa richiesta. Questa istanza potrà tuttavia essere presentata soltanto nel momento in cui l'evento inabilitante dovesse effettivamente verificarsi, non prima. Tale previsione può essere derogata solo in casi eccezionali di confermata gravità, ipotesi non

da parte dell'interessato tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata, e provvedimento di nomina del giudice, ha sostenuto che, mentre la designazione può essere fatta dall'interessato, anticipatamente, in previsione della propria, eventuale e futura incapacità, invece, per la nomina da parte del Tribunale è necessaria l'attualità dell'impossibilità del soggetto di provvedere ai propri interessi; attualità che si desume sia dall'art. 404, 1° co, c.c. (soggetto che “si trova” nell'impossibilità), sia dall'art. 405, 1° co., c.c., che prevede l'immediata esecutività del decreto di nomina.

Sostanzialmente, quindi, secondo tale orientamento, un soggetto, ancora pienamente capace di intendere e volere, in vista della propria, eventuale, futura incapacità, potrebbe designare, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, un amministratore di sostegno e tale designazione, quale atto unilaterale ad efficacia differita⁸⁰, infatti, produrrà effetti a seguito dell'emanazione del provvedimento

integrata nel caso di specie». Su cui M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario*, RDC, 2013, 4, 1023 ss.; A. SCALERA, *Directive anticipate di trattamento e disabilità*, FD, 2013, 4, 413 ss.; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, NGCC, 2013, 5, 421 ss.

⁸⁰ “È lo stesso articolato normativo a richiedere che la condizione di infermità del soggetto beneficiario dalla misura sia attuale. L'attualità è desunta dall'esegesi, specificamente, degli articoli 404 e 407 c.c. La procedura, come evidenziato dalla Corte, implica il manifestarsi della condizione d'infermità o incapacità della persona e l'insorgere coevo dell'esigenza di protezione cui è ispirata la finalità dell'istituto in discorso. La sua introduzione, avvenuta con la Legge n. 6 del 2004, mira infatti ad offrire uno strumento d'assistenza alla persona carente di autonomia a causa della condizione d'infermità o incapacità in cui versa che, calibrato dal giudice tutelare rispetto al grado d'intensità di tale situazione, consente di escludere gli interventi più invasivi degli istituti tradizionali posti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione.

L'intervento giudiziario, in coerenza con questa finalità, non può che essere contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, dunque della situazione d'incapacità o infermità da cui quell'esigenza origina, che, secondo il contesto normativo di riferimento, rappresenta presupposto dello stesso istituto e non già dei suoi soli effetti.

Il giudice di legittimità ha cura di precisare che l'attribuzione della legittimazione alla proposizione del ricorso anche al beneficiario e la facoltà concessa allo stesso interessato di designare l'amministratore in previsione della propria futura incapacità, rispettivamente previste dagli articoli 406 e 408 c.c., operano su piani distinti:

I) la designazione “de futuro”, per la quale è prescritta la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, resta circoscritta nell'ambito di un'iniziativa privata, i cui effetti si dispiegano sul piano privatistico, senza che sia richiesto l'intervento del giudice;

II) la nomina conforme da parte del giudice è il luogo ideale ove si realizzano funzione ed effetti della previa designazione. Il provvedimento di nomina conforme, ovvero il secondo dei due momenti richiamati, tuttavia, è possibile solo al realizzarsi della condizione di incapacità e sempre che il giudice non ritenga ricorrere gravi ragioni che impediscano la nomina ad amministratore della persona designata.

La designazione preventiva di cui si discute mira a valorizzare il rapporto di fiducia tra il designante e la persona scelta che sarà tenuta ad esprimerne le intenzioni, se risultano esternate ad integrazione dell'atto, circa gli interventi di natura patrimoniale e personale che si rendessero necessari all'avverarsi di quella condizione. In tal caso, graverà sul designato il compito di agire non solo nell'interesse del beneficiario, esercitando la funzione di protezione e garanzia tipica della sua investitura, ma con esso, per attuarne il proposito dichiarato. Il giudice tutelare può non soltanto, in presenza di gravi motivi, motivatamente discostarsi dalla designazione, ma altresì, per logico corollario, potrà analogamente discostarsi dalle scelte integrative espresse nell'atto di designazione, laddove se ne renda necessario l'intervento, soltanto se apprezza la sussistenza di gravi motivi”. Cfr. Cass. Civ. Sez. I, n. 23707, 20 dicembre 2012 (con nota di A. Falcone, *Incapacità soltanto futura ed eventuale: non è possibile la nomina preventiva dell'amministratore di sostegno*, in “Filodiritto” (<https://WWW.filodiritto.com>)).

giudiziale che accerterà l'incapacità del dichiarante. Si può, pertanto, asserire che l'amministratore di sostegno ha una competenza sicuramente più vasta ed eterogenea⁸¹ del procuratore. Lo stesso, infatti, può assumere non solo tutte le decisioni riguardanti l'amministrazione del patrimonio del soggetto amministrato, ma anche quelle relative alla sua cura.

Sull'ultimo punto rilevato, il Tribunale di Firenze⁸² con una nota pronuncia aveva statuito la liceità ed ammissibilità della competenza dell'amministratore a negare il consenso per il trattamento medico teso alla prosecuzione dello stato vegetativo nell'amministrato.

E' chiaro, pertanto, che la scelta dell'amministratore di sostegno "avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario". La formula, sintetica ma efficace, accompagna l'intero corpus normativo teso ad assicurare la piena realizzazione del soggetto disabile, non soltanto attraverso l'attenta e vigilata gestione del suo patrimonio ma soprattutto favorendo il completo sviluppo della sua personalità. L'art. 408 c.c. riecheggia, per tale via, le istanze personalistiche e solidaristiche della nostra costituzione dandone attuazione e riaffermando, sia pure implicitamente nei criteri che devono supportare la scelta di chi avrà un ruolo di guida dell'incapace, il primato delle situazioni esistenziali su quelle, diverse e complementari, di matrice patrimonialistica, relegate, all'opposto, ad un ruolo subalterno e vicario e destinate a ricevere tutela se, e nella misura in cui, appaiono funzionali al concreto svolgimento dell'individuo.

⁸¹ Trib. Modena, (ord.) 24 novembre 2004, GI, 2005, p. 714 per cui «mentre le misure tradizionali tutelavano più che altro i creditori (e perciò, lato sensu, la sicurezza dei traffici giuridici), ovvero la famiglia dell'infermo, in tale secondo caso, impedendo la dilapidazione del patrimonio dell'inabile; la disciplina normativa era quindi rivolta a tutelare il patrimonio del soggetto; viceversa, l'amministrazione di sostegno tende a spostare la prospettiva e l'attenzione, da ragioni di conservazione del patrimonio della persona, alla tutela ed alla protezione di quest'ultima».

⁸² Trib. Firenze, 22 dicembre 2010, secondo il quale "Può procedersi alla nomina di un amministratore di sostegno per una persona attualmente capace e non affetta da alcuna patologia nota, su designazione di quest'ultima, allo scopo di sostituirla, qualora intervenga in futuro uno stato di incapacità, nell'espressione del diniego ad eventuali e future terapie invasive, in relazione a possibili malattie terminali o comunque ad uno stato patologico irreversibile, diniego fin d'ora espresso dall'interessato con scrittura privata consegnata ad un notaio".

Il riconoscimento di un primato della persona umana trascorre, così, lungo l'intero dettato della norma e trova la sua massima espressione in quella "designazione in previsione dell'incapacità" che consacra, *apertis verbis*, a livello normativo il fondamentale principio dell'autodeterminazione individuale.

E, dunque, non sembra azzardata la conclusione di accostare l'ultimo istituto in esame con il testamento biologico. In quest'ottica, l'esatta ricostruzione dell'amministrazione di sostegno, in termini di negozio giuridico unilaterale, pur sempre accessorio e complementare al decreto del giudice, trova conferma nel complesso quadro normativo volto alla piena affermazione dell'autodeterminazione individuale, in un contesto in cui si richiede al soggetto non soltanto la volontarietà del suo comportamento quanto, piuttosto, la consapevolezza delle conseguenze della sua scelta. Lo si scorge, chiaramente, nella previsione di una designazione preventiva, pensata e attuata quando la disabilità è soltanto ipotetica, o lontana, o solo avvertita come imminente, quando, cioè, l'incapacità del soggetto è vista soltanto come una fase sfortunata e successiva della precedente condizione di capacità, senza soluzione di continuità. Tale riflessione si estende, pertanto, al tema delle dichiarazioni anticipate di trattamento che se inquadrare all'interno dell'ipotesi di un soggetto capace, che decide in un momento anteriore a quello in cui le direttive saranno attuate, allora la loro natura giuridica sarà riconducibile a quella del negozio giuridico unilaterale atipico in cui la volontà del soggetto è orientata non solo al compimento dell'atto, ma anche alla determinazione dei suoi effetti: un atto che si perfezionerebbe, quindi, con una manifestazione di volontà del soggetto e che sarebbe il frutto dell'elaborazione dell'autonomia privata.

Una tale conclusione conduce anche ad una ulteriore riflessione propriamente teoretica, che non vuole essere sistematica, né al contempo mirare al raggiungimento di certezze incontrovertibili, ma che nasce ed è costituita dalla richiesta fondamentale di conoscere quale sia la consistenza dei diritti dell'uomo, quale è il loro spessore di validità nella coscienza giuridica, come essi prendano forma e si manifestino altresì nella realtà della

legislazione in rapporto alla società. Riflessione, pertanto, che nasce dal quotidiano incontro tra vita e diritto⁸³.

In tale prospettiva, l'approvazione della legge sul testamento biologico rappresenta un enorme progresso volto a valorizzare l'autodeterminazione ed il rispetto della dignità umana. Viene, finalmente, regolata socialmente per legge la volontà ultima dell'uomo quale soggetto giuridico capace di disporre del proprio corpo, in virtù di un diritto oggi considerato originario e naturale. Le norme sul biotestamento rimettono al soggetto decidente ed operante l'assunzione di principi insieme forti e flessibili, validi a soccorrere nella decisione del caso concreto. Questi principi noi li riconosciamo nei diritti umani, che sono scaturiti dalla coscienza civile dell'umanità quando essa è divenuta coscienza comune nell'era planetaria, una novità decisiva nella storia delle specie umana.

⁸³ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 16 ss.