



IL SOTTILE *DISCRIMEN* TRA IL NON ESSERE E L'ESSERE IN STATO VEGETATIVO: NOTE A MARGINE DEL RECENTE CASO ENGLARO*.

PASQUALE STANZIONE - GELSOMINA SALITO

SOMMARIO: 1. Il tempo “per nascere e per morire”. – 2. Il *droit à compensation* del soggetto incapace. – 3. Il tempo del morire: i riflessi sul piano del diritto. – 4. La prova della volontà presunta. – 5. Il senso della vita (e della morte): considerazioni conclusive?.

1. “Per ogni cosa c'è il suo momento, il suo tempo per ogni faccenda sotto il cielo”¹.

Così “c'è un tempo per nascere e un tempo per morire” e se il fisiologico svolgersi dell'esistenza ne segna il compiersi, rispettivamente, all'atto del primo respiro autonomo² e della cessazione delle principali funzioni vitali, non di rado – complice un scienza che ne sovverte i principi – si assiste all'innaturale prolungamento della vita biologica dell'uomo. Le moderne tecniche di rianimazione, l'idratazione e la nutrizione mediante sondino nasogastrico assicurano, infatti, possibilità di sopravvivenza precluse fino a qualche anno addietro e, ancorché l'esistere venga poi proiettato e vissuto in una dimensione “artificiale”, impediscono la dichiarazione di morte clinica della persona (quale definita dalla legge n. 58/1993)³.

È quanto accade, con drammatica attualità, nel caso dei soggetti in stato vegetativo permanente⁴, la cui condizione è ben nota alla riflessione giuridica – come testimonia il succedersi di provvedimenti giudiziari⁵ – per i risvolti che trascendono il piano del diritto ed

* I contenuti dell'articolo sono confluiti, con ulteriori approfondimenti e riflessioni nel testo P. STANZIONE, G. SALITO, *L'8'(in)disponibilità del bene vita*, Roma, 2010.

¹ È il noto passo dell'Ecclesiaste, 3: 1, 17.

² Seguito – come appunta la scienza medica – dall'attività circolatoria e nervosa del corpo.

³ Sul punto, nella prospettiva dell'espianto degli organi, v., per una definizione di morte clinica, AA.VV., *La disciplina giuridica dei trapianti. Legge 1° aprile 1999 n. 91*, a cura di P. Stanzone, Milano, 2000, *passim*.

⁴ La scienza medica prevalente ritiene che il soggetto in stato vegetativo permanente si trovi in una condizione di incoscienza e di non consapevolezza, e, quindi, nell'impossibilità di rispondere agli stimoli esterni, con la sola eventuale eccezione di quelli dolorosi. In relazione ai risvolti giuridici della sindrome apallica o coma vigile, come altrimenti, è definito lo SVP. Cfr. M.C. BARBIERI, *Sullo stato vegetativo permanente: una sindrome in “cerca di nome” e un caso giudiziario in cerca di decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso Englaro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 391 ss.

⁵ Emblematico, anche in tal senso, il caso Englaro, di cui è possibile ricostruire le tappe giudiziarie più significative, che prendono le mosse dalla richiesta del padre, tutore della figlia in stato vegetativo permanente (e, a causa di tale stato, interdetta da lungo tempo), affinché sia autorizzata l'interruzione del trattamento di alimentazione artificiale che tiene in vita l'incapace. Nei primi due procedimenti instaurati, il ricorso viene respinto dai giudici di merito di primo e di secondo grado, in nome ora dell'assoluta prevalenza del diritto alla



involgono quello dell'etica, della medicina, della filosofia. In discussione non è soltanto il significato ultimo dell' "essere vivi"⁶, ma altresì la natura ed i limiti, soggettivi ed oggettivi, del diritto alla vita, in un contesto costituzionale caratterizzato dall'assenza di specifiche norme e dalla conseguente necessità di ricercare una risposta attraverso il richiamo a regole e clausole generali: all'art. 2 cost., ad esempio, che tutela i diritti basilari della persona, la sua dignità ed identità; all'art. 32 cost., ancora, che individua la salute come "fondamentale diritto dell'individuo" oltre che come interesse della collettività⁷ nonché, a livello di

vita (cfr. Trib. Lecco 2 marzo 1999, in *Bioetica*, 2000, p. 83 ss.) ora dell'esclusiva legittimazione del legislatore in una materia così delicata (come chiosa App. Milano 18 dicembre 2003, in *Famiglia*, 2004, p. 1167 ss.). Avverso il provvedimento della Corte d'Appello viene proposto ricorso straordinario ex art. 111 cost., ma la Cassazione (Cass. 20 aprile 2005, n. 8291, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 481 ss.) ne dichiara l'inammissibilità per mancanza di un contraddittorio necessario, quale, nella specie, un curatore speciale che sia nominato, ex art. 78 c.p.c., per dirimere l'eventuale e potenziale conflitto di interessi tra tutore ed interdetta (stante il ricordato legame di parentela). Il tutore, pertanto, si vede costretto ad integrare il contraddittorio ed a riproporre la domanda, adducendo questa volta, tra le argomentazioni a sostegno della richiesta, la volontà della figlia di non essere mantenuta in vita artificialmente – volontà inferita non solo da dichiarazioni orali specifiche sul punto, ma altresì dalla sua personalità, dallo stile di vita, dalle convinzioni personali sul concetto di dignità della persona. Il giudice di primo grado (Trib. Lecco 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 470 ss.), tuttavia, rigetta, nuovamente la domanda a causa del difetto di legittimazione del tutore e del curatore speciale nominato a rappresentare, sul piano sostanziale e processuale, l'interdetta: nessuna rappresentanza dell'incapace compete loro, infatti, in relazione ai diritti personalissimi, tra i quali vi è senza dubbio quello di rifiutare un trattamento sanitario; vi ostano, del resto – si afferma – i principi costituzionali degli artt. 2 e 32 cost. Il giudice d'appello (App. Milano 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, p. 571 ss.), al contrario, pur esprimendosi nel senso dell'ammissibilità del ricorso, esclude però che il combinato disposto degli artt. 375 e 424 c.c. consenta di ricomprendere tra i compiti del tutore e del curatore speciale "il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche". E' la Cassazione, tuttavia, che nell'accogliere i ricorsi presentati dal tutore e dal curatore speciale, cassa con rinvio il provvedimento impugnato ed afferma, con riguardo ai trattamenti sanitari, l'ormai nota regola, secondo cui il legale rappresentante deve "decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace", rispettandone la volontà quale espressa o desunta da "chiari univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza" (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 129 ss.). La sospensione dei trattamenti sanitari, pertanto, può avvenire solo se il paziente si trovi in stato vegetativo irreversibile e se la relativa istanza risulti espressiva della sua volontà antecedentemente manifestata. Il giudice di rinvio (App. Milano 9 luglio 2008, in *Fam. e dir.*, 2008, 10, p. 903 ss.), dopo ampia indagine, ritiene provati i due requisiti richiesti dal Supremo Collegio ed autorizza la sospensione dell'alimentazione artificiale. Il decreto della Corte d'Appello è, infine, impugnato dal Procuratore generale presso la Corte medesima con ricorso dichiarato però dalla Cassazione (Cass. sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145) "insuscettibile di esame" e come tale non può "sottrarsi ad una declaratoria di inammissibilità, perché (...) il P.M. presso la Corte di merito effettivamente è carente della legittimazione a proporlo".

⁶ Se esso cioè si risolva in una prospettiva puramente biologica o includa in sé l'idea di "avere una vita" e, dunque, capacità di "sentire". Ma per un approfondimento della riflessione sia consentito il rinvio a P. STANZIONE, G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Justitia*, 2007, 4, p. 447 ss. ed a G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, *Quaderni del Dipartimento diretti da Pasquale Stanzone*, Salerno, 2003, *passim*.

⁷ L'art. 32 cost. stabilisce, altresì, che "le legge in nessun caso può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana", neppure dunque in caso di trattamenti sanitari obbligatori.



legislazione ordinaria, a tutta una serie di disposizioni contenute nel codice penale che reprimono l'omicidio del consenziente⁸ o qualsiasi altro atto compiuto con lo scopo di compromettere la vita o l'integrità fisica dell'uomo (cfr. artt. 545 e 575 c.p.)⁹. Da una lettura complessiva del sistema ciò che emerge è, allora, l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di indisponibilità del bene "vita", che non ammette eccezioni, salvo quelle che conseguono ora ad un necessario bilanciamento degli interessi coinvolti (è il caso dell'aborto terapeutico e del prevalere del diritto alla salute della madre rispetto all'aspettativa a nascere del feto¹⁰), ora al carattere volontario dei trattamenti sanitari.

2. Il "quadro compositivo dei valori in gioco" si presenta, invece, assai differente "quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza"¹¹.

La posizione del soggetto incapace si presenta, in altri termini, dalla duplice valenza, differenziandosi cioè a seconda che egli non abbia ovvero abbia esercitato in via preventiva il suo diritto di autodeterminazione sanitaria: solo nel primo caso, infatti, al silenzio fa da *pendant* il riaffiorare del principio di sacralità della vita e, quindi, del dovere del medico "di attivarsi nel modo più risoluto" in favore della salvezza del malato.¹² Nel secondo, al contrario, esigenze di eguaglianza, di solidarietà e di rispetto della dignità impongono di restituire alla persona anche se in stato di incoscienza il ruolo di co-decisore dei trattamenti sanitari¹³ attraverso l'intervento del legale rappresentante tenuto a decidere non <<al suo (n.d.r.) posto>> né <<per>> lui, ma <<con>> lui e, quindi, ricostruendone le scelte. La

⁸ Rileva, peraltro, G. IADECOLA, *Il caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Giur. mer.*, 2008, 10, p. 2507, che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 59 c.p. induce a concludere che il delitto di omicidio del consenziente incontra un limite alla sua configurabilità allorché la morte consegue ad una condotta medica attuativa della consapevole e volontaria determinazione del paziente di rifiutare l'avvio o la protrazione delle cure necessarie a mantenerlo in vita.

⁹ Di recente sul diritto alla vita V. ZAMBRANO, *I diritti della personalità*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di P. Stanzone, Torino, 2006, p. 317 ss., la quale ricorda come più chiaramente nel senso della tutela del diritto alla vita si esprimano documenti internazionali ai quali ha, peraltro, aderito l'Italia. Il riferimento, in particolare, è alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (art. 3) ed alla Carta di Nizza (art. 2).

¹⁰ Per un approfondimento del richiamo si v. P. STANZIONE, *Linee d'ombra e tratti di (dis)continuità legislativa: il "diritto" alla maternità tra aborto e procreazione medicalmente assistita*, in *Itinerari di diritto privato*, Salerno, 2007, p. 71 ss.

¹¹ In questi termini, ancora, Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, *cit.*, 2008, p. 129 ss.

¹² Cfr. Cass. 21 ottobre 2005, n. 38852.

¹³ Come ricorda G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Fam. e dir.*, 2008, 10, p. 927. V. però A. LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, in *Giur. Mer.*, 2008, 10, p. 2524.



prova della volontà presunta, della sua validità ed attualità è, tuttavia, tutt'altro che agevole¹⁴; lo è ancor meno allorquando – come nella vicenda Englaro – di essa si chieda la dimostrazione in epoca di gran lunga successiva alla sua formulazione. Le difficoltà, precisamente, investono non soltanto il “se” della volizione (ossia il suo contenuto) ma, altresì, il “quando” (il momento temporale, vale a dire), il quale, lungi dall'esaurirsi sul piano dell'efficacia, ne condiziona ed influenza l'interpretazione. E' fuor di dubbio, ad esempio, che il *dies a quo*, nel quale sia espresso, in via ipotetica e preventiva, il consenso od il dissenso alle cure – di là da ogni formalismo – consenta di valutare la maggiore o minore ignoranza diagnostica nella quale versi l'autore della dichiarazione: diversa è, infatti, l'ipotesi in cui alcun processo patologico sia in atto a suo danno e manchi una diagnosi che ne renda prevedibile l'insorgere¹⁵ da quella in cui, al contrario, sia in essere una malattia degenerativa già ad un certo stadio o addirittura vi sia stato un intervento chirurgico, cui sia seguito, come conseguenza programmata, lo stato di incoscienza. In tali ultime eventualità, il breve lasso temporale tra l'esternazione e l'attuazione nonché la tendenziale completezza dell'informazione circa il decorso della malattia, le possibili cure ed i correlativi effetti concorrono, appunto, a conferire validità alla volontà¹⁶.

Al contrario, quando non sussista alcun pericolo reale per la salute, il giudizio di tipo probabilistico-comparativo¹⁷ che la persona compia *ora per allora* con situazioni patologiche simili a quelle nelle quali venga successivamente a trovarsi come non restituisce consapevolezza clinica alla volontà, così non le conferisce quella attualità che sola potrebbe segnare il *discrimen* tra l'ignoranza e la speranza diagnostica. Vi osta, del resto, anche la peculiare natura della scienza medica che, in quanto disciplina in continua evoluzione, è suscettibile di una costante ridefinizione delle sue certezze, pur se ritenute definitivamente acquisite. Si pensi alla nozione di morte clinica che fino a qualche decennio fa si verificava al cessare del battito cardiaco e quindi all'arresto dell'attività respiratoria, mentre oggi viene fatta coincidere con l'irreversibile cessazione di ogni attività del sistema nervoso centrale (cd. morte cerebrale o cervello piatto). Ci si soffermi, altresì, sulla condizione di stato vegetativo permanente che, sulla base di “standard scientifici riconosciuti a livello internazionale”, è irreversibile dopo un anno dal suo manifestarsi ed ha carattere

¹⁴ Con toni molto critici nei riguardi di Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, accusata di avere omesso ogni considerazione non solo sul problema della non attualità della volontà ma altresì sulle modalità di ricostruzione della stessa “ai margini di fallacia e di incontrollabile soggettività”, si esprime G. IADECOLA, *Il caso “Englaro”: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, cit., p. 2512.

¹⁵ Sul punto L. IAPICHINO, *Testamento biologico*, Milano, 2003, p. 68.

¹⁶ Sia, in merito, consentito il rinvio a G. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, 2, p. 196 ss.

¹⁷ Nella vicenda Englaro un giudizio di tipo comparativo a fondamento della determinazione sanitaria pur sempre esiste e si ritrova “nell'empatica pietà” della ragazza per la tragica condizione di un amico rimasto, a seguito di un incidente stradale, “immobile in un ospedale attaccato ad un tubo” e nella sua “convincione di come sia intollerabile e inconcepibile accettare la riduzione di sé a un corpo privo della possibilità di muoversi, di pensare e di sentire, e in definitiva incapace ormai di vivere una vita nel senso più umano e completo del concetto. Vedi, al riguardo, il testo di App. Milano 9 luglio 2008, cit., p. 1286 ss.



straordinario (e, dunque, non ordinario, non usuale e, in un certo senso, non noto, non prevedibile) quando superi tale durata¹⁸.

Di qui, allora, la necessità valorizzare il ruolo del legale rappresentante onde consentire all'incapace di esercitare il suo *droit à compensation*¹⁹ ed affrancarsi “dall'isolamento e dalla istituzionalizzazione”²⁰ in cui la sua condizione rischia di gettarlo. Ma di qui – ancora – il recupero dell’<<alleanza terapeutica>> con il medico e lo stretto interrelarsi del dovere di informazione con quello di decisione, nel rispetto di una volontà ricostruita “tenendo conto” dei desideri espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferita dalla personalità, dallo stile di vita, dalle inclinazioni, dai valori di riferimento e dalle convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche”. Il rischio di un'eccessiva discrezionalità altrui ne esce ridimensionato dal duplice confronto con le decisioni terapeutiche antecedenti del rappresentato e con quelle del sanitario, unico dotato delle conoscenze indispensabili per attualizzare, in maniera altamente probabile, le prime²¹.

Diversamente opinando non si comprenderebbe (o la si giustificherebbe a fatica) l'iniziale decisione di avvalersi di trattamenti di sostegno vitale per assicurare la sopravvivenza al paziente colpito da “grave trauma cranico encefalico riportato a seguito di un incidente stradale” dal quale consegue la condizione vegetativa. Se, in altri termini, non vi fosse la speranza di cura – per effetto ad esempio di un'evoluzione della medicina rispetto al momento dell'espressione preventiva del rifiuto da parte di chi sia poi impossibilitato a pronunciarsi nuovamente – non si spiegherebbe la soluzione di procedere nei suoi riguardi a forme di mantenimento in vita artificiali. È fuori dubbio, infatti, “sulla base di un'interpretazione che, se non propriamente di natura nomofilatica, comunque rende non più controversa la questione (...), che l'alimentazione/idratazione artificiale con sondino naso-gastrico sia un trattamento di natura medica²²”. In quanto tale ed in quanto “invasivo” della sfera fisica individuale²³ esso necessita del preventivo consenso del paziente (o del suo legale rappresentante che ne esprima la “voce”). Il che – a ben vedere – equivale ad asserire che la successiva determinazione di interrompere il trattamento (che “non potrebbe mai

¹⁸ In questi termini App. Milano 9 luglio 2008, *cit.*, p. 1286.

¹⁹ L'espressione trae spunto da un parallelismo con l'esperienza francese ed, in particolare, da una lettura della *loi du 11 février 2005*, che, nel riscrivere la pregressa normativa del 1975, si sofferma *sur les personnes handicapées*, a favore delle quali disegna, con l'ordito delle sue disposizioni, una mirata quanto dettagliata tutela, finalizzata all'affermazione di un *droit à compensation* a vantaggio del disabile.

²⁰ L'espressione è ripresa da P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti “deboli”*, Roma, 2004, p. 82.

²¹ In questi termini già P. STANZIONE, G. SALITO, *Il rifiuto “presunto” alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace. Note a margine di Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748*, *cit.*, p. 63. Il medico, peraltro – si è detto – ben potrebbe disattendere le indicazioni del paziente, conservando un residuo ma limitato margine di discrezionalità, quante volte ritenga inattuali le indicazioni espresse alla luce dei progressi della medicina e della ricerca farmacologica.

²² Sono – ancora – considerazioni riprese da App. Milano 9 luglio 2008, *cit.*, p. 1284.

²³ Tra gli altri, G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005, p. 146.



considerarsi come il *best interest* del malato”²⁴) presuppone, doverosamente e contraddittoriamente, l’opposta ed preliminare intenzione di ricorrervi da parte dell’incapace e qualora questa, come possibile, manchi un’interpretazione evolutiva ed al tempo stesso “restrittiva” del suo rifiuto generalizzato e preventivo alle cure. O tanto deve concludersi se si intende rimanere fedeli alla regola indiscussa del consenso informato quale presupposto indefettibile di liceità e legittimità dell’agire del medico.

Diverso, tuttavia, è l’atteggiamento di volta in volta assunto dal diritto: altro, infatti, è l’interruzione della gravidanza; altro l’eutanasia; altro il suicidio; altro, ancora, la scelta consapevole di rifiutare le cure fino, eventualmente, a lasciarsi morire. Dalla regolamentazione espressa del fenomeno o dei suoi effetti si trascorre al modello del diniego e, da questi, alla vera e propria anomia. La norma, in altri termini, non potendo impedire il procurarsi voluto della morte, si limita ad ostacolarlo, punendo ad esempio chi istighi altri a compiere il gesto (art. 580 c.p.), ovvero a disciplinarlo, una volta accaduto, regolandone i riflessi sui rapporti successivi e di durata e, più in generale, su tutti quelli collegati all’esistenza in vita del soggetto²⁵. Parimenti, in ossequio al principio di autodeterminazione, riconosce alla persona capace la facoltà “non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”²⁶. A garanzia della non punibilità del medico opera, infatti, la scriminante dell’adempimento del dovere (quello, precisamente, di non intraprendere alcuna attività terapeutica senza il consenso informato del paziente)²⁷ ex art. 51 c.p., anche se dalla sua

²⁴ La Suprema Corte – si legge in App. Milano 9 luglio 2008, *cit.*, p. 1283 – “ad oggettiva confutazione della contraria prospettazione del tutore, ha ritenuto che non sia ravvisabile nel trattamento alimentare forzato con sondino naso gastrico una forma di accanimento terapeutico in sé, dando così adito alla possibilità di inferire che l’interruzione del trattamento stesso non potrebbe mai considerarsi come il *best interest* del malato incapace”.

²⁵ Si veda, in argomento, il mirabile ed ultimo saggio di G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 4, p. 371 ss., in cui, muovendo dall’analisi del suicidio, “fatto socialmente e giuridicamente negativo perché volontariamente fa cessare l’appartenenza alla comunità e contrasta con la sua stessa sussistenza”, si perviene ad una profonda riflessione sui temi del testamento biologico e dell’accanimento terapeutico.

²⁶ Lo si legge in Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 129 ss., per il cui commento si rinvia a P. STANZIONE, G. SALITO, *Il rifiuto “presunto” alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace. Note a margine di Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748*, in *Justitia*, 2008, p. 61, 1, 55-80. Lo si ripete in Cass. sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, *inedita*. Sul punto, G. IADECOLA, *Il caso “Englaro”: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, *cit.*, p. 2506, ricorda il rilievo che assume la libertà di “scienza e coscienza” (vero e proprio “bene” a valenza costituzionale ex art. 19 Cost.) del medico, non mero “convitato di pietra” nella situazione in esame, ma soggetto cui compete la responsabilità deontologica e giuridica di dare seguito, con propri comportamenti, al rifiuto di cure del paziente.

²⁷ Si legga al riguardo il provvedimento del Gup del Tribunale di Roma del 23 luglio 2007. Per la dottrina medico-legale, da ultimo G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del <<caso Welby>>*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1002 ss.



inazione consegua o possa conseguire la morte del soggetto od un grave danno alla sua salute²⁸.

3. Una distinta lettura è possibile solo muovendo da un diverso approccio al profilo temporale, al “quando” cioè della volontà, cui si accennava. Si comprende, allora, come in un’era quale quella attuale, in cui si assiste all’innaturale prolungamento della vita, in cui dalla celerità di una decisione dipende la sopravvivenza fisica futura ed il modo di intendere la stessa, differire l’attuazione delle decisioni terapeutiche della persona (quali espresse o ricostruite in modo certo) rischia di “alterarne” il significato ultimo e profondo. Non v’è identità, infatti, né morale né sostanziale, tra la previa richiesta di non essere tenuti artificialmente in vita e quella successiva di “staccare la spina”, inferendo la liceità del gesto dall’originaria risoluzione contraria²⁹: nelle more di una scelta un’esistenza, ancorché “solo organica ed apparente” si è pur sempre assicurata; una vita nel senso voluto dal legislatore (all’art. 1, ad esempio, del codice civile³⁰) si è pur sempre mantenuta. Nei casi di incapacità

²⁸ L’epilogo della vicenda Welby mostra, del resto, come al dissenso informato del paziente deriva l’obbligo per il medico di rispettarne i contenuti ancorché da essi consegua o possa conseguire la morte della persona (per effetto, nella specie, del distacco del ventilatore automatico) od un grave rischio per la sua salute. La non punibilità del medico, altresì sul piano disciplinare, è, al riguardo, stata asserita dall’Ordine dei Medici di Modena, competente *loci causa*. Cfr. *Provvedimento di archiviazione*, Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Cremona, 1 febbraio 2007. La conclusione trae conferma dal codice di deontologia medica: vuoi da sue disposizioni di natura generale come l’art. 35, in tema di *Acquisizione del consenso*, vuoi di natura particolare come l’art. 39 e l’art. 53. L’una, l’art. 39, prescrive al medico, in presenza di malati terminali, di “improntare la sua opera ad atti e comportamenti idonei a risparmiare inutili sofferenze psichico-fisiche (...) fornendo i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita e della dignità della persona”. L’altra, l’art. 53, si sofferma sul rifiuto consapevole di nutrirsi, escludendo la perseguibilità del medico purché abbia provveduto ad informare la persona “sulle gravi conseguenze che un digiuno protratto può comportare sulle sue condizioni di salute” e distogliendolo dall’intraprendere “iniziative costrittive” o dal “collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima, pur continuando ad assisterla”.

²⁹ La questione è resa ancor più attuale dalle recenti vicende di cronaca. Significativa in tal senso la recentissima sentenza della Cassazione n. 27145 del 13 novembre 2008, che nel respingere il ricorso della procura (per difetto di legittimazione), avverso la sentenza di rinvio della Corte d’Appello di Milano (App. Milano 9 luglio 2008, in *Corr. Giur.*, 2008, 9, p. 1281 ss.) ha definitivamente autorizzato la sospensione dell’alimentazione artificiale nei riguardi di un paziente in stato vegetativo permanente.

³⁰ Il concetto galenico di nascita, che la scienza giuridica ha acquisito da quella medica, presuppone, specificamente, l’inverarsi di due condizioni: la separazione del feto dall’alvo materno, in modo naturale o artificiale; la manifestazione di una vita autonoma del partorito. Quanto alla prima, essa segna il momento a partire dal quale la *spes hominis* di Ulpiana memoria (Ulpiano D. 25, 4, I, I), “già legata intimamente all’organismo materno” (S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, p. 107), acquista autonomia e diviene punto di riferimento di una tutela giuridica propria. Ciò che rileva è unicamente il prodursi della separazione, implicando la nascita altresì “il distacco e l’espulsione (o l’estrazione), anche prematura (non peraltro l’aborto), dell’essere umano dall’utero materno” (A. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1965, 6 ed., p. 149). La vita extrauterina non richiede necessariamente la recisione del cordone ombelicale, se quest’ultimo a cessato di adempiere la sua funzione “di trasporto di ossigeno e di materiale nutritivo dalla madre al figlio, per l’avvenuto distacco della placenta” (B. LIGUORI, N.



occasionale ed improvvisa, così, è appunto l'immediatezza dell'intervento medico a tracciare il sottile confine tra il non essere e l'essere in stato vegetativo³¹.

Ma vi è di più.

La constatazione di una inevitabile quanto pericolosa crisi temporale nell'attuazione della volontà dell'incapace apre ad un'altra riflessione sui risvolti che conseguono al verificarsi dell'evento morte. Per il diritto, infatti, non è indifferente il momento del decesso, dipendendo da esso tutta una serie di rapporti e di situazioni giuridiche. La sua data segna, ad esempio, l'estinguersi dei diritti reali legati alla vita del titolare³² ovvero dei rapporti c.d. *intuitu personae*³³ ovvero ancora di quelli connessi ad uno *status* familiare, come gli alimenti (art. 448 c.c.). Determina, ancora, l'apertura della successione (art. 456 c.c.); la definizione delle questioni relative alla capacità di succedere; al numero ed alla qualità degli eredi; all'entità delle quote ereditarie; alla validità dell'eventuale testamento; alla possibilità di una commorienza o premorienza. Di guisa che è di tutta evidenza, in presenza di un malato in stato vegetativo persistente³⁴, come la decisione del *dies ad quem*, del giorno fino al quale protrarre l'alimentazione e l'idratazione artificiali, incide su tutta una serie di vicende e situazioni³⁵, cui rischia di non essere estraneo il possibile profilarsi di un conflitto di interessi – patrimoniale prima ancora che morale – quando il legale rappresentante, che chiede la

DISTASO, F. SANTOSUOSSO, *Disposizioni sulla legge in generale*, Torino, 1966, p. 118). Di guisa che l'acquisto della capacità giuridica consegue al compiersi dell'atto respiratorio autonomo, seguito – come appunta la scienza medica – dall'attività circolatoria e nervosa del corpo, che segna l'inizio dell'esistenza umana e, conseguentemente, l'acquisto della capacità giuridica, senza che rilevi l'ulteriore requisito della vitalità o il realizzarsi di una durata minima di vita. Il codice del 1942 ha, per tale via, soppresso il presupposto dell'attitudine alla continuazione della vita dopo la nascita, innovando rispetto alla codificazione previgente, che lo poneva quale condizione per l'acquisto della capacità successoria.

³¹ Lo si desume, implicitamente, dalla stessa volontà della Englaro che “aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma”: come chiaramente è scritto in App. Milano 9 luglio 2008, *cit.*, p. 1284.

³² La regola non vale sempre, tuttavia, per il diritto di usufrutto che, in particolari circostanze, può essere ceduto sia con atto tra vivi che con atto a causa di morte, pur restando la sua durata comunque commisurata alla vita del primo titolare. Sul punto G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, I, p. 22.

³³ Ed è a titolo meramente esemplificativo che si possono indicare il mandato (art. 1722 n. 4 c.c.), il rapporto di lavoro, la qualità di socio nella società in nome collettivo etc.

³⁴ In relazione al caso Englaro la non irrilevanza del “quando” della volontà, inteso nel senso dichiarato nel testo (di momento, vale a dire, a decorrere da quale sospendere i trattamenti di alimentazione ed idratazione artificiali con conseguente e successiva morte, in tempi più o meno rapidi), è sottolineata anche dalla circostanza per cui a giudizio della scienza medica già da dopo il primo anno di stato vegetativo del paziente si può decretare l'irreversibilità dello stato.

³⁵ La determinazione del momento della sospensione dell'idratazione ed alimentazione artificiali, determinando il verificarsi, in tempi più o meno brevi, della morte della persona, non è, dunque, giuridicamente irrilevante, come pure potrebbe ritenersi dal silenzio in merito dei diversi pronunciati giurisprudenziali. In questi, infatti, ci si premura unicamente di precisare che “la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita del rappresentante di E., anziché di quest'ultima, e che non sia stata in alcun modo condizionata da altro fine o interesse se non quello di rispettare la sua volontà e il suo modo di concepire dignità e vita”: App. Milano 9 luglio 2008, *cit.*, p. 1286.



sospensione dei trattamenti, sia altresì il genitore dell'incapace. La regola generale della preventiva autorizzazione del rappresento e della predeterminazione dei contenuti della decisione si rivela, sul punto, fragile giacché la prova della volontà presunta “qui non si giova di leggi scientifiche di copertura né di massime di generalizzata esperienza”³⁶.

4. Il diritto, invece – scriveva immaginifico Carnelutti – “agisce vestito dalle prove”, mentre, quando si inoltra “lungo i percorsi impervi dell'atteggiamento interiore del paziente”, privo “di chiavi di lettura che li rendano decifrabili”, rischia di non raggiungere un (necessario) “grado di rassicurante attendibilità”³⁷. L'usuale e ripetuto brocardo “*onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*”, dalla cadenza quasi sollogistica, si incrina, infatti, al cospetto di vicende esistenziali “estreme”. E non tanto perché il profilo processuale qui scompare o affiora solo a tratti (nella fase, si direbbe, patologica), quanto piuttosto perché è lo stesso momento probatorio ad arrestarsi ed invertire i suoi principi dinanzi ad una volontà non più attuale.

Il legislatore non è, in vero, nuovo al problema: la donazione con atto *inter vivos* dei propri organi e la disposizione *mortis causa* delle proprie sostanze contenuta nel testamento (a voler tacere del contenuto c.d. atipico dell'atto di ultima volontà) rappresentano esempi eloquenti di determinazioni volitive non reiterabili ed uniche nei contenuti nella fase della loro attuazione. E, tuttavia, è la morte clinica o biologica, in ciascuno dei casi, a renderne pressoché scontata la vincolatività, laddove poi la prova è agevolata da un formalismo che può presentarsi ora nella sua manifestazione più alta (nel caso del testamento pubblico, ad esempio), ora in quella più gradata, quale la scrittura privata (o in materia successoria l'olografo) che, come noto, “fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta” (art. 2702 c.c.)³⁸.

Le difficoltà si ripresentano, invece, quando del rifiuto alle cure si invochi il rispetto pur in assenza di una documentazione scritta e l'esigenza di colmare il “silenzio” dell'autore (e quello del legislatore) induca ad avvalersi di ogni mezzo di prova volto a dimostrare che, nella specie, *qui tacet (...) negare videtur*, sul presupposto per cui il “vuoto verbale” sottende comunque ad una dichiarazione tacita³⁹ di volontà o ad un suo comportamento attuativo

³⁶ In questi termini G. IADECOLA, *Il caso “Englaro”: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, cit., p. 2511.

³⁷ Sono, ancora, parole di G. IADECOLA, *op. ult. cit.*, p. 2511.

³⁸ Tanto, peraltro, lì dove la natura *inter vivos* della dichiarazione e l'effettivo permanere in vita del disponente – sia pure in uno stato vegetativo o incosciente – non escluda qualsivoglia ovvietà deduttiva, rendendo possibile la dimostrazione – in assenza di una sicura predeterminazione normativa delle modalità probatorie – di una volontà del soggetto differente rispetto a quella espressa, vuoi per contenuti vuoi (addirittura) per autenticità della provenienza stessa. Ed il rilievo appare maggiormente pertinente se riguardato alla luce del distinto atteggiamento legislativo in sede di riforma dell'incapacità, del quale è espressione la disposizione dell'art. 408 c.c., nel suo definire forme e modalità probatorie di una designazione – quella dell'amministratore di sostegno – futura ed eventuale.

³⁹ Il richiamo è a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 15.



(c.d. *facta concludentia*)⁴⁰. In tal senso, la stessa aggettivazione del consenso *recte* del rifiuto (“presunto”) rinvia ad un meccanismo di tipo razionale-probabilistico⁴¹ in base al quale si “presume” che l’incapace avrebbe comunque assentito o dissentito ai trattamenti sanitari se fosse stato in grado di esprimersi⁴². Ciò che rileva è, unicamente, che le prove assunte siano “attendibili, univoche, efficaci e conferenti”⁴³ o che rispondano al requisito di “presunzioni gravi, precise e concordanti”⁴⁴.

Quid iuris, tuttavia, quando la ricostruzione della volontà si fonda in maniera pressoché esclusiva o prevalente su comportamenti, dichiarazioni, valutazioni espresse dall’incapace in età minore, sebbene poi di essa si chieda il rispetto in epoca di gran lunga successiva al

⁴⁰ Sotto quest’ultimo profilo, si pensi alla disposizione di beni ereditari da parte del chiamato che presuppone (ed implica) l’accettazione dell’eredità.

⁴¹ Il tema delle “presunzioni” è stato variamente affrontato in dottrina. Tra gli altri, A. ANDRIOLI, *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Nuovissimo dig. it.*, XII, Torino, 1957; S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1986; L. COMOGLIO, *Le prove*, in *Tratt. Rescigno*, 19, I, 2a ed., Torino, 1997, p. 434 ss.; A. D’ANGELO, *Il controllo della Cassazione sui requisiti delle presunzioni semplici*, in *Foro it.*, 1973, p. 149 ss.; F. FABBRINI, *Presunzioni*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 279; E. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, rist. 4a ed., Milano, 1984; L. MONTESANO, *Le prove “atipiche” nelle presunzioni e negli argomenti del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, Napoli, 1996; G. F. RICCI, *Principi di diritto processuale civile*, 2a ed., Torino, 1998, p. 350 ss.; M. TARUFFO, *Liberio convincimento del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 452 ss.

⁴² Le ipotesi concrete nelle quali opera un simile meccanismo deduttivo-sostitutivo sono molteplici: dall’incoscienza generata da danni cerebrali o vascolari ad altre situazioni patologiche parimenti gravi e serie unite a perdita di conoscenza. Ipotesi, altresì, “critiche” con riguardo alle quali qualsiasi atteggiamento di “attesa” (cfr. P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 301) risulta inopportuno, se non colpevole, e nelle quali, tuttavia, l’assenza di una prova documentale rende problematica una scelta. Tra i fautori della dottrina del consenso presunto, G. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1973, p. 339; A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico – chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 58; F. GRISPIGNI, *La volontà del paziente nel trattamento medico – chirurgico*, in *La scuola positiva*, 1921, p. 391; D. VINCENTI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2476. In senso contrario, A. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1982, p. 266; FRESIA, *Luci ed ombre del consenso informato*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1994, p. 904; G. IADECOLA, *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico – chirurgico*, ibidem, 1986, p. 49. In giurisprudenza Cass. 15 gennaio 1997 n. 364, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 573.

⁴³ Tali da autorizzare la conclusione della “correttezza della determinazione volitiva del legale rappresentante dell’incapace nella sua conformità alla presumibile scelta che, nelle condizioni date, avrebbe fatto anche e proprio la rappresentata, di cui il tutore si fa e deve farsi portavoce”: come si legge da ultimo in Cass. 13 novembre 2008, n. 27145, *inedita*.

⁴⁴ E’ noto, in merito, che affinché un indizio possa dirsi *grave* è necessario che il suo grado di probabilità circa l’effettiva sussistenza del fatto (la volontà, nella specie) o delle sue pretese modalità di realizzazione risulti di gran lunga superiore a quello ascrivibile all’opposta tesi della sua inesistenza o diversa esistenza (In argomento L. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 430. In giur., ad esempio, Cass. 28 novembre 1998, n. 12088, in *Mass.*, 1998). Parimenti, perché esso possa qualificarsi *preciso* deve risultare non equivoco e, quindi, sottratto alla possibilità di letture contraddittorie o non univocamente riferibili al fatto da provare (Sul punto, in particolare, M. TARUFFO, *Della prova testimoniale*, cit., p. 447). Infine, il suo essere *concorde* implica sostanzialmente che esso converga verso la medesima conclusione cui inducono una pluralità di presunzioni semplici (al riguardo, ancora L. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 432).



raggiungimento della maggiore età? Alle remore che tradizionalmente connotano il profilo⁴⁵ se ne aggiungono, infatti, altre direttamente collegate alle peculiarità della condizione minorile. E' conclusione già da tempo ripetuta⁴⁶, non a caso, quella secondo cui “l'interesse del minore – clausola generale, nozione a contenuto variabile o porta aperta alla discrezionalità del giudice come taluno criticamente afferma – sia concetto di difficile ma non impossibile determinazione⁴⁷”. In quanto relativo ad una personalità ancora *in fieri*, esso sfugge alla sussunzione entro categorie predefinite e risponde piuttosto ai diversi criteri dell'età, della maturità, delle caratteristiche della singola situazione concreta, tant'è che la giurisprudenza ne predilige un approccio di tipo casistico⁴⁸.

Il legislatore⁴⁹, dal canto suo, vi preferisce non di rado il distinto concetto di capacità di discernimento, di cui, dopo un primo richiamo nella legge n. 149/2001 (art. 7), mostra di fare applicazione all'interno dello stesso codice civile (art. 155 *sexies* c.c.). Analoga soluzione connota il codice di deontologia medica, che scorge nella categoria – unitamente al criterio dell'età – il presupposto in presenza del quale il sanitario debba “dare informazioni al minore e tenere conto della sua volontà”, sempre – beninteso – nel “rispetto dei diritti del legale rappresentante” (art. 34 cod. deont.) e del potere in capo a quest'ultimo di “esprimere il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili”⁵⁰. L'asserita valorizzazione della partecipazione del minore non supera, infatti, il momento

⁴⁵ Si interroga critico E. CALÒ, *Caso Englaro: la decisione della corte d'appello di Milano*, in *Corr. giur.*, 2008, 9, p. 1291, “se non si raccolgono presunzioni sufficienti, il paziente potrà rimanere per sempre in stato vegetativo? Oppure si è sufficientemente ottimisti da ritenere che si potrà sempre risalire agli auspici del paziente?”.

⁴⁶ Sia consentito il rinvio, tra le altre, a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino Napoli, 1975, *passim*; ID., “Minorità” e tutela della persona umana, in *Dir. fam.*, 2000, p. 163; ID., *Interesse del minore e affidamenti familiari*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1994, p. 71 ss.; ID., *Interesse del minore e “Statuto” dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 351 ss.; ID., *La tutela dei soggetti deboli*, Roma, 2004, *passim*; ID., *Itinerari di diritto privato*, Salerno, 2007.

⁴⁷ In questi termini G. AUTORINO, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, p. 195.

⁴⁸ Così, ad esempio, da ultimo Cass. 11 gennaio 2006, n. 395, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, individua l'interesse del minore nell'esigenza di vedere garantito il proprio diritto all'identità genetica, subordinando in ogni caso la posizione del genitore al previo controllo da parte del giudice chiamato ad accertare “la mancanza di obiettive controindicazioni, implicanti la forte probabilità che tale riconoscimento comprometta gravemente ed irreversibilmente lo sviluppo del minore”. Nello stesso senso Cass. 16 novembre 2005, n. 23074, *ibidem*, 2005, 11, che espressamente si richiama alla Convenzione di New York, 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo (artt. 7 e 8). Sul diritto del minore ad “essere se stesso”, cfr. Cass. 26 maggio 2006, n. 12641, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 5.

⁴⁹ In alcun punto la legislazione ordinaria offre una definizione del concetto, ma al più talune indicazioni, come nel caso dell'art. 333 c.c. (da cui è dato inferire che l'interesse del minore implica la necessità di tenerlo indenne da gravi pregiudizi di natura fisica o psichica) o dell'art. 147 c.c., che enuncia i criteri (considerazione della “capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni”) che devono presiederne la valutazione.

⁵⁰ Se il rifiuto opposto alle cure dai genitori si rivela pregiudizievole all'interesse del figlio, si configura una vera e propria ipotesi di abuso nell'esercizio della potestà, con possibilità per il medico di ottenere dal giudice l'autorizzazione al compimento del relativo atto clinico.



del coinvolgimento decisionale ed, in quanto subordinata al grado di giudizio critico, rileva unicamente nei suoi contenuti positivi e non già nella forma negativa del diniego alle cure⁵¹. Lo riprova, *inter alia*, la circostanza per cui il medico deve ricorrere all'autorità giudiziaria "in caso di opposizione dei legali rappresentanti alla necessaria cura dei minori e degli incapaci" (art. 33)⁵². Lo conferma la possibilità "se i genitori acconsentono ed il minore rifiuta" che egli proceda ugualmente "al trattamento perché la posizione di non completa maturità del soggetto lo pone in una situazione di minore autonomia e la sua libertà di autodeterminazione trova il limite del rilevante pregiudizio"⁵³.

In tal senso non sembra erraneo sostenere che la soluzione giurisprudenziale di riconoscere ultrattività alla volontà più o meno consapevole del minore, quale cristallizzata nel tempo⁵⁴, brilli di coraggio ed innovatività perché mostra di volere non solo superare –

⁵¹ E', peraltro, importante osservare come in favore dei minori siano disposti numerosi trattamenti sanitari obbligatori, indice, appunto, della volontà di tutelarne la salute, viepiù che essi posso essere praticati anche contro la volontà dei genitori. Si pensi, in tal senso, alle vaccinazioni obbligatorie, rispetto alle quali l'esonero è possibile solo su certificazione del medico curante o del medico specialista ed "è vincolante per l'unità sanitaria locale". Cfr. D.l. 8 marzo 1994, n. 164.

⁵² Pur ammettendo, dunque, il diritto il coinvolgimento del minore e dell'adolescente, in particolare, in ambito sanitario (si pensi, in tal senso, alla terapia volontaria del minore che faccia uso di sostanze stupefacenti ovvero alla possibilità di richiesta di interruzione volontaria della gravidanza), esso non autorizza, tuttavia, la sospensione nei suoi riguardi delle cure necessarie alla sua sopravvivenza.

⁵³ In questi termini C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Dir. fam.*, 2005, 4, p. 1423 ss. Emblematica, in tal senso, la vicenda del minore figlio di testimoni di Geova per il quale i genitori esprimano un rifiuto a cure emotrasfusionali ritenute indispensabili dai sanitari: nella specie, infatti, le argomentazioni di carattere religioso, che pur impongono il rispetto del diniego espresso dal soggetto maggiore di età sebbene incapace, cedono il passo dinanzi all'opposta esigenza di tutelare l'interesse del figlio e, quindi, il valore della vita e della salute. Un discorso a parte merita, invece, l'emancipato, il quale è legittimato ad assumere da solo le decisioni di carattere personale e, dunque, anche quelle concernenti la salute (a meno che l'emancipazione non cessi per l'emissione di un provvedimento di interdizione giudiziale ex art. 414 c.c.).

⁵⁴ Risulta, così, difficile comprendere come una volontà negativa alle cure espressa in data antecedente all'acquisto della capacità di agire, e dunque nel corso della minore età, divenga poi vincolante per effetto non già della sua reiterazione da parte dell'autore ormai maggiorenne ma della ricostruzione che di essa faccia il legale rappresentante in epoca successiva al raggiungimento della maggiore età. Ed è indubbio che nel caso Englaro la quasi totalità degli elementi probatori rinvii ad esternazioni e decisioni assunte in età minorile dalla paziente. Tra le prove testimoniali addotte a sostegno della volontà negativa ai trattamenti di idratazione ed alimentazione artificiali della Englaro si ricomprende così la ricostruzione di un evento che la vede protagonista alla sola età di dieci anni, quando, nel corso di una passeggiata con l'anziano nonno, dimostra una particolare maturità in relazione a tematiche quali la vita e la morte. L'altra circostanza che la giurisprudenza richiama a riprova del carattere libero ed indipendente della ragazza è il suo reagire "in maniera sorprendentemente intensa", all'età di tredici anni, alla proibizione impostale dal padre di non uscire di casa dopo una certa ora, laddove non v'è chi non veda come questo sia e possa essere un atteggiamento normale per un adolescente della sua età. Ed, ancora, lo stesso riferimento allo "stato di disagio e di sofferenza" negli anni della frequentazione del liceo gestito dalle suore è riferito ugualmente ad un'età antecedente al raggiungimento dei diciotto anni. Le considerazioni svolte in relazione alla morte dello sciatore Leonardo David, recano, invece, la data dei suoi quindici anni. Quanto, poi, alle testimonianze delle amiche esse vertono principalmente su racconti dell'infanzia e del liceo. Ed è significativo che App. Milano 25 giugno 2008, in *Corr. mer.*, 2008, 10, p. 1040, si premuri di precisare in relazione ad una di esse vertente sulla personalità di Eluana



come da tempo auspicato – la rigorosa dicotomia capacità giuridica/capacità di agire in relazione alle situazioni esistenziali⁵⁵, ma altresì sottrarre, a dispetto della lettera del codice⁵⁶, ai genitori le decisioni circa la salute per restituirle (o tentare di restituirle) al minore⁵⁷. Si assiste, da un lato, alla lenta e progressiva evoluzione della corrispondente nozione di potestà, non più scandita soltanto sui ritmi della dimensione orizzontale, nella tensione alla piena equiparazione tra madre e padre nell'esercizio di tale funzione, ma anche su quelli di un piano, per così dire, "verticale", relativo alla posizione dei genitori nei confronti dei figli minori⁵⁸; dall'altro, alla definitiva consacrazione della capacità di discernimento quale elemento anticipatorio della successiva maturità formale del soggetto (*ex art. 2 c.c.*).

Resta, tuttavia, un limite non irrilevante: la circostanza, vale a dire, per cui il controllo del giudice, richiesto dal legislatore a garanzia dell'effettiva maturità del minore, non è qui diretto, non consegue, cioè, al suo ascolto od alla sua audizione, ma è filtrato dalle dichiarazioni di terzi cui in definitiva resta affidata la prova della conferma in età adulta delle sue precedenti determinazioni circa le cure mediche⁵⁹. Se e quanto davvero resti della

che "si tratta di una valutazione soggettiva", ancorché "nel contesto della ricostruzione di una volontà presunta non possono non avere spazio anche gli apprezzamenti soggettivi di chi più da vicino" l'ha conosciuta. Parimenti, non si comprende la sostanziale irrilevanza ascritta, ai fini della ricostruzione della volontà, al credo religioso della paziente, laddove è noto che si tratta di un elemento di importanza non secondaria nel quadro delle determinazioni mediche. Emblematica la vicenda dei testimoni di Geova, in relazione alla quale è proprio il prevalere della libertà di religione costituzionalmente riconosciuta a rendere vincolante il diniego alle emotrasfusioni espresso in via preventiva da un soggetto poi divenuto incapace. Cfr. in dottrina G. FACCI, *I testimoni di Geova ed il "dissenso" all'atto medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, p. 116 ss.

⁵⁵ Non sembra, pertanto, errato sostenere che proprio alla nozione di capacità di discernimento abbiamo inteso fare riferimento ed ispirarsi i diversi pronunciati sul caso Englaro, ancorché di essa non vi sia richiamo espresso ma soltanto implicito nel riferimento alla "straordinaria tensione del suo carattere verso la libertà" nonché alla "inconciliabilità della sua concezione della dignità della vita con la perdita totale ed irrecuperabile delle proprie facoltà motorie e psichiche e con la sopravvivenza solo biologica del suo corpo in uno stato di assoluta soggezione all'altrui volere".

⁵⁶ Si pensi da ultimo alla lettera dell'art. 155 c.c., come novellato, a norma del quale "le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Durante il fisiologico svolgersi della vita familiare sono gli artt. 316 e 317 c.c. a porre un analogo dovere in capo ad entrambi i genitori congiuntamente ed, in caso di impedimento, lontananza, incapacità di uno di essi, in capo all'altro.

⁵⁷ Emblematica si rivela, al riguardo, la disposizione dell'art. 147 c.c. che si muove nella scia di noti principi costituzionali (in particolare l'art. 30, comma 1, cost.). Sia consentito il rinvio, tra le altre, a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino Napoli, 1975, *passim*; ID., "Minorità" e tutela della persona umana, in *Dir. fam.*, 2000, p. 164; ID., *Interesse del minore e affidamenti familiari*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1994, p. 71 ss.; ID., *Interesse del minore e "Statuto" dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 351 ss.; ID., *La tutela dei soggetti deboli*, Roma, 2004, *passim*.

⁵⁸ Il che si traduce – in estrema sintesi – nella graduale trasformazione della potestà con l'avanzare dell'età dei figli, da diritto di direttiva a diritto di controllo da parte dei genitori.

⁵⁹ La circostanza che la Englaro nel dicembre del 1988, e dunque dopo neppure un mese dal raggiungimento della maggiore età, si esprima con disfavore rispetto alla condizione di coma dell'amico non necessariamente può e deve essere riguardata come il perfezionamento di un pensiero sviluppato in età infantile. Per quanto l'enucleazione di un nesso di consequenzialità tra le varie circostanze addotte (in vero



persona, di quelli che sarebbero stati le sue scelte ed i suoi pensieri è dubbio che aleggia e che adombra il concetto stesso di dignità nell'idea individuale che ciascuno si formi.

5. Non è facile, in simile contesto, concludere. Non lo è, probabilmente, perché – come direbbe Pirandello – è la vita stessa a non concludere ed a sottrarsi ad ogni partizione od aggettivazione che ne segni o ne qualifichi il valore. Non esistono – ricorda la Cassazione – “vite degne o non degne di essere vissute”⁶⁰; il soggetto in stato vegetativo persistente “è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali”, senza il necessario filtro di una volontà altrui. Non di quella del legale rappresentante, che dismesse le vesti del *nuncius*, ricostruisca decisioni cliniche solo presunte giacché “non v'è convincimento o conoscenza che attenui la tragicità della vicenda e che non lasci chi vi è coinvolto preda del sentimento”⁶¹. Non di quella del giudice che, assunte le vesti del legislatore, detti la regola di giudizio e la estenda fuori del giudizio, affermando che “la possibilità di considerare legittima una richiesta del tutore volta all'interruzione del trattamento di sostegno vitale non può poi essere esclusa (nemmeno ora che una disciplina legislativa specifica non è stata ancora emanata su tale problematica) neppure nei casi in cui sia di fatto impossibile ricostruire una volontà presunta dell'incapace orientata al rifiuto del trattamento”⁶².

non sottolineato in alcuno dei pronunciati) rappresenti una possibile chiave di lettura della volontà dell'incapace, essa non è, tuttavia, la sola. Non è da escludere, infatti, che sull'esternazioni pronunciate nella descritta circostanza possano avere avuto un rilievo forte i sentimenti contingenti sollevati dalla gravità della situazione e dall'affetto verso l'amico. Non a caso l'altro episodio addotto quale prova della volontà della ragazza e riferito alla sua età adulta non ha attinenza concreta con il diniego alle cure, riguardando precipuamente il suo disagio a frequentare la facoltà di giurisprudenza poi abbandonata in favore di una facoltà linguistica di tipo turistico-manageriale in grado di appagare la sua “irrefrenabile esplosività”.

⁶⁰ Si legge in F. D'AGOSTINO, *Se i soldi sono garantiti più della vita*, in *Avvenire*, 2007, p. 1, che la persona in stato vegetativo persistente “non è morta; è malata. La sua vita ha la stessa dignità di ogni altra vita, malata o sana, perché nessuna malattia, per quanto terribile, può togliere dignità a una persona (anzi, in realtà, l'accresce). Non esistono criteri scientifici per accertare se il coma di cui essa è preda sia o no irreversibile. In linea di principio *essa (n.d.r.)* potrebbe riacquistare la coscienza; è improbabile, ma è possibile; è quanto basta per dire che essa ha il pieno diritto (oltre tutto di rango costituzionale) di essere curata ed accudita”.

⁶¹ Come mirabilmente chiosa G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, cit., p. 377.

⁶² Lo si legge, non senza perplessità, in App. Milano 9 luglio, 2008, cit., p. 1283, dove è altresì detto che la descritta eventualità di ritenere legittima la richiesta di sospensione delle cure del tutore nei riguardi dell'incapace che non abbia espresso, neppure in via presunta, una volontà in tal senso “(ipotesi di impossibilità di esprimere un *substituted judgment* di carattere soggettivo/volontaristico – rispetto alla quale potrebbe in effetti apparire ingiustamente sfornito di tutela il diritto alla dignità individuale del malato incapace, da un lato non potendosi affermare, ma neppure escludere, che egli sarebbe stato contrario al trattamento, e dall'altro correndo egli il rischio di restare in definitivamente esposto a trattamenti che potrebbero essere – prima ancora che per soggettiva opinione – obiettivamente degradanti) potrebbe sembrare a prima vista incoerente con l'opinione della Suprema Corte, laddove questa, ad oggettiva confutazione della contraria prospettazione del tutore, ha ritenuto che non sia ravvisabile nel trattamento di alimentazione forzato con sondino naso gastrico una forma di accanimento terapeutico in sé, dando così adito alla possibilità



Certo, un suo eventuale *non liquet* avrebbe costituito “un serio problema”⁶³. Certo, è il suo prendere posizione in vicende umanamente drammatiche a costituire non di rado il presupposto di una ormai doverosa legge (sol che si rievochi il caso *Bland* in Inghilterra e quello *Humbert* in Francia). Tuttavia, se è del senso della vita (e della morte) che si discorre, è alla persona e ad ella soltanto che compete la scelta. Non a caso l’art. 408 c.c., pur erroneamente invocato come concretizzazione normativa del testamento biologico⁶⁴, arresta il potere di scelta dell’amministratore di sostegno spettante al giudice in presenza di una precisa designazione preventiva dell’interessato, che non può essere disattesa se non per il sopraggiungere di gravi e giustificati motivi. “Nulla”, del resto, “c’è di meglio per l’uomo che godere delle sue opere, perché questa è la sua sorte. Chi potrà infatti condurlo a vedere ciò che avverrà dopo di lui?”⁶⁵.

di inferire che l’interruzione del trattamento stesso non potrebbe mai considerarsi come il *best interest* del malato incapace”.

⁶³ In questi termini E. CALÒ, *Caso Englaro: la decisione della corte d’appello di Milano*, cit., p. 1291.

⁶⁴ La critica è a Trib. Modena, 13 maggio 2008, in *Corr. merito*, 2008, 10, 122 ss.

⁶⁵ È la mirabile chiosa dell’Ecclesiaste 3:1, 22.