

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI
E DELLA FAMIGLIA

IV

3, 2018



Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto delle successioni e della famiglia, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica di:

- Associazione Civilisti Italiani;
- Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante;
- Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia;
- Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma «La Sapienza»;
- Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi dell'Università del Sannio;
- Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova;
- Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell'Università Statale di Milano;
- Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari «Aldo Moro»;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Parma;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino;
- Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria;
- Dipartimento di Scienze Economiche e Politiche dell'Università della Valle D'Aosta;
- Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento;
- Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*;
- Fondazione Emanuele Casale - Scuola del Notariato della Campania;
- Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino;
- Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile;
- Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato.

Direzione

Giuseppe Amadio, Vincenzo Barba, Alberto Maria Benedetti, Giovanni Bonilini, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Fabio Padovini, Stefano Pagliantini, Massimo Paradiso, Giovanni Perlingieri, Giuseppe Recinto.

Comitato scientifico internazionale

Roy Alain, Santiago Álvarez González, Ursula Basset, Ana Cañizares Laso, Margarita Castilla Barea, José Ramon de Verda y Beamonte, Anatol Dutta, Antoine Eigenmann, Antonio Estella de Noriega, Augusto Ferrero Costa, María Paz García Rubio, Cecilia Gómez-Salvago Sánchez, Freddy A. Hung Gil, Aida Kemelmajer de Carlucci, Peter Kindler, Simon Laimer, Claudia Lima Marques, Anne Marie Leroyer, Francesca Llodrà Grimalt, Mariel F. Molina de Juan, Juan Antonio Moreno Martínez, Leonardo Pérez Gallardo, Juan Pablo Pérez Velazquez, Pedro Robles Latorre, Nelson Rosenvald, Maria Paz Sánchez Gonzáles, Robert H. Sitkoff, Jeffrey Talpis, Teodora Torres, Antoni Vaquer Aloy, Stephan Wolf, Lihong Zhang.

Osservatorio

Salvatore Aceto di Capriglia, Antonio Albanese, Marco Angelone, Gianni Ballarani, Elena Bellisario, Emanuele Bilotti, Andrea Bucelli, Ciro Caccavale, Francesca Carimini, Cristina Coppola, Elisa de Belvis, Francesca Dell'Anna Misurale, Oliviero Diliberto, Andrea Di Porto, Amalia Diurni, Edoardo Ferrante, Gaetano Roberto Filograno, Pietro Franzina, Andrea Fusaro, Marco Galli, Federica Giardini, Antonio Gorgoni, Michele Graziadei, Mauro Gronzona, Sara Landini, Ubaldo La Porta, Francesco Macario, Renato Marini, Andrea Natale, Gianluca Navone, Fabrizio Panza, Raffaele Picaro, Gian Maria Piccinelli, Maria Porcelli, Massimo Proto, Vincenzo Putortí, Rolando Quadri, Adelaide Quaranta, Giuseppe Werther Romagno, Filippo Romeo, Domenico Giovanni Ruggiero, Domenico Russo, Stefania Stefanelli, Laura Tafaro, Ignazio Tardia, Marco Tatarano, Maria Francesca Tommasini, Francesco Paolo Traisci, Antonio Tullio, Loredana Tullio, Alessia Valongo, Alberto Venturelli, Camillo Verde, Vincenzo Verdichio, Fabrizio Volpe, Pietro Virgadamo, Virginia Zambrano.

Comitato editoriale

Emanuela Migliaccio (caporedattore), Marcello D'Ambrosio (responsabile della redazione), Davide Achille, Erica Adamo, Giovanni Adezati, Luca Ballerini, Luca Bardaro, Sonia Tullia Barbaro, Francesca Bartolini, Giorgia Biferali, Francesco Bilotta, Barbara Borrillo, Emanuele Calò, Matteo Ceolin, Paolo De Martinis, Stefano Deplano, Danila di Benedetto, Antonio di Fede, Alberto Paolo Di Flumeri, Ettore William Di Mauro, Nicola Di Mauro, Giovanni Di Lorenzo, Daniela Di Ottavio, Paola D'Ovidio, Marco Farina, Maurizio Ferrari, Matteo Maria Francisetti Brolin, Rosario Franco, Francesco Gerbo, Luca Ghidoni, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Pasquale Laghi, Giuseppe Liccardo, Carmine Maiorano, Alberto Marchese, Francesco Meglio, Vincenzo Miri, Lalage Mormile, Antonio Nappi, Gabriele Perano, Gaetano Petrelli, Maria Porcelli, Ilaria Riva, Carmine Romano, Stefano Sajeve, Gabriele Salvi, Claudio Santamaria, Benedetta Sirgiovanni, Marco Tanzillo, Anna Chiara Zanuzzi, Mariacristina Zarro, Irene Zecchino.

I lavori pubblicati in questo numero sono di: Vincenzo BARBA, ord. univ. di Roma «La Sapienza»; Alessandro CIATTI CÀIMI, ord. univ. di Torino; Alberto CRIVELLI, dott.; Marco FARINA, dottore di ricerca e ass. ric. univ. di Brescia; José Luis IRIARTE ÀNGEL, ord. Universidad de Nivarra; Pasquale LAGHI, dottore di ricerca; Isabella MARTONE, dottore di ricerca; Rosanna PANE, ord. univ. del Sannio; Ferdinando PARENTE, ord. univ. di Bari «Aldo Moro»; Giovanni PERLINGIERI, ord. univ. della Campania *Luigi Vanvitelli*; Immacolata PRISCO, ric. univ. di Cassino e del Lazio Meridionale; Angelo SPATUZZI, dott.; Camillo VERDE, ass. univ. di Cassino e del Lazio Meridionale; Giovanni ZARRA, ric. univ. Napoli «Federico II».

Criteri di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

I contributi pubblicati sulla Rivista *Diritto delle successioni e della famiglia* sono tutti sottoposti a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del *Comitato di valutazione* e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni* della Rivista.

Comitato di valutazione

Roberto Amagliani, Franco Anelli, Luca Barchiesi, Giovanni Francesco Basini, Mirzia Bianca, Roberto Bocchini, Enrico Camilleri, Gabriele Carapezza Figlia, Roberto Carleo, Valeria Caredda, Achille Antonio Carrabba, Donato Carusi, Michela Cavallaro, Giovanna Chiappetta, Giovanni Chiodi, Cristiano Cicero, Vincenzo Cuffaro, Giovanni D'Amico, Andrea D'Angelo, Maria Vita De Giorgi, Francesco Delfini, Stefano Delle Monache, Enrico del Prato, Francesco Di Ciommo, Maria Gigliola di Renzo Villalta, Andrea Federico, Gilda Ferrando, Giampaolo Frezza, Emanuela Giacobbe, Fulvio Gigliotti, Stefania Giova, Patrizia Giunti, Attilio Gorassini, Gioacchino La Rocca, Elena La Rosa, Raffaele Lenzi, Marcello Maggiolo, Manuela Mantovani, Antonio Masi, Marisaria Maugeri, Andrea Mora, Enrico Moscati, Mauro Orlandi, Rosanna Pane, Antonio Palazzo, Ferdinando Parente, Concetta Parrinello, Mauro Pennasilico, Dianora Poletti, Stefano Polidori, Francesco Prospero, Francesco Ruscello, Tommaso Vito Russo, Andrea Sassi, Roberto Siclari, Pietro Sirena, Antonella Tartaglia Polcini, Andrea Zoppini.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 2 del 10 febbraio 2015.

Responsabile: Fabrizio Volpe

INDICE

SAGGI

VINCENZO BARBA, Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni	747
ROSANNA PANE, Comunità familiari tra matrimonio, unione civile e convivenza	781
FERDINANDO PARENTE, La «convivenza di fatto»: un nuovo modello legale di organizzazione familiare	797
GIOVANNI PERLINGIERI, In tema di rapporti familiari poligamici	821
IMMACOLATA PRISCO, Sulla libertà matrimoniale del beneficiario di amministrazione di sostegno	851
ANGELO SPATUZZI, Legato di usufrutto con facoltà di alienazione, tra veti e valorizzazioni dell'autonomia testamentaria	871
CAMILLO VERDE, Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento	885

DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA

ALBERTO CRIVELLI, La continuità delle trascrizioni e l'accettazione di eredità nel processo esecutivo. Commento all'ordinanza del Tribunale di Bologna 13 luglio 2017 [Nota a Trib. Bologna, Sez. IV, ord. del 13 luglio 2017]	940
MARCO FARINA, La donazione obbligatoria tra procedimento e spirito liberale [Nota a Cass., Sez. III, 8 giugno 2017, n. 14262]	960
ISABELLA MARTONE, Sull'ammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione in vita del donante [Nota a Trib. Pescara, 24 giugno 2017]	979
GIOVANNI ZARRA, L'illegittimità del divieto d'accesso alle unioni civili per le coppie eterosessuali: dalla svolta della Corte Suprema del Regno Unito alla necessità di ampliare l'ambito applicativo della legge Cirinnà [Nota a Corte Suprema del Regno Unito del 27 giugno 2018]	1024

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

JOSÈ LUIS IRIARTE ÀNGEL, International and interregional conflicts of laws in relation to the foral civil law of Navarra: successions problems	1047
--	------

PARERI

ALESSANDRO CIATTI CÀIMI, Sull'impugnazione del testamento dell'incapace da parte del tutore 1075

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione* [PASQUALE LAGHI] 1085

CAMILLO VERDE

PROFILI CIVILISTICI
DELLE DIRETTIVE ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

SOMMARIO: 1. Identificazione della fattispecie negoziale. – 2. L'autonomia negoziale alla luce della *self-determination* nella dinamica del diritto e del contratto sanitario. – 3. La struttura dell'atto di autodeterminazione sulle decisioni sanitarie. – 4. La persona legittimata a decidere sul trattamento sanitario in caso di sopravvenuta incapacità: il c.d. «paziente». – 5. Gli eventuali sostituti con funzioni rappresentative: il fiduciario quale «procuratore sanitario». – 6. *Segue*. L'amministratore di sostegno. – 7. Il contenuto tipico d'ordine sanitario ed i limiti alla libertà di disporre mediante le direttive anticipate. – 8. Il contenuto atipico delle DAT. – 9. Forma, documento e regime di pubblicità del biotestamento. – 10. Riflessioni conclusive.

1. È noto che la figura del testamento biologico è stata coniata alcuni decenni fa a séguito degli sviluppi, anche rapidi e di notevole consistenza, della scienza e dell'arte medica soprattutto nella esperienza nordamericana con il *living will*, traducibile letteralmente in testamento di vita.

Si tratta in sostanza di un documento redatto da persona capace di agire e capace di intendere e di volere la quale, in previsione di un sopravvenuto improvviso stato di incoscienza che le impedisce di esprimere la propria volontà sul trattamento medico (il c.d. consenso informato), e quindi di concorrere con proprie decisioni sui procedimenti diagnostici e su quelli terapeutici proposti dal terapeuta di turno o dalle strutture sanitarie di competenza, dà indicazioni *ad hoc*.

In tal caso le disposizioni contenute nel testamento biologico superano questo limite di incapacità fisio-psichica. Infatti, l'atto giuridico emesso in un momento di lucidità mentale getta un ponte tra questo momento e quello in cui debbono essere effettuate in concreto le scelte sui trattamenti sanitari da praticare alla stessa persona dichiarante. Conseguo che le difficoltà provocate dalla sopravvenuta incapacità d'intendere e volere sono superate dalle decisioni prese proprio in previsione del sopraggiungere di una eventuale incapacità¹.

¹ P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2003, p. 319 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, I, Torino, 2012, p. 206 ss.; L. MINGARDO, *Incontro alle Sirene. Autodeterminazione e*

Il diffondersi di questo fenomeno, soprattutto nella realtà anglosassone, e poi in altre esperienze nazionali, ha sollecitato l'esigenza di utilizzare uno strumento adeguato ed uniforme che potesse far transitare quelle scelte dal mondo sanitario a quello giuridico, e quindi dalla sistemazione fattuale a quella di taglio legislativo istituzionalmente idoneo a normare la materia, non piú esclusivo appannaggio della professione medica.

Il fenomeno è stato affidato, in tal modo alla eteronomia, che tende a contemperare, nel rapporto giuridico del contratto sanitario, la posizione di autonomia del paziente con la posizione del medico nella quale è insita l'*auctoritas* professionale, una autorevolezza sulla quale, in verità, solo in parte la *self-determination* del paziente può incidere. L'eteronomia, soprattutto legislativa, attenua il «naturale sbilanciamento» dei valori dedotti nel campo della negoziazione sanitaria². Questa inevitabile confluenza di posizioni della parte privata con la parte medica respira, fra l'altro, il clima dell'ordine pubblico normativo posto anche dall'art. 32, comma 1, cost., perché la salute è un bene che appartiene a ciascun individuo ma è, contestualmente, un bene che interessa la collettività, quindi a rilevanza pubblica, il cui esercizio è affidato al sistema sanitario nazionale.

Le prime esperienze sono state sperimentate nelle fattispecie connesse alle ipotesi di malati terminali su un duplice versante: nel primo, si consente al paziente terminale di esprimersi in tema di suo trattamento sanitario nel tempo in cui insorgesse una condizione fisio-psichica di incoscienza, che da una parte impedisce di essere informato adeguatamente e dall'altra parte di maturare e di manifestare il suo consenso o il suo dissenso sulle scelte diagnostiche e terapeutiche; nel secondo versante, si favorisce l'attivazione di un processo di maggior tutela per il medico cu-

testamento biologico, Napoli, 2015, *passim*, ma in particolare p. 5 ss. sul testamento biologico (TB) e sulle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) ed ivi una essenziale rassegna bibliografica; e piú recentemente, un po' prima della recente l. 17 dicembre 2017, n. 219, cfr. V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Riv. succ. fam.*, 2017, p. 637 ss., e in particolare i paragrafi 6 e 7 sul *de jure condendo*; nonché M. PICCINI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo critico sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Rivista di biodiritto*, 2018, p. 121 ss., ed in particolare il paragrafo 3 (pp. 135-146) riguardante le prime valutazioni «critiche» della legge su menzionata.

² D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di testamento biologico, contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016, *passim*, ma in particolare p. 4 ss. relativamente alle tematiche coinvolgenti le due fattispecie negoziali, diverse ma sostanzialmente contigue fra loro quanto a struttura e funzione, come sarà meglio precisato in prosieguo. In dottrina cfr. sul punto anche una precedente indagine svolta da L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, Milano, 2000, *passim*, ma in particolare p. 67 ss. sulle prassi applicative del c.d. testamento biologico.

rante che può invocare a sua discolpa la necessità di dover rispettare la volontà del paziente se non ha attivato per intero i soli protocolli diagnostici e terapeutici di *routine*, soprattutto quando il paziente abbia effettuato scelte di contenuto diverso rispetto a quelle proposte dal medico oppure abbia, eventualmente e preordinatamente, rifiutato, in tutto o in parte le proposte dei sanitari.

Successivamente si è sviluppata l'idea di praticare nuove e più sicure forme di alleanza terapeutica, non sollecitata da problematiche d'ordine contingente qual è spesso la drammatica situazione di un malato terminale, ma con decisioni meditate prese in tempi lontani da eventi patologici solo previsti come possibili o come probabili. In tal caso le scelte sono più ponderate, le ipotesi considerate sono meglio valutate in base ad informazioni più adeguate sui processi diagnostici e terapeutici praticabili, le stesse proposte diagnostiche e terapeutiche, soprattutto quelle di natura analgica, possono essere modulate con maggiore accortezza ed accuratezza, in ordine anche a singoli atti del trattamento stesso ipotizzato sulla base della prevedibilità di interventi sanitari come la nutrizione e/o l'idratazione artificiali³.

Si è così transitati dalla figura del testamento biologico a quelle delle disposizioni anticipate di trattamento, che, come accennato, comportano interventi di più ampio respiro e partono dal presupposto di una decisione che maturi in tempi non strettamente coevi all'insorgere di malattie.

Ove si consideri che, attualmente, il rapporto giuridico sanitario ha subito una rivoluzione copernicana ponendo il paziente al centro del rapporto stesso riconoscendogli il diritto della personalità ad esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso, previa debita ed adeguata informazione, è evidente che la proposta medica può subire in tutto o in parte una sostanziale modificazione, o addirittura può essere preclusa ogni iniziativa al riguardo se alla proposta consegue la non adesione del paziente⁴.

³ Di particolare interesse è l'art. 1, comma 5, della l. n. 219 del 2017 appena citata: la peculiarità di questa disposizione è che essa assegna alla nutrizione artificiale ed all'idratazione artificiale il ruolo di interventi da comprendere fra i c.dd. trattamenti sanitari. È evidente che l'artificialità degli strumenti utilizzati (ad es. l'uso di sondini per la somministrazione di nutrienti o di altri dispositivi medici) è considerata lesiva della dignità della persona, a meno che, nel quadro della pianificazione dei trattamenti sanitari, di cui al comma 1 dell'art. 5 cit., il paziente abbia espresso il suo consenso libero, informato e preventivo attraverso un TB o le DAT.

⁴ È significativa, al riguardo, l'evoluzione del diritto sanitario che da tempo ha abbandonato la tradizionale posizione paternalistica ed ha aperto la via al riconoscimento di un ruolo partecipativo del paziente alle decisioni sulle scelte diagnostiche e terapeutiche che lo riguardano. Questo indirizzo culturale e sociale, che ha preso le mosse dalla Carta costituzionale (artt. 2, 13 e 32) è penetrato nella struttura del sistema sanitario, che, pur avendo una prevalente vocazione pubblicistica, si è aperto agli apporti decisionali del singolo individuo in quanto tito-

Da tutto ciò emerge con chiarezza che il consenso informato appartiene, nell'ottica culturale del civilista, all'elemento volitivo della disposizione testamentaria biologica (il c.d. TB) o delle disposizioni anticipate di trattamento sanitario (le c.dd. DAT), con l'ulteriore non secondaria precisazione che questo elemento caratterizza in modo specifico l'autodeterminazione del destinatario sugli atti diagnostici e terapeutici di natura sanitaria.

Questa ricostruzione fa comprendere che il rapporto fra paziente e medico scivola su un terreno dispositivo diverso da quello anche causalmente emergente dal contratto sanitario proprio dell'impianto normativo tradizionale.

Giova precisare che il regime giuridico del testamento biologico e delle disposizioni anticipate di trattamento sanitario si pone accanto ma non si confonde con il contratto sanitario, benché lo presupponga.

La stessa disciplina della codicistica deontologica medica si colloca, già da tempo, su questo livello valutativo dei fenomeni senza impegnarsi ad indicare la natura dell'atto ma consente di ricostruirne, per i profili civilistici, il carattere negoziale dando rilevanza alla volontà del paziente nelle scelte di adesione o di non adesione o di integrazione alle proposte dei medici sul trattamento sanitario da praticare al paziente medesimo (art. 38 cod. deont. med.).

Sotto questo profilo il consenso informato, che costituisce il presupposto ontologico del biotestamento, è agganciato alla struttura del contratto sanitario vero e proprio; assume il ruolo di elemento costitutivo di un atto giuridicamente rilevante finalizzato ad esprimere la volontà del dichiarante efficace nel tempo in cui è sopravvenuta la sua incapacità naturale. Il disponente, pertanto, dichiara «ora per allora» e tale dichiarazione produce effetti vincolanti per i destinatari, soprattutto per i terapeuti di fiducia e/o per le strutture sanitarie di competenza, pubbliche e private⁵.

lare del «bene salute» e destinatario esclusivo dei trattamenti sanitari, e quindi legittimato ad esprimere il proprio parere e la propria volontà nel merito delle decisioni riguardanti i procedimenti diagnostici e terapeutici che lo riguardano. Questo diritto alla partecipazione attiva al rapporto sanitario si esprime attraverso il principio dell'autodeterminazione negoziale con riguardo anche al contratto di ospitalità intercorrente fra paziente, medico e struttura sanitaria nella forma evoluta rispetto al contratto d'opera intellettuale che intercorre fra paziente e medico. Sul punto in giurisprudenza cfr. Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 7 s., mentre in dottrina cfr. G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, p. 57 ss.

⁵ Nei confronti della locuzione «ora per allora» è stata sollevata la censura di contraddittorietà perché «[...] il sé cosciente detta indicazioni per (e su) il sé incosciente» (L. MINGARDO, *Incontro alle Sirene*, cit., p. 2). In realtà in linea di principio il dato culturale è che i prodotti normativi sono rivolti a regolare il presente ed il futuro, così anche le dichiarazioni negoziali

Questa lettura tendenzialmente sistemica di diritto civile trova conforto nel prodotto normativo vigente connesso ai tradizionali codici di deontologia medica risalenti nel tempo, e trova conferma anche nel piú recente testo deontologico medico risalente al 18 maggio 2014; e, poi, si riscontra un'eco chiara nella stessa l. 22 dicembre 2017, n. 219. Questa legge, infatti, e fra l'altro, assegna una precisa collocazione della disciplina del consenso informato, regolato in particolare dall'art. 1, rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento previste dall'art. 4, fissando una circostanziata valutazione giuridica in funzione degli scopi pratici ai quali i due atti volontari sono destinati, come meglio sarà precisato in prosieguo.

Occorre preliminarmente considerare che le due discipline, quella deontologica medica e quella emergente dalla legge in esame, sono caratterizzate da un comune taglio culturale sugli istituti in oggetto, anche con riguardo alla valutazione delle stesse in termini negoziali della fattispecie dispositiva cui ineriscono.

Inoltre, va puntualizzato che in entrambi i sistemi non c'è traccia di una disciplina destinata al testamento biologico ma solo delle DAT ed in entrambe queste fonti le formalità redazionali ivi tracciate evocano l'impianto culturale dei negozi giuridici unilaterali precludendo all'interprete di ricorrere agli strumenti operativi propri della categoria degli atti giuridici in senso stretto. La disciplina positiva, sia quella consacrata nella codicistica deontologica medica e sia quella proveniente dalla recente l. n. 219 del 2017, registra la presenza di atti giuridici privati nei confronti dei

sono orientate a stabilire, come nel caso in esame, regole sui trattamenti sanitari praticabili per il tempo in cui, in futuro, l'eventuale sopravvenienza dell'incapacità d'intendere e di volere impedisca al disponente di decidere e di esprimere i propri desiderata al riguardo. Peraltro la ricca produzione legislativa straniera e dei paesi europei che hanno già disciplinato ed applicato il testamento biologico (riservato *ab initio* all'uso di una modulistica *ad hoc* presso strutture sanitarie) e le disposizioni preventive di trattamenti sanitari, sospensivamente condizionate alla predetta sopravvenienza conseguente alle fragilità fisio-psichiche in cui versa il disponente che, *ob torto collo* e suo malgrado, ha assunto la veste di paziente esigente di trattamenti diagnostici e terapeutici sanitari, dimostra la presenza del menzionato diffuso principio che supera i limiti della enunciata contraddittorietà. Per l'Italia fino a poco tempo fa persisteva un clima di anomia fino alla menzionata l. n. 219/2017, ma, nel frattempo, i codici di Deontologia Medica, da oltre un decennio, hanno dedicato una buona attenzione ai temi in oggetto, sopperendo in parte alla segnalata lacuna, e, nel contempo, hanno preparato un terreno culturale via via maturo affinché il legislatore, sollecitato anche da istanze ideologiche piú o meno condivisibili, si decidesse a normare una materia di peculiare competenza sanitaria. Su questi aspetti cfr. G. LAURINI, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, Milano, 2000, p. 25 ss.; G. SALITO, *Esperienze straniere*, in AA.VV., *Il testamento di vita e ritorno delle autonomie*, Atti del Convegno tenutosi a Cagliari 23 e 24 gennaio 2004, in *Notariato - Quaderni*, n. 13, Milano, 2005, p. 41 ss., nonché D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di "testamento biologico"*, cit., p.17 ss.

quali «[...] non solo l'atto ma (anche) gli effetti sono voluti dal privato e si producono in quanto voluti»⁶.

Giova ribadire che mentre il sistema deontologico medico non ha carattere di normativa generale, che, come tale, non innova l'ordinamento sanitario vigente, ma riguarda la disciplina della professione medica, la l. n. 219 cit., invece, modifica il sistema vigente integrandolo con la previsione dei principi direttivi sul consenso informato (art. 1) e del c.d. biotestamento nella forma delle disposizioni anticipate sul trattamento sanitario, in previsione di una eventuale incapacità di autodeterminazione (art. 4).

Ferma restando la menzionata distinzione fra i due prodotti nomativi, la scelta di esaminarli entrambi è finalizzata a cogliere un equivalente indirizzo culturale verso la chiarificazione del ruolo del consenso informato in relazione al contratto sanitario e l'incidenza della volontà del paziente sul conseguente procedimento diagnostico e terapeutico non più riservato alla esclusiva ed assorbente competenza professionale del medico.

Peraltro, viene meglio chiarito, in tal modo, il ruolo delle disposizioni anticipate che subentrano ad un consenso non attualmente esprimibile per la sopraggiunta incapacità, consentendo la manifestazione delle scelte personali circa il trattamento sanitario optato dal paziente sulla base di un piano diagnostico e terapeutico voluto dal paziente stesso quando si trovava in condizioni di consapevolezza e di abilità fisio-psichiche.

La codicistica deontologica medica sottolinea che il terapeuta ha l'onere della informazione adeguata sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze.

Inoltre, al medico è preclusa ogni attività sanitaria se non preceduta dalla prestazione documentata del consenso informato e deve desistere se il paziente ha espresso un documentato rifiuto.

Infine, il medico, di fronte ad un paziente incapace, che non è in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso al trattamento sanitario, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso, e cioè della «volontà espressa in precedenza»⁷.

⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 134 s. Sulla stessa linea la tradizione civilistica ben compendiata da P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 89 ss., i quali, per l'appunto, e soprattutto a p. 98, precisano che nell'atto-negozio giuridico «l'autore comunica la volontà, fonte degli effetti (se voluti)», mentre nell'atto in senso stretto «[...] è rilevante soltanto la volontà della dichiarazione».

⁷ In tal senso è il vigente orientamento culturale emergente dal codice deontologico medico del 2014: cfr. art. 38, in relazione all'art. 20, relativo al procedimento sull'alleanza terapeutica.

Sulla stessa linea culturale si situa la l. n. 219 che, *in primis*, consolida il dato giuridico del mutamento del sistema sanitario con l'espresso richiamo ai fondamenti costituzionali *ex artt.* 2, 13 e 32 Carta costituzionale ed agli artt. 1, 2 e 3 della Carta UE, nel senso che il rapporto medico-paziente registra una equivalenza di posizioni per cui anche il destinatario dei trattamenti sanitari è titolare del diritto di partecipare alle scelte mediche diagnostiche e terapeutiche che lo riguardano, rifiutando quelle propostegli e indicando quelle più consone ai propri desiderata.

Questo sistema si presenta coerente al prodotto normativo generale vigente, giusta le norme costituzionali e quelle di diritto europeo, prese in considerazione dalla stessa legge in commento, ed è altresì coerente anche alle norme della vigente deontologia medica sopra segnalata.

In ultima analisi si può tranquillamente constatare che il testamento biologico e le contigue disposizioni anticipate di trattamento offrono un quadro confortante sugli esiti del menzionato prodotto culturale per il quale attualmente si è consolidato il principio di autodeterminazione nel processo evolutivo del diritto sanitario, anche con riguardo al profilo civilistico del rapporto.

2. *In primis* il testamento biologico e, successivamente, l'atto contenente le disposizioni anticipate di trattamento, subentrato al primo ed ora unica fattispecie negoziale vigente⁸, si strutturano come forme di autodeterminazione terapeutica preventiva aventi le caratteristiche proprie dell'atto negoziale di tipo unilaterale implicanti decisioni dell'«ora per allora».

Si tratta, infatti, di documenti che contengono un programma di tipo sanitario avente efficacia operativa nella ipotesi di una sopravvenuta incapacità naturale (non ignota al diritto civile giusta l'art. 428 c.c.), tale da impedire al disponente di esprimere il consenso o il dissenso informato, in tutto o in parte, sul menzionato trattamento sanitario.

Giova puntualizzare che entrambi gli atti suddetti sono finalizzati a rendere attuale un consenso informato manifestato prima del sopraggiungere dell'incapacità di intendere e di volere ma efficaci per tutto il tempo del permanere delle situazioni fisio-psichiche inadeguate a far esprimere al

⁸ Per quando riguarda la terminologia alcuni aa. utilizzano indistintamente testamento biologico e direttive anticipate di trattamento cfr. L. D'AVACK, *Norme in materia di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2018, p. 179; altri in linea con le presenti riflessioni, operano una distinzione per sottendere che le DAT hanno invero un contenuto più ampio e rappresentano l'evoluzione del testamento biologico cfr. prima della l. n. 219 del 2017 V. VERDICCHIO, *o.c.*, pp. 643 e 644 e più recentemente G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2302.

paziente la sua volontà in merito al trattamento sanitario proposto dal medico e/o dalla struttura sanitaria di competenza che di regola ricalcano i protocolli sanitari vigenti per il caso considerato.

Alla luce delle riflessioni espresse in tema di identificazione delle due fattispecie «testamento biologico» e «disposizioni anticipate di trattamento», è opinione diffusa che ci troviamo di fronte ad un «negozio giuridico unilaterale *inter vivos*» avente per oggetto la salute e la vita stessa del disponente, la cui efficacia è differita ad un momento successivo coincidente con il verificarsi di un evento determinato, vale a dire il prodursi di uno stato di incapacità antecedente alla morte⁹; mentre, per quanto riguarda le disposizioni anticipate di trattamento, il momento suddetto si incardina nella situazione di incapacità antecedente a quello in cui il disponente si troverà eventualmente in stato di incoscienza che gli impedisce «l'espressione di volontà attuali» secondo quanto prescrive il vigente codice di deontologia medica¹⁰.

Nel panorama dottrinale non mancano diversi orientamenti di pensiero per i quali nella materia *de qua*, se è vero che il principio di autodeterminazione ha una copertura costituzionale *ex artt.* 2, 13 e 32, e che lo stesso contratto sanitario si innesta in questo impianto costituzionalmente previsto, garantito e tutelato, appare legittimo transitare dalla *self-determination* agli atti che ne sono l'espressione più lineare e cioè al testamento biologico o alle disposizioni anticipate di trattamento in esame, nell'ordine cronologico su accennato, come meglio chiarito in prosieguo.

In particolare, si è obiettato che i risultati ermeneutici nella materia in esame militano, in verità, verso una valutazione giuridica degli atti sud-

⁹ G. BONILINI, *La successione testamentaria*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, Milano, 2009, p. 76 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015, p. 866. La rilevanza assegnata alla volontà del disponente «giustifica, in una prospettiva *de jure condendo*, la qualificazione del documento in termini di negozio giuridico unilaterale ed unipersonale, con efficacia *inter vivos* sospensivamente condizionato al verificarsi di una condizione di incapacità del suo autore»: così G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche*, cit., p. 145.

¹⁰ Cfr. art. 38 del vigente codice di deontologia medica cit. Va precisato che in questo codice non c'è traccia della fattispecie relativa al testamento biologico ed anche nel testo della l. n. 219 del 2017 cit. si riscontra una analoga omissione: la *ratio* di questa omissione si può ascrivere ad alcune circostanze. La locuzione TB ha avuto una rapida diffusione per il taglio bioetico che la caratterizza ma non è certamente idonea ad identificare il fenomeno, anzi cela una intrinseca contraddittorietà perché, in base ai criteri sistematici, il «testamento» riguarda la regolamentazione della successione *mortis causa* e produce effetti *post mortem*, mentre il TB riguarda la disciplina degli interventi sanitari sui malati terminali su cui di particolare significato la monografia di P. CENDON, *I malati terminali*, cit., pp. 313 e 448. Inoltre, la locuzione di «dirittive anticipate» si è affermata perché più coerente alla struttura dell'impianto fenomenico e quindi più attendibile sul terreno della identificazione giuridica del documento in parola, nonché di più ampio raggio operativo.

detti in termini di atti in senso stretto e non proprio in termini di negozi giuridici unilaterali¹¹.

La distinzione degli atti in senso stretto dagli atti-negozi giuridici è nota alla disciplina generale dell'ordinamento giuridico investendo vari settori dell'ordinamento stesso, da quello pubblico a quello civile. Con riguardo a quest'ultimo settore i risultati e le conclusioni, offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si sono consolidati soprattutto perché fondati su precisi referenti normativi e quindi non affidati alle sole argomentazioni ermeneutiche, che spesso non rispondono ai criteri oggettivi del dato normativo e sono, in modo altrettanto frequente, influenzate da spinte ideologiche o da pregiudiziali culturali più o meno condivisibili.

Sul piano civilistico, oggetto specifico del presente contributo, è consolidata la distinzione fra le due menzionate categorie di atti nel senso che:

a) l'atto giuridico in senso stretto consta di una consapevole dichiarazione di volontà costituente il presupposto ontologico della produzione degli effetti giuridici voluti, stabiliti, programmati, predeterminati, decisi dalla legge per finalità che prescindono dai desiderata del dichiarante, anzi, in alcuni casi, anche contro tali desiderata¹²;

b) l'atto-negozio giuridico, invece, consta di una dichiarazione di volontà diretta a realizzare la produzione di effetti stabiliti dai soggetti agenti (la parte o le parti del negozio stesso), riconosciuti dalla legge in quanto coerenti agli interessi patrimoniali e non patrimoniali degli stessi agenti, garantiti nella loro concreta soddisfazione purché meritevoli di tutela da

¹¹ A. PALAZZO, A. SASSI, *o.c.*, p. 214.

¹² Questa linea interpretativa è stata recepita dalla dottrina prevalente: fra i tanti cfr. P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1988, p. 289; P. PERLINGIERI, *Istituzioni diritto civile*, Napoli, 2003, p. 31; A. TORRENTE, *Manuale diritto privato*, Milano, 2007, pp. 190 e 193; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2011, p. 97. Sugli atti in senso stretto, aventi un taglio non negoziale, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1959, p. 41 ss.; cfr. altresì L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, T.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1, II, Torino, 1987, p. 447 ss., secondo i quali, nella tradizione civilistica, confortata dall'impianto normativo (in particolare dagli artt. 1321, 1322 e 1324 c.c.), si constata che buona parte della dottrina ha sostenuto che «[...] il criterio della necessaria distinzione» tra negozio giuridico e atto in senso stretto si situa nella «[...] direzione della volontà». In base a tale criterio nell'atto in senso stretto rileverebbe la mera volontarietà dell'atto, non il fine giuridico (l'«intento») per cui lo si compie. Nel negozio giuridico «[...] sarebbe invece necessaria la volontà dell'atto sia dell'effetto» (così a p. 449). Da una diversa angolazione V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 35 ss. richiama il ruolo della volontà del dichiarante insita nel concetto del «consenso» e quindi dell'«accordo» nel negozio giuridico bi o plurilaterale, mentre negli atti unilaterali vige la «[...] decisione solitaria del soggetto, non condivisa con nessuno altro soggetto». Sulla stessa linea culturale si collocano A. PALAZZO, A. SASSI, *o.c.*, p. 215 ss., per i quali, a differenza del prevalente indirizzo dottrinale, il testamento biologico è un atto in senso stretto e non un negozio giuridico unilaterale, come è meglio precisato nel testo.

parte dell'ordinamento e tanto nel quadro dell'autonomia privata che la legge riconosce ai titolari portatori degli interessi in negoziazione¹³.

All'interno del sistema negoziale assume un ruolo fondamentale il riconoscimento dell'autonomia negoziale (arg. ex 1322 c.c.) come espressione della libertà, costituzionalmente prevista e garantita, come libertà di compiere il negozio, di determinazione del contenuto dello stesso, di concludere negozi utilizzando quelli già previsti (tipici) oppure nel crearne nuovi (atipici), di stabilire gli elementi accidentali, di utilizzare le forme libere salvi i casi di forme vincolate, di libertà di scegliere collaboratori anche con funzione sostitutiva del titolare dell'interesse negoziato ed infine di libertà di scelta degli altri stipulanti al negozio¹⁴.

In tema di testamento biologico si collocano due correnti di pensiero.

Per alcuni il testamento in parola è un negozio giuridico unilaterale, anche quando il disponente procede alla designazione di un fiduciario deputato a garantire l'esecuzione del testamento mediante l'esercizio di poteri sostitutivi del paziente incapace naturale¹⁵.

Altri ritiene, invece, come già accennato, che nella fattispecie in esame ricorra la natura di atto in senso stretto.

Per la prima opinione appare evidente che il paziente, in previsione di un impedimento non solo possibile ma soprattutto probabile (in questa sede le informazioni adeguate fornite dal medico o dalle strutture sanitarie sono decisive per la formazione di una volontà seria e consapevole), decide intorno ai trattamenti diagnostici e terapeutici ai quali intende essere o non essere sottoposto durante il tempo di disabilità fisiopsichica che lo rende inidoneo ad esprimere il suo consenso informato ai trattamenti sanitari coerenti o comunque esecutivi dei protocolli medico-sanitari ed in ogni caso a subire interventi diagnostici e curativi, scelti dal terapeuta di turno incaricato di accogliere, assistere e curare il paziente.

Per la seconda opinione, al contrario, nella specie, si riscontra la sus-

¹³ Cfr. D. BARBERO, *Rilevanza della volontà del negozio giuridico*, in AA. VV., *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, *passim*; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992, *passim*, ma in particolare p. 89 ss.

¹⁴ P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur. it.*, IX, Roma, 1988, dove si registra che l'autonomia negoziale implica anche la libera gestione del proprio esistente personale, che, attualmente, ha un chiaro riscontro nell'autodeterminazione nella scelta dei trattamenti sanitari (cfr. artt. 5 c.c., 2, 3, 13 e 32, l. n. 219 del 2017 cit. e 38 del vigente codice deontologico medico).

¹⁵ G. CAPOZZI, *o.u.c.* Parte della dottrina ha ricondotto il testamento biologico nello schema del contratto di mandato: cfr. M. M. PORTIGLIATTI-BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1990, p. 9. Sul punto cfr. anche G. SALITO, *Testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 198 s.

sistenza di un fenomeno che implica la presenza di attività giuridica in senso stretto.

A tal proposito si è sottolineato che il consenso si innesta in un rapporto esistente e cioè «[...] nel contratto concluso in precedenza dal malato con il medico e con la struttura sanitaria. La sua funzione è in questa ipotesi quella di consentire la produzione di effetti giuridicamente predeterminati (da norme autonome), eliminando una situazione impeditiva al compimento della prestazione medica: questa funzione è propria dell'atto in senso stretto, o perlomeno ad esso tradizionalmente ricondotta»¹⁶.

Da questa ricostruzione segue il corollario che il consenso stesso «[...] si configura come condizione necessaria e sufficiente affinché il regolamento negoziale possa produrre integralmente i suoi effetti»¹⁷; e tanto anche sul presupposto che il consenso assume, nella fattispecie in esame, un duplice taglio operativo: *a*) da una parte, infatti, esso «[...] è espressione di autonomia privata piena quanto a libertà di determinazione»; *b*) e dall'altra parte, e nel contempo, esso è espressione di una «autonomia limitata»¹⁸.

Si tratta di una ricostruzione suggestiva ma non è esente da obiezioni critiche.

Il recente intervento legislativo non offre alcun dato di diritto positivo a fondamento della prospettata opinione, che, a rigore, ed *in primis*, appare artificiosa nel ritenere che il consenso si scinda su due livelli, l'uno di piena autonomia (afferente la libera e consapevole decisione del dichiarante) e l'altro di limitata autonomia in relazione al regime giuridico degli effetti, perché questi sono coinnestati al contratto concluso dal paziente col medico o con la struttura sanitaria. In secondo luogo, di questo duplice profilo non c'è traccia nella disciplina del Codice di Deontologia Medica né nel testo della l. n. 219 del 2017.

Per quanto attiene alla disciplina deontologica medica è *jus receptum* che il medico, nel caso in cui il paziente non sia in grado di esprimere la propria volontà sul trattamento sanitario (diagnostico e terapeutico) che lo riguarda, deve tener conto delle scelte manifestate in precedenza dal paziente. In particolare, è previsto che il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza che sia stato acquisito il consenso informato del paziente debitamente documentato (in forma scritta) e deve tener conto altresì della manifestazione anche di un dissenso o del rifiuto

¹⁶ A. PALAZZO, A. SASSI, *o.c.*, p. 215.

¹⁷ A. PALAZZO, A. SASSI, *o.l.u.c.*

¹⁸ A. PALAZZO, A. SASSI, *o.l.u.c.*

precedentemente manifestato, e tanto nel rispetto dell'autonomia riconosciuta al cittadino.

Da questo apparato normativo, pur nei ristretti limiti operativi derivanti da una disciplina destinata alla sola professione medico-sanitaria, emerge con chiarezza la *rilevanza della volontà del paziente* sul trattamento sanitario della sua persona quando sopraggiunge una situazione di disabilità che la rende naturalmente incapace d'intendere e di volere sul trattamento suddetto.

In poche parole, il medico o la struttura sanitaria devono tener conto della volontà del paziente, tanto è vero che non si possono intraprendere, né è consentito proseguire le procedure diagnostiche o gli interventi terapeutici, senza la preventiva acquisizione del consenso del paziente, prioritariamente e debitamente informato.

Se il paziente è capace di intendere e di volere la predetta acquisizione si realizza nel contesto degli eventi legittimanti l'intervento medico (art. 35 cod. deont. med.) altrimenti ci si attiene alle risultanze decisionali emergenti dal biotestamento, se redatto e documentato nelle prescritte forme.

Vero che il medico deve sottoporre a verifica le disposizioni anticipate parametrando alla congruenza logica e clinica in atto ed ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria, ma ciò non modifica l'impianto concettuale che accompagna la fattispecie (cfr. art. 38, comma 1, cod. deont. medica e art. 4, comma 5, l. n. 219 del 2017).

Questo impianto, infatti, prevede che da una parte l'operatore sanitario deve considerare la rilevanza della volontà del paziente sul trattamento sanitario da questi scelto (di adesione ai protocolli proposti, oppure di adesione solo parziale, oppure di scelta diversa da quelli proposti fino anche al rifiuto, e comunque sempre nel rispetto dei limiti posti dal sistema sanitario: arg., in particolare, ex artt. 34, 35, 36 e 38 cod. deont. med.); dall'altra parte il medico non è tenuto ad una applicazione automatica della volontà del paziente ma deve sottoporla al vaglio della «[...] congruenza logica e clinica con la condizione in atto» valutando altresì la coerenza delle scelte sanitarie «[...] al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria» (art. 38, comma 3, cod. deont. med.).

In questo contesto normativo è chiara che la previsione della volontà del paziente è diretta ad incidere in modo significativo sul percorso diagnostico e terapeutico praticabile, consentendo al paziente stesso di decidere ad ampio raggio fino al totale rifiuto delle pratiche medicali, decisioni che, pertanto, non possono non essere valutate dal medico stesso.

Nel caso in cui il medico disattenda, senza motivazione alcuna o con motivazione generica ed insufficiente, quanto voluto dal malato, scatta *ex jure* la responsabilità disciplinare, oltre ovviamente a quella civile e penale quando ne ricorrano i presupposti.

In linea di principio la l. n. 219 del 2017 cit. regola le «disposizioni anticipate di trattamento» nel sistema dell'autodeterminazione del paziente alla quale inerisce «[...] la volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari» (art. 4, comma 1, legge testé cit.).

È consolidato l'orientamento per il quale il principio di autonomia privata, riconosciuto dal sistema civilistico (arg. *ex art.* 1322 c.c.) avente anche una consolidata copertura previsionale e di tutela costituzionale (per il diritto sanitario cfr. in particolare gli artt. 2, 13 e 32 cost.), consiste nel potere del soggetto di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale e ciò inerisce all'impianto logico che supporta le attività negoziali contrattuali, non contrattuali ed unilaterali.

Le disposizioni anticipate di trattamento e dunque lo stesso testamento biologico si inquadrano, pertanto, nella categoria dei negozi giuridici unilaterali¹⁹ perché la volontà del dichiarante è diretta ad incidere sul contenuto delle proposte relative al trattamento sanitario scelto dal medico o dalla struttura sanitaria, sia pure con limiti operativi di cui in prosieguo.

Trattasi di una volontà teleologicamente destinata a realizzare uno scopo previsto e programmato dalla parte anche a completamento dei protocolli sanitari registrati nelle proposte contrattuali scelte e formulate dai medici deputati alle cure del paziente ad essi affidato, prospettando, ad esempio, particolari modalità applicative delle proposte stesse.

Gli atti in esame, pertanto, presentano un impianto concettuale e strutturale che ricalca lo schema tradizionale del negozio giuridico identificabile nel sistema positivo rappresentato, come già accennato, dalla normativa vigente e cioè dal codice deontologico medico e dalla l. n. 219 del 2017, che postulano una simile prospettiva culturale e concettuale di autoregolamentazione sul trattamento sanitario in oggetto.

È chiaro, inoltre, che l'autodeterminazione si innesta nel sistema con-

¹⁹ In tal senso, in modo decisamente chiaro, G. CAPOZZI, *o.c.*, p. 866, il quale precisa che l'efficacia dell'atto «[...] è differita ad un momento successivo coincidente con il verificarsi di un evento determinato, vale a dire il prodursi di uno stato di incapacità psichica antecedente alla morte». Va precisato che sulla base della legislazione vigente l'evento condizionante è dato dalla sopravvenuta incapacità naturale o incapacità di agire che precludono l'esercizio del potere di esprimere il consenso o meno al trattamento sanitario a prescindere della previsione clinica della morte del paziente (che può anche non essere né temuta né imminente).

trattuale sanitario intercorrente fra medico e paziente, dove rileva la necessità del rispetto della disciplina generale posta in tema di contrattazione/negoziazione, come ad es. quella relativa alla legittimazione soggettiva, alla forma dell'atto, al contenuto autoregolamentato avente una propria incidenza nell'assetto degli interessi in gioco²⁰.

Appare evidente che in questo quadro operativo del contratto sanitario il consenso informato appartiene alla struttura portante ed esistenziale della fattispecie negoziale in considerazione e non può essere degradato ad elemento accidentale del contratto medesimo: consegue che già il ruolo del testamento biologico ed ora quello delle disposizioni anticipate di trattamento si innestano nel contratto sanitario e lo completano, in tutto o in parte, rispetto agli originari protocolli diagnostici e terapeutici, di competenza degli operatori professionali. Il paziente, pertanto, può aderire, in tutto o in parte, alle scelte mediche (manifestando il suo consenso), può non aderire, rinunciando o rifiutando le scelte mediche diagnostiche e terapeutiche (esprimendo in tal modo il suo dissenso), può prospettare le proprie letture interpretative dei risultati delle ricerche e quindi indicare modalità applicative delle cure ritenute più opportune al suo caso specifico, può comunicare il proprio giudizio sui piani terapeutici indicati da terapeuti di turno o dalle strutture ospedaliere, il tutto anche con il supporto di consulenze mediche di fiducia. Va precisato, e ribadito, che la libertà partecipativa al trattamento sanitario da parte del paziente non è assoluta né illimitata perché, comunque, essa si impatta con le esigenze dell'ordine pubblico normativo, che ineriscono al diritto sanitario ed allo stesso diritto civile per i profili di tutela della dignità della persona fisica (arg. ex art. 32 cost.)²¹. In tal senso è orientata la disciplina dell'autodeterminazione ai sensi della recente l. n. 219 del 2017, ed in particolare arg. ex art. 1, commi 1, 2, 6 e 7 della legge medesima.

3. Si è precisato che, al pari del testamento biologico, le vigenti disposizioni anticipate di trattamento sanitario costituiscono i nuovi strumenti giuridici sanitari caratterizzanti il riconosciuto potere-diritto di ciascun individuo di partecipare, dopo adeguate ed idonee informazioni, alle scelte dei trattamenti sanitari praticabili sulla sua persona, e tanto nel clima giuridico posto dalla previsione normativa del consenso informato, da cui emerge che il paziente non è un passivo e modesto destinatario delle scelte e delle decisioni dei medici.

Il testamento biologico, come si è già fatto cenno, è sorto nella prassi

²⁰ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 85.

²¹ G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 1068 ss.

negoziale del diritto anglosassone, soprattutto nordamericano, per effetto della esperienza maturata nel campo della evoluta cultura medica, e definito con la locuzione *living will*, traducibile letteralmente in testamento di vita, con rilevanza bioetica²² e nel linguaggio corrente identificato come testamento biologico²³.

Progressivamente l'esperienza si è indirizzata verso la figura, più raffinata delle *advance directives* secondo le quali, a prescindere della presenza di stati patologici in corso che hanno motivato le decisioni del malato sul suo trattamento sanitario, l'individuo può decidere sul menzionato trattamento in anticipo in previsione o nel semplice timore del sopraggiungere di una improvvisa incapacità (ad es. un trauma da incidente stradale) che precluderebbe all'individuo stesso di manifestare il proprio volere nel merito.

In questo secondo caso non viene presupposta la presenza di un malato terminale né di un paziente affetto da una malattia la cui gravità giustificerebbe l'atto testamentario del tipo TB, ma di una persona *compos sui* la quale dichiara al proprio medico che non intende in tutto o in parte ricevere trattamenti sanitari in caso di perdita della capacità di agire o della capacità di intendere e di volere.

L'individuo, insomma, prevedendo il sopraggiungere di due accadimenti co-presenti sulla sua persona, e cioè una malattia che lo rende naturalmente incapace (arg. ex art. 428 c.c.) e l'impedimento ad esprimersi sui trattamenti sanitari che lo riguardano, decide su questi «ora per allora» colmando la lacuna, e prolungando gli effetti della decisione negozialmente presa in precedenza in condizione di consapevolezza libera e cosciente, decisione che gli operatori sanitari sono tenuti a rispettare.

Le *advance directives* si sono tradotte, giuridicamente, nelle menzionate DAT le quali concettualmente comprendono anche le disposizioni contenute nel TB, pur rimanendo una differenza, ancorata alla diversa evoluzione dei due atti come si sono formati nella prassi sanitaria specialmente americana ed anglosassone.

Il TB, come è noto, è stato concepito in relazione alla presenza di una malattia già in corso, accompagnata dalla *probabilità* che il «paziente» perda la capacità d'intendere e di volere, di qui la scelta preventiva sui trattamenti sanitari praticabili secondo il volere del malato, previa, ovviamente, adeguata informazione professionale del medico o della struttura sanitaria. Le DAT, invece, rappresentano la naturale evoluzione dello schema

²² F. D'AGOSTINO, *Parole di Bioetica*, Torino, 2004, p. 166 ss.

²³ Sul testamento biologico la letteratura è ormai imponente. Ci si limita a segnalare A. PALAZZO, A. SASSI, o.c., p. 206 ss. e L. MINGARDO, *Incontro alle Sirene*, cit., p. 127 ss.

logico che caratterizza il testamento biologico per ampliarne il raggio d'azione nel senso che le direttive formulate in via anticipata prescindono dal presupposto della presenza di una patologia in atto, chi le manifesta, quindi, può essere una persona già ammalata (paziente grave o anche non grave) oppure una persona perfettamente sana (quindi un non paziente). Il fondamento psicologico di questa scelta è il timore attuale della futura eventuale insorgenza, anche improvvisa (si pensi ad un incidente stradale), di una malattia debilitante delle capacità fisio-psichiche dell'individuo tale da precludergli la comprensione degli eventi che lo hanno colpito e delle informazioni che gli vengono fornite, e da impedirgli di manifestare il suo consenso agli accertamenti sanitari e di esprimere il suo parere positivo o negativo sulle cure praticabili.

Le DAT hanno superato i confini segnati dalla cultura che ha inventato e sorretto teoricamente il TB, facendo giustizia degli equivoci provocati da una terminologia inadeguata: la parola «testamento», infatti, anche nel diritto anglosassone ha una collocazione sistematica che inerisce alle successioni *mortis causa*, e quindi una giustificazione ed una funzione anche pratica ben distante dal *living will* e, per il diritto italiano, dall'atto negoziale *ex art. 587 c.c.*

In realtà, è opportuno rammentarlo, nella prassi operativa dell'arte medica anglosassone è stata concepita la figura del testamento in parola, che, progressivamente, si è trasformata nella figura delle direttive anticipate, avente un taglio culturale di tipo giuridico.

Nel sistema italiano persisteva fino a poco tempo fa un silenzio normativo da più parti censurato, mentre il codice deontologico medico del 2014, vigente, sviluppando una precedente intuizione registrata già nell'analogo codice del 1998²⁴, prevede la rilevanza delle «dichiarazioni anticipate di trattamento» nell'art. 38 così rubricato, culturalmente coerente al testo normativo *ex lege* n. 219 del 2017 anticipando, di fatto, l'attuale disciplina giuridica.

Entrambe le fattispecie presentano una struttura simile. Cambia, a rigore, solo il presupposto soggettivo, nel senso che nell'uno rilevava il ruolo di un «paziente» che dispone, nelle altre, invece, è una persona fisica «anche non paziente» che si esprime attraverso le DAT. Conseguenza di ciò è che, allo stato attuale, le espressioni «testamento biologico» e «DAT» sono considerate, in fatto ed in diritto, sinonimi.

Entrambe, inoltre, si presentano come negozi giuridici unilaterali *inter*

²⁴ Cfr. G. PIANA, *Bioetica. Alla ricerca di nuovi modelli*, Milano, 2002, p. 165 ss. (in particolare sul ruolo del consenso informato p. 201 ss.).

vivos con rilevanza bioetica²⁵ e sono teleologicamente finalizzate a realizzare lo scopo pratico specifico di conseguire l'adozione e l'applicazione di un trattamento sanitario, diagnostico e/o terapeutico, con la partecipazione del paziente nei limiti segnalati.

Giova ancora considerare che dall'impianto giuridico esistente, benché scarso ed insufficiente, emerge l'indissolubile nesso tra l'autodeterminazione (che evoca civilisticamente il senso ontico dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c.) e il concetto costituzionale della libertà personale (art. 13 cost.). In particolare, in dottrina e nelle poche norme in materia risulta accentuato il ruolo della volontà del disponente che incide non solo sull'atto in sé ma che costruisce il contenuto regolamentare del medesimo: trattasi di una volontà tesa a realizzare lo scopo pratico di contribuire alla regolamentazione delle procedure sanitarie (diagnostiche e terapeutiche) segnalando indirizzi operativi ritenuti più adatti alle opportunità o alle necessità del dichiarante. Si tratta, ovviamente, di interessi meritevoli di ampia tutela da parte dell'ordinamento positivo perché inerenti al bene salute dell'individuo. Non a caso la l. n. 219 del 2017 nell'art. 1 richiama espressamente gli artt. 2, 13 e 32 cost., nonché gli artt. 1, 2 e 3 della Carta UE: norma che regola il consenso informato come espressione tipica dei diritti della libertà personale e fondamento logico dell'autodeterminazione²⁶.

Questo impianto normativo, a prescindere dal diverso profilo effettuale (generale per la legge, speciale e limitato per il codice deontologico medico), registra un comune modo di valutare – come già accennato – la fenomenologia del biotestamento e conferma, supportandolo, un orientamento culturale del *conditor legis* coerente al diffuso panorama dottrinale e giurisprudenziale²⁷.

²⁵ Nel codice di deontologia medica risalente al 1998 si registra, nell'art. 34, comma 2, una chiara esperienza normativa, ancorché relegata all'interno dell'esercizio della professione sanitaria, riferita all'*autonomia del cittadino* (in tal senso è rubricata detta norma), per la quale «il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso». Questo contenuto dispositivo viene riprodotto negli stessi termini letterali nella redazione del comma 4 dell'art. 38 (rubricato *Autonomia del cittadino e direttive anticipate*) del codice di deontologia medica del 2006. Successivamente, con il vigente codice del 2014, cit., le tematiche sul biotestamento sono state riprese, riconfermate e meglio articolate con l'art. 38 (rubricato *Dichiarazioni anticipate di trattamento*) precorrendo, *expressis verbis*, la l. n. 219 del 2017 istitutiva delle *Disposizioni anticipate di trattamento*, ed in tal senso è rubricato l'art. 4 della detta legge.

²⁶ Non a caso la giurisprudenza costituzionale definisce le scelte di fine vita, in quanto espressione dell'autodeterminazione, come un vero e proprio diritto costituzionale (Corte Cost., 20 marzo 2009, n. 85, in *Giur. cost.*, 2009, p. 774 ss.). Se ne deduce che tale diritto può esprimersi ed essere esercitato anche attraverso lo strumento giuridico del negozio giuridico unilaterale, come già riferito nel testo.

²⁷ Va sottolineato, *per incidens*, che il sistema sanitario ha subito una evoluzione decisiva

Tracciato per sommi capi il profilo evolutivo del fenomeno che è transitato dalla figura del testamento biologico a quello delle DAT – giusta la disciplina della novella del 2017 che, per l'appunto, ignora la prima figura giuridica – appare evidente che l'enunciata distinzione è stata superata e restano operative, nel vigente sistema positivo, le sole DAT.

Queste, pertanto, possono essere redatte in ogni tempo, con le intuibili difficoltà sulla identificazione del termine di efficacia, e comunque da qualsiasi persona, a prescindere dalla condizione di paziente e di non paziente, purché capace di agire e, soprattutto, anche capace di intendere e di volere, come prescritto dall'art. 4, comma 1, della citata l. n. 219 in esame.

Va puntualizzato che questo impianto disciplinare registra, altresì, il rispetto degli schemi degli atti negoziali per le DAT, soprattutto per il riconoscimento di un rilievo decisivo del duplice profilo della volontà del disponente orientata sia all'atto in sé sia anche, e contestualmente, al contenuto dispositivo del documento e cioè allo scopo pratico di assistenza sanitaria perseguita. Il testo della legge in esame, infatti, si caratterizza per la proclamazione di vari diritti fra cui, ed, in particolare, il diritto al consenso libero ed informato (art. 1, comma 1) su cui si basa la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico (art.1, comma 2), il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informato in modo adeguato e completo riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici ed ai rischi degli accertamenti e dei trattamenti sanitari proposti e prospettati dal terapeuta (art. 1, comma 3).

Il paziente, quindi, ha diritto di partecipare, attraverso il proprio consenso, alle scelte sanitarie riguardanti la sua persona ma anche di esprimere il dissenso, nelle forme del rifiuto o della rinuncia, in tutto o in parte, a qualsiasi accertamento diagnostico e/o ai trattamenti curativi prospettati dal terapeuta in relazione alla sua patologia (art. 1, comma 5).

È contemplato, altresì, il diritto di revocare, in qualsiasi momento il consenso prestato, anche se la revoca comporti l'interruzione del trattamento già intrapreso (art.1, comma 5, secondo alinea).

La stessa norma dell'art. 1, nel comma 1, prevede il diritto di ciascuno

con il riconoscimento dell'autodeterminazione che, sulla spinta soprattutto della giurisprudenza, ha provocato un rinnovato rapporto sanitario, favorendo il riequilibrio dei ruoli dei principali attori del rapporto medesimo, e cioè del medico e del paziente, ferme restando le differenze competenziali dell'uno e dell'altro nella dinamica del rapporto stesso (Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 122). Questo indirizzo culturale ed operativo trova il suo fondamento nell'impianto costituzionale del diritto sanitario ed in particolare nell'art. 32, comma 2, cost. (cfr. A. SIMONCINI, E. LONGO, Sub art. 32, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 655 ss.).

a partecipare al rapporto sanitario tra paziente e medico con la facoltà di formulare e di eseguire le cure condivise, trattandosi di materia non piú affidata alla sola competenza discrezionale della parte medica.

Questo impianto normativo, confortato anche dalla menzionata codicistica deontologica medica citata, registra *claris verbis* che le DAT presentano una struttura analoga ai negozi giuridici soggettivamente unilaterali, probabilmente atipici²⁸, e comunque fuori dello schema degli atti in senso stretto²⁹. Conseguo, da ciò, che l'indagine sugli elementi strutturali degli atti contenenti le DAT non può non seguire le indicazioni normative emergenti, sotto il profilo della rilevanza dell'elemento della volontà negoziale, dagli artt. 1322 e 1325 c.c. nella misura della loro compatibilità (arg. *ex art.* 1324 c.c.) con le caratteristiche peculiari degli atti in esame. Non va disatteso che questi respirano il clima del diritto alla salute ed il connesso dovere di tutelarla, diritto e dovere che ineriscono al sistema dei diritti umani, implicanti, fra l'altro, la gestione del corpo di ciascun individuo, come emerge dall'impianto costituzionale (cfr. artt. 2, 13 e 32) e, civilisticamente, dall'art. 5 c.c. letto, interpretato ed applicato in base agli *input* culturali ed evolutivi della Carta costituzionale³⁰.

4. L'approccio alle tematiche sulla individuazione della persona fisica legittimata ad esprimersi sui trattamenti sanitari in caso di sopravvenuta incapacità è, *in primis*, la persona destinataria dei predetti trattamenti e, cioè, quella deputata a gestire il proprio esistente fisio-psichico perché titolare dell'interesse alla sua salute e, come tale, legittimata all'autodeterminazione nel quadro del sistema del diritto sanitario. Questa persona è, altresí, legittimata a ricevere le informazioni sul suo stato di salute, a manifestare la sua volontà di accettare o meno le proposte diagnostiche e terapeutiche del medico e della struttura sanitaria, dichiarando il proprio consenso o il proprio dissenso (in tutto o in parte), e, se del caso, a for-

²⁸ In dottrina si registrano ampi contributi. Per tutti cfr. G. CERVALE, *Il consenso informato dell'avente diritto*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto sanitario*, Pisa, 2016, p. 179 ss.

²⁹ Sul rapporto medico e paziente, in relazione alla rilevanza non solo degli artt. 2222 e 2229 ma anche dell'art. 2236, applicabile in via analogica, cfr. Cass., 18 novembre 1997, n. 11440, in *Giust. civ.*, 1997, p. 2206.

³⁰ Ci si riferisce agli impianti codicistici della deontologia medica del 1998, del 2006 e quello vigente del 2014, che presentano un profilo evolutivo consolidato del sistema sanitario abbastanza avanzato, tanto è vero che è "circolata l'opinione" di ritenere sufficiente la predetta codicistica, proponendo di non impegnare il legislatore su un terreno dove lo scontro di opposte pregiudiziali, anche ideologiche, avrebbe favorito una anomia disciplinare di cui si è fatto cenno, e registrando oggettive difficoltà nel progettare leggi (cfr. l'analisi delle problematiche a cura di D. CARUSI, *Tentativo di legislazione*, cit., p. 85 ss.), consegnando un prodotto normativo non limpido e di non agevole applicazione.

mulare anche le proprie controproposte purché coerenti all'impianto del diritto sanitario vigente.

Dal punto di vista civilistico il compimento di una attività negoziale esige il riscontro di due forme di capacità che rendono idonea l'attività stessa a produrre gli effetti previsti e voluti, o quanto meno solo voluta l'attività in sé lasciando all'ordinamento la previsione e la decisione circa gli effetti.

Le due capacità che concorrono a stabilire il presupposto della ritualità e della validità dell'atto testamento biologico o delle disposizioni anticipate di trattamento sono la capacità di agire e la capacità d'intendere e di volere.

In tal senso si pronuncia l'art. 4 della l. n. 219 del 2017 cit. secondo il quale «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminazione, può attraverso le D.A.T., esprimere la propria volontà in materia di trattamenti sanitari».

Questa disciplina è in linea con le analoghe indicazioni previste nel vigente e menzionato Codice di Deontologia Medica che, nell'art. 32, espresamente prevede i doveri del medico nei confronti dei «soggetti fragili» e più esattamente si riferisce alle seguenti persone: «il minore, le vittime di qualsiasi abuso o violenza e la persona in condizioni di vulnerabilità e fragilità psico-fisica, sociale o civile, in particolare quando ritiene che l'ambiente in cui vive non sia idoneo a proteggere la sua salute, la dignità e la qualità di vita».

Questo testo normativo offre uno spessore di tutela di più ampio raggio rispetto ai criteri normativi segnalati dalla legge in esame. Il concetto giuridico di «fragilità» è una sintesi verbale che evoca le incapacità di agire e di intendere e di volere ma ha un più ampio raggio operativo perché si estende oltre i confini delle menzionate incapacità. La fragilità investe le persone capaci di agire e dotate in astratto di capacità d'intendere e di volere *ex art. 428 c.c.* ma che, per la loro condizione fisica (ad es. menomazioni invalidanti) e/o psichica (ad es. il sofferente psichico) versano in variabili e discontinue difficoltà del pieno discernimento, con segni di squilibri comportamentali tal che esse sono repute persone «diverse».

Vero tutto ciò, ma è altrettanto vero che, comunque, queste esigenze da parte della società e del relativo ordinamento giuridico forme di tutele appropriate, con esclusione della pronuncia di una incapacità che pone l'individuo ai margini del consesso sociale e giuridico.

Il concetto di fragilità richiama, in sintesi, quello di disabilità e postula una condizione di «debolezza» psico-fisica che rende difficile alla persona poter attendere alla cura di se stesso e/o dei propri interessi e, nel contempo, le fa correre il rischio di essere facile preda di raggiri truffaldini e

di violenze private da parte di consociati delinquenti e profittatori delle altrui difficoltà esistenziali.

Come noto, il legislatore è già intervenuto su questo terreno di tutela delle enunciate «diversità», «fragilità» e «disabilità» attraverso l'istituto dell'amministrazione di sostegno prevista dall'art. 404 ss. c.c. che, per l'appunto, contempla fra le difficoltà esistenziali meritevoli di sostegno anche «l'infermità [...] fisica e psichica»³¹.

Su questa direttiva culturale e giuridica si colloca, altresì, anche la novella del 2017 in esame che nell'art. 3, comma 4, fa opportuno richiamo all'amministratore di sostegno per le problematiche relative al consenso informato ed alla idoneità sostitutiva del paziente sulla manifestazione di detto consenso, come sarà meglio precisato in prosieguo.

Giova richiamare l'attenzione sulla circostanza che la menzionata l. n. 219 del 2017 non prende affatto in considerazione la capacità giuridica perché questa è incardinata nella soggettività giuridica e quindi nella titolarità delle situazioni giuridiche soggettive. La capacità giuridica costituisce il centro d'imputazione di interessi e di attività, esprime «[...] l'attitudine ad essere titolari di situazioni giuridiche rilevanti»³².

Al riguardo è significativa un'autorevole opinione secondo la quale «l'adozione di una rubrica dedicata alla capacità ha soltanto lo scopo di raccogliere in una esposizione sistematica i più generali modi d'essere della soggettività giuridica»³³.

In questo clima culturale si innesta un processo evolutivo che assegna alla capacità giuridica il ruolo di accogliere nel proprio seno i diritti esistenziali meritevoli di tutela assoluta e più esattamente i diritti umani percepiti culturalmente e recepiti formalmente nei testi costituzionali nazionali, che si correlano ai valori giuridici proposti e decisi con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo³⁴.

³¹ Sull'istituto dell'amministrazione di sostegno, che integra e completa il panorama degli strumenti posti a protezione delle persone deboli, fragili, carenti di piena autonomia, fra i molteplici contributi, cfr. U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004, p. 225; A. FIORINI, *La funzione di ausilio dell'istituto non determina modifiche allo status*, in *Guida dir.*, 2006, p. 32; G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 924 ss.

³² G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1996, p. 68 ss. (e spec. nota 135) e p. 174 ss. ed in particolare p. 179 sulla identificazione della soggettività giuridica agganciata alla capacità giuridica, con la precisazione che «l'identità è sicura, ma deve essere mediata dalla ripartizione delle persone negli *status* di appartenenza». Sulla medesima linea ermeneutica L. BIGLIAZZI GERI, *o.c.*, p. 102 secondo la quale «tra la capacità giuridica e la soggettività il rapporto è di sostanziale identificazione».

³³ A. FALZEA, voce *Capacità giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss.

³⁴ La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo è stata approvata nell'Assemblea Ge-

Questo testo normativo ha consentito di riconoscere una capacità giuridica universale, cioè propria di ciascun individuo, nella quale si situano i diritti umani in quanto espressione di diritti propri, originari e naturali di ciascuna persona fisica in quanto appartenente al genere umano. Significativo al riguardo l'indirizzo culturale del processo interpretativo dell'art. 16 disp. prel. c.c. secondo il quale i diritti civili sono subordinati al rispetto della reciprocità mentre per i diritti umani non opera questa subordinata³⁵.

Orbene il diritto alla salute, enunciato dall'art. 32 cost., è un diritto umano, la cui tutela non è subordinata alla sussistenza della reciprocità, viene imputato al nucleo esistenziale della capacità giuridica di tipo universale senza limitazione derivante dal sesso, dall'etnia, dalla lingua, dalla religione, dalle opinioni politiche, dalle condizioni personali e sociali, dalle nazioni di provenienza. In linea con questo indirizzo cultural-giuridico l'apolide pacificamente è ammesso alle cure sanitarie in quanto essere umano. Ciascun essere umano, in quanto tale, ed a prescindere dalle diverse qualificazioni formali identificative della persona, è dotato di una ca-

nerale dell'O.N.U. il 10 dicembre 1948, alla conclusione del primo cinquantennio del XX secolo che ha assistito inerme alla grave violazione dei diritti umani. Significativa la disposizione dell'art. 6 secondo la quale «ogni individuo ha diritto in ogni luogo al riconoscimento della sua personalità giuridica» e cioè alla capacità giuridica che si innesta nella struttura logica della dignità umana: non a caso è riconosciuto appartenente alla categoria dei diritti umani il diritto alla salute ed al benessere fisio-psichico ed alle cure mediche (art. 25). In linea con questi *input* culturali si colloca anche il Trattato di Nizza del 7 dicembre 2000 contenente la Carta Europea dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, fra i quali spicca l'art. 35, rubricato «Protezione della salute» e stabilisce che «[...] ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali», norma che significativamente risulta inserita nel Capo IV intestato «Solidarietà»

³⁵ Va segnalato che dall'impianto culturale, che ha motivato il menzionato sistema normativo internazionale, ha fatto capolino un rinnovato orientamento di pensiero che da una parte sostiene la tesi della presenza di una cittadinanza universale (cfr. G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, *passim*) e dall'altra parte la tesi della presenza di una parallela capacità giuridica universale (cfr. B. DEL VECCHIO, *Capacità giuridica e di agire. Profili evolutivi*, Cassino, 2004, p. 34 ss.). In entrambi i casi si tratta di sintesi verbali tese a promuovere risposte di natura precettiva più che programmatiche come quelle prospettate dalle due menzionati fonti (dell'ONU e dell'UE). In particolare con il riconoscimento della capacità o soggettività giuridica universale dell'individuo si agevola il procedimento d'imputazione della universalità dei diritti umani a ciascun essere umano e, per ciò, la capacità giuridica in senso universale assume il ruolo di minimo comun denominatore per il riconoscimento dell'appartenenza dei diritti fondamentali ai singoli ed *ex jure*, mentre la capacità giuridica prevista, in particolare, negli ordinamenti statuali ed in quelli intermedi, costituisce lo strumento per riconoscere la soggettività giuridica di ciascun individuo per un determinato ordinamento, una sorta di *password* per l'accesso all'ordinamento stesso (B. DEL VECCHIO, *o.c.*, p. 27).

pacità giuridica propria, originaria in quanto inerente all'*humus* umano in quanto tale³⁶.

Consegue che la legittimazione a decidere ed a pronunciarsi con le disposizioni anticipate di trattamento sanitario spetta a ciascun essere umano in quanto tale, pertanto riguarda anche lo straniero e l'apolide, purché presenti sul territorio dello Stato italiano (residenti, domiciliati o dimoranti), anche se la presenza non sia accompagnata da alcuna preventiva autorizzazione: ad es. nella fattispecie di una persona extra-comunitaria clandestina coinvolta in un incidente stradale e ferita, la quale, in quanto persona in sé, non può non essere un avente diritto alle cure sanitarie del caso³⁷.

La legge in parola, come si è già accennato, si limita a stabilire la *legitimitas ad acta* della persona fisica titolare del diritto alla sua salute ed alla sua salvaguardia, senza ulteriore delimitazione definitoria. La lettera della legge, infatti, identifica il "paziente" come titolare della facoltà di disporre sui trattamenti diagnostici e/o terapeutici come emerge, ad esempio, dall'art. 1, commi 2, 4 e 6, dall'art. 4 comma 6, dall'art. 5, commi 1, 2, 3 e 4, *et cetera*.

Tutto ciò è giuridicamente possibile perché, va ribadito, la salute psicofisica è un diritto che inerisce «[...] al profilo essenziale della persona umana»³⁸, ma occorre una precisazione al riguardo. La figura del «paziente» appartiene sostanzialmente alla prassi terminologica dell'arte medica innestata nel sistema del diritto sanitario. La disciplina positiva vigente in tema di direttive anticipate riprende questo dato terminologico per significare due qualificazioni del soggetto "paziente", e cioè quella della persona già ammalata, vale a dire un paziente clinicamente in atto, e quella della persona fisica in buone e normali condizioni di salute che, nel timore del verificarsi del sopravvenire di una malattia e della perdita della capacità di consentire o meno sui trattamenti sanitari praticabili sulla sua persona, dispone in via anticipata in tema dei predetti trattamenti³⁹.

³⁶ B. DEL VECCHIO, *o.c.*, p. 34 ss.

³⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 360 ss. annovera il diritto alla salute nella fenomenologia dei diritti essenziali dell'essere umano.

³⁸ Sulla «salute» come diritto costituzionale contenuto nell'ordine pubblico normativo, e quindi come diritto fondamentale dell'individuo la cui tutela, nel contempo, costituisce un interesse della collettività, cfr. A. SIMONCINI, E. LONGO, *o.l.c.* Sulla stessa linea culturale, da una angolazione civilistica, cfr. P. PERLINGIERI, *o.l.u.c.*, il quale, fra l'altro, puntualizza che la «salute» è «[...] esprimibile non soltanto dal punto di vista strettamente sanitario ma anche da quello comportamentale, sociale ed ambientale» (p. 361).

³⁹ Il testo della recente normativa sul biotestamento conforta e consolida il predetto orientamento: questo testo, fra l'altro, colloca le direttive anticipate nel quadro del processo cultu-

5. L'art. 4 della l. n. 219 del 2017 prevede che l'autore delle DAT, purché maggiorenne e capace di intendere e di volere, può indicare «[...] una persona di sua fiducia che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» in caso di sopravvenuta incapacità, disabilità, fragilità della persona autrice del c.d. bio-testamento.

L'incarico a rappresentare le esigenze e le istanze sanitarie è subordinato alla condizione del sopraggiungere l'inidoneità del paziente a poter gestire la sua posizione fisio-psichica nel rapporto sanitario con il medico e/o con le strutture sanitarie di competenza.

Alla luce del menzionato disposto normativo è evidente che la relazione di fiducia intercorrente fra l'autore delle DAT e il destinatario dell'incarico rappresentativo in esame costituisce il presupposto ontologico del rapporto giuridico intersoggettivo avente natura di diritto civile. È chiaro, infatti, che il fiduciario assume, nella economia del rapporto civile, il ruolo di rappresentante volontario del disponente delle DAT; ed è altresì chiaro che l'atto con cui si procede alla nomina del fiduciario ed all'affidamento dei poteri rappresentativi, a cominciare dalla *contemplatio domini*, ha la natura giuridica della procura.

È, infatti, *jus receptum* che il «potere rappresentativo si basa [...] sul rapporto personale e fiduciario che il rappresentante intrattiene con il rappresentato»⁴⁰. Va sottolineato che anche nella relazione rappresentativa opera il paradigma del principio autonomistico ex art. 1322 c.c. non alterato né deviato dalla presenza del fenomeno della sostituzione soggettiva di una persona (il rappresentante) nella gestione di un interesse facente capo ad altra persona, della quale, peraltro, si spende anche il nome (il rappresentato)⁴¹.

Questo meccanismo operativo si riscontra anche nella fattispecie in esame tra il fiduciante ed il fiduciario: infatti anche il fiduciario, in quanto rappresentante, fa le veci del titolare dell'interesse alla cura sanitaria del fiduciante, suo rappresentato, per cui l'esegesi e l'interpretazione dell'art. 4 cit. non possono che seguire gli indirizzi ermeneutici già sperimentati e collaudati dalla consolidata tradizione civilistica in tema di rappresentanza

rale favorevole alla pianificazione delle vicende personali (cfr. artt. 4 e 5 della legge in commento: non a caso quest'ultimo articolo è rubricato *Pianificazione condivisa delle cure*). Questo indirizzo normativo è stato preceduto dalla dottrina: cfr., fra i tanti, E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali. Dall'amministrazione di sostegno al testamento biologico*, Milano, 2004, p. 40 ss.

⁴⁰ Così testualmente si pronuncia V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 261.

⁴¹ V. ROPPO, *o.l.u.c.* Nello stesso senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Milano, 1984, p. 87 con riguardo alla rappresentanza volontaria, ma avanza dubbi relativamente alla rappresentanza legale.

ex artt. 1387 e 1704 c.c. sul terreno della compatibilità di queste due norme di spiccato impianto civilistico con il diritto sanitario nel quale la componente pubblicistica è prevalente.

Giova, preliminarmente, precisare che, nel silenzio della legge, la rappresentanza in esame non può che essere diretta, nel senso che il fiduciario non può che spendere «esclusivamente» il nome del fiduciante. È *jus receptum* che la *contemplatio domini* ha dato luogo ad un ampio dibattito, soprattutto dottrinale, tra chi ritiene che l'incarico di agire in nome e per conto del rappresentato implica il compimento di attività giuridica e materiale inerenti alla dichiarazione di volontà di farsi rappresentare⁴², e chi, invece, si orienta verso la tesi che postula la dichiarazione negoziale autonoma rispetto a quella che contiene il regolamento degli interessi oggetto dell'incarico e che, pertanto, l'incarico di agire inerisce non tanto al dato volitivo suddetto ma all'evento regolamentare dell'interesse altrui oggetto dell'incarico fiduciario⁴³.

A parte la discutibilità di questa scissione operata all'interno della struttura della dichiarazione di volontà fra l'atto di volizione (l'intenzione di «incaricare») e l'atto di spendere il nome altrui (la *contemplatio domini*), nella fattispecie in esame l'interesse sostanziale dedotto nel negozio rappresentativo è il trattamento sanitario del rappresentato che, per sua natura, inerisce allo *status* fisio-psichico proprio ed esclusivo del fiduciante rappresentato. Conseguenza che la rappresentanza in esame non può che essere diretta, implicante necessariamente la spendita della persona del fiduciante e che, inoltre, è impensabile un mandato *in rem propriam* ex art. 1723 c.c.

Il contenuto dell'incarico, pertanto, consiste nell'affidamento di una duplice facoltà: l'una di sostituire il fiduciante-paziente, con l'effetto del subentrare al posto del paziente nelle relazioni con il medico e/o con la struttura sanitaria; l'altra di gestire il trattamento sanitario della persona del detto fiduciante-paziente.

Inoltre, l'incarico in esame può essere eseguito solo nel tempo in cui il fiduciante non è capace di intendere e di volere, si trovi cioè, in condizioni di impedimento ad autodeterminarsi nelle contrattazioni sanitarie. In questi casi il paziente non è idoneo ad agire sul piano legale, e questa situazione è contemplata dall'art. 3 della l. n. 219 in commento, oppure versa in stato di incapacità naturale ex art. 428 c.c. comprensiva delle disabilità e delle fragilità.

⁴² F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 266.

⁴³ S. DELLE MONACHE, *La "contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, *passim*, ma in particolare p. 12 ss.

Si tratta di quelle situazioni nelle quali il paziente, per sopravvenuta malattia, non è in grado di recepire e/o capire le comunicazioni e le informazioni mediche sul suo stato di salute né è in grado di esprimere la propria volontà sulle procedure diagnostiche e sugli interventi terapeutici segnalati o proposti dal medico e/o dalle strutture sanitarie.

Il fiduciario fa le «veci» e «rappresenta» il biotestatore, ne è procuratore o mandatario, ed ha quindi il potere di inserirsi legittimamente nella negoziazione inerente i contratti sanitari, può, pertanto, spendere la volontà del suo rappresentato, oltre che il suo nome, in tutte le fasi del procedimento negoziale⁴⁴ e quindi nella fase prodromica, in quella preparatoria, in quella della concertazione dei contenuti specifici del contratto correlati allo stato di salute del paziente, nonché in quella della esecuzione degli interventi diagnostici e di quelli terapeutici concordati.

In questo procedimento di formazione e di attuazione del contratto il fiduciario è legittimato ad esprimere il consenso, il dissenso, il rifiuto, la rinuncia e quant'altro si appalesa utile nell'interesse del paziente. Il fiduciario ha di certo il potere di ricevere, durante tutto l'iter del procedimento contrattuale sanitario, le informazioni comprensibili e complete sullo stato del procedimento stesso con particolare riguardo al grado di evoluzione dei processi diagnostici e terapeutici e quindi del decorso clinico; ha altresì la facoltà di chiedere e di ricevere la documentazione sanitaria (si pensi, ad es. alla copia della cartella clinica) e le certificazioni mediche ed amministrative del caso.

Questa complessa attività rappresentativa comprende, pertanto, non solo gli atti espressamente indicati nell'atto di conferimento dell'incarico rappresentativo ma anche gli atti giuridici e materiali che si connettono all'incarico medesimo e che costituiscono lo sviluppo consequenziale⁴⁵ dei trattamenti sanitari oggetto del contratto all'uopo stipulato.

L'impianto normativo, per tanto, rileva in capo al fiduciario un potere rappresentativo diretto del biotestatore, il quale comunque resta, in siffatto rapporto, l'autore e l'attore principale in quanto titolare dell'interesse sanitario oggetto delle DAT.

⁴⁴ Sulla figura del fiduciario delegato e quella del fiduciario esecutore cfr. D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di "testamento biologico"*, cit., p. 90 ss.

⁴⁵ È *jus receptum* che l'incarico rappresentativo comprende anche le attività complementari necessarie e comunque funzionali al compimento dell'incarico medesimo: in giurisprudenza cfr. Cass., 5 maggio 1989, n. 385, in *Giur. it.*, 1989, p. 1770; Cass., 28 febbraio 2000, n. 2149, in *Massimario*, 2000, p. 1222; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27335, *ivi*, 2005, p. 2264; in dottrina cfr. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, Libro IV, Tomo III, Torino, 1962, p. 536 s.; A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato dir. priv.* Rescigno, XII, Torino, 1984, p. 43 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 77 s.

Consegue che il fiduciario riceve l'incarico della «gestione qualificata degli affari altrui non solo per conto dell'interessato, ma anche direttamente efficace per il medesimo», e con rilevanza esterna, tanto è vero che l'incarico comporta *ex jure* l'attuabilità di relazioni con il medico e con la struttura sanitaria, interlocutori essenziali del contratto sanitario stante la loro competenza terapeutica diagnostica⁴⁶, implicante l'opponibilità ai terzi, fra i quali anche i familiari del paziente⁴⁷, dei poteri rappresentativi del fiduciario così come assegnatigli dalla *vis legis*. La fonte negoziale di questo potere rappresentativo si incardina nell'atto della «indicazione del fiduciario», equivalente all'atto di una «designazione» o di una «nomina» fatta dal biotestatore nella redazione delle DAT, atto che assume il ruolo simile alla «procura» e che, pertanto, comporta il rinvio agli artt. 1387 e 1388 c.c. Questo impianto normativo evoca l'esperienza dottrinale maturata prima della novella del 2017, che invocava, in mancanza di una disciplina legislativa, l'utilizzo della c.d. «procura sanitaria»⁴⁸ oppure del contratto di «mandato»⁴⁹.

In verità la l. n. 219 cit., all'art. 4, comma 2, prevede che il fiduciario accetti la nomina e ne descrive le formalità, nel duplice alternativo senso che l'accettazione avvenga mediante la sottoscrizione del documento contenente le DAT oppure mediante un atto a parte che dovrà essere allegato al testé menzionato documento. Inoltre, è previsto che copia delle DAT e dell'allegata accettazione siano rilasciate al fiduciario, all'evidente

⁴⁶ Di gestione qualificata tratta F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 206 ss.

⁴⁷ La l. n. 219, in esame, nell'art. 5, comma 2, indica alcuni soggetti legittimati a ricevere informazioni, previo consenso del paziente, sul suo stato di salute, sulle patologie da cui è affetto, sui profili diagnostici e terapeutici praticabili o già praticati, nonché sui rischi e sui benefici conseguenti ai trattamenti sanitari oppure dal rifiuto o dalla rinuncia agli stessi. I soggetti in questione sono i familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia. Per quanto attiene l'ultima figura, quella della «persona di sua fiducia», è agevole riscontrare un profilo critico: infatti, se la persona suddetta corrisponde alla figura del fiduciario, non ha senso la previsione del preventivo consenso del biotestatore essendo questo in *re ipsa*, assorbito cioè dalla nomina di fiduciario e dal contenuto dei poteri conferitigli; se invece gli fosse stato assegnato il compito di persona destinataria soltanto a ricevere le menzionate informazioni, ci troveremmo di fronte ad un soggetto legittimato avente poteri nunciati, e cioè di ricevere ed informare il suo dante causa di quanto ricevuto, con evidente esclusione di poteri rappresentativi nel merito del rapporto sanitario.

⁴⁸ P. CENDON, *I malati terminali*, cit., p. 328 ss.

⁴⁹ E. CALÒ, *Il mandato in previsione dell'incapacità*, in AA.VV., *Il testamento di vita e ritorno delle autonomie*, in *Notariato - Quaderni*, Milano, 2005, p. 75 ss., ma in particolare pp. 116-127 relative a riflessioni di diritto comparato correlato allo Stato del Quebec (Canada) illuminante sulla logica dell'istituto del mandato utilizzabile nella fattispecie dell'incarico dato al fiduciario per l'attuazione e l'esecuzione del testamento in parola.

scopo probatorio dell'esistenza e della consistenza dei poteri e delle facoltà affidate al fiduciario.

Questa normativa non risolve il problema della identificazione esatta della natura del tipo di negozio giuridico in esame, perché mentre la previsione dell'accettazione fa propendere per la presenza di un contratto di mandato, nel contempo non esclude la possibilità di utilizzare il negozio giuridico unilaterale recettizio della procura. Peraltro si è già accennato che, per coerenza sistematica, il contratto di mandato, nel caso in specie, non può che configurarsi come mandato con rappresentanza *ex art. 1704 c.c.* Al di là delle segnalate difficoltà sulla identificazione della natura delle attività negoziali, difficoltà dovute soprattutto ad un evidente stile atecnico del testo normativo, un dato è certo: la complessa fattispecie in esame garantisce all'interprete che la *vis legis* è decisamente orientata ad attuare in capo al fiduciario la figura di un sostituto del paziente nel tempo in cui sopravviene una sua incapacità di intendere e di volere a causa della malattia fisio-psichica di cui è affetto.

Inoltre, alla sostituzione soggettiva si accompagna il potere di spendere il nome durante il procedimento attuativo del contratto sanitario, con particolare riferimento alla manifestazione di volontà sulle procedure inerenti ad accertamenti diagnostici e/o a scelte terapeutiche nonché a singoli trattamenti sanitari secondo gli indirizzi normativi posti dall'art. 4, comma 1, l. 219 in commento.

6. La legge sul biotestamento espressamente richiama e rinvia alla figura dell'amministratore di sostegno, introdotta nel sistema positivo, e con un riuscito innesto delle nuove norme nel tessuto del codice civile, ai sensi della l. 9 gennaio 2004, n. 6.

Questa decisione legislativa appare finalizzata a superare i limiti e le rigidità di un sistema imperniato sulle incapacità di agire e, nel contempo, ad estendere la protezione giuridica anche a categorie di persone che si trovano in situazioni di disagio esistenziale per disabilità, fragilità, debolezze fisiche e psichiche, spesso connesse e conseguenti all'età avanzata: in definitiva tutte quelle situazioni che non sono coperte dalla tutela *ad personam* neppure dall'art. 428 c.c.

L'art. 409, comma 1, c.c., è chiaro al riguardo: «il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza dell'amministratore di sostegno». Questa normativa è stata accolta con favore dalla dottrina⁵⁰ e dalla giurisprudenza⁵¹, an-

⁵⁰ La dottrina ha accolto con favore l'istituto dell'amministrazione di sostegno, per le ragioni chiarite nel testo. Si segnalano, *ex plurimis*, U. MORELLO, *L'amministrazione di soste-*

che costituzionale⁵², perché consente di utilizzare uno strumento giuridico adeguato alle istanze di ciascun individuo, grazie alla sua flessibilità, agilità e duttilità culturale ed operativa⁵³.

La peculiarità dell'istituto è che esso è destinato a prendersi cura non solo del patrimonio ma anche, e ciò attiene maggiormente all'oggetto delle presenti riflessioni, della persona stessa del beneficiario, come emerge *per tabulas* da una serie di segnali disciplinari, ed in particolare dalla lettura «combinata» degli artt. 405, comma 4, e 408 c.c.⁵⁴.

Nel quadro delle predette finalità, e cioè quelle di sostenere il beneficiario nella gestione del proprio esistente patrimoniale e personale, appare evidente che il compito dell'amministratore di sostegno implica anche la competenza ad intervenire nella gestione dei trattamenti sanitari, esprimendosi sulle scelte diagnostiche e terapeutiche, mediante la manifestazione del consenso o del dissenso informato, contribuendo a realizzare la partecipazione del paziente – nei casi e nel periodo di sopravvenuta incapacità d'intendere e di volere – ricostruendone la volontà ed i desiderata secondo lo stile di vita, la personalità, le convinzioni etico-sociali, le propensioni culturali, e quant'altro sia idoneo, nel contesto storico del vissuto quotidiano dell'amministrato medesimo. In effetti nella fase del vuoto

gno (dalle regole ai principi), in *Notariato*, 2004, p. 925 ss.; AA.Vv., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, *passim*, fra cui l'ampio saggio di P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, p. 21 ss.; A. BULGARELLI, *Prodigalità: inabilitazione o amministrazione di sostegno?*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2037 ss.; G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno, artt. 404-413*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, p. 53 ss. ed in particolare, in relazione al testamento biologico, p. 103 ss.

⁵¹ In giurisprudenza cfr. Trib. Pinerolo, 4 e 9 novembre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 579 ss.; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2722. Per gli orientamenti della magistratura di merito e di legittimità cfr. E. MELONI, M. PUSCEDDU, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione, percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, *passim*.

⁵² Corte Cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 13. Per una rapida rassegna delle decisioni giudiziali più significative cfr. MELONI, M. PUSCEDDU, *o.c.*, *passim*, ma cfr. p. 121 ss. sulle tematiche inerenti i trattamenti sanitari delle persone prive di autonomia.

⁵³ È *communis opinio* che l'istituto dell'amministrazione di sostegno tocca un territorio delicato, contiguo alla capacità di agire ma senza incidere su di essa nei termini ablativi come è accaduto con gli istituti della interdizione e della inabilitazione e come tuttora lo si sperimenta. Questi due istituti, nel modo con cui sono stati concepiti, regolati ed applicati, hanno inciso sulla stessa dignità della persona escludendola, in tutto (l'interdizione) o in parte (l'inabilitazione), dal partecipare liberamente al traffico economico giuridico e dalla stessa cura della persona: sul punto cfr. M.N. BUGETTI, R. CAMPIONE, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Codice della famiglia* a cura di M. Sesta, I, Milano, 2009, p. 1659 ss.

⁵⁴ In tal senso S. PATTI, *La nuova misura di protezione*, in AA.Vv., *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 106 ss., ma in particolare p. 109 ss.

normativo sul testamento di vita, dottrina e giurisprudenza, sopra segnalate, hanno fatto ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno per sopperire al menzionato vuoto normativo, utilizzando il percorso interpretativo suggerito dall'art. 408 c.c.⁵⁵.

Il legislatore del 2017, memore di questa esperienza⁵⁶, ha richiamato la figura dell'amministratore di sostegno ex art. 404 c.c. con i compiti di un *fiduciario per la salute*⁵⁷ nell'interesse del biotestatore, giusta il disposto dell'art. 3, commi 4 e 5, della l. n. 219 del 2017 e dell'art. 4, comma 4, della medesima legge.

Per tali motivi appare comprensibile il rinvio operato dalla legge sul biotestamento alla disciplina sull'amministratore di sostegno, in funzione sostitutiva della figura del fiduciario.

In ordine al disposto dell'art. 3 cit. questo afferisce alla posizione degli incapaci assoluti (minori di età ed interdetti) e relativi (inabilitati), che sarà oggetto di alcune riflessioni in prosieguo.

In ordine all'art. 4, comma 4, viene contemplata la fattispecie in cui le DAT non abbiano disposto sulla indicazione del fiduciario oppure, se designato, questi si trovi in condizione di non poter esercitare il mandato affidatogli, o perché vi abbia rinunciato, o per sopraggiunta incapacità di agire o perché deceduto.

In queste ipotesi la norma suindicata stabilisce, innanzi tutto, che i menzionati impedimenti non incidono negativamente sulla validità e sulla efficacia delle DAT per cui il loro contenuto dispositivo può essere tranquillamente applicato con gli accorgimenti stabiliti dalla legge stessa. In particolare, possono essere utilizzate in ogni caso le decisioni espresse dal paziente sui trattamenti sanitari propostigli dal medico o dalla struttura sanitaria (ospedale, clinica privata, studi professionali, ecc.). Pertanto, nel caso in cui sia stato già manifestato il consenso informato o nella ipotesi di un dissenso e di un rifiuto, ovviamente pure informati, sugli accertamenti sanitari e/o sulle scelte terapeutiche, oppure sulla interruzione dei procedimenti diagnostici già iniziati o sulle terapie già in corso di erogazione.

⁵⁵ Il menzionato art. 408, comma 1, c.c. assegna al beneficiario la facoltà di designare l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità». Da questa previsione si sono aperte le porte per l'ingresso della figura del fiduciario della salute molto simile a quella del fiduciario del biotestatore contemplato dalla citata recente l. n. 219/2017. Sul punto cfr. G. BONILINI, *Testamento per la vita ed amministratore di sostegno*, in AA.Vv., *Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 106 ss.

⁵⁶ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2366.

⁵⁷ V. ZAMBRANO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in AA.Vv., *Amministrazione di sostegno, Commento alla legge 9 gennaio 2004 n. 6*, a cura di P. Stanzone e V. Zambrano, Milano, 2004, p. 151 ss.

zione, il medico o l'*equipe* sanitaria è tenuta a rispettare le volontà del biotestatore, sulla base, però, della instaurazione del rapporto medico-paziente con l'interlocuzione di un amministratore di sostegno previo accertamento della necessità di una siffatta interlocuzione.

Questa necessità si impone soprattutto nei casi in cui dalla data della redazione delle DAT al tempo in cui esse possono essere applicate sono mutate le condizioni soggettive del paziente – perché si trova in stato di incapacità di intendere e di volere – nonché le condizioni oggettive, a causa, ad esempio, della scoperta di nuovi procedimenti diagnostici o di nuove terapie più adeguate ad affrontare le patologie da cui è affetto il paziente stesso.

In questo contesto occorre promuovere la procedura presso il Giudice tutelare, territorialmente competente, per la nomina di amministratore di sostegno e con l'attribuzione delle facoltà rappresentative o solo *ad adiuvandum*, come previsto dalla normativa in esame (arg. ex art. 405, comma 5, c.c.)⁵⁸.

7. In precedenza⁵⁹ nel tentativo di ricostruire il contenuto del consenso informato, si sono descritte le scelte dei trattamenti sanitari riservate alla libera determinazione del paziente, scelte che si richiamano anche in questa sede. Transitando, ora, sul terreno del contenuto del biotestamento, come si è già accennato, questo contenuto dispositivo è tratteggiato dalla l. n. 219 del 2017 ed in particolare dall'art. 4, comma 1, secondo il quale attraverso le DAT il biotestatore può «[...] 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».

È evidente che, sulla base delle risultanze normative vigenti, il contenuto dispositivo, di natura negoziale, del biotestamento va individuato nelle discipline sanitarie con riguardo ai tipi ed ai contenuti degli accertamenti diagnostici e degli interventi terapeutici nei quali sono implicate anche le scelte terapeutiche.

Va precisato che le prescrizioni ai fini delle diagnosi, e quindi degli accertamenti diagnostici, delle scelte terapeutiche, così come le prescrizioni di farmaci registrati o, a maggior ragione di quelli non registrati o non

⁵⁸ Il profilo più delicato sta, soprattutto, nel ritenere valida la ricostruzione presuntiva delle presumibili intenzioni della persona beneficiaria del sostegno, nel momento in cui non è in grado di esprimersi a causa delle patologie da cui è affetta. Sul tema cfr., con particolare riguardo alle tematiche del biotestamento, D. CARUSI, *Tentativi di legislazione*, cit., p. 15 ss.

⁵⁹ Cfr. § 2, ultimo cpv.

autorizzati (nei casi consentiti dal codice deontologico medico: cfr. art. 13) sono di esclusiva competenza della professione medica. Nell'economia del contratto sanitario, sia pubblico che privato, il paziente può intervenire e consentire o rifiutare le proposte diagnostiche e terapeutiche, sulla base delle preventive adeguate ed idonee informazioni fornite dalle strutture sanitarie e/o dal medico contraente all'uopo fornite. Conseguenza che il biotestatore, quale paziente in atto o come paziente in potenza, è soggetto allo stesso regime normativo poc'anzi segnalato. Infatti, gli è preclusa ogni scelta autonoma vincolante per il terapeuta, perché solo questi, come precisato poc'anzi, ha la esclusiva competenza sulle scelte e sulle prescrizioni diagnostiche e terapeutiche⁶⁰.

Uno dei problemi più delicati è quello connesso all'efficacia del negozio biotestamentario, attesa la non attualità della volontà manifestata o meglio del riconoscimento di una vincolatività di una volontà non attuale perché risalente ad una esternazione effettuata in tempi lontani rispetto al tempo in cui insorgono le situazioni e cioè il sopravvenire dell'incapacità naturale del disponente nonché l'insorgenza di patologie che esigono trattamenti sanitari, tal che quei trattamenti, considerati nel biotestamento, non sono più coerenti al caso clinico del paziente.

In altre parole, il consenso, il dissenso e le direttive impartite in precedenza non corrispondono più alla logica scientifica ed alla pratica dell'arte medica per il caso concreto e ciò in ragione dei modificati e rinnovati strumenti diagnostici e terapeutici più adeguati evolutisi nel tempo.

Questo mutare delle condizioni cliniche e delle qualità e quantità degli interventi sanitari per la notoria evoluzione delle ricerche scientifiche e tecnologiche, elide in radice ogni corrispondenza fra le decisioni registrate nel biotestamento e le nuove esigenze ed emergenze sanitarie. È evidente che in tali casi le DAT, così confezionate, non possono produrre effetti vincolanti⁶¹.

Di qui l'opportunità, per ovviare ad ogni problematica interpretativa,

⁶⁰ Giova ribadire e sottolineare che il bene «salute» è non solo proprio di ciascun individuo ma anche «bene» inerente agli interessi della collettività e quindi una situazione giuridica partecipe del diritto pubblico e dell'ordine pubblico normativo, secondo l'*imput* costituzionale ex art. 32, comma 1, cost. ed il connesso impianto normativo ex art. 1, comma 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale. Gli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, l. n. 219 del 2017 rappresentano un'eco del predetto quadro sistematico. In tal senso anche l'orientamento dottrinale: cfr. ex *plurimis* G. DE CESARE, voce *Sanità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1989, p. 245 ss.

⁶¹ M. RONCO, *Volontà anticipata e volontà attuale: quale autonomia?*, in AA.VV., *Vita e morte nella cultura etica. Incontri di bioetica. Fondazione F. e M. Caligara*, Torino, 2011, p. 69 ss.; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche*, cit., p. 172 s.

di inserire nel biotestamento un termine finale alla sua efficacia, e tanto nell'esercizio dei poteri inerenti alla *self-determination* (arg. ex art. 1322 c.c.).

Un diverso *escamotage* è quello di affidare al giudice, in sede di procedimento di volontaria giurisdizione, il compito di stabilire le indicazioni opportune al riguardo, consentendo all'amministratore di sostegno di valutare il contesto ambientale e ricostruire la volontà del biotestatore per le necessità del caso specifico. La giurisprudenza si è pronunciata in tal senso⁶² come nel caso della Englaro⁶³.

È pur vero che il consenso informato postula, di regola, la contemporaneità della sua prestazione a quella delle decisioni e delle esecuzioni dei trattamenti sanitari sollecitati dal caso specifico, ma è anche, ed altrettanto, vero che in tutto il sistema giuridico le disposizioni, pubbliche e private, sono proiettate a regolamentare il futuro oltre che il presente, affidandosi ai criteri logici della possibilità o della probabilità del dato futuro in cui incardinare la produttività degli effetti connessi e conseguenti alle decisioni prese e manifestate nelle forme di legge.

Il biotestamento, pertanto, ha per oggetto prevalente, se non addirittura assorbente, «i trattamenti sanitari» da praticarsi nei confronti del disponente «in previsione di un'eventuale futura incapacità».

Consegue che il contenuto suindicato è offerto dall'arte e dalla scienza medica coinvolta nelle scelte e nei procedimenti diagnostici nonché nelle

⁶² App. Roma, 17 aprile 2007, n. 1721, in *Guida dir.*, 2007, p. 54 secondo cui è compatibile con le funzioni dell'amministratore di sostegno il potere di affiancare e sostenere la persona nella cura personale, fra cui la cura della salute; cfr. anche la sentenza Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, p. 10, secondo la quale l'amministratore di sostegno ha anche il compito, nel quadro dei principi di alleanza terapeutica, di supportare le decisioni prese dal beneficiario in tema di trattamenti sanitari, e quindi sostenere anche il rifiuto delle cure formulato dal beneficiario nell'atto di designazione dell'amministratore stesso ex art. 408 c.c., e quindi anche nell'analoga fattispecie del biotestamento ex art. 3, comma 4, l. n. 219 del 2017. Peraltro, è *jus receptum* che il consenso informato manifestato per l'inizio dei trattamenti sanitari può essere revocato dal rappresentante legale debitamente autorizzato (cfr. Trib. Modena, 5 novembre 2008, in *Giur. merito*, 2010, p. 102), e tale indirizzo interpretativo può *de plano* estendersi anche ai ruoli rappresentativi dell'amministrazione di sostegno ed alla figura del fiduciario.

⁶³ Eluana Englaro, giovane ventunenne coinvolta, nel 1992, in un incidente stradale che le provocò un grave trauma cranio-encefalico facendola crollare in un coma profondo seguito da uno stato vegetativo persistente, che è durato fino al 2008, quando venne «staccata la spina» a séguito del decreto della Corte di Appello di Milano, datato 8 luglio 2008, in attuazione dei principi di diritto enunciati dalla Cass., 16 luglio 2007, n. 21748, cit. In sostanza venne anticipata l'attuale disciplina in tema di biotestamento con un intervento di supplenza della magistratura rispetto ad un Parlamento quasi inerte. Per un commento al caso giudiziario cfr. E. CALÒ, *Caso Englaro: La decisione della Corte di Appello di Milano*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1290 ss.

scelte e nelle somministrazioni terapeutiche alla luce dei risultati scientifici in materia.

Tanto è vero che, nel quadro della disciplina del consenso informato, se il medico deve tener conto delle DAT, è altrettanto vero che il paziente «[...] non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 1, comma 6), e che il medico può anche disattenderle «[...] qualora esse appaiono palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale» del biotestatore-paziente (art. 4, comma 5). La scelta di disattendere quelle disposizioni deve comunque incrociarsi con il consenso del fiduciario, altrimenti il conflitto fra medico e fiduciario viene risolto rimettendo la questione al giudice tutelare, che, in sede di giurisdizione volontaria, decide in merito; questi principi possono estendersi, *de plano*, anche alla figura dell'amministrazione di sostegno stante la similitudine dei ruoli delle figure in esame.

In considerazione della circostanza che tra il tempo di redazione delle DAT e la loro esecuzione possono sopraggiungere, grazie a scoperte scientifiche e/o a modifiche dei protocolli sanitari, nuove terapie «[...] non prevedibili all'atto della sottoscrizione» del biotestamento, «[...] capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita», le DAT possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico d'accordo con il fiduciario ed in caso di disaccordo deciderà il Giudice tutelare ai sensi dell'art. 4, comma 5, ultimo periodo, sopra menzionato.

Il biotestamento può contenere le indicazioni sui singoli trattamenti sanitari desiderati e può anche contenere il rifiuto, in tutto o in parte, di «[...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario», nonché la revoca del consenso già prestato. In particolare, il rifiuto può riguardare la nutrizione artificiale e/o la idratazione artificiale, considerati trattamenti sanitari se, per l'appunto, sono somministrati nutrienti mediante «dispositivi medici» che ne qualificano l'artificialità (art. 1, comma 5).

È *jus receptum* che il bene e l'interesse «salute» hanno una duplice dimensione, una privata e l'altra pubblica. Quest'ultima è evidente nella disciplina dei T.S.O. (Trattamenti Sanitari Obbligatori).

In tali casi la tutela della salute assume i caratteri di una tutela d'ordine pubblico giusta l'impianto normativo *ex art. 32*, comma 2, in relazione anche all'art. 13, comma 2, cost.⁶⁴

⁶⁴ In linea di principio l'idratazione e l'alimentazione appartengono, *ex rerum natura*, alla dimensione del sostegno minimo vitale e, quindi, di regola non sono annoverati nella categoria dei c.dd. trattamenti sanitari. Il testo della l. n. 219 in esame, in verità, ha recepito l'*input* culturale emergente dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.) e della

L'obbligatorietà del trattamento elide in radice la rilevanza della volontà privata ed il trattamento sanitario discende direttamente dalla *voluntas legis* (ad es. artt. 33-35, l. 23 dicembre 1978, n. 833).

È chiaro che su questo terreno il medico non è tenuto al rispetto del biotestamento delle DAT, donde l'eventuale suo contenuto si presenta inefficace.

Una situazione analoga, però di temporanea inefficacia delle DAT si riscontra nei casi di interventi sanitari di emergenza e di urgenza (ad es. in sede di pronto soccorso del c.d. «118 - codice rosso»).

In questi casi la legge prevede che i sanitari devono assicurare le cure necessarie «[...] nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla» (art. 1, comma 7). Nella ipotesi in cui il paziente ha perso coscienza e, quindi, versa in stato d'incapacità d'intendere e di volere, è evidente che i sanitari, nella impossibilità di interpellare il paziente e di poter conoscere le eventuale sue volontà registrate in un biotestamento perché il sistema pubblicitario delle DAT non è ancora compiutamente attivato, non possono che procedere all'esecuzione dei protocolli d'urgenza prescritti dal sistema sanitario e compatibili con lo *status* patologico e clinico del paziente⁶⁵.

Va puntualizzato e sottolineato che la *self-determination* delle DAT, espressione della libertà personale costituzionalmente prevista e protetta (art. 13 cost.) si confronta con la facoltà delle scelte diagnostiche e terapeutiche inerenti alla professione sanitaria pure costituzionalmente prevista e protetta (art. 32 cost.). È opinione diffusa che, nella dinamica della dialettica negoziale fra le due parti del contratto sanitario, il medico deve rispettare le DAT ma restano riservate alla sua competenza le scelte diagnostiche e terapeutiche, la cui discrezionalità è limitata dal dovere istituzionale del rispetto del divieto dell'accanimento terapeutico e dell'osservanza di adempiere l'esercizio della professione in conformità dei criteri dell'adeguatezza e della appropriatezza diagnostiche e terapeutiche che il singolo caso esige⁶⁶.

conseguente *jurisdictio* di merito (App. Milano, 9 luglio 2008, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1281 ss.) ed ha disposto che l'artificialità degli strumenti adoperati dal medico o dall'equipe sanitaria per idratare ed alimentare il paziente fa transitare la fattispecie dal ruolo di sostegno vitale a quello dei trattamenti sanitari e, come tali, deducibili ad oggetto delle disposizioni biotestamentarie in esame.

⁶⁵ Sulla correlazione fra diritto sanitario e diritto civile, ed in particolare sui trattamenti sanitari obbligatori, cfr. G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, cit., p. 247 ss. ed in particolare, sui citati TSO, cfr. p. 260 ss.

⁶⁶ La libertà personale e la libertà professionale medica godono entrambe di una copertura costituzionale e, nelle ipotesi in cui le due libertà entrino in conflitto, e che tale contrasto in

8. È opinione comune che le DAT possono contenere anche disposizioni di diverso tipo che non precludono la validità e l'efficacia dell'atto ma, al limite ed in alcuni casi, ampliano il contenuto dell'atto medesimo perché legittimamente il suo autore tende a realizzare scopi pratici anche diversi da quelli istituzionalmente affidati dalla legge al biotestamento.

In verità la l. n. 219 del 2017 non accenna affatto alla possibilità di inserire nell'atto contenente le DAT anche disposizioni del biotestatore su situazioni giuridiche personali, cioè diverse dalle situazioni parimenti personali afferenti i trattamenti sanitari per il tempo in cui il disponente si trova in condizioni d'incapacità naturale. La legge, infatti, tace sul possibile ampliamento del contenuto delle DAT con l'inserimento nell'atto di disposizioni aventi natura patrimoniale e, finanche, *mortis causa*.

La letteratura più recente⁶⁷ non ha riscontrato limiti di carattere sistematico all'inserzione nel biotestamento di disposizioni di carattere atipico, in quanto non appartenenti ai «trattamenti sanitari» nonché alle tematiche riguardanti «[...] il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche o a singoli trattamenti sanitari». Da questo impianto normativo e sulla base dei contributi dottrinali anteriori al testo normativo in esame consegue che il biotestatore ha la facoltà di stabilire il regolamento d'interessi personali e patrimoniali diversi da quelli di natura sanitaria, e tanto nello stesso testo e contesto negoziale e documentale delle DAT.

Le fattispecie atipiche, nel senso sopra precisato, corrispondono a scelte tra le più varie, espressione concreta della libertà di decidere su più aspetti della gestione della persona e del corpo da parte del biotestatore. Le ipotesi possibili sono la decisione sulla donazione degli organi; la scelta sulle modalità di effettuare la sepoltura mediante l'inumazione, oppure la cremazione e la destinazione delle ceneri prodotte dalla cremazione, e quindi la loro collocazione in un particolare sito (urna funeraria e luogo di conservazione, quale ad esempio la tomba di famiglia); la designazione del fiduciario o di più fiduciari con attribuzione di poteri congiunti o di poteri diversificati, oppure di uno o più fiduciari in sostituzione del primo o dei primi nominati; la designazione di un amministratore di sostegno; l'assistenza religiosa e/o l'assistenza psicologica; l'inserzione di un termine finale alla efficacia dell'atto. È ipotizzabile anche la facoltà di disporre sulla

concreto paralizzerebbe l'esercizio dell'una a discapito dell'altra, è necessario procedere su percorsi ermeneutici diretti alla ricerca di scelte sul bilanciamento delle norme e degli interessi in competizione.

⁶⁷ Sulla legittimazione ad inserire nelle DAT disposizioni atipiche, cfr. G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, cit., p. 77; G. SALITO, *Autodeterminazione*, cit., p. 155.

destinazione di beni in conformità dell'art. 2645-ter c.c.⁶⁸, nonché inserire, addirittura, disposizioni di ultima volontà ex art. 588 c.c.

Per quanto attiene all'inserimento nelle DAT di disposizioni testamentarie a causa di morte possono insorgere perplessità sulla compatibilità di un atto unilaterale *inter vivos* (le DAT), ed un atto tipicamente *mortis causa* (le predette disposizioni testamentarie).

Sul punto è stato osservato che, se le disposizioni a causa di morte inserite nel testo contenente il biotestamento risultino conformi a legge, conformi cioè al sistema successorio in cui la forma dell'atto ha carattere assorbente sul valore giuridico dell'atto stesso (art. 601 ss. c.c.), «[...] non si vede per quale ragione la disposizione *mortis causa* non dovrebbe andare ad esito»⁶⁹.

Questa tesi è da condividere, ma con qualche precisazione. L'osservazione appare corretta se si riscontra che l'autore della disposizione abbia avuto la capacità di testare ex art. 591 c.c., che la forma del testamento risponde come scrittura privata al testamento olografo ex art. 602 c.c. oppure, in caso di atto pubblico, sia conforme allo schema testamentario prescritto dall'art. 603 c.c. per il biotestamento.

In queste due fattispecie appare evidente che la forma testamentaria ivi contemplata è coerente alla disciplina della forma prescritta per le DAT «[...] le quali devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata» ai sensi dell'art. 4, comma 6, della l. n. 219 del 2017 cit., sulle quali ci si soffermerà nel prosieguo⁷⁰.

In entrambe le fattispecie la scelta di un formalismo rigoroso, che caratterizza il tipo di veicolazione della volontà dispositiva dell'autore dell'atto, è simile perché in entrambi i casi la forma garantisce una meditata formulazione della volontà negoziale e nel contempo precostituisce la prova dell'esistenza della manifestazione di quella volontà. In entrambi i casi, pertanto, il formalismo assolve al duplice ruolo, «sostanziale» come veicolo di manifestazione e comunicazione del volere negoziale e «processuale» come forma precostituita della prova della sussistenza della volontà testamentaria, ancorché diversificate dal carattere *inter vivos* proprio del biotestamento e dal carattere *mortis causa* per quello testamentario⁷¹.

⁶⁸ Sulla natura dell'atto di destinazione cfr. M. RICCIO, *L'art. 2645-ter e la disciplina dell'atto di destinazione*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia. Trattato teorico pratico*, diretto da P. Stanzone, Torino, 2007, p. 278 ss.

⁶⁹ G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, cit., p. 79.

⁷⁰ Sulle varie forme testamentarie cfr. A. PALAZZO, A. SASSI, o.c., p. 325 ss.

⁷¹ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 829 s., che, peraltro, esprime una rapida e significativa sensibilità critica sull'«eccessivo rigore del formalismo testamentario» (*ibidem*).

Inoltre, anche per il biotestamento si riscontra un impianto normativo che tende a distinguere il menzionato atto come documento, dallo stesso atto come negozio giuridico, che ripropone, al pari di quanto è stato rilevato per la disciplina testamentaria *mortis causa*, «[...] all'interprete l'ampia prospettiva delle interrelazioni tra forma sostanziale e forma della prova del contenuto che trovano il loro punto d'incontro in sede di interpretazione e quindi di ricostruzione della volontà negoziale»⁷². Questo profilo tematico merita una indagine a sé che, allo stato, esula dall'impianto delle presenti riflessioni ricognitive del sistema emergente dalla l. n. 219 del 2017.

Occorre sottolineare che, alla luce dell'impianto normativo emergente dal citato art. 4, comma 6, della legge in esame, e nel quadro disciplinare dei testamenti ordinari (art. 601 c.c.)⁷³, sussiste una evidente compatibilità formale tra il biotestamento e due delle tre forme dei testamenti ordinari e precisamente con il testamento olografo e con il testamento pubblico, con esclusione del testamento segreto.

Per quanto riguarda il testamento segreto, infatti, la procedura di formazione della scheda testamentaria è quella inerente la formazione dell'atto di ricevimento notarile, tenuto conto in particolare di un sistema operativo di sigillatura dei relativi atti-documenti (commi 1 e 3 dell'art. 605 c.c.), tal che prima della morte del testatore è oggettivamente precluso l'accesso ai documenti stessi: ne consegue che la *cognitio* della presenza delle DAT può verificarsi solo quando il biotestatore è deceduto, donde l'inutilizzabilità di disposizioni sul trattamento sanitario che, ovviamente, presuppongono, una persona vivente.

Per quanto attiene, invece, alle altre due forme testamentarie dell'olografo e del testamento pubblico, si può ritenere compatibile la mescolanza delle disposizioni anticipate di trattamento con le disposizioni di ultima volontà. Le uniche criticità si rileverebbero, quanto al testamento olografo, nel fatto che il regime di pubblicità-notizia che accompagna le DAT, ex art. 4, comma 6, l. n. 219 del 2017, rischierebbe di incidere negativamente sul criterio della riservatezza che caratterizza l'olografo⁷⁴; quanto al testa-

⁷² In tal senso si esprime A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1996, p. 620 s.

⁷³ Per una compiuta analisi interpretativa ed esaustiva delle tre forme di testamenti ordinari, in ordine ai quali la letteratura è vastissima, *ex plurimis*, cfr. A. PALAZZO, A. SASSI, *o.l.c.*

⁷⁴ È *jus receptum* che il testamento olografo è un documento redatto, sottoscritto e datato liberamente e di proprio pugno dal testatore, senza la collaborazione e neppure la presenza di terzi, ed ha il pregio della semplicità e della segretezza, sebbene esposto al rischio di smarrimento, di sottrazione e di alterazione. La segretezza non è consacrata da alcuna norma ma è implicita nel carattere della disciplina positiva per il taglio di scrittura privata semplice assegnato

mento pubblico per la confluenza in un unico contesto documentale di disposizioni *inter vivos* con quelle *mortis causa* che potrebbero non essere accolte favorevolmente dalla prassi notarile, soprattutto per le difficoltà pratiche in sede di scissione dei due testi nel momento in cui la richiesta dell'attuazione della pubblicità esige la trasmissione e la consegna della copia delle DAT all'ufficio dello stato civile del Comune territorialmente competente, oppure presso le strutture sanitarie (art. 4, comma 6, cit.).

Per quanto riguarda i testamenti speciali è *communis opinio* che le forme di questi testamenti hanno natura di testamento pubblico⁷⁵, per cui si rinvia a quanto poc'anzi riferito sulla compatibile co-presenza delle due categorie dispositive del biotestamento con la disciplina dei testamenti speciali, di cui agli artt. 609, 611, 616, 617 c.c.

9. La legge dedica parte della disciplina sulle DAT alla forma dell'atto, al documento ed al regime di pubblicità dell'atto, il tutto concentrato nel testo dell'art. 4, e segnatamente nei commi 6 e 7 della l. n. 219 del 2017 cit.

In ordine alla forma, la legge prescrive che abbia «forma scritta», non prevedendo la forma orale, consentita solo per l'atto di revoca nel caso in cui la relativa stesura in forma scritta è impedita da «ragioni di emergenza e urgenza»: per tale evenienza la legge prescrive che il medico raccolga o videoregistri la dichiarazione del paziente con l'assistenza di due testimoni.

Questa scelta legislativa è giustificata dalla esigenza di documentare con sicurezza un atto, qual è il biotestamento, nel quale si esprime oltre al contenuto tecnico sanitario dell'atto, anche la volontà, la cultura, la per-

al documento e per la caratteristica che il documento stesso è conservato e custodito dallo stesso testatore ed in un luogo noto al disponente, donde il menzionato carattere di segretezza, al di fuori della fattispecie documentale del testamento segreto, per il quale la legge prescrive formalità assorbenti, e di certo non tanto semplici (cfr. artt. 604-605 c.c.). Si può tranquillamente sostenere che il testamento olografo presenta il carattere di intensa riservatezza sia in ordine al contenuto delle disposizioni sia con riguardo alla custodia del documento per il quale «non c'è un reale distacco» dal suo autore (cfr. A. PALAZZO, A. SASSI, *o.c.*, p. 326). Inoltre, il deposito dell'olografo presso un notaio, consentito dall'art. 608, comma 1, c.c., è comunque volontario e non necessario, e non altera la natura ed il carattere del documento come scrittura che resta privata semplice e non si converte da atto privato in atto pubblico. Il rigoroso formalismo, a cui è ispirato il sistema testamentario *mortis causa*, non tollerebbe una diversa conclusione interpretativa. La tradizione dottrinale è saldamente ancorata all'esigenza di un formalismo testamentario che è garante dell'inalterabilità del documento e del rispetto, il più sicuro, delle ultime volontà del *de cuius*.

⁷⁵ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 855; G. BONILINI, *Trattato*, cit., p. 360; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 887; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato*, cit., p. 360.

sonalità, i bisogni, le scelte individuali e tutto ciò che umanamente ed eticamente inerisce al contenuto dell'atto. In tal modo si garantisce che l'atto stesso non sia esposto al rischio di una interpretazione non propriamente coerente ai desiderata del disponente, affidandosi ad una lettura fondata su chi ricorda, racconta e riferisce quanto lui ha inteso di quanto verbalmente dichiarato dal paziente.

Peraltro, proprio sulla base di questa esigenza, il legislatore si affida a tre documenti per consolidare la garanzia della riferibilità dell'atto e del suo contenuto dispositivo alla persona del biotestatore, e cioè all'atto pubblico, alla scrittura privata autenticata oppure alla scrittura privata pura e semplice.

Consegue che la volontà dell'autore delle DAT debba essere manifestata in forma scritta, richiesta *ad substantiam*, per la valida esistenza giuridica dell'atto medesimo, confermandosi legislativamente l'indirizzo normativo già registrato nella codicistica deontologica medica⁷⁶.

Emerge, quindi, e *de plano*, che è esclusa la forma orale⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. l'art. 34 cod. deont. med. del 1998 e l'art. 38 dell'analogo codice del 2006. In entrambi i testi è previsto l'onere a carico del medico di rispettare la volontà del paziente «liberamente espressa», ma è più precisa la seconda disposizione, quella dell'art. 38/2006 cit., che, peraltro, è più vicina all'impianto culturale del testo normativo della legge n. 219/2017 in esame. L'art. 38 cit., infatti, nel ribadire l'esigenza del rispetto della volontà del paziente, puntualizza che il medico deve tener conto anche di quanto precedentemente manifestato dal paziente stesso se si trova in condizione di incapacità d'intendere e di volere, purché questa volontà risulti manifestata «in modo certo e documentato». Successivamente sulla stessa linea culturale si colloca il vigente codice deontologico medico risalente al 2016 che dedica un apposito articolo, il 38, alle dichiarazioni anticipate di trattamento «[...] espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successiva ad un'informazione medica di cui resta traccia documentale». In definitiva, la disciplina della deontologia medica, pur non potendo innovare il sistema positivo, perché si tratta di codicistica domestica, ha anticipato il valore culturale che supporta il testo della l. n. 219 del 2017. Sui limiti della disciplina derivante dal codice deontologico medico cfr. E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 925 ss., ed in particolare sono significative le previsioni evolutive del sistema in tema della informazione, del consenso, della libertà del paziente, del rifiuto delle cure e delle direttive anticipate (p. 943 ss.). Appare evidente che la vigente disciplina positiva in esame è stata preceduta da più contributi ricostruttivi dell'impianto evolutivo del sistema sanitario nella relazione medico-paziente e nel complesso quadro normativo, etico e professionale con gli auspici di un più chiaro e sicuro coordinamento dei valori esistenziali coinvolti nel bio-diritto, nella bio-etica e nel corrispondente sistema costituzionale italiano (cfr. le intuizioni di fondo di P. CENDON, *Il settimo libro del codice*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 137 ss.).

⁷⁷ Nel menzionato caso di Eluana Englaro si decise la disattivazione del presidio sanitario, interrompendo la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, sulla base del dissenso a quel tipo di terapie manifestato oralmente e ricostruito sulla base di indizi probatori *de relato*, e cioè sulla base delle dichiarazioni testimoniali di chi le era vicino, e dedotto argomentativamente dallo stile di vita e dalla cultura della paziente, e ciò in mancanza di una manifestazione di volontà in modo certo e documentato. Di qui i dubbi e le posizioni contrastanti sulla decisione

Oltre alla forma scritta documentata con una delle fattispecie documentali contemplate dagli artt. 2699 ss. c.c., la legge contempla anche una terza forma scritta, quella della videoregistrazione o di altri dispositivi, e cioè una forma che inserisce a documenti informatici, elettronici e telematici. L'utilizzo di questa terza forma è dalla legge riservata soltanto per le persone che, per le loro condizioni di disabilità, sono in grado di comunicare soltanto attraverso i menzionati strumenti, e cioè la videoregistrazione e altri dispositivi (art. 4, comma 6, terzo periodo, l. n. 219 del 2017 cit.).

Fra i documenti che contengono in forma scritta le DAT si colloca, come già riferito, «in prima fila», l'atto pubblico, che è quello ricevuto con le formalità prescritte dalla legge dal notaio o da altro pubblico ufficiale, all'uopo autorizzati, e che offre la piena prova di quanto documentato in atto e più esattamente della provenienza del documento dal pubblico ufficiale rogante e della certezza delle dichiarazioni delle parti costitutesi nel rogito nonché dei fatti che lo stesso pubblico ufficiale attesta avvenuti alla sua presenza o da lui compiuti. Si tratta, com'è noto, di un atto-documento che fa piena prova della menzionata provenienza e del contenuto di quanto ivi scritto; è, quindi, uno strumento giuridico che asurge a prova legale che, come tale, limita ogni valutazione discrezionale da parte del giudice, nel senso che il giudice è vincolato al documento (art. 2700 c.c.).

Questo documento, pertanto, offre il massimo della certezza giuridica sulle disposizioni anticipate di trattamento sanitario applicabile nel tempo il cui il disponente è nella condizione di incapacità naturale. Tanto esige la delicatezza di questo atto che coinvolge anche la personalità del biotestatore intorno a decisioni che investono non solo il suo vissuto antropologico e sociologico (con tutte le sue componenti familiari, culturali, religiose, politiche, ambientali, stili di vita ecc.), ma la vita stessa dell'autore, come dato esistenziale, fino all'esito fatale definitivamente irreversibile.

La legge prescrive che le DAT, in caso di disabilità del paziente che non gli consente di accedere ai tradizionali strumenti cartacei, possono essere videoregistrate o inserite in diversi dispositivi idonei alla comunicazione delle volontà biotestamentaria. Questa previsione è in linea con la

della Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. dir.*, 2008, p. 129 ss. In dottrina cfr. le riflessioni critiche avanzate da A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato*, cit., p. 234, i quali all'epoca hanno opportunamente auspicato che «in una materia tanto delicata» è opportuno non affidarsi «[...] ad un procedimento eminentemente presuntivo, con cui si raggiunge una prova indiretta». Questo suggerimento è stato pienamente recepito ed attuato dall'odierno legislatore con la l. n. 219 in commento, che, per l'appunto, dispone che la manifestazione del biotestamento avvenga in forma scritta e su circostanziati documenti aventi rilevanza, ovviamente, probatoria.

menzionata necessità di redigere il biotestamento per iscritto, perché è *jus receptum* che l'utilizzo degli strumenti elettronici, informatici e telematici assolve alla funzione della forma scritta di un atto⁷⁸.

Costituisce, invece, come già accennato, una eccezione alla regola sulla forma scritta degli atti in esame, la previsione della forma orale per la revoca delle DAT ammessa «nei casi di emergenza e urgenza» che impediscono al paziente di potersi esprimere in merito.

In particolare, e limitatamente alla revoca, è consentita dalla legge «[...] una dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni» (art. 4, comma 6, quinto periodo, l. 219 in esame).

Per quanto attiene alla menzionata dichiarazione orale, è evidente che questa si discosta dalla simmetria formale fra atto costitutivo del biotestamento e atto di revoca, mentre per il rinnovo e per la modificazione riprende vigore il principio simmetrico delle forme in materia.

È evidente che i procedimenti per la utilizzazione *in sede materiae* delle forme di videoregistrazione e di altri dispositivi di cui alle due fattispecie contemplate dall'art. 4, comma 6, della l. n. 219 del 2017 cit., debbono essere meglio precisate con apposite norme regolamentari attuative della legge.

È intuibile che, in difetto di una disciplina *ad hoc*, è necessario regolare il procedimento in merito, soprattutto, alla «dichiarazione verbale» contemplata per la seconda fattispecie dell'uso di strumenti informatici di cui al quinto periodo del menzionato comma 6 dell'art. 4 della l. n. 219 in esame. È chiaro che quella «dichiarazione verbale» verrà resa dal paziente, verbalizzata dal medico competente e conservata nei modi che saranno all'uopo da stabilire.

Va inoltre precisato che il verbo «raccolgere» è impreciso ed è, probabilmente, inteso dal legislatore nel senso di «ricevere» in senso tecnico e poi «raccolgere» nel senso di «conservare e custodire».

Dall'elemento «endogeno della forma» del negozio giuridico biotestamentario, che, come accennato, deve assumere in ogni caso la forma scritta onde evitare il rischio di interpretazioni arbitrarie della volontà del disponente, si transita a quello «esogeno del documento» che contiene l'atto negoziale in parola.

⁷⁸ Trib. Mondovì, 7 giugno 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 936. In dottrina cfr. G. NUVOLONE, *Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012, p. 28 ss., che sottolinea il sicuro carattere di forma scritta della scrittura privata autenticata negli atti contenuti nel documento informatico, argomentando anche dagli artt. 1 e 21 del Codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lg. 7 marzo 2005, n. 82.

La l. n. 219 del 2017, come si visto, dispone espressamente che le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata semplice consegnata personalmente dal disponente agli organi della pubblica amministrazione indicati dalla legge e presso i cui uffici restano depositate (art. 4, comma 6, primo periodo, l. n. 219 cit.).

Come si è già accennato, la legge prevede, in casi particolari, che il biotestamento venga espresso attraverso strumenti informatici tal che questi assurgono alla dignità di «documenti» in senso proprio, per cui possono legittimamente contenere e certificare atti e fatti giuridicamente rilevanti, al pari dei tradizionali documenti cartacei (cfr. art. 4, comma 6, terzo periodo, stessa l. 219 cit.).

I primi tre documenti registrano una imponente letteratura che ha ampiamente studiato ed elaborato, insieme con l'altrettanta diffusa giurisprudenza, le problematiche di diritto sostanziale e di diritto processuale afferenti l'atto pubblico, la scrittura privata autenticata e la scrittura privata semplice o non autenticata. La dottrina civilistica, fra cui spicca il contributo della dottrina notarile, ha prospettato tradizionalmente un inquadramento sistematico della disciplina del documento regolato dal codice civile negli artt. 2699 ss. c.c.⁷⁹.

Nel rinviare alla diffusa dottrina e giurisprudenza sulle vaste tematiche inerenti alla disciplina del «documento», che peraltro esulano dalle presenti riflessioni, ci si limita a segnalare i dubbi sollevati da parte della dottrina sull'utilizzabilità del documento pubblico nella ricezione del biotestamento, con particolare riguardo alla legittimazione del notaio a ricevere e redigere un atto il cui contenuto esulerebbe dalle sue funzioni.

Nel caso in specie, il notaio nel ridurre per iscritto la volontà negoziale del biotestatore, si impatta, fin dalla fase istruttoria del rogito, in ostacoli insuperabili che gli impediscono di poter consigliare l'utente e di poter tradurre in termini giuridici la volontà del disponente. L'oggetto del biotestamento è il trattamento sanitario che il disponente desidera e vuole

⁷⁹ In tema di documentazione e di documenti la letteratura è notoriamente ricca e vasta di contributi in tutti i tempi. Ci si limita, in questa sede, a segnalare le intuizioni di F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, nella ristampa anastatica risalente al 1981, curata dalla Scuola di perfezionamento di diritto civile dell'Università degli Studi di Camerino, *passim*, ma in particolare p. 65 s., nonché la più recente e puntuale analisi sulla natura e sulla funzione del documento sotto il profilo civilistico e notarile curata da S. TONDO, G. CASU, *Il documento*, in *Trattato dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, *passim*, ma in particolare p. 152 ss.; infine, sulla documentazione e sui documenti informatici, cfr. G. NUVOLONE, *Instrumentum digitale*, cit., *passim*, ma in particolare per l'atto pubblico p. 201 ss. e per la scrittura privata con firma elettronica autenticata p. 171 ss.

che il medico o l'unità sanitaria debba praticargli nel momento in cui, a causa di una malattia, è incapace di esprimere il suo consenso informato, che viene, in un certo senso, anticipato con l'atto delle DAT.

Il notaio, secondo un orientamento di pensiero, non sarebbe in grado, nella materia *de qua*, di realizzare la «formazione» e la «esternazione in forma tecnicamente corretta della volontà» del disponente, perché egli è un giurista e non un esperto dell'arte sanitaria. Di conseguenza il notaio, durante il percorso istruttorio del rogito non può fornire gli opportuni consigli all'utente della sua prestazione professionale, e poi non è in grado di poter redigere il rogito descrivendone il contenuto in modo coerente alle risultanze sanitarie che sfuggono alla competenza notarile⁸⁰.

Vero che il notaio non è tecnicamente esperto dei trattamenti sanitari, perché esulano dalla sua competenza professionale le tecniche prognostiche e quelle terapeutiche, ma, a rigore, altrettanta incompetenza professionale sussisterebbe per tutte le altre discipline tecniche, come ad esempio quelle inerenti all'ingegneria edile.

Il compito del notaio, invero, è quello di rendere giuridicamente fruibile il contenuto deliberativo delle parti disponenti, previo controllo di legittimità e di liceità di quanto dichiarato, anche con la successiva immisione in circolazione dell'atto rogato o autenticato, sí da renderlo valido ed efficace nonché opponibile ai terzi.

Peraltro, è nota la diffusa ed indispensabile prassi notarile di richiedere l'assistenza di esperti del settore professionale collegato al rogitare: ad esempio in caso di compravendita di beni immobili è «naturale» l'assistenza (esterna) di chi è esperto di edilizia (ingegnere, geometra, ecc.) per cui la verifica catastale e urbanistica del bene è effettuata dal notaio su documentazione predisposta dal tecnico di fiducia delle parti, senza che tale circostanza precluda la ricevibilità di un atto di vendita immobiliare da parte del notaio.

Sicché appare facilmente confutabile l'opinione sopra richiamata in ordine alla incompetenza del notaio a ricevere siffatte disposizioni.

Si consideri, inoltre, e a tacer d'altro, che la legge dispone la ricevibilità del biotestamento con un atto pubblico, e, ritenuto che il detto atto si sostanzia in un negozio giuridico unilaterale di natura civilistica consistente in un documento «[...] redatto, con le richieste formalità, da un notaio», appare chiara la legittimazione *ex lege* del notaio a ricevere ed a redigere il relativo rogito in conformità del disposto degli artt. 47-60 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89, aggiornata dal d.lg. 2 luglio 2010,

⁸⁰ In tal senso G. SALITO, *Autodeterminazione*, cit., p. 167.

n. 110 e, fra l'altro, integrata con l'inserimento dell'art. 52-*bis* relativo all'atto pubblico informatico).

La stessa norma dell'art. 4 l. n. 219 del 2017 prescrive che le DAT possono essere redatte per scrittura privata autenticata. Dall'art. 2703 c.c. emerge che le scritture private autenticate sono quei documenti sottoscritti dalle parti dell'atto e che le sottoscrizioni sono autenticate da notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato (primo comma) ed inoltre che l'autentica consta dell'attestazione del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza, previo l'accertamento della identità personale del sottoscrittore (secondo comma).

Per quanto attiene alla competenza notarile, il notaio è tenuto al rispetto delle altre formalità prescritte dall'art. 72 della legge notarile n. 89 del 1913 citata e dall'art. 86 del regolamento notarile nel r.d. 10 settembre 1914, n. 1326.

Da questo apparato normativo emerge con chiarezza la struttura del documento in esame che consta di due attività: da una parte si rileva una redazione privata nel senso che il documento, con riguardo alle disposizioni che prevedono e regolamentano gli interessi delle parti, sono scritte a cura di queste ultime (atto privato); mentre, dall'altra parte, l'autenticazione è redatta dal notaio nella sua qualità di pubblico ufficiale (atto pubblico). Questa seconda attività conferisce alla scrittura privata una efficacia probatoria equivalente a quella dell'atto pubblico con riguardo alla paternità del documento nella persona del sottoscrittore, nonché alla data della scrittura stessa (art. 2704 c.c.)⁸¹.

Come è noto, dopo un lungo e faticoso itinerario interpretativo sulla identificazione esatta della differenza tra atto pubblico e scrittura privata autenticata, si è approdati, in dottrina⁸² ed in giurisprudenza⁸³ alla sostanziale equiparazione dei due menzionati documenti. Questo risultato evolutivo è stato sollecitato in particolare dalla esigenza d'ordine pubblico di estendere il controllo notarile di legalità e di liceità sugli atti privati al pari

⁸¹ Sulla scrittura privata in genere cfr. B. CARPINO, voce *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805 ss., mentre, per la scrittura privata la cui sottoscrizione risulta autenticata da notaio, con funzione sostitutiva dell'atto pubblico cfr. G. CASU, *La scrittura privata autenticata*, cit., p. 179 ss.

⁸² P. BOERO, *La legge notarile commentata con la Dottrina e la Giurisprudenza*, Torino, 1993, p. 426; M. DI FABIO, *Manuale del notariato*, Milano, 2007, p. 273; E. PROTETTI, C. DI ZENZO, *La legge notarile. Commento con dottrina e giurisprudenza delle leggi notarili*, Milano, 2009, p. 310.

⁸³ In giurisprudenza Cass., 22 marzo 1994, n. 2699, in *Riv. not.*, 1994, p. 1094 che, per l'appunto, si pronuncia per l'applicabilità dell'art. 28, comma 1, n. 1 della legge notarile n. 89 del 1913.

di quanto già previsto per gli atti pubblici, stante l'impianto sistematico del diritto notarile che, sul punto, ha trovato un preciso fondamento positivo nell'art. 28 della citata legge notarile.

Da ultimo va segnalato che è *jus receptum* che «l'autentica notarile è un atto pubblico coperto da fede privilegiata»⁸⁴, la cui violazione integra la figura del falso ideologico⁸⁵.

È, pertanto, evidente, che il controllo di legalità e di liceità è un principio di diritto acquisito alla esperienza ed alla ermeneutica notarile⁸⁶.

Questa consolidata equiparazione, e nonostante le differenze tuttora presenti fra i due atti ma irrilevanti per i fini in oggetto, consente di risolvere il problema della legittimazione del notaio ad autenticare atti contenenti un biotestamento, nella stessa misura con cui il notaio può ricevere un atto pubblico con un similare contenuto.

Un esempio concreto ne documenta la fondatezza. Se il biotestatore, in previsione del suo stato d'incapacità naturale, dispone di non essere in ogni caso idratato e/o alimentato, a prescindere dal tipo di somministrazione artificiale o meno, è evidente che questa richiesta si pone in contrasto con il disposto dell'art. 1, comma 5, della l. n. 219 del 2017, la quale considera rifiutabile un siffatto trattamento sanitario somministrabile soltanto se debba essere praticato in via artificiale (ad es. mediante l'istallazione del presidio da sondino nasogastrico).

In tal caso il notaio, ancorché non esperto in tema di trattamenti sanitari, può ben valutare la liceità o meno della richiesta alla luce del dettato legislativo sopra indicato e può, anzi deve legittimamente rifiutare di ricevere l'atto se pubblico o di rifiutare l'autenticazione della sottoscrizione del biotestatore.

Scarna e sommaria è la disciplina sul regime di pubblicità.

La legge, infatti, prescrive che, al fine di consentire l'opportuna informazione ai naturali destinatari delle DAT, e cioè ai medici e/o alle strutture sanitarie competenti nell'intervenire a favore di pazienti che non sono in grado di comprendere le informazioni e di esprimere il relativo consenso informato sui trattamenti sanitari proposti (sono, quindi, in condizioni di incapacità naturale ex art. 428 c.c.), il biotestatore ha l'onere di consegnare il documento in esame all'ufficio dello stato civile del Comune

⁸⁴ G. CASU, *La scrittura privata autenticata*, cit., p. 185 ss.

⁸⁵ Cass. pen., 24 gennaio 1997, n. 434, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1120.

⁸⁶ Sul controllo di legalità e di liceità, che, ex art. 28 della legge notarile cit., è prodromico alla rogazione ed all'autenticazione di un atto, cfr. G. CASU, *Funzione notarile di autenticazione. La scrittura privata autenticata*, cit., p. 179 ss., ma, in particolare, sul controllo di legalità cfr. p. 187 ss., ed ivi significativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

di residenza dello stesso depositante. In alternativa è previsto un analogo adempimento amministrativo della consegna del detto documento presso le strutture sanitarie, purché queste siano dotate di procedure telematiche di gestione delle cartelle cliniche o di fascicoli sanitari elettronici o altre modalità telematiche dei dati degli utenti del S.S.N.

Per quanto attiene al deposito presso l'ufficio dello stato civile, la legge dispone che il detto ufficio è tenuto ad annotare il documento, contenente le DAT, in apposito registro «[...] ove istituito» (art. 4, comma 6, l. n. 219 del 2017).

È implicito che, se un registro del genere non è stato ancora istituito, l'ente Comune è tenuto a provvedere nel merito.

Per la competente ricezione delle menzionate strutture sanitarie è implicito che il documento contenente le DAT sarà convertito in un testo informatico ed inserito in una banca dati. È, altresì, prescritto che le Regioni territorialmente competenti provvedono a regolamentare la procedura di raccolta delle copie delle DAT «[...] compresa l'indicazione del fiduciario» (art. 4, comma 7, l. n. 219 in esame).

Anche per tali profili le disposizioni regolamentari sono necessarie per l'attuazione in concreto del testé menzionato disposto normativo, nell'auspicio, peraltro, di una migliore e più duttile procedura d'informazione, con particolare riguardo alla confluenza in un'unica banca dati delle notizie sulle DAT, alla quale possono accedere, anche in via internazionale, le persone (si pensi al fiduciario, all'amministratore di sostegno, al procuratore speciale) e gli organi soprattutto sanitari interessati alla esecuzione ed all'attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento in esame.

10. Come si è accennato, le presenti riflessioni sono state decisamente orientate a ricostruire la struttura portante dell'atto negoziale unilaterale contenente le disposizioni anticipate di trattamenti sanitari, il cui contenuto volitivo si esprime nel consenso o nel rifiuto (in tutto o in parte) delle proposte diagnostiche e terapeutiche formulate dai medici e/o dalle strutture sanitarie con la partecipazione, anche dialettica del disponente, sui singoli trattamenti e/o sull'intero rapporto umano e sanitario da instaurare nel prosieguo, e soprattutto per il tempo in cui ha perso la capacità naturale di intendere e di volere⁸⁷, e comunque sempre nei limiti sopra segnalati.

⁸⁷ La scelta, infatti, di esaminare il testo normativo della l. n. 219 del 2017 sotto il profilo civilistico è motivata dalla circostanza che l'interpretazione anche solo letterale dell'art. 1 della legge stessa evidenzia che la norma postula e contempla la sussistenza di un rapporto giuridico intersoggettivo definito una «relazione tra paziente e medico» riconoscendo ad entrambe

Occorre ribadire che questa fattispecie negoziale è stata, storicamente, preceduta dall'esperienza anglosassone della c.d. *living will*, letteralmente traducibile come «testamento di vita» corrispondente alla diffusa locuzione di «testamento biologico», altrimenti definito, con sintesi verbale, come «biotestamento».

Strutturalmente il testamento biologico e le disposizioni anticipate di trattamento, che la legge stessa registra con l'acronimo DAT, sono simili nel senso che, in entrambe le fattispecie, la persona dispone dei suoi trattamenti sanitari nel caso in cui la medesima si trovi in condizioni fisico-psichiche di non poter esprimere la propria volontà anche per l'ineleggibilità di recepire le informazioni sui trattamenti sanitari praticabili secondo i medici: è in poche parole impedito a volere ed a comunicare. La persona pertanto decide «ora per allora», anticipando, in una fase della piena coscienza e consapevolezza di sé, il proprio consenso o dissenso informato su futuri trattamenti sanitari.

Va sottolineato che l'istituto del consenso informato, come peraltro quello del dissenso, del rifiuto e della rinuncia, sono regolati nel quadro sistematico della promozione e della valorizzazione della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, nella cui dinamica operativa si confrontano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico (art. 1, comma 2, della legge in esame).

Appare evidente che in questa relazione intersoggettiva persona-medico, come già riferito, la legge evoca un rapporto giuridico di tipo anche civilistico dove si sperimenta l'*in idem placitum* conseguente all'applicazione del principio civilistico dell'autonomia negoziale, dove dialetticamente si confrontano, si bilanciano e si contemperano i diversi ed, in alcuni punti, opposti interessi emergenti dal contratto sanitario avente per oggetto il trattamento sanitario e la sua qualità erogativa, realizzando, in tal modo, una condivisa ed equilibrata alleanza terapeutica.

La novella del 2017 ha, in parte, completato il processo riformatore partito dalla riforma risalente alla l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che, sulla base degli indirizzi costituzionali, ed in particolare dell'art. 32 cost., nel primo comma dell'art. 1 ha

queste figure poteri, doveri, diritti in correlazione ed interdipendenti fra loro, sul terreno delle rispettive autonomie, che per il paziente si incentra sull'autodeterminazione, la quale si esprime attraverso il «consenso» o il «dissenso» informato (art. 1, commi 1 e 2 cit.), mentre per il medico l'autonomia si esprime nell'esercizio delle sue competenze professionali ed attraverso le sue responsabilità (art. 1, comma 2, l. cit.), correlate al rispetto della legge, delle norme deontologiche mediche e della buona pratica clinico-assistenziale (art. 1, comma 6, della legge medesima).

previsto che «la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana».

In perfetta linea con questi principi l'art. 1 della l. n. 219 del 2017 incentra sul «consenso informato», come tangibile espressione dell'autonomia riconosciuta alla persona fisica, la intelaiatura «della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» (comma 2 del citato art. 1 della legge in esame).

Il consenso informato presuppone, nella dinamica della formazione dell'alleanza terapeutica, che il paziente abbia ricevuto una puntuale informazione sul suo stato di salute e su ogni dato riguardante la sua persona in funzione della diagnosi, della prognosi, dei benefici conseguenti alle terapie e sui rischi verso cui va incontro.

È evidente, pertanto, che l'informazione, per essere umanamente puntuale, deve essere adeguata alla cultura del paziente, alle sue capacità di comprensione, in modo tale da consentirgli di formarsi una volontà libera e consapevole sulla scelta dei trattamenti sanitari da praticare nel caso concreto. Non va, infine, disatteso che la necessità della informazione suddetta è giustificata da alcuni presupposti ontologici enunciati anche dalla stessa legge in esame, e cioè dai diritti umani costituzionalmente rilevanti come «il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione», ex art. 1, comma 1, della l. n. 219 cit., che fa espresso richiamo agli artt. 2, 13 e 32 cost. ed altrettanto espresso rinvio alla Carta UE, dove, e non a caso, si è disposto sui diritti esistenziali alla dignità umana (art. 1), alla vita (art. 2), al consenso libero e informato [art. 3, comma 2, lett. a)] ed alle libertà individuali (art. 6 ss.)⁸⁸.

Occorre sottolineare che il testo normativo in esame, proprio sul terreno della *self determination* è stato elaborato e scritto sulla spinta di un poderoso movimento culturale e sollecitato da interventi giurisprudenziali, i quali, sul piano della interpretazione evolutiva del diritto, hanno svolto da tempo un ruolo di supplenza di una legislatura parlamentare silente (nonostante i plurimi disegni di legge presentati in varie legislature) ed hanno segnato il tracciato di base del rinnovato attuale prodotto normativo in esame⁸⁹.

In verità il menzionato movimento culturale è caratterizzato da due

⁸⁸ Il testo della Carta è reperibile anche in A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 165 ss., unitamente alle «Spiegazioni» utili come strumento di interpretazione destinato a chiarire una ad una le disposizioni della Carta, con riguardo, in particolare, ai principi della dignità, della vita, della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà ecc. (p. 171 ss.).

⁸⁹ Le pronunce giurisprudenziali sul caso della Englaro (cfr. note 61 e 75) sono emblematiche al riguardo.

orientamenti di pensiero, che entrambi si sono posti il problema di sviluppare un sistema civilistico oltre i confini del formalismo positivista, ma ciascuno seguendo un diverso percorso esegetico che è, tutt'ora, in corso di elaborazione.

Il primo orientamento è partito dalla premessa di ricomporre il sistema del diritto civile incentrandolo sulla «persona umana» perché in essa si esprime «[...] l'antica virtù del diritto privato, quella di offrire, all'interno del campo ben definito, spazio grande alle scelte ed autonomia individuale»⁹⁰. Sulla base di questa premessa si intravede all'orizzonte un rinnovato impianto privatistico che intende fornire risposte soddisfacenti sulla «mutata prospettiva costituzionale e sociale, ed, in particolare, dall'irrompere della logica dei diritti fondamentali nella ricerca di un nuovo equilibrio tra individualismo e società»⁹¹.

Su una linea diversa, ma confluyente sulla valorizzazione della *self-determination* nel quadro dei diritti esistenziali, si colloca un'altra significativa corrente di pensiero che indaga sulla identificazione del contenuto e dei limiti alla libertà di scegliere e di decidere, consolidando il principio di autonomia individuale ma prudente per non scivolare sulle sabbie mobili di scelte e di decisioni «arbitrarie». Per questo secondo orientamento è implicito che l'autonomia individuale, e quindi l'autodeterminazione dei singoli si incontra e si incrocia con l'altrui autonomia personale o professionale, soprattutto in campo sanitario⁹².

Va ulteriormente sottolineato che la l. n. 219 in esame si è inserita in questo dibattito dottrinale fornendo una risposta probabilmente equilibrata tra la tesi radicale che esalta l'autodeterminazione della persona e l'altra tesi

⁹⁰ In tal senso si è pronunciato S. RODOTÀ, *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni dei civilisti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 5. Significative, al riguardo, le riflessioni di M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi*, cit., p. 121 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici, soprattutto sulla produzione scientifica del Rodotà, nonché le più significative segnalazioni giurisprudenziali in tema di biodiritto.

⁹¹ S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995, p. 151.

⁹² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; ID., *Il diritto nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 204 ss.; P. CENDON, *Il settimo libro del codice civile. Il diritto dei più deboli*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 137 ss.; ID., *I malati terminali e i loro diritti*, cit., *passim*, ma in particolare è significativa la riflessione su un approccio non ideologizzato sulla condizione umana di malattia, di sofferenza e di morte ivi a p. 26 ss.; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2011, p. 133 ss., ma in particolare p. 142 dove viene sottolineato che l'autodeterminazione, come «requisito soggettivo», non può non essere coniugata con il principio della «appropriatezza oggettiva» del trattamento sanitario. In linea con questo indirizzo culturale cfr. V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato*, cit., p. 638 ss. ed ivi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

che riconosce, altresì, il ruolo determinante delle figure istituzionali esperte dell'arte medica e nei trattamenti diagnostici e terapeutici sanitari.

L'art. 1 della legge in esame, con il primo ed il secondo comma, di certo aderisce alla prima tesi che, come accennato, completando il processo copernicano inaugurato dalla citata riforma del 1978, ha posto al centro delle dinamiche sanitarie la persona del paziente. Il paziente, infatti, non è più mero destinatario delle decisioni altrui ma protagonista delle dinamiche relazionali medico-paziente. La volontà di quest'ultimo incide sui trattamenti sanitari riguardanti la sua individualità fisio-psichica, nel senso che è determinante sulle scelte mediche, tal che il medico e/o le strutture sanitarie sono tenute «a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare» i predetti trattamenti o di rinunciare ai medesimi. Il diritto al rifiuto e il diritto alla rinuncia completano l'assetto istituzionale dell'autodeterminazione risalente al «consenso informato» (cfr. art. 1, commi 1 e 6, l. n. 219 cit.). Lo stesso comma sesto, appena menzionato, recita, nell'ultimo periodo, che «[i]l paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norma di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali». Qui il meccanismo dell'autodeterminazione si inceppa, tanto è vero che nel conflitto tra autodeterminazione del paziente e i diritti esistenziali, qual è per eccellenza il diritto alla vita, indicato, infatti, a fianco agli altri diritti personali e quindi in posizione di equivalente valore nella *vis legis*, la scelta fra l'un diritto e l'altro non è agevole, anzi il conflitto ineludibile documenta che «il principio alla fine recessivo presenta pur sempre una tale eccedenza di contenuto assiologico da poter reclamare, quantomeno, di soccombere soltanto dinanzi a una 'vera' scelta di vita e non a un 'lasciarsi andare' per stanchezza e disperazione». In tal senso, sembra pertanto che il diritto alla vita «non possa del tutto scomparire, ma debba continuare a rilevare, per lo meno nella forma (attenuata) della valorizzazione della vita» medesima⁹³.

È evidente che questa specifica normativa, descritta nel citato comma sesto dell'art. 1 cit., registra la presenza di istanze culturali collegabili al secondo menzionato orientamento e pone problemi interpretativi di non facile soluzione, per cui è auspicabile un intervento del legislatore al riguardo; ed in linea con la tradizionale cultura civilistica è altresì auspicabile che la risposta normativa sia equilibrata rispetto ai due menzionati indirizzi di pensiero, tal che prevalga «il senso del buon senso» che da sempre ha animato la *juris prudentia*⁹⁴.

⁹³ Cfr. V. VERDICCHIO, *o.u.c.*, p. 667.

⁹⁴ Significativa, al riguardo, la ricerca di F. ARZILLO, *Esperienza giuridica e senso comune. Sul fondamento ontologico del diritto*, Roma, 2009, *passim*, che ha indagato sul rapporto tra

Transitando dalle affermazioni di principio a situazioni di concreta realizzazione delle tesi sostenute dai due diversi orientamenti, in caso di DAT contenenti dichiarazioni di volontà di netto e totale rifiuto di ogni trattamento sanitario, delle due l'una:

a) o si decide per la prevalenza dell'autodeterminazione del disponente, da cui consegue la legittimazione del medico ad astenersi da interventi diagnostici e soprattutto terapeutici, realizzando in sostanza un abbandono terapeutico, senza esserne responsabile in sede civile ed in sede penale;

b) oppure, come appare piú coerente al dettato legislativo vigente, ci si concentra sull'altro versante per cui, comunque, il medico deve rispettare le leggi che tutelano la vita, la salute e la dignità del paziente, le norme deontologiche che regolano la condotta della professione sanitaria, nonché le buone pratiche clinico-assistenziali.

Peraltro, la stessa l. n. 219 cit., all'art. 2, comma 1, prescrive che, nonostante il rifiuto o la revoca del consenso al trattamento sanitario proposto dal medico, questi è tenuto ad adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente rispettandone la dignità soprattutto nella fase terminale della vita, e qui è evidente l'eco delle istanze culturali proprie della seconda tesi.

In particolare, la legge stessa prescrive che il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, in caso di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, ovviamente per garantire il risultato di alleviare le sofferenze del malato, purché sussista «il consenso del paziente» (art. 2, comma 2, l. n. 219 in esame). Sotto questo profilo riemerge la carica decisiva della volontà del paziente che vincolerebbe il medico ad astenersi dall'adempiere il suo dovere di alleviargli le sofferenze, donde la forza vincolante della *self-determination* dell'individuo, con probabili contraddizioni d'ordine sistematico di non poco conto. È sufficiente, infatti, confrontare la riserva formulata dall'art. 1, comma 6, ultimo periodo, secondo cui il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari alla legge, con la disposizione del poc'anzi menzionato art. 2, comma 2, in esame, che consente al paziente di sottrarre all'autonomia professionale del medico la libertà di scegliere attività strumentali per alleviare la sofferenza della persona malata, senza poi considerare le difficoltà del medico stesso di districarsi in questo labirinto di disciplina.

Va, quindi, ribadita la necessità di un riesame di questo profilo critico della materia in esame.

Un ulteriore punto critico, di carattere tecnico, ma che impegna un de-

senso comune e diritto e piú specificamente sul rapporto tra l'esperienza giuridica ed il senso comune, nell'ottica di una adeguata giustificazione epistemologica dell'azione giuridica.

licato profilo sistematico, è quello della previsione normativa sulla nutrizione artificiale e sulla idratazione artificiale reputate *expressis verbis* come trattamenti sanitari e, in quanto tali, rifiutabili e rinunciabili dal paziente, diritti deducibili anche ad oggetto delle DAT al pari del consenso informato (art 1, comma 5, l. n. 219 in commento).

Questa scelta legislativa, innanzi tutto, non appare concordante con gli indirizzi normativi della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU in data 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18. Secondo un attendibile orientamento di pensiero⁹⁵, la nutrizione e l'idratazione sono di per sé una forma di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita, per cui la scelta di non alimentare e di non idratare integra una fattispecie di illecito penale (artt. 575, 579 e 580 c.p.) nonché si pone contro le indicazioni delle norme del codice di deontologia medica vigente (artt. 8, 22, 32 e 39), oltre alla menzionata contrarietà alla Convenzione di New York. Non va, poi, disatteso, che se l'idratazione e l'alimentazione servono a non far soffrire il paziente fino alla morte, è evidente che il diritto ad essere nutrito ed il diritto ad essere idratato, sia naturalmente sia artificialmente, appartengono al sistema proprio dei diritti esistenziali, che, a rigore, non sono negoziabili e quindi non deducibili ad oggetto delle DAT e neppure riconducibili alla logica dell'autonomia della professione sanitaria ed in particolare alle buone pratiche clinico-assistenziali, tenuto conto che fra i doveri fondamentali del medico vi è il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza (arg. ex art. 1 comma 6, ed ex artt. 3, comma 1, e 16, comma 2, del codice di deontologia medica del 2014, vigente).

Di qui l'auspicio di una rivisitazione della disciplina in esame, che rimuova le contraddizioni e l'attuale insufficiente coordinamento della legge con il sistema di riferimento, cui si è fatto cenno, al fine di operare scelte di campo più limpide rispetto alle problematiche esistenziali alle quali la normativa in esame non sembra dare risposte sicure ed equilibrate.

Abstract

Le «disposizioni anticipate di trattamento» sanitario (l. 219/2017) affondano le radici nel diritto di partecipazione proprio di ciascun individuo ex art. 2 e 32 cost. e nel riconoscimento del consenso informato operante nella relazione di cure instauratesi tra paziente e medico. L'analisi della natura e del contenuto (tipico e atipico) dell'atto alla luce del dettato normativo conferma l'idea prevalente della

⁹⁵ G. SALITO, *Autoderminazione*, cit., p. 153.

fattispecie quale negozio giuridico unilaterale *inter vivos*, corrispondendo i suoi requisiti, via via esaminati, alla categoria di appartenenza. Il testo normativo solleva tuttavia vari punti di criticità. Il regolamento della *self-determination*, pur presentandosi ad ampio respiro (art. 1, commi 1 e 2), trova invero ostacolo nel comma 6 del medesimo articolo. Il diritto di rifiutare o rinunciare alla «nutrizione artificiale» confligge, poi, con la presumibile non negoziabilità postulata dalla Convenzione ONU del 13 dicembre 2006. La scarsa disciplina del regime di pubblicità, infine, rende opportuno un coordinamento tra Amministrazione Comunale e Servizio Sanitario. Di qui l'auspicio di una rivisitazione della disciplina al fine di coordinarla con il sistema di riferimento per operare scelte di campo più limpide rispetto alle problematiche esistenziali alle quali la normativa in esame non sembra, allo stato, dare risposte sicure ed equilibrate.

The «Advance Healthcare Directives» (L. 219/2017) are rooted in the right of participation of each individual laid down by articles 2 and 32 of the Italian Constitution and in the recognition of the crucial role of “informed consent” in the doctor-patient relationship. The analysis of both the nature and the (typical and atypical) content of the advance directive, in the light of the current legislation, confirms the prevailing idea according to which it is an *inter vivos* and unilateral act, by virtue of the existence of all the requisites of this dogmatic category. However, the new legislation raises several critical points. The regulation of *self-determination*, even if characterized by a broad scope (art. 1, paragraphs 1 and 2), finds an obstacle in paragraph 6 of the same article. The right to refuse or renounce to “artificial nutrition” conflicts with the presumable unavailability of this right postulated by the UN Convention of 13.12.2006. Finally, the lacking regulation of records suggests the implementation of forms of coordination between the Municipal Administration and the Health Service. Hence the need to reform the current legislation, in order to coordinate it with the whole system and to make clearer choices in respect of the existential problems to which the regulation at issue currently does not seem to provide safe and balanced answers.