



Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative^(*)

Giampaolo Miotto

Avvocato

SINTESI

a) L'analisi della fattispecie "dichiarazioni anticipate di trattamento" (d.a.t.).

Le d.a.t. possono essere qualificate come un negozio giuridico di natura non patrimoniale, in quanto «manifestazione di volontà» di una persona pienamente capace, avente a oggetto il diritto personalissimo all'autodeterminazione terapeutica (artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost.), finalizzata a produrre l'effetto giuridico di consentire o rifiutare le cure che potrebbero essere praticate al dichiarante e sottoposta alla condizione dell'avveramento di più eventi futuri e incerti (perdita della capacità di intendere e di volere del dichiarante e verificarsi di una determinata situazione di salute che renda opportuna la prestazione di un certo trattamento terapeutico).

b) Il diritto all'autodeterminazione terapeutica.

L'art. 32, 2° co., Cost. (in combinato disposto con gli artt. 2 e 13 Cost.), tutela un diritto soggettivo distinto sia dal diritto alla salute che da quello alla vita, che non è limitato da questi ultimi, ma può essere assoggettato a limitazioni dalla legge ordinaria solo per preminenti interessi pubblici, inerenti alla tutela della salute pubblica, quale prevista come "interesse collettivo" dal primo comma dello stesso art. 32 Cost.

c) I requisiti delle "dichiarazioni anticipate di trattamento" (d.a.t.).

Per poter produrre effetti giuridici (vincolanti per il medico curante) le d.a.t. debbono consistere in una manifestazione di volontà (e non in un'opinione o in un intimo convincimento) specificamente finalizzata a consentire o rifiutare determinate cure mediche da prestarsi in situazioni di salute individuate con sufficiente precisione. Esse debbono inoltre essere precedute da un'adeguata informazione del dichiarante. È invece discutibile se le d.a.t. possano reputarsi un atto negoziale a forma

libera o piuttosto vincolata a determinati requisiti di forma, similmente ai negozi di natura non patrimoniale previsti dal diritto positivo.

d) La "volontà presunta" del soggetto incapace.

Nell'ordinamento vigente non può attribuirsi rilievo giuridico alla mera "volontà presunta" dell'incapace (che non abbia a suo tempo validamente formulato delle d.a.t.), in quanto volontà inespressa e quindi insuscettibile di produrre effetti giuridici, né può ammettersi un potere sostitutivo del tutore, seppure assoggettato alle peculiari condizioni di esercizio ipotizzate da Cass. n. 21748/2007 (relativa al «caso Englaro»), trattandosi di un diritto personalissimo dell'incapace.

e) Amministrazione di sostegno e "dichiarazioni anticipate di volontà" (d.a.t.).

L'interpretazione sistematica delle disposizioni in materia di amministrazione di sostegno e delle norme sugli istituti di protezione dell'incapace non consente di superare il dato letterale dell'art. 404 c.c. che prevede l'attualità dello stato di incapacità quale presupposto per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno. Inoltre, la nomina dell'a.d.s. «ora per allora», in realtà diretta a sussumere le d.a.t. del beneficiario in un ordine del Giudice tutelare, implica uno "sviamento" dei poteri attribuiti a quest'ultimo.

d) Le "dichiarazioni anticipate di trattamento" (d.a.t.) formate per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Alla luce del diritto positivo si deve ritenere che le d.a.t. formulate per atto pubblico o scrittura privata autenticata che presentino tutti i requisiti *ad validitatem* desumibili dall'ordinamento abbiano effetto vincolante per il medico curante e non abbisognino di accertamento giudiziale a tal fine.

» SOMMARIO

1. Premesse – 2. L'analisi della fattispecie concreta delle d.a.t.: la loro qualificazione come negozio giuridico – 3. L'analisi della fattispecie concreta delle d.a.t.: il loro contenuto – 4. I requisiti delle d.a.t. – 5. I requisiti delle d.a.t. *segue*: la questione della forma – 6. Gli effetti giuridici delle d.a.t. – 7. Le soluzioni individuate dalla prassi: quella del "caso Englaro" – 8. Le soluzioni individuate dalla prassi: l'amministrazione di sostegno – 9. Le soluzioni individuate dalla prassi: le dichiarazioni scritte – 10. Il disegno di legge in materia di "dichiarazioni anticipate di trattamento" – 11. Qualche indicazione per il legislatore

(*) Relazione al Convegno "Il testamento biologico, molti dubbi, molti problemi, qualche certezza?" organizzato dall'Ordine degli avvocati di Treviso – Fondazione dell'Avvocatura trevigiana e dall'AIAP Veneto a Treviso, il 2.3.2012.

1. Premesse

Quella del “testamento biologico” (o “dichiarazioni anticipate di trattamento” – d.a.t.) è una questione che oggi suscita una sensibilità molto diffusa nel corpo sociale del nostro Paese, perché tocca le convinzioni religiose, culturali e morali più profonde delle persone e riguarda una fase molto delicata della vita di ciascuno di noi.

Per questi motivi, questa tematica suscita forti passioni ed è di per sé evocativa di risposte “ideologiche”, che portano fatalmente a immaginare soluzioni predeterminate a seconda del sistema di valori cui ciascuno di noi aderisce.

In campo giuridico si è scritto moltissimo, in questi ultimi tempi, in materia di d.a.t.⁽¹⁾, ma rileggendo la quantità di provvedimenti giudiziali e di lavori dottrinali in materia si ha la netta sensazione che questa tensione ideologica abbia contaminato anche il mondo del diritto.

Infatti, molte delle risposte che si è cercato di dare ai tanti e importanti problemi giuridici posti dalle d.a.t. paiono dettate dall'intento di confezionare una soluzione pratica coerente con un certo sistema di valori morali, cercando poi di “giustificarla” con argomentazioni giuridiche di vario genere, piuttosto che dalla volontà di ricercare nell'ordinamento stesso una risposta realmente fondata sul diritto positivo.

Così, da una parte si accostano le questioni poste dalle d.a.t. a quelle inerenti al diritto alla vita e all'eutanasia per svalutarne gli effetti giuridici e dall'altro si declama il principio costituzionale dell'autodeterminazione per declinarlo *sic et simpliciter* in una valorizzazione di quegli stessi effetti, in entrambi i casi senza curarsi troppo della coerenza giuridica del proprio percorso argomentativo.

Davanti a questo panorama, mi sono chiesto se non fosse stato, piuttosto, il caso di rovesciare completamente la prospettiva, partendo dalla fattispecie concreta che interessa, per tentare di ricostruirne l'identità alla luce del diritto positivo e per cercare in quest'ultimo una risposta, magari problematica, alle tante questioni giuridiche che le d.a.t. sollevano.

Seguire questa strada mi è parsa una scelta obbligata, anche se faticosa.

Approfondire la ricerca su questo tema senza paraocchi ideologici, infatti, porta a scoprire mano a mano che si procede nella ricerca una quantità di problemi giuridici che non è immaginabile a priori e la cui soluzione non si rivela sempre agevole.

Per questa via, è comunque possibile raggiungere risultati sufficientemente sicuri su un buon numero di questi problemi e, quanto agli altri, individuare con chiarezza le questioni da discutere e le scelte possibili.

«Partire dalla fattispecie concreta» significa utilizzare il metodo dell'«analisi della fattispecie» per valutarne la rilevanza ai fini del diritto positivo: si scompone il fatto in esame nei suoi singoli elementi, per verificare se questi corrispondano a una «fattispecie astratta» prevista dall'ordinamento, e per individuarne la rilevanza giuridica.

In pratica, nel nostro caso, questo metodo consente di analizzare quali siano gli elementi qualificanti delle d.a.t., per valutare se questi corrispondano a una qualche previsione normativa, per applicare poi il contenuto dispositivo di quest'ultima alla fattispecie analizzata.

2. L'analisi della fattispecie concreta delle d.a.t.: la loro qualificazione come negozio giuridico

Per analizzare la “fattispecie concreta” delle d.a.t. possiamo anzitutto tentare di darne una definizione e poi scomporla nei suoi singoli elementi ed esaminare ciascuno di essi sotto il profilo giuridico.

Una definizione sufficientemente precisa delle d.a.t. potrebbe essere la seguente: «Manifestazione di volontà di una persona pienamente capace, avente a oggetto il consenso o il rifiuto di atti medici che potrebbero esserle praticati in futuro, in relazione al suo stato di salute, condizionata alla sopravvenuta perdita della propria capacità d'intendere e di volere (transitoria o definitiva e irreversibile)»⁽²⁾.

Analizzandola possiamo verificare che le d.a.t. consistono: a) nella manifestazione di volontà di una persona capace; b) avente a oggetto l'esercizio di un diritto soggettivo del dichiarante di natura non patrimoniale (il diritto di autodeterminazione in materia di trattamenti terapeutici previsto dagli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost.); c) finalizzata alla produzione di un ben preciso effetto giuridico, vale a dire quello di consentire o di rifiutare che i medici, in una determinata situazione di salute del dichiarante, praticino uno o più trattamenti terapeutici alla sua persona; d) condizionata all'avveramento di più eventi futuri e incerti (la perdita della capacità d'intendere e di volere da parte del dichiarante, il verificarsi di una sua determinata situazione di salute e l'opportunità di praticare un determinato trattamento medico in relazione a tale stato); e) i cui effetti giuridici sono destinati a prodursi a distanza di tempo.

La prima conclusione, che si può agevolmente raggiungere analizzando una fattispecie concreta del genere, è che ci troviamo certamente davanti a un negozio giuridico⁽³⁾. Infatti, il negozio, com'è noto, consiste in una «manifestazione di volontà di una o più parti che mira a produrre un effetto giuridico»⁽⁴⁾.

Ora, le d.a.t. indubbiamente consistono in una “manifestazione

⁽¹⁾ Senza alcuna pretesa di esaustività, si possono indicare, fra gli altri: A. BELLELLI, *Decisione di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2011, 85; M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contratto e impresa*, 2009, 255; D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2009, 1; M. FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità in Resp. civ.* 2008, 581; G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 371; M. SESTA, *Determinazioni contenute nel testamento biologico*, in *Fam. dir.* 2008, 407; G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not.*, 2007, p. 3; L. EUSEBI, *L'eutanasia come problema giuridico*, in *Ragion pratica*, 2007, 165; P. STANZIONE e G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 2007, 52; AA.VV. (DE TILLA, PATTI, RESCIGNO, ALPA, D'AVACK, BALESTRA, CECCHI, FERRANDO, SESTA, VINCENZI AMATO e BONILINI), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, reperibile in rete alla pagina Internet www.fondazioneveronesi.it/images/testamento_biologico/IntegraleTestBIO.pdf; S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in questa Rivista, 2006, 390; D. MALTESE, *Il testamento biologico*, in *Riv. dir.*

civ., 2006, 525; F. INTRONA, *Le dichiarazioni anticipate e le cure anticipate tra bioetica, deontologia e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 39; L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in questa Rivista, 2006, 102; G. SPOTO, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 179; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia*, 2004, 1055; L. MILONE, *Il testamento di vita*, in *Vita not.*, 2004, 105; G. SALITO, *Autodeterminazione. Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, 196; P. CENDON, *Le direttive anticipate*, in *Pol. dir.*, 2002, 639; AA.VV., *Le direttive anticipate: dalla autonomia del paziente alla carta di autodeterminazione*, in *Supplemento a Bioetica*, 2001, n. 2; A. DALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Pol. dir.*, 1998, 618.

⁽²⁾ Una possibile definizione del “testamento biologico” può leggersi in S. PATTI, *op. cit.*, 391.

⁽³⁾ In tal senso, si veda: A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, 632.

⁽⁴⁾ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 1.

di volontà” e sono dirette proprio a produrre uno specifico effetto giuridico: quello di consentire o rifiutare una determinata terapia, esercitando così il diritto previsto, a tale riguardo, dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., e conseguentemente producendo il risultato che quella determinata cura venga o meno posta in essere.

È importate, per quanto vedremo poi, sottolineare i due aspetti delle d.a.t. che le qualificano come negozio giuridico.

Da un lato, vi è il loro carattere di “manifestazione di volontà”: esse non esprimono una mera opinione dell’interessato in merito alla opportunità che una certa cura venga o meno praticata in una determinata situazione di salute, ma manifestano una volizione in merito al fatto che quella cura venga o meno effettuata, qualora quella situazione debba verificarsi con riguardo alla propria persona. Dall’altro, questa volizione è specificamente finalizzata a uno “scopo” ben preciso, e cioè a prestare o meno il proprio consenso a quella stessa cura.

Ciò premesso, è pacifico che si tratti di un negozio unilaterale di natura non patrimoniale, in relazione alla natura dei diritti che ne formano oggetto, certamente lecito, perché non vietato da alcuna norma, come meglio vedremo poi.

Potrà discutersi sul fatto che si tratti di un negozio tipico o atipico, ma la questione non ha in realtà grande rilievo.

A favore della sua tipicità, si può addurre, da un lato, che il 2° co. dell’art. 32 Cost. prevede espressamente il consenso dell’interessato come presupposto di liceità di qualsiasi “trattamento sanitario” e, pertanto, configura già la volizione che il paziente esprime a questo fine come un negozio giuridico a sé stante.

In proposito, è bene ricordare come sia (da tempo) indiscussa l’efficacia diretta delle norme costituzionali di immediata applicabilità⁽⁵⁾ e comunque ricordare che il precetto costituzionale è stato sostanzialmente replicato dall’art. 33 della l. 23.12.1978, n. 833, istitutiva del S.S.N. («Gli accertamenti e i trattamenti sanitari di norma sono volontari»).

D’altro lato, è pacifico che la condizione sospensiva possa rappresentare un contenuto accidentale anche dei negozi di natura non patrimoniale e, quindi, diversi dal contratto.

Se, poi, si intendesse egualmente ritenere che le d.a.t. rappresentino un negozio atipico, si dovrebbe pur sempre riconoscere loro valore giuridico. Anzitutto, è pacifico che l’autonomia privata, che l’art. 1322 c.c. valorizza per consentire la determinazione del contenuto contrattuale, abbia rilievo anche ai fini di riconoscere valore giuridico ai negozi di natura non patrimoniale aventi contenuto atipico. Secondariamente, che l’“interesse” perseguito dal dichiarante sia meritevole della tutela dell’ordinamento, in questo caso, deve ritenersi pacifico, posto che tale tutela è riconosciuta addirittura da una norma di rango costituzionale, qual è l’art. 32, 2° co., Cost.

Queste considerazioni inducono anche a riflettere come la abusata affermazione per cui le d.a.t. non sarebbero previste dall’ordinamento vigente sia, in realtà, una “mezza verità”, nel senso che indubbiamente non vi è una legge ordinaria che detti una

disciplina specifica in materia, ma non si può dire che il *genus*, cui esse appartengono, non sia previsto dall’ordinamento, posto che l’art. 32, 2° co., Cost. prevede espressamente che gli atti medici siano assoggettati alla preventiva manifestazione della volontà del paziente.

3. L’analisi della fattispecie concreta delle d.a.t.: il loro contenuto

Anche un’analisi dei connotati propri di questo peculiare negozio giuridico pare tutt’altro che inutile.

Anzitutto, è necessario soffermare l’attenzione sul diritto all’autodeterminazione che ne è oggetto⁽⁶⁾, per constatare che si tratta di un diritto “personalissimo”, e cioè di un diritto della personalità, da annoverarsi tra i diritti “inviolabili” previsti dall’art. 2 Cost., e come tale munito dei caratteri dell’assolutezza, indisponibilità e imprescrittibilità⁽⁷⁾.

In proposito, la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione civile in tema di “consenso informato” è chiarissima: basti citare la sentenza n. 438/2008 della Corte Costituzionale⁽⁸⁾, per la quale il diritto all’autodeterminazione, che sta alla base del “consenso informato”, viene «inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona».

Che il diritto all’autodeterminazione (artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost.) sia poi ben distinto rispetto al diritto alla salute (art. 32, 1° co., Cost.) appare evidente ed è stato ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione⁽⁹⁾, secondo la quale «esso rappresenta, a un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell’individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione».

Eguale pacifico è che il diritto all’autodeterminazione si distingue nettamente anche dal diritto alla vita (che si fa derivare dalla previsione dell’art. 2 Cost.), sicché non può essere confuso o assimilato a quest’ultimo.

A tale chiara distinzione consegue, inoltre, che «il diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente» non incontra «un limite allorché da esso consegue il sacrificio del bene della vita»⁽¹⁰⁾, in quanto l’art. 32, 2° co., Cost. assoggetta i trattamenti sanitari obbligatori a una riserva di legge (col limite del «rispetto della dignità della persona»), senza che nulla la legge ordinaria abbia previsto al riguardo e, in ogni caso, non potendosi interpretare il diritto alla vita come «dovere di vivere»⁽¹¹⁾.

A questo proposito, la Corte Costituzionale ha, peraltro, ripetutamente affermato che la legge ordinaria può limitare il diritto all’autodeterminazione nei soli casi in cui ciò sia necessario per impedire che la salute del singolo possa recare danno a quella degli altri consociati e a condizione che l’intervento previsto non

⁽⁵⁾ Principio pacifico anche in giurisprudenza. In proposito si vedano: Cass., 25.8.2006, n. 18549, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 7-8; Cass., 27.7.2001, n. 10284, *Ragiusan* 2002, 219, 268.

⁽⁶⁾ Per un inquadramento generale dei temi connessi alla libertà di disporre del proprio corpo: C. M. D’ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999.

⁽⁷⁾ P. GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, I, 48; M. BAILO LEUCARI, M. FERRARI, D. RESTUCCIA, *Diritto privato – Casi e materiali*, Torino, 2010, 2; C. M. BIANCA, *Diritto civile, La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 2002, I, 147.

⁽⁸⁾ C. cost. 23.12.2008 n. 438, in *Ragiusan* 2009, 297-298, 266; Cass., 29.9.2009, n. 20806, in *Resp. civ.* 2010, 2, 92.

⁽⁹⁾ Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Foro it.* 2010, I, 2113 (ma si vedano anche: Cass. nn. 10741/2009, 18513/2007).

⁽¹⁰⁾ Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Foro it.* 2008, I, 2609.

⁽¹¹⁾ Sul rapporto tra diritto all’autodeterminazione terapeutica e diritto alla vita, si vedano: F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell’eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1988, 448; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 85 e 247; A. SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, in *Dir. pen. e proc.* 1996, 206; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001, 199; G. OPPO, *op. cit.*, 371 e seg.; T. BALLARINO, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 69; A. SCALISI, *Il diritto a morire: profili problematici*, in *Fam. dir.* 2009, 1069.

danneggi, ma sia anzi utile alla salute dell'interessato⁽¹²⁾, non essendo previsti diversi e ulteriori limiti a tale diritto.

In tal senso, pare evidente che i limiti, entro i quali l'anzidetta riserva di legge può esercitarsi, sono quelli segnati dal preminente "interesse della collettività" indicato dall'art. 32, comma primo, Cost. quale dimensione pubblicistica del «diritto alla salute» accanto a quella per la quale quest'ultimo rappresenta un fondamentale «diritto dell'individuo»: è solo l'interesse collettivo, dunque, che può consentire di comprimere il diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Infine, pare opportuno sottolineare come le d.a.t., in quanto negozio "condizionato" al prodursi di eventi futuri (e incerti), siano necessariamente suscettibili di produrre l'effetto giuridico che è loro proprio a distanza di tempo (e anche di molto tempo); aspetto, questo, che risulta di importanza tutt'altro che secondaria, come si vedrà.

4. I requisiti delle d.a.t.

Una volta chiarito che le d.a.t. costituiscono un negozio giuridico, si tratta di stabilire quali siano i requisiti che esse debbono possedere per produrre gli effetti giuridici che sono loro propri. Ovviamente, poiché questa "fattispecie concreta" non è disciplinata dalla legge ordinaria, tali requisiti possono essere ricavati solo dalla norma costituzionale e dai principii generali dell'ordinamento.

Anche in questo caso, è necessario partire dall'analisi della "fattispecie concreta", per considerare anzitutto che essa è caratterizzata da una "manifestazione di volontà".

Pertanto, il primo requisito *ad validitatem*, che inerisce alla natura stessa dell'atto di cui discutiamo, è proprio la sussistenza di una manifestazione di volontà del dichiarante: sotto questo profilo, è indispensabile che egli abbia exteriorizzato la propria volontà al riguardo delle cure che, in un tempo futuro e in una determinata situazione, possano essergli praticate. È, quindi, rilevante sottolineare che una mera opinione, per quanto manifestata ad altri, oppure un intimo convincimento dell'interessato, pur coerente col suo sistema di valori esistenziali, non rappresentano una "manifestazione di volontà" e non sono, pertanto, idonei a dar vita a nessun negozio giuridico, per cui in essi non potrebbe ravvisarsi una d.a.t.

Si deve poi ritenere che non ogni manifestazione di volontà possa integrare una d.a.t.: deve trattarsi, infatti, di una volontà specificamente finalizzata a vincolare l'esecuzione o l'astensione da un determinato atto medico in presenza di ben precise circostanze, e cioè una volontà diretta a ottenere proprio quel determinato effetto giuridico.

Pertanto, una dichiarazione resa a tutt'altri scopi (a scopo esemplificativo, ai fini di una discussione o per altre ragioni ancora) non potrebbe che ritenersi priva di effetti, difettando dell'*animus* indispensabile a tal fine.

Dal particolarissimo contenuto del negozio in questione si ricava, poi, agevolmente, a mio parere, che questo deve essere sufficientemente preciso, onde consentire di identificare con sicurezza il caso, cui il dichiarante ha inteso riferirsi, e sia tale quindi da permettere di individuare con precisione tanto il "trattamento terapeutico", al quale ha inteso acconsentire o che ha voluto

rifiutare, quanto lo stato di salute in cui questo dovrebbe essere praticato.

Considerata la natura personalissima del diritto che ne forma oggetto, infatti, mi pare si possa agevolmente affermare che le d.a.t. siano un atto di "stretta interpretazione", tale da non consentire il ricorso a un'interpretazione estensiva che superi il dato letterale. Pertanto, ambiguità, imprecisioni o lacune tali da non consentire una sicura ricostruzione della volontà del dichiarante sulla base del solo contenuto testuale della sua dichiarazione renderebbero quest'ultima improduttiva di effetti giuridici.

Altri due aspetti fortemente problematici delle d.a.t., relativamente ai loro possibili requisiti *ad validitatem*, sono stati evidenziati da una recente decisione della terza Sezione della Cassazione civile⁽¹³⁾, di poco successiva a quella resa sul «caso Englaro» dalla prima Sezione.

In quel caso la Corte, occupandosi della trasfusione di sangue praticata a un testimone di Geova ricoverato in stato d'incoscienza, che recava su di sé un «documento, sottoscritto personalmente e controfirmato da testimoni ... attestante il suo rifiuto assoluto di subire trasfusioni di sangue», ha respinto la domanda di risarcimento danni proposta dall'interessato per la emotrasfusione cui ciò nondimeno era stato sottoposto sulla base del principio per cui «nell'ipotesi di pericolo grave e immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo debba essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata». In tale ipotesi, sosteneva la Corte, il rifiuto delle cure «deve esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente a oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo».

In pratica, con riferimento a situazioni che implicino un pericolo di vita, che poi sono quelle in cui le d.a.t. sono normalmente destinate a operare, la Cassazione civile ha affermato l'esistenza di altri due requisiti di validità, rappresentati, rispettivamente, dalla preventiva informazione del paziente, che condizionerebbe la validità della sua manifestazione di volontà, anche nel caso questa si esprima nel senso del rifiuto delle cure (e non solo quando vi acconsenta), e dalla "attualità" di quest'ultima, intesa in senso strettamente cronologico, in quanto la volontà del paziente dovrebbe esprimersi proprio nel momento in cui egli venga a trovarsi in imminente pericolo di vita, e non prima.

La sentenza in questione pone due problemi reali, già segnalati dalla dottrina⁽¹⁴⁾ come argomenti dissuasivi al riguardo della vincolatività delle d.a.t., che meritano entrambi, a mio avviso, un'adeguata riflessione, peraltro foriera di opposte conclusioni. Anzitutto, il requisito della preventiva informazione del dichiarante deve essere esaminato alla luce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, ormai consolidata, in tema di "consenso informato".

È questa un'espressione ormai entrata nell'uso comune, che i giuristi adottano per mera comodità pratica, in quanto in ambito

⁽¹²⁾ C. cost., 22.6.1990, n. 307, in *Giur. cost.* 1990, 1192; C. cost., 23.6.1994, n. 258, in *Foro it.* 1995, I, 1451; C. cost., 18.4.1998, n. 118, in *Giur. cost.* 1998, 990.

⁽¹³⁾ Cass., 15.9.2008, n. 23676, in *Foro it.* 2009, I, 36.

⁽¹⁴⁾ Si vedano, per esempio: A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposi-*

zioni anticipate di trattamento, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 87; R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, *Fam. dir.*, 2008, 142; G. LADECOLA, *Note critiche in tema di testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 482.

forense si è soliti discutere della validità o meno del “consenso” prestato dal paziente all’atto medico vuoi nella prospettiva civilistica dell’inadempimento dell’obbligazione contrattuale di informare il paziente in merito al trattamento terapeutico, cui deve essere sottoposto⁽¹⁵⁾, vuoi in quella penalistica dell’effettiva sussistenza del presupposto legittimante dell’attività invasiva della sfera corporale del paziente che si verifica nel momento in cui il trattamento stesso viene effettivamente praticato⁽¹⁶⁾.

Assai raramente, invece, si verifica un “dissenso” del paziente, e cioè il suo “rifiuto” delle cure.

Tuttavia, poiché la volontà di quest’ultimo può liberamente esprimersi sia in termini di consenso sia di dissenso, giuridicamente sarebbe più corretto parlare di “manifestazione di volontà consapevole” del paziente, utilizzando così un termine comprensivo tanto dell’una che dell’altra ipotesi. Tra consenso e rifiuto, infatti, sotto il profilo giuridico, non v’è alcuna differenza qualitativa: entrambi sono espressione di quel diritto all’autodeterminazione previsto dall’art. 32, 2° co., Cost. che anche le d.a.t. sono dirette a esercitare (seppure in forma condizionata e con effetti necessariamente differiti nel tempo).

Costituisce ormai “diritto vivente” il principio per cui il “consenso” del paziente o, meglio, la sua “manifestazione di volontà” deve essere preceduta da un’adeguata informazione: senza quel grado di informazione che sia necessaria a far acquisire al paziente un’adeguata conoscenza, la volontà che egli manifesta non è validamente espressa⁽¹⁷⁾.

Dunque, l’informazione preventiva del paziente è ormai pacificamente ritenuta da dottrina e giurisprudenza un requisito *ad validitatem* della sua manifestazione di volontà.

Ciò posto, non vi è motivo razionale per ritenere che tale requisito sia indispensabile quando la volontà si esprima nel senso di acconsentire alle cure e non sussista, invece, quando essa si traduca in un rifiuto di quelle stesse cure: in altre parole, non sarebbe razionalmente possibile sostenere la necessità di un consenso informato e la validità di un rifiuto “ignorante”.

In proposito occorre riflettere sul fatto che, in realtà, l’art. 32, 2° co., Cost. non richiede affatto che il consenso ai trattamenti terapeutici debba essere “informato”. Né lo impone alcun’altra norma giuridica.

Quale è, dunque, il motivo per cui tutti lo riteniamo un requisito di validità della volontà del paziente?

Perché, per la nostra cultura giuridica, la volontà (sotto il profilo giuridico) è inscindibile dal suo processo formativo: una volontà giuridicamente valida deve necessariamente essere una volontà correttamente formata. Lo dimostra il rilievo che il nostro ordinamento attribuisce ai vizi della volontà (art. 1427 c.c.). Essi rappresentano un elemento perturbatore che fa deviare il processo formativo del volere dal suo corso naturale e lo conduce a una determinazione che sarebbe stata differente se quella turbativa non fosse esistita. In particolare, l’errore e il dolo incidono proprio sui presupposti cognitivi che orientano la volontà: l’errore è una “falsa rappresentazione della realtà” sulla quale lo stipulante deve determinarsi⁽¹⁸⁾, il dolo è il comportamento malizioso altrui che induce quella stessa “falsa rappresentazione”⁽¹⁹⁾.

Per i giuristi, dunque, una volontà giuridicamente valida è sinonimo di volontà realmente consapevole.

Al contrario, una volontà formatasi su presupposti cognitivi incompleti o fuorvianti è una volontà viziata: l’assiomaticità di questa affermazione è dimostrata proprio dalla giurisprudenza in materia di “consenso informato”, che nemmeno si pone il problema di giustificare perché un’informazione inesistente o anche solo incompleta invalidi il consenso prestato dal paziente. Trasponendo queste considerazioni alla materia delle d.a.t., possiamo dire che, se queste rappresentano un negozio giuridico autodeterminativo, è pacifico che l’informazione del dichiarante (per di più in una materia così specialistica e delicata per la sua incidenza sulla salute e la vita stessa) rappresenta un presupposto indispensabile per la formazione di una volontà consapevole e, dunque, realmente libera e giuridicamente valida.

Inoltre, questa esigenza razionale di una corretta e completa informazione del dichiarante non può essere ritenuta necessaria solo per le volizioni di segno positivo e superflua, invece, per quelle di contenuto negativo.

Di ciò si trova traccia significativa anche nella già citata sentenza «Englaro» della Cassazione civile⁽²⁰⁾, laddove si afferma che la “pratica” del consenso informato sarebbe una “forma di rispetto per la libertà dell’individuo”, e cioè di rispetto del processo di libera e consapevole formazione della sua volontà, e poi coerentemente si osserva come, di fronte al rifiuto delle cure da parte del paziente, vi sia «il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato...» (affermazione di principio, questa, di cui, peraltro, la Corte contraddittoriamente non ha tenuto conto nel decidere quel caso, come vedremo).

Ovviamente, non vi è ragione per ritenere che l’informazione preventiva sia indispensabile quando il paziente debba esprimere la propria volontà per un trattamento che debba essergli praticato immediatamente e non necessaria, invece, quando il suo consenso o il suo dissenso venga espresso in forma “anticipata”, per un trattamento che possa essergli praticato in futuro, una volta che egli sia divenuto incapace.

Pertanto, a mio avviso, è del tutto condivisibile la necessità di un’adeguata informazione quale requisito di validità delle “dichiarazioni anticipate” (anche in caso di “rifiuto” delle cure) che la Cassazione civile ha affermato tanto nella sentenza n. 21748/2007 (Caso Englaro), quanto con la sentenza n. 23676/2008 testé richiamata.

Non altrettanto può dirsi, invece, dell’ulteriore requisito dell’“attualità” che quest’ultima sentenza ha indicato come indispensabile.

È evidente che, in realtà, in tal modo, non si pone un requisito di validità della “dichiarazione anticipata”, ma si nega la sua stessa efficacia: pretendere che una “dichiarazione anticipata” sia espressa nell’“attualità” del momento storico in cui la scelta del paziente deve essere effettuata equivale, infatti, a negare che egli possa autodeterminarsi “anticipatamente”.

A questo proposito, mi sembra agevole osservare che il secondo comma dell’art. 32 Cost. non esclude affatto che il consenso o il rifiuto delle cure possa essere espresso anche “anticipatamente” e che il divieto di una simile modalità di manifestazione della

⁽¹⁵⁾ Cass., 19.5.2011, n. 11005, in *Ragiusan*, 2011, 325-326, 198; Cass., 9.2.2010, n. 2847, cit.

⁽¹⁶⁾ Cass. pen., SS.UU., 18.12.2008, n. 2437, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 5, 1042; Cass. pen., 8.5.2008, n. 32423, in *Rass. dir. farm.*, 2009, 2, 294.

⁽¹⁷⁾ La giurisprudenza, com’è noto, è pacifica nel ritenere che l’“obbligo di informazione” rappresenti un’obbligazione accessoria del contratto di prestazione d’opera intellettuale che lega il medico al paziente (in tal

senso si vedano, per esempio: Cass., 29.9.2009, n. 20806, in *Ragiusan*, 2010, 315-316, 244; nonché Cass., 19.5.2011, n. 11005, cit. e Cass., 9.2.2010, n. 2847, cit.).

⁽¹⁸⁾ Cass., 25.7.2011, n. 16240, in *Contratti*, 2011, 10, 911.

⁽¹⁹⁾ Cass., 23.6.2009, n. 14628, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, 963.

⁽²⁰⁾ Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.

volontà del paziente non possa ricavarsi nemmeno dai principi generali dell'ordinamento, tanto che la Corte stessa, in realtà, non giustifica quale sia il fondamento giuridico del proprio assunto.

Da quegli stessi principi, inoltre, non mi pare si possa nemmeno ricavare la necessità della prova della "persistenza" della volontà del paziente precedentemente espressa anche nel momento in cui questa deve essere attuata.

Se le d.a.t. sono un negozio giuridico, infatti, la loro efficacia non può essere vanificata dal mero decorso del tempo, ma solo da una contraria manifestazione di volontà del disponente, e cioè da una loro revoca espressa o da una loro successiva modificazione. Ciò non significa, ovviamente, negare che l'efficacia necessariamente differita delle d.a.t. e la loro attitudine a produrre effetti a tempo indeterminato possano porre dei serissimi problemi, quanto alla effettiva corrispondenza della volontà formale che esse manifestano con quella reale del loro autore, qualora questa abbia a mutare nel tempo, ma solo prendere atto che questi problemi non trovano risposta nell'ordinamento vigente (al pari di quelli posti, per esempio, dal mutamento della volontà del testatore che non si sia tradotta in una revoca o modifica della volontà testamentaria che egli aveva precedentemente formalizzato).

Sempre al riguardo del tema dell'"attualità", viene sovente sollevato in dottrina il problema della sopravvenienza di nuove terapie, giovevoli alla situazione di salute in cui venga a trovarsi l'incapace, di cui egli necessariamente ignorava l'esistenza nel momento in cui aveva redatto le proprie d.a.t., manifestando un rifiuto delle cure all'epoca conosciute⁽²¹⁾.

Premesso che sollevare un inconveniente non significa dirimere un argomento, francamente sembra un problema superabile, senza che a tal fine si debba giungere a negare valore giuridico alle d.a.t.

Infatti, se il rifiuto espresso dal dichiarante si riferisce con precisione a ben determinate cure, per ciò stesso dovrà escludersi che esso possa operare con riguardo alla nuova terapia.

Pertanto, in tal caso, il medico chiamato a intervenire che si trovasse di fronte a un paziente incapace di intendere e volere minacciato da grave danno alla salute o in imminente pericolo di vita non sarà vincolato da alcuna manifestazione di volontà "anticipata" del paziente e dovendo agire in "stato di necessità" avrà il dovere giuridico di intervenire, praticando l'anzidetta terapia, come da costante giurisprudenza sia civile⁽²²⁾, sia penale⁽²³⁾.

Se il medesimo rifiuto, invece, fosse stato manifestato genericamente, come rifiuto di ogni terapia idonea a curare quella particolare patologia in cui venga poi a trovarsi il paziente incapace, a mio avviso, soccorrerebbe proprio la natura di negozio giuridico, che è da attribuirsi alle d.a.t. e il requisito loro proprio dell'adeguatezza dell'informazione preventiva del dichiarante.

Infatti, una manifestazione di volontà che si sia formata sulla base di una conoscenza (necessariamente) incompleta (perché

la "nuova" cura era, all'epoca, ignota) dovrà ritenersi improduttiva di effetti giuridici.

Trattandosi di una "causa sopravvenuta" di inefficacia del negozio, mi pare sia possibile trasporre in questa materia il principio dogmatico della "presupposizione", elaborato dalla dottrina in materia contrattuale.

Com'è noto, si tratta di una ideazione della dottrina tedesca, maturata già alla metà del diciannovesimo secolo⁽²⁴⁾ e che in Italia ha fatto scorrere letteralmente fiumi di inchiostro⁽²⁵⁾, finendo per essere recepita dalla giurisprudenza, seppure con persistenti incertezze sulle sue conseguenze (nullità o risolubilità del contratto, diritto di recesso del contraente...)⁽²⁶⁾.

Essa viene definita come «obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) tenuta in considerazione – pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali – dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il cui venir meno è del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti, e non corrisponde – integrandolo – all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro»⁽²⁷⁾.

Ora, depurando questa definizione dai suoi contenuti inerenti alla natura propria del contratto, in quanto negozio multilaterale di contenuto patrimoniale, si ottiene che la "presupposizione", nella fattispecie dei negozi unilaterali di natura non patrimoniale, potrebbe definirsi come l'«obiettiva situazione di fatto tenuta in considerazione dal disponente – pur in mancanza di un espresso riferimento nel contenuto negoziale – nella formazione della propria volontà come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio di autodeterminazione (cd. condizione non sviluppata o inespressa)».

Ciò posto, in un caso come quello in esame, occorrerebbe chiedersi se la volontà del disponente, laddove ha dichiarato di rifiutare le cure, non debba ritenersi soggetta alla condizione inespressa che lo stato delle conoscenze scientifiche e delle terapie note permanga quello che gli è stato illustrato ai fini della formazione della volontà che egli ha manifestato nelle sue d.a.t.

La risposta a questo quesito mi pare agevole: se l'informazione somministrata all'epoca delle d.a.t. risulta superata dalle scoperte scientifiche, la volontà formatasi su quel presupposto, divenuto inattuale, non potrebbe più reputarsi efficace.

5. I requisiti delle d.a.t. segue: la questione della forma

Da ultimo, si pone quello che, a mio avviso, è un problema spinoso, vale a dire quello dei requisiti di forma delle d.a.t..

Secondo le enunciazioni di principio della giurisprudenza, la regola che in materia reggerebbe il nostro ordinamento sarebbe quella della libertà delle forme⁽²⁸⁾.

Dal disposto dell'art. 1325, 1° co., n. 4, c.c., relativo ai requisiti di validità dei contratti, infatti, si ricava che la libertà di forma sarebbe la norma, mentre il vincolo di forma costituirebbe un'ec-

⁽²¹⁾ G. IADECOLA, *op. cit.*, 477; M. BARNI, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, *Riv. it. med. leg.*, 1994, 842.

⁽²²⁾ Cass., 15.11.1999, n. 12621, in *Foro it.* 2000, I,3588.

⁽²³⁾ Cass. pen., 23.1.2008, n. 16375, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 2921.

⁽²⁴⁾ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850, 7.

⁽²⁵⁾ Per citare solo alcuni dei più recenti lavori dottrinali in materia: A. RICCIO, *La presupposizione è dunque causa di recesso dal contratto*, in *Contratto e impr.*, 2008, 11; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 533; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 542; A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, *Trattato di diritto*

privato diretto da M. Bessone, Torino, 2003, XIII; C. M. BIANCA, *Diritto civile*. III. *Il contratto*, Milano, 2000, 463.

⁽²⁶⁾ Per una puntuale ricostruzione dell'istituto e per la tesi secondo la quale la presupposizione darebbe luogo al diritto di recesso del contraente, si veda: Cass., 25.5.2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, 1134; conclude, invece, per la nullità del contratto: Cass., 8.8.1995, n. 8689, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1498; sostiene, infine, la risolubilità del contratto: Cass., 24 marzo 2006, n. 6631, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3.

⁽²⁷⁾ Cass., 25.5.2007, n. 12235, cit.

⁽²⁸⁾ Si vedano, per esempio: Cass., 27.1.2010, n. 1713, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 111; Cass., 1.4.2008, n. 8449, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 501; Cass., 2.5.2007, n. 10121, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5.

cezione, sicché le singole disposizioni che lo prevedono non sarebbero suscettibili di interpretazione analogica.

Stando a queste conclusioni, parrebbe che le d.a.t. non siano assoggettabili a particolari requisiti di forma: infatti, né l'art. 32, 2° co., Cost., né l'art. 33 l. 23.12.1978, n. 833, prevedono una qualche formalità per il consenso da prestare ai trattamenti terapeutici.

A questo proposito, tuttavia, non va sottaciuto come, proprio in quella materia contrattuale cui si riferisce l'art. 1325 c.c., da decenni una parte della dottrina abbia messo sotto attacco quel dogma della libertà delle forme che la giurisprudenza, almeno in linea di principio, continua invece a proclamare con convinzione⁽²⁹⁾.

E così alcuni Autori sostengono che l'art. 1325 c.c. si limiti a configurare due diversi tipi di contratti (rispettivamente "a struttura debole" quelli per i quali la forma non è requisito di validità e "a struttura forte" gli altri) e affermano quindi la possibilità di un'interpretazione analogica delle norme che prevedono il requisito di forma, laddove la *eadem ratio* che giustificherebbe l'estensione analogica di quest'ultimo sarebbe costituita dall'identità «degli interessi... tutelati» dalla norma che assoggetta un determinato negozio a un requisito formale⁽³⁰⁾.

Si è così diffusa in dottrina la convinzione per cui «la previsione di una forma *ad substantiam*» trarrebbe «la sua giustificazione ultima dagli effetti che l'atto è destinato a produrre»⁽³¹⁾ e sarebbe quindi sulla base di questo parametro che si dovrebbe decidere se una norma implicante un certo requisito di forma per un determinato negozio sia o meno suscettibile di applicazione analogica a un altro per il quale non è previsto espressamente alcun formalismo.

Se si accogliessero queste conclusioni, si dovrebbe prendere atto che l'ordinamento assoggetta praticamente tutti gli atti negoziali di natura non patrimoniale, specialmente in materia di diritti personali e familiari, a rigorosi requisiti di forma.

Per fare qualche esempio, si pensi al riconoscimento del figlio naturale (art. 254 c.c.), alla sua legittimazione (art. 285 c.c.), alla scelta del tutore (art. 348 c.c.), per non parlare delle domande di separazione giudiziale e di divorzio.

Si potrebbe obiettare che tale rigore di forme è giustificato dal fatto che tali atti sono destinati ad incidere non già solo sulla sfera giuridica del disponente, ma anche su quella di altre persone, ma, a ben guardare, ciò accade anche per le d.a.t., in quanto sono dirette a vincolare l'operato del medico, autorizzandolo a praticare un trattamento terapeutico o esonerandolo dal dovere di effettuarlo.

A questo riguardo, poi, è quanto mai significativo osservare come il disposto del novellato art. 408 c.c.⁽³²⁾ abbia vincolato la designazione del proprio amministratore di sostegno da parte dell'interessato (e cioè un atto che, come vedremo, viene oggi frequentemente accostato alle d.a.t.) alla forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata.

Dal che mi pare agevole desumere che l'ordinamento, in materia di diritti personalissimi, privilegia i requisiti di forma del negozio

sia per evidenti esigenze di certezza in ordine alla provenienza e al contenuto della volontà del dichiarante, sia per richiamare quest'ultimo ad un'adeguata riflessione sull'importanza delle sue determinazioni.

Su queste basi, pertanto, se si accogliesse la possibilità di un'interpretazione analogica delle disposizioni che impongono vincoli di forma, la prima che potrebbe venire in rilievo potrebbe essere proprio il già citato art. 408 c.c.⁽³³⁾.

Infatti, è innegabile che, in quel caso, il legislatore abbia previsto il requisito di forma proprio per tutelare quelle ragioni di certezza e di sollecitazione di un'adeguata riflessione del disponente che indubbiamente potrebbero invocarsi anche per le d.a.t.

Il fatto che le d.a.t. siano destinate a valere a distanza di tempo e siano finalizzate a condizionare l'attività di un terzo, vale a dire quella del medico che dovrà attenersi alla volontà espressa dal dichiarante, evidenzia di per sé solo l'opportunità di preconstituire un atto che ne certifichi la provenienza e il contenuto.

Inoltre, i beni sui quali la loro attuazione può incidere (la salute e la vita stessa della persona) sono indubbiamente tali, da consigliare una adeguata valutazione del loro contenuto.

E, quanto agli effetti giuridici dei due atti, sarebbe facile constatare che, per l'aspetto contenutistico, entrambi riguardano diritti personalissimi, mentre sotto il profilo cronologico, entrambi sono destinati a produrli condizionatamente e in un tempo futuro. In questa prospettiva, sarebbe dunque predicabile che le d.a.t. debbano farsi per atto pubblico o scrittura privata autenticata, come previsto dall'art. 408 c.c.

Le d.a.t. potrebbero essere accostate anche al testamento, sia sulla base della identità dell'interesse tutelato che sotto il profilo degli effetti giuridici dei due atti.

Sotto il primo profilo, com'è noto, si ritiene che gli interessi tutelati dai requisiti di forma del testamento siano la «necessità di garantire una maggior ponderatezza della decisione» da parte del testatore e quella di «preconstituire la prova» della sua volontà testamentaria⁽³⁴⁾.

È chiaro che i medesimi "interessi" sarebbero ravvisabili anche nelle d.a.t., per le ragioni che ho già evidenziato.

Indubbiamente, anche per ciò che attiene agli effetti giuridici, le d.a.t. potrebbero essere accostate al testamento.

Premesso che quest'ultimo, a norma del secondo comma dell'art. 587 c.c.⁽³⁵⁾, è valido anche se contiene esclusivamente disposizioni di natura non patrimoniale, anch'esso, come le d.a.t., è destinato a produrre i propri effetti in un tempo futuro e, soprattutto, in un momento in cui il loro autore non sarà più in grado di manifestare la propria volontà.

Pertanto, esclusa per ovvi motivi l'estensione analogica della forma del testamento segreto, potrebbe, anche in questo caso, reputarsi applicabili alle d.a.t. la forma dell'atto pubblico (senza possibilità di rinuncia ai testimoni, ex art. 603 c.p.c.) ovvero quella dell'olografo (implicante l'autografia, la data e la sottoscrizione del dichiarante).

Se, al contrario, si volesse intendere in modo "tradizionale" il principio della libertà delle forme dei negozi giuridici e ritenere

⁽²⁹⁾ Cass., 28.10.2008, n. 25888, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, 1527.

⁽³⁰⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli 2006, 422; ma si vedano anche, per esempio, U. BRECCIA, *Principi e regole tra libertà e vincoli formali*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, Milano, 2006, 509 e segg.; N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 29.

⁽³¹⁾ L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, 23.

⁽³²⁾ Introdotto dalla l. 9.1.2004, n. 6.

⁽³³⁾ Il parallelismo col disposto dell'art. 408 c.c. è stato colto da S. PATTI, *op. cit.*, 395.

⁽³⁴⁾ A. M. MANCALEONI, in *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, 2009, I, 1623.

⁽³⁵⁾ «Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale».

che le d.a.t. non siano vincolate ad alcun particolare requisito di forma, si dovrebbe concludere invece che queste possano essere formulate anche oralmente.

È chiaro che, in tal caso, si porrebbero, tuttavia, rilevanti problemi pratici, primo fra tutti quello della prova, che dovrebbe necessariamente passare per un accertamento giudiziale.

Considerata la natura dei fatti oggetto di prova, poi, pare ovvio che questa non sarebbe soggetta a limitazioni, potendo quindi essere data con ogni mezzo.

Certo, è quasi impossibile immaginare una prova per presunzioni semplici delle d.a.t., soprattutto in relazione alla loro natura di manifestazione espressa di volontà e al loro contenuto, necessariamente articolato, ma una loro prova testimoniale non è, invece, affatto difficile da ipotizzare.

Pensiamo al caso di una persona debilitata e afflitta da una patologia cronica, di cui ben conosca la possibile evoluzione, che improvvisamente debba essere soccorsa per il precipitare della sua condizione di salute e che esprima al coniuge, a un parente o ai suoi soccorritori stessi, negli ultimi istanti di sua lucidità, la ferma intenzione di rifiutare un determinato trattamento terapeutico pertinente al proprio caso.

Dunque, il problema della prova delle d.a.t. verbali, non parrebbe insuperabile, almeno in linea di principio.

In conclusione, i requisiti di validità delle d.a.t. possono essere riassunti: a) nella esistenza di una volontà manifestata *ab externo* dal dichiarante; b) nella finalizzazione di tale volontà a ottenere l'effetto di acconsentire o rifiutare un trattamento medico in determinate circostanze; c) nella identificazione sufficientemente precisa di tali circostanze e del trattamento medico in merito al quale si intende disporre; d) nella preventiva somministrazione al dichiarante di un'informazione adeguata allo specifico contenuto delle sue dichiarazioni.

Discutibile, anche se seriamente ipotizzabile, è invece che le d.a.t. debbano possedere requisiti di forma (e quali).

6. Gli effetti giuridici delle d.a.t.

Ora, è da chiedersi quali effetti giuridici possano produrre, nell'ordinamento oggi vigente, le d.a.t. che possiedono tali requisiti. Il quesito non è ozioso, ove si consideri come ancor oggi, nonostante i radicali cambiamenti cui è stato assoggettato nell'ultimo periodo di tempo, il Codice di deontologia medica prevede che il medico «nelle sue scelte» debba «tener conto delle precedenti volontà» del paziente incapace (artt. 35 e 38)⁽³⁶⁾, senza vincolarlo pertanto a una rigorosa attuazione di tale volontà.

E anche l'art. 9 della Convenzione di Oviedo⁽³⁷⁾, sovente citato in giurisprudenza (e anche in dottrina) a sostegno del valore giuridico delle d.a.t., benché non abbia efficacia in Italia⁽³⁸⁾, in realtà, fa riferimento alla necessità di «prendere in considerazione» i «desideri» espressi dal paziente anteriormente alla perdita della capacità d'intendere e volere.

Sotto il profilo giuridico la risposta mi pare, invece, obbligata.

Se le d.a.t. sono un atto negoziale e questo possiede tutti i requisiti di validità richiesti dal diritto positivo, non può negarsi che esso debba produrre gli effetti giuridici voluti dal suo autore, vale a dire quelli di vincolare l'operato del medico alla propria volontà.

Pertanto, alle «dichiarazioni anticipate» dovrà riconoscersi lo stesso valore giuridico condizionante la legittimità dell'atto medico che ordinariamente si attribuisce alla manifestazione di volontà del paziente espressa nell'imminenza del compimento di quest'ultimo.

Il consenso o il rifiuto che esse manifestano dovrà, quindi, ritenersi vincolante per il medico, alle cui cure è affidato l'incapace.

7. Le soluzioni individuate dalla prassi: quella del «caso Englaro»

Passando all'esame delle «soluzioni» escogitate dalla prassi per far valere le dichiarazioni anticipate di volontà, anzitutto, è quasi d'obbligo esaminare quella che la Prima Sezione della Cassazione civile ha dato al «caso Englaro»⁽³⁹⁾, decisione notissima nelle sue conclusioni, forse non altrettanto in tutti gli aspetti della sua motivazione.

In estrema sintesi, si trattava di una persona che da lungo tempo versava in stato d'incapacità e che era stata legalmente interdetta, il cui tutore (il padre) si era rivolto al Tribunale competente proponendo ricorso *ex art. 732 c.p.c.*, affinché, previa nomina di un curatore speciale, disponesse un ordine di interruzione dell'alimentazione e idratazione attuate mediante sondino nasogastrico.

Al provvedimento di rigetto del Tribunale⁽⁴⁰⁾, che aveva ritenuto inammissibile il ricorso, in quanto l'ordinamento non ammetterebbe la rappresentanza dell'interdetto per ciò che attiene i suoi diritti personalissimi, e comunque infondato pure nel merito, seguiva il reclamo del tutore alla Corte d'appello.

Nel corso dell'istruttoria esperita in questa sede veniva acquisita la prova testimoniale relativa alle confidenze rese dall'interessata a tre amiche, per cui «costei era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale all'amico A., in coma in seguito di un sinistro stradale» e aveva «dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo F. che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo», ribadendo poi tale sua convinzione anche in una discussione svoltasi a scuola sullo stesso tema.

La Corte d'Appello⁽⁴¹⁾ aveva ritenuto ammissibile il ricorso del tutore, argomentando (al contrario del Tribunale) che il combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., laddove attribuisce al tutore «la cura della persona» dell'incapace gli conferisca anche il potere di esercitare il diritto personalissimo all'autodeterminazione, ma rigettandolo nel merito.

Avverso tale decisione, il tutore, sempre seguito nelle sue iniziative dalle istanze adesive del curatore speciale dell'incapace, proponeva ricorso per cassazione.

La decisione della Corte è ben nota.

Qui interessa focalizzare solo alcuni aspetti della motivazione, e specificamente quelli attinenti ai poteri del tutore e quelli del Giudice ordinario in tema di esercizio dei diritti personalissimi dell'incapace.

A questo proposito, la Corte ha avuto cura di precisare che il caso sottoposto al suo esame è quello del «soggetto adulto» che «non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità» e che peraltro «non abbia, prima di cadere in tale condizione... specificamente indicato, attraverso dichiarazio-

⁽³⁶⁾ Codice di deontologia medica, approvato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri il 16.12.2006.

⁽³⁷⁾ Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, conclusa a Oviedo il 4.4.1997.

⁽³⁸⁾ Perché la delega che il Parlamento ha conferito, ai fini della sua ratifica, con la l. 28.3.2001, n. 145 non è mai stata esercitata dal Governo.

⁽³⁹⁾ Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Lecco, 2.2.2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 5, 470.

⁽⁴¹⁾ App. Milano, 16.12.2006, in *Foro it.* 2007, I, 2231.

ni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare».

In questo caso, pertanto, la Corte ha rilevato l'inesistenza di d.a.t. Ed è in questo contesto che essa ha ritenuto di doversi pronunciare sui poteri "sostitutivi" del tutore e su quelli del Giudice ordinario.

Al riguardo, la Corte era ben consapevole del fatto che la dottrina fosse unanime nell'interpretare la "cura della persona" dell'interdetto che l'art. 357 c.c. affida al tutore come attributiva dei soli interventi che possono giovare al suo benessere personale⁽⁴²⁾, escludendo in via generale un suo potere di esercitare, in sua sostituzione, i "diritti personalissimi" dell'interdetto⁽⁴³⁾.

Ciò per la banale, ma insuperabile considerazione che «l'esercizio dei diritti della personalità ha carattere strettamente personale»⁽⁴⁴⁾.

Essa, pertanto, ricava da tutta una serie di indici normativi o pseudonormativi (quali la citata Convenzione di Oviedo) la singolare conclusione per cui, con riguardo al diritto di autodeterminazione in materia di trattamenti terapeutici, il tutore godrebbe di un potere "condizionato" di "prestare il consenso informato" in luogo dell'incapace.

Tale potere, infatti, soggiacerebbe a un duplice vincolo «connesso al fatto che la salute è un diritto personalissimo»: in primo luogo il tutore dovrebbe «agire nell'esclusivo interesse dell'incapace»; secondariamente egli dovrebbe decidere se acconsentire o rifiutare le cure da prestare all'interessato non «al posto dell'incapace, nè per l'incapace, ma con l'incapace: quindi ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente», volontà che dovrebbe desumere «dalla sua personalità» dell'incapace stesso, nonché «dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

Detto ciò, quanto ai poteri del tutore, la Corte precisa che quelli del giudice non avrebbero natura per così dire "costitutiva", tant'è che definisce erronea la convinzione del ricorrente per cui al Giudice potrebbe richiedersi «di ordinare il distacco del sondino nasogastrico», ma di mero accertamento, traducendosi nel «controllo della legittimità della scelta» effettuata dal tutore «nell'interesse dell'incapace», mediante la ricostruzione della sua «decisione ipotetica» sulla base di «elementi di prova chiari, concordi e convincenti».

In tal modo, ridotto il contenuto del decreto del Tribunale a un mero accertamento, quella del tutore diverrebbe la figura chiave dell'intera vicenda, mediante l'esercizio di un potere sostitutivo dell'interdetto nell'esercizio del suo diritto all'autodeterminazio-

ne, volto non già a far valere una "dichiarazione anticipata" di quest'ultimo, ma una sua "volontà presunta".

Come sappiamo, questa decisione ha annoverato una quantità di commenti, in parte favorevoli e in altri contrari⁽⁴⁵⁾, quasi tutti animati, tuttavia, dall'adesione pregiudiziale dei commentatori all'uno o all'altro degli orientamenti che si sono formati in materia di "testamento biologico".

A me pare che i suoi punti deboli siano più d'uno.

Anzitutto, vi è quello riguardante i poteri del tutore.

La Corte ben si guarda dall'affermare che competa al Giudice ordinario sostituirsi all'incapace nel formulare una volontà che questi non abbia espresso, con riguardo al suo diritto di autodeterminazione, e in ciò essa dimostra di essere ben consapevole che, trattandosi di un diritto "inviolabile", questo non può essere soggetto ad alcuna intrusione dei poteri dello Stato (neppure "per via giudiziaria"), se non "per disposizione di legge" (art. 32, 2° co., Cost.) e per quelle ragioni di "salute pubblica" quali individuate dalla giurisprudenza costituzionale già citata, presupposti che, nel caso specifico, non sussistevano.

Conseguentemente, la Corte concentra la propria attenzione sui compiti di "cura della persona" attribuiti al tutore dall'art. 357 c.c., per riconoscere a quest'ultimo un potere sostitutivo, seppure "condizionato".

In tal modo, tuttavia, si realizza un'evidente forzatura del disposto dell'art. 357 c.c., il cui oggetto è rappresentato dalle sole attività che il tutore può esercitare per preservare il benessere dell'incapace, ma non di certo dall'esercizio sostitutivo dei diritti personalissimi di quest'ultimo.

A questo proposito la Corte non spiega in alcun modo come sia possibile costruire, nel nostro ordinamento, quella rappresentanza legale in materia di diritti personalissimi che dottrina e giurisprudenza hanno sempre e concordemente escluso, per ragioni più che evidenti.

Né a tal fine può valere l'escamotage di assegnare (almeno formalmente) al tutore un potere sostitutivo il cui esercizio sia "condizionato" alla ricostruzione della volontà "ipotetica" del rappresentato, e cioè di una volontà che questi non ha mai manifestato. Anzitutto, il concetto stesso di "potere condizionato", nel senso inteso dalla Corte, è in sé contraddittorio.

Il potere proprio di un ufficio pubblico, quale è quello del tutore, infatti, implica che chi vi è deputato sia "vincolato" ai fini propri dell'ufficio (nel caso specifico: la protezione dell'incapace), ma rimanga "libero" quanto alla volontà da esprimere per perseguire quegli stessi fini.

Ed è la propria volontà che il tutore fa valere nell'esercitare i poteri del proprio ufficio, e non quella dell'interdetto.

⁽⁴²⁾ Si tratta delle attività dirette a soddisfare le esigenze materiali, personali e spirituali del soggetto, come si è precisato in dottrina: A. JANNUZZI e P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, 278.

⁽⁴³⁾ R. PESCARA e F. VIGLIONE, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2011, 515; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, I, 152; G. ADEZATI, in *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, 2009, I, 1139; M. DOGLIOTTI, *Tutela e curatela*, in *Digesto (discipline privatistiche. Sez. civile)*, Torino, XXI, 1999, 479; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974, 275; A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VI, 28.

⁽⁴⁴⁾ Galgano, *op. ult. cit.*, 152.

⁽⁴⁵⁾ Per citarne solo alcuni: F. D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in questa Rivista 2008, 966; F. BONACCORSI, *Diritto del malato alla autodeterminazione terapeutica – rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*, in *Danno e resp.*, 2008, 4, 421; E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 363; A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, in questa Rivista 2008, 6, 508; A. VENCHIARUTTI, *Testamento biologico e eutanasia, La rilevan-*

za giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico, in Nuova giur. civ. comm., 2008, I, 1, 83; S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario "life-sustaining"*, in *Foro it.* 2008, I, 2609; D. MALTESE, *Convincimenti già manifesti in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, in *Foro it.* 2008, I, 125; GIUSEPPE GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, I, 1119; D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. Civ.* 2008, 1727; F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si iscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.* 2008, 1, 107; A. G. DANOVI, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, in *Dir. fam. pers.* 2008, 131; G. GALUPPI, *Brevi osservazioni sulla sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione*, in *Dir. fam. pers.* 2008, 1, 138; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, 331; G. IADECOLA, *La (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, *Giur. merito* 2008, 2504; G. CASABURI, *Interruzione dei trattamenti medici: nuovi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Foro it.* 2007, I, 3025.

In altre parole, egli non è affatto il *nuncius* di una volontà altrui, foss'anche quella dell'interdetto, tanto meno quando tale volontà non sia mai stata manifestata dall'interessato.

Pertanto la contraddizione concettuale insita nel "potere condizionato" immaginato dalla Cassazione mi pare evidente.

Inoltre, mi pare certo che la "volontà presunta" di un soggetto non possa essere elevata a fonte negoziale.

Nessuna norma dell'ordinamento la prevede come tale, né una simile fonte negoziale può ricavarsi dai principi generali.

Al contrario, la giurisprudenza penale che si è occupata del "consenso presunto" dell'avente diritto⁽⁴⁶⁾, ha negato che possa avere effetto scriminante la convinzione dell'agente in merito alla sussistenza di un ipotetico consenso del titolare del diritto leso⁽⁴⁷⁾, rifiutando quindi rilievo giuridico alla "volontà presunta" di quest'ultimo.

In campo civilistico, poi, sotto il profilo dogmatico, è irrefutabile che una "volontà ipotetica" è una non-volontà proprio in quanto volontà inespressa, tale cioè da non sostanziare quella "manifestazione" volitiva che è indispensabile per aversi un negozio giuridico suscettibile di produrre effetti nell'ordinamento.

Si badi, inoltre, che, attribuendo valore giuridico alla "volontà ipotetica" dell'incapace, si dovrebbe necessariamente ammettere un analogo potere sostitutivo del tutore con riguardo a tutti gli altri suoi diritti personalissimi (per esempio: diritto di disposizione del proprio corpo, diritto all'immagine, diritto alla riservatezza, diritti in materia di *status* personale...), col risultato di autorizzare un'ingerenza senza limiti nella sfera più intima della sua personalità.

E ciò, utilizzando a tal fine quella che indubbiamente è una mera *factio iudicis*.

Quest'ultima considerazione richiama la nostra attenzione su un altro aspetto fondamentale, rappresentato dal fatto che la Corte, dopo aver lungamente disquisito sul diritto all'autodeterminazione dell'incapace, per affermare che questo non poteva ritenersi soggetto ad alcun limite, nel suo argomentare a proposito dei poteri sostitutivi del tutore, lo confonde col diritto alla salute, errore questo che non è privo di significato.

Ciò che era oggetto di tutela, nel caso esaminato, infatti, non era primariamente e direttamente il diritto alla salute dell'incapace, bensì proprio quel diritto di libertà che si traduce nell'autodeterminazione terapeutica: si doveva, infatti, decidere se, non essendosi determinata a tempo debito la persona divenuta incapace, potesse farlo il tutore al posto suo.

Attribuendo al tutore un potere sostitutivo che indubbiamente il diritto positivo non gli conferisce, si è così pervenuti proprio a contraddire quel diritto di autodeterminazione la cui assolutezza si era affermata poco prima, finendo per ridurre l'incapace da soggetto dei propri diritti a oggetto delle altrui interpretazioni della propria volontà.

Mi sembra, quindi, che la linea interpretativa seguita dalla Cas-

azione, in questo caso, dovrebbe essere avversata per primi proprio dai più tenaci fautori dell'autodeterminazione, e proprio in nome di quest'ultima.

Essa, inoltre, non tiene conto della necessità di accertare se la "volontà ipotetica" dell'interdetto possa reputarsi illuminata dalla necessaria informazione preventiva: come abbiamo visto, questo è un requisito irrinunciabile delle d.a.t., e non vi sarebbe motivo di ritenerlo indispensabile solo per le dichiarazioni manifestate in modo espresso e, al contrario, superfluo nel caso si tratti di ricostruire la "volontà ipotetica" dell'incapace.

Ovviamente, questo accertamento avrebbe dovuto essere effettuato in termini non già ipotetici, ma reali, ma la Corte non ha fatto né l'una, né l'altra cosa.

Concludendo su questo punto, se le d.a.t., come abbiamo visto, hanno natura di negozio giuridico, in quanto manifestazione di volontà diretta a un fine, nel caso Englaro, come la stessa Corte ha riconosciuto, non eravamo in presenza di alcuna manifestazione di volontà e, quindi, di nessun negozio.

Del resto, lo stesso tutore, nel suo ricorso per cassazione, aveva affermato che "i convincimenti" della persona interdetta erano stati evocati in giudizio (e testimonialmente provati) non già perché si potesse attribuire loro il valore di «manifestazione di volontà idonea, equiparabile a un dissenso in chiave attuale dai trattamenti che ella subisce», ma con il solo intento di offrire al giudice ogni "elemento disponibile" ai fini della valutazione che doveva compiere.

In casi simili, a mio avviso, escluso il potere del giudice di surrogare una volontà mai espressa dall'incapace, come la Cassazione ha riconosciuto, mi pare impraticabile la via di riconoscere al suo tutore il potere di sostituirsi a lui, per ricostruire le sue d.a.t. "ipotetiche".

8. Le soluzioni individuate dalla prassi: l'amministrazione di sostegno

Il "caso Englaro" non ci ha lasciato in eredità solo questo precedente giurisprudenziale comunque molto importante, ma anche una più diffusa sensibilità sociale per la problematica delle d.a.t. Ne sono nati diversi tentativi di dare una risposta più "sicura" alla preoccupazione condivisa da un crescente numero di persone in merito alle proprie "dichiarazioni anticipate".

Un'illustrazione delle singole "soluzioni" escogitate dalla prassi e una loro valutazione può partire dal tentativo di utilizzare a questo fine l'amministrazione di sostegno.

L'ammissibilità di questo tentativo, com'è noto, vede divisa non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza di merito.

I fautori di questa "soluzione"⁽⁴⁸⁾ evidenziano come l'art. 408, 1° co., c.c. consenta che «l'amministratore di sostegno» possa «essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata» e, al tempo stesso, come nulla vieti che questi, nello

⁽⁴⁶⁾ L'art. 50 c.p. prevede, infatti, il consenso dell'avente diritto come specifica scriminante: «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne».

⁽⁴⁷⁾ «Ai fini dell'applicabilità dell'art. 50 c.p. è necessario il requisito della effettività e a nulla vale la convinzione ipotetica ed eventuale che il consenso sarebbe stato dato se richiesto» (Cass. pen., 21.1.1982, MAGLIONE, in *Giust. pen.* 1982, II, 718; ma si vedano anche: Cass. pen., 7.12.1977, Volgger; Cass. pen., 10.1.1972, Tempo; Cass. pen., 11.10.1970, Di Scala; Cass. pen., 27.5.1966, Di Taranto).

⁽⁴⁸⁾ In giurisprudenza si vedano: Trib. Firenze, 22.12.2010, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 483 e in *Foro It.*, 2011, I, 608; Trib. Cagliari 14.12.2009, in *Fam. dir.*, 2010, 2, 167; Trib. Modena, 14.5.2009, in *Giur. Merito*, 2009, 9, 2168; Trib. Prato 8 aprile 2009, in *Giur. Merito*, 2010, 1, 102; Trib. Modena, 5.11.2008, in *Fam. dir.*, 2009, 3, 277.

In dottrina, si vedano: D. INFANTINO, *Directive anticipate e amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2011, I, 483; M. N. BUGETTI, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Fam. dir.*, 2010, 171; R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. Merito*, 2010, 104; S. NAPOLITANI, *L'amministratore di sostegno e la pianificazione anticipata delle cure mediche*, in questa Rivista 2010, 216; L. COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura, indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giur. merito* 2009, 2697; G. COSCIONI, *L'amministrazione di sostegno non presuppone lo stato di incapacità del beneficiario*, in questa Rivista 2009, 802; A. LANDINI, *Amministrazione di sostegno e autodeterminazione terapeutica*, in questa Rivista 2008, 910.

stesso atto, espliciti le proprie “direttive anticipate”, affinché queste vengano recepite nel decreto istitutivo dell’a.d.s.

Inoltre, a favore dell’ammissibilità dell’istanza di istituzione della procedura di amministrazione di sostegno “ora per allora”, a richiesta di una persona capace, si adducono diversi altri argomenti.

L’art. 404 c.c., in realtà, non limiterebbe la possibilità di disporre nei casi in cui il beneficiando sia già incapace: la norma consentirebbe, infatti, che l’“attualità” dell’incapacità sia ritenuta una mera condizione di efficacia del decreto del giudice tutelare, e non già un presupposto di ammissibilità del ricorso.

L’art. 406 c.c. consente allo stesso beneficiando di proporre il ricorso per “l’istituzione” della procedura, anche se egli sia “minore, interdetto o inabilitato”, il che lascerebbe intendere che egli, nel momento in cui ricorre al Giudice tutelare, possa essere capace.

Ed ancora lo strumento dell’a.d.s. “ora per allora” consente di evitare il pericolo che il diritto all’autodeterminazione dell’interessato possa essere leso, in caso di sua incapacità sopravvenuta, nelle more di un inevitabile procedimento giudiziale per la sua istituzione che venisse avviato solo dopo che l’interessato sia già divenuto incapace.

Diverse altre decisioni invece si sono orientate in senso contrario⁽⁴⁹⁾.

Anche in questo caso gli argomenti non mancano.

Anzitutto, si osserva che il dato letterale dell’art. 404 c.c., per il quale può essere interessata dall’a.d.s. solo la persona che «si trova nell’impossibilità, anche parziale e temporanea, di provvedere ai propri interessi», non consente di scindere il momento dell’emanazione del decreto da quello della sua efficacia.

Più in generale, si è acutamente osservato⁽⁵⁰⁾ che «l’apertura dell’a.d.s. “ora per allora”... sembra cozzare con i principi vigenti in materia di misure di protezione, la cui disciplina assegna un rilievo centrale alla funzione del giudice, in particolare con riguardo allo specifico controllo preventivo delle scelte non ordinarie del soggetto preposto alla cura del beneficiario»⁽⁵¹⁾ e a tale riguardo si fa riferimento, per esempio, al potere del Giudice tutelare di procedere all’esame “attuale” del beneficiando (art. 407, 2° co., c.c.) e a quello di scegliere l’amministratore di sostegno “*rebus sic stantibus*”, anche nel caso questi sia già stato designato dall’interessato (art. 408 c.c.).

Inoltre, l’istituzione dell’a.d.s. “ora per allora” porrebbe problemi irrisolvibili relativamente al momento (quello della sua emanazione o quello della sua efficacia?) in cui dovrebbero effettuarsi gli adempimenti previsti dalla legge per la “pubblicità-notizia” del decreto, vale a dire: l’iscrizione del decreto per estratto nel casellario giudiziale⁽⁵²⁾, la sua annotazione nell’apposito registro⁽⁵³⁾ e la sua comunicazione all’ufficiale di stato civile⁽⁵⁴⁾.

Oltre a ciò, una istituzione dell’a.d.s. “ora per allora” renderebbe inoltre impossibile precisare ponderatamente la “durata dell’incarico” dell’amministratore di sostegno, come è invece previsto dall’art. 405, 5° co., c.p.c.

Ancor più radicalmente, si rileva che, in realtà, lo stesso disposto

dell’art. 408 c.p.c., laddove prevede una designazione “anticipata” dell’amministratore di sostegno da parte dell’interessato, chiaramente distingue il momento di tale designazione rispetto a quello, necessariamente successivo, della nomina da parte del Giudice tutelare, evidenziando come quest’ultima debba corrispondere col momento in cui si verifica l’“impossibilità di provvedere ai propri interessi”, e ciò anche ai fini della verifica della “attuale” idoneità della persona designata a esercitare le funzioni conferitegli (ciò che una sua nomina “anticipata” renderebbe impossibile).

Infine, in diversi decreti di rigetto dei giudici tutelari, si evidenzia come le esigenze di sollecita tutela del diritto di autodeterminazione ben possono essere sopperite dai rispettivi Uffici, avendo questi dimostrato di poter provvedere, qualora ne ricorra l’effettiva necessità, anche *ad horas*.

Personalmente, credo che questi argomenti siano insuperabili.

Un esame sistematico delle misure di protezione dell’incapace predisposte dall’ordinamento evidenzia, invero, come la loro istituzione non possa prescindere dall’attualità dello stato d’incapacità dell’interessato nel momento in cui il relativo provvedimento dev’essere assunto.

Qualora questo stato difetti, manca un fondamentale elemento della fattispecie prevista dalle norme in questione, non ultima proprio quella dettata dall’art. 404 c.c., per il quale l’a.d.s. può darsi solo a una persona che già “si trova” nell’impossibilità di provvedere ai propri interessi.

Inoltre, è ben vero che le scarse decisioni della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale⁽⁵⁵⁾ pronunciate sui criteri di “coordinamento” dell’a.d.s. con l’interdizione e l’inabilitazione hanno affermato che la scelta fra i diversi istituti di protezione non deve essere necessariamente legata alla gravità dell’incapacità, ma è altrettanto vero che, se l’interdizione, nell’attuale ordinamento, conserva un ambito di applicazione, non si vede come questo non possa ricomprendere la situazione di una persona totalmente incapace non già solo di intendere e di volere, ma anche di comunicare e di compiere qualsiasi atto della vita⁽⁵⁶⁾.

Ciò anche perché, in tal caso, perde oggettivamente di significato il vantaggio che l’a.d.s. presenta rispetto all’interdizione, in termini di minor invasività della sfera personale dell’incapace.

Pertanto, a me pare che, in questi casi, il provvedimento idoneo sarebbe quello dell’interdizione, e non quello dell’a.d.s., con la conseguenza pratica per cui un’interdizione “ora per allora” evidentemente non è nemmeno ipotizzabile.

Vi è un ulteriore, e ancor più grave, impedimento all’utilizzo dell’a.d.s. ai fini che qui interessano.

Infatti, a ben guardare, la sostanza del provvedimento richiesto al giudice tutelare, in questo caso, non è tanto la nomina “ora per allora” dell’amministratore di sostegno, posto che la designazione prevista dall’art. 408 c.c. già è in grado di soddisfare lo specifico interesse del beneficiando a questo riguardo, ma piuttosto il recepimento delle d.a.t. manifestate da quest’ultimo in un provvedimento giudiziale, onde munirlo di una sorta di “ordine pre-

⁽⁴⁹⁾ In giurisprudenza, si vedano: Trib. Varese, 25.8.2010, in *Giur. It.* 2011, 1805; Trib. Pistoia, 8.6.2009, in *Foro it.* 2011, I, 608 e *Giur. merito* 2010, I, 103; Trib. Cagliari 14.12.2009, in *Fam. dir.* 2010, 167; Trib. Firenze, 8.4.2009, in *Dir. fam.* 2009, 1277; Trib. Roma 3.4.2009, in *Giur. merito* 2010, 103; App. Firenze 3.7.2009, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 429; Trib. Pistoia 1.4.2009, in *Fam. dir.* 2010, 52; Tribunale Verona 4.1.2011, in *Corr. giur.* 2011, 1290.

In dottrina: G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 1828; M. PINI, *Consenso informato al trattamento sanitario: limiti del potere di rappresentanza dell’amministratore di sostegno*, in *Il merito*, 2004, 10.

⁽⁵⁰⁾ Trib. Varese, 25.8.2010, cit.

⁽⁵¹⁾ Trib. Varese, 25.8.2010, cit.

⁽⁵²⁾ Art. 3, 1° co., lettera b, d.p.r. 14.11.2002, n. 313.

⁽⁵³⁾ Art. 405, 6° co., c.p.c. e art. 49 *bis* disp. att. c.p.c.

⁽⁵⁴⁾ Art. 405, 7° co., c.p.c.

⁽⁵⁵⁾ C. cost., n. 440/2005, cit.

⁽⁵⁶⁾ In tal senso, si vedano: Trib. Torino, 22.5.2004, in *Il merito* 2004, 10, 8; Trib. Torino, 26.2.2007, in *Fam. dir.* 2007, 725.

ventivo” del Giudice tutelare con riguardo a una futura e ipotetica situazione in cui egli potrebbe venirsi a trovare.

Per mutuare un termine dal diritto amministrativo, mi sembra che in tal modo si realizzi una sorta di “sviamento” del potere protettivo del Giudice tutelare, trasformandolo da mezzo di autonoma e attuale valutazione delle necessità della persona da proteggere a strumento preventivo di mera attuazione delle volontà di una persona capace, per l’ipotesi che essa divenga incapace. In tal modo, il provvedimento del Giudice tutelare diviene una sorta di “contenitore” della volontà altrui, piuttosto che l’autonoma espressione del potere che l’ordinamento gli affida.

Non mi pare, pertanto, che quella dell’a.d.s. “preventiva” sia una via percorribile per assicurare l’attuazione delle d.a.t.

Aggiungo che da nessuno dei (numerosi) decreti che hanno disposto l’a.d.s. “ora per allora” risulta che il giudice tutelare si sia occupato di accertare se l’interessato fosse stato debitamente “informato” in merito alla ipotetica situazione di salute ipotizzata nelle sue dichiarazioni di volontà e ai trattamenti terapeutici, nei cui confronti aveva espresso il proprio consenso o il proprio rifiuto.

Ciò mi sembra particolarmente grave perché, in tal modo, quelle “direttive anticipate” del dichiarante che non era provato se fossero o meno “informate”, e pertanto effettivamente valide, sono state trasfuse in un provvedimento giudiziale al quale l’amministratore di sostegno, qualora se ne verificano le condizioni, sarà tenuto a dare attuazione pur in assenza di qualsiasi verifica in merito all’effettiva informazione del dichiarante.

Mi pare che, in tal modo, si sia attuata una palese violazione del principio del “consenso informato” (o meglio della formazione di una volontà consapevole del paziente) che le d.a.t. sono invece dirette a tutelare.

9. Le soluzioni individuate dalla prassi: le dichiarazioni scritte

Un’altra soluzione diffusasi nella prassi è quella della redazione scritta delle d.a.t., in forme tali da assicurare la certezza della loro provenienza e della loro genuinità.

A questo fine vengono utilizzati gli atti ricevuti da notaio (scrittura privata autenticata e atto pubblico), nonché la “dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà” disciplinata dall’art. 47 del d.p.r. 28.12.2000, n. 445 (testo unico sulla documentazione amministrativa).

Quanto agli atti notarili, com’è noto, l’art. 2699 c.c. attribuisce “pubblica fede” all’atto pubblico, mentre l’art. 2703 c.c. stabilisce che si abbia per riconosciuta la sottoscrizione apposta alla scrittura privata autenticata, con conseguente riferibilità al sottoscrittore delle dichiarazioni contenute nell’atto.

Pertanto, ai fini pratici, non vi è dubbio che l’“atto notarile” consente di attribuire con certezza le d.a.t. al loro sottoscrittore.

Appurato ciò, si pone il problema di stabilire se le d.a.t. espresse in queste forme siano, per così dire, “immediatamente eseguibili” dal medico, se cioè vincolino alla volontà del dichiarante l’operato dei medici chiamati a curarlo, una volta che sia divenuto incapace, o se invece, a tal fine, sia indispensabile passare per un accertamento giudiziale (previa interdizione o istituzione di a.d.s. a favore dell’interessato).

A me, francamente, pare che una manifestazione di volontà che sia munita di tutti i suoi requisiti di validità prima evidenziati e abbia provenienza certa vincoli già di per sé il medico al rispetto della volontà del paziente: essa non è resa al medico personalmente, come comunemente accade, ma perviene a esso per mez-

zo di un atto della cui autenticità e provenienza non si può dubitare.

Trattandosi di un negozio giuridico già perfetto in sé, non vedo la necessità di far accertare la sua esistenza e il suo contenuto in sede giudiziale, qualora, ripeto, concorrano tutti i suoi requisiti di validità.

Può essere, tuttavia, che le dichiarazioni documentate da tale atto non siano sufficienti a provare la compresenza di tutti i suoi requisiti di validità, e mi riferisco soprattutto alla precisione delle direttive impartite o all’adeguatezza dell’informazione ricevuta dal dichiarante, che potrebbe anche non risultare dall’atto notarile.

Si badi che quest’ultimo sarà di certo un caso ricorrente.

A questo proposito, evidenzio come, per esempio, il Consiglio nazionale del notariato, con deliberazione in data 23.6.2006, dopo aver rilevato l’ammissibilità degli atti pubblici e delle scritture private autenticate aventi a oggetto il “testamento biologico”, ha “raccomandato” ai notai di utilizzare a tal fine il testo di “dichiarazioni di volontà” diffuso dal prof. Umberto Veronesi.

Quest’ultimo, tuttavia, non menziona in alcun modo né il fatto che il dichiarante sia stato adeguatamente informato, né il contenuto delle informazioni somministrategli.

Considerata l’autorevolezza dell’organismo che ha dettato questa raccomandazione, è da credere che moltissimi “testamenti biologici” saranno stati confezionati utilizzando questo testo.

La questione è particolarmente grave, perché quest’ultimo non si limita a prevedere il rifiuto dei trattamenti terapeutici e dell’idratazione forzata al caso di «malattia o lesione traumatica cerebrale irreversibile e invalidante» (si noti: anche non totalmente invalidante), ma lo contempla anche nell’ipotesi di «malattia che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscono una normale vita di relazione», il che amplia il campo di applicazione delle dichiarazioni che in tal modo si sottoscrivono a un numero di malattie e di lesioni veramente molto vasto e, lo ripeto, anche non totalmente invalidanti, purché incidenti sulla “vita di relazione” e tali da richiedere l’uso di “macchine” o “sistemi artificiali”.

È chiaro che una “direttiva” di tal genere esige un’informazione di ampiezza pari a quella della casistica che essa contempla (e quale non risulta dal testo proposto).

Pertanto, le d.a.t. che abbiano un simile contenuto, ancorché fatte per atto di notaio, a mio parere, non sono “immediatamente eseguibili”.

Non è detto, tuttavia, che esse debbano anche considerarsi invalide.

In un procedimento giudiziale di interdizione o per a.d.s., infatti, a me parrebbe ammissibile la prova del contenuto delle informazioni ricevute dal dichiarante e la valutazione giudiziale della loro congruità ai fini del consenso o del rifiuto manifestato dal dichiarante nell’anzidetta forma scritta.

Su un piano del tutto diverso si pongono i “Registri” delle d.a.t. istituiti da alcuni Comuni per i propri residenti, seppure con diverse modalità, consistenti nella semplice annotazione nel registro delle d.a.t. formate dall’interessato per atto di notaio o dal medesimo consegnate a un “fiduciario”, con l’indicazione del soggetto che ne è il depositario (es.: Bologna) ovvero in questo genere di annotazione, accompagnata però dal deposito presso gli uffici comunali delle d.a.t. in busta chiusa (es.: Modena), ovvero ancora da tali formalità, accompagnate dalla predisposizione di un modulo prestampato e addirittura preconfezionato (nel senso del rifiuto delle cure), scaricabile anche via Internet dal sito del Comune (es.: Comuni di Torino, Rimini, Piombino...).

In questo caso, il quesito da porsi non è tanto quello dell'efficacia giuridica delle "annotazioni" eseguite dal Comune nello specifico registro dei "testamenti biologici", essendo evidente che questa è puramente e semplicemente inesistente, in quanto non è idonea a manifestare il contenuto della volontà espressa dal dichiarante. Piuttosto, è da chiedersi se tali modalità possano aggiungere qualcosa, in termini di certezza della provenienza delle d.a.t.

Con riguardo all'atto pubblico e alla scrittura privata autenticata, è evidente che esse non "aggiungono" nulla né quanto ai requisiti di forma dell'atto, né a quelli di sostanza.

Occorre pure chiedersi se questo risultato le medesime modalità possano produrre relativamente alle scritture private non autenticate.

A tal fine, invero, i Comuni che adottano il sistema del deposito delle d.a.t. in busta chiusa presso gli uffici comunali generalmente prevedono che queste siano redatte in forma di "dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà".

Il citato art. 47, al 4° co., infatti, prevede che «nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi... gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'art. 46» possano essere «comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di notorietà».

Ciò posto, da un lato è evidente che le d.a.t. non sono dirette a valere nei confronti della pubblica amministrazione (bensì del medico curante del dichiarante) e che, per altro verso, esse non riguardano né stati o qualità personali del dichiarante, né "fatti" di cui egli sia a conoscenza, consistendo, invece, in una sua manifestazione di volontà.

Che la "dichiarazione sostitutiva" debba avere oggetto "fatti" risulta chiaramente dalla pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato, per la quale «l'attitudine certificativa e probatoria della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà e delle autocertificazioni o auto dichiarazioni è limitata a specifici status o situazioni rilevanti in determinate attività o procedure amministrative»⁽⁵⁷⁾.

È, poi, altrettanto incontrovertibile che essa sia destinata a valere esclusivamente nell'ambito del procedimento amministrativo, in quanto «ha attitudine certificativa e probatoria fondata sull'istituto della presunzione semplice, cioè fino a contraria risultanza, nei confronti della p.a. e nei procedimenti amministrativi in cui la stessa viene inserita. Inoltre, quella efficacia probatoria cessa nell'ambito del processo, dove tutte le parti possono fornire al giudice prova contraria a quanto attestato nella dichiarazione sostitutiva»⁽⁵⁸⁾.

Pertanto, l'istituto pare impropriamente utilizzato, quanto ai suoi presupposti, e comunque inidoneo a provare nei confronti dei terzi, fra i quali va annoverato il medico curante, l'autenticità della sottoscrizione apposta sul documento, e dunque la sua provenienza da colui che appare essere il suo autore.

Si deve perciò concludere che né la redazione delle d.a.t. in forma di "dichiarazione sostitutiva", né la loro annotazione nei Registri

istituiti dai Comuni sono suscettibili di produrre un qualche effetto giuridico rilevante ai fini che ci interessano.

A tanto va aggiunto che ovviamente la "dichiarazione sostitutiva" non può essere confusa con l'autenticazione della sottoscrizione appostavi, che i funzionari comunali possono effettuare solo nei casi specificamente previsti dall'art. 21 del d.p.r. 28.12.2000, n. 445, fra i quali le d.a.t. certamente non rientrano⁽⁵⁹⁾.

Tal genere di "dichiarazioni anticipate" potranno semmai valere quali scritture private non autenticate e, qualora possedano i requisiti contenutistici *ad validitatem* dianzi illustrati, potranno esser fatte valere dal tutore o dall'a.d.s. in un apposito procedimento da radicare avanti al giudice tutelare, ex artt. 732 e seguenti c.p.c.

Egual discorso dovrebbe ovviamente farsi per le d.a.t. espresse oralmente, qualora se ne ammetta la validità.

In conclusione, le d.a.t. possono reputarsi immediatamente vincolanti per il medico curante esclusivamente se abbiano forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata e, al tempo stesso, possedano tutti i requisiti di validità già illustrati (esprimano una manifestazione di volontà, siano dirette a vincolare i medici curanti, prevedano un oggetto sufficientemente determinato ed esplicitino i contenuti delle informazioni ricevute dal dichiarante).

In tutti gli altri casi, esse potranno essere apprezzate in sede giudiziale dal giudice tutelare.

10. Il disegno di legge in materia di "dichiarazioni anticipate di trattamento"

Il 12.7.2011 la Camera dei deputati ha approvato, con modificazioni, il disegno di legge «in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento» che ora è all'esame del Senato, in seconda lettura.

Un giudizio sul testo varato dalla Camera consente di cogliere, assieme ad aspetti indubbiamente positivi, fortissime perplessità in quanto diverse disposizioni paiono porsi in contrasto con quanto si desume dagli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost., in tema di diritto all'autodeterminazione terapeutica, come del resto la dottrina ha già evidenziato⁽⁶⁰⁾.

In proposito, il disegno di legge agisce in una duplice direzione, vale a dire, da un lato, limitando il contenuto delle d.a.t., posto che queste non possono porsi in contrasto con «quanto prescritto dalla presente legge»⁽⁶¹⁾ (che dichiara di proporsi prioritariamente la tutela della salute e della vita anche nella sua fase terminale); ed escludendo che le d.a.t. possano autorizzare scelte «volte comunque a cagionare la morte del paziente» (art. 7, 3° co.), col risultato di negare il diritto di rifiutare le cure quando la prevedibile conseguenza di tale rifiuto sia la morte dell'interessato.

D'altro lato, si limita l'efficacia delle d.a.t., definite come «orientamenti e informazioni utili per il medico» (art. 3, 1° co.), il quale

⁽⁵⁷⁾ Cons. Stato, 20.5.2008, n. 2352, in *Foro amm. CDS* 2008, 1476.

⁽⁵⁸⁾ Cons. Stato, 6.11.2009, n. 6948, in *Foro amm. CDS* 2009, 2534.

⁽⁵⁹⁾ «L'autenticità della sottoscrizione di qualsiasi istanza o dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da produrre agli organi della pubblica amministrazione, nonché ai gestori di servizi pubblici è garantita con le modalità di cui all'art. 38, co. 2 e co. 3. Se l'istanza o la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà è presentata a soggetti diversi da quelli indicati al co. 1 o a questi ultimi al fine della riscossione da parte di terzi di benefici economici, l'autenticazione è redatta da un notaio, cancelliere, segretario comunale, dal dipendente addetto a ricevere la documentazione o altro dipendente incaricato dal Sindaco; in tale ultimo caso, l'autenticazione è redatta di seguito alla sottoscrizione e il pubblico ufficiale, che

autentica, attesta che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza, previo accertamento dell'identità del dichiarante, indicando le modalità di identificazione, la data ed il luogo di autenticazione, il proprio nome, cognome e la qualifica rivestita, nonché apponendo la propria firma e il timbro dell'ufficio».

⁽⁶⁰⁾ Relativamente al disegno di legge in questione, in dottrina, si vedano: A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.* 2010, 627; A. BELLELI, *op. cit.*, 85; A. CORDIANO, *Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, 2, 411.

⁽⁶¹⁾ Art. 3, 1° co.

può accoglierle o meno, con il solo obbligo di motivare la sua scelta in cartella clinica (art. 7, 1° co.), sicché esse non avrebbero valore vincolante per quest'ultimo.

Per di più, le d.a.t. perdono ogni efficacia quando sussistano «condizioni di emergenza» ovvero il paziente venga a trovarsi in «pericolo di vita immediato» (art. 4, 6° co.).

Una simile compressione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, in realtà, pare porsi in contrasto col disposto dell'art. 32, 2° co., Cost. e con i limiti intrinseci della riserva di legge prevista da tale disposizione, rappresentati, come detto, dal fatto che solamente i preminenti interessi pubblici indicati dal 1° co. della medesima norma costituzionale possono giustificare il sacrificio del diritto del singolo.

Del resto, come ho già rilevato, la stessa giurisprudenza costituzionale in materia di «trattamenti obbligatori»⁽⁶²⁾ ha ben chiarito i limiti delle deroghe che la norma costituzionale concede alla legge ordinaria, individuandoli in esigenze di tutela della salute pubblica, quali indubbiamente non ricorrono nel caso specifico. Ciò a tacer del fatto che lo stesso 2° co. dell'art. 32 Cost. assoggetta le limitazioni del diritto di autodeterminazione terapeutica al «rispetto della persona umana», prescrizione questa che palesemente rimanda agli attributi di libertà della persona egualmente garantiti dalla Costituzione e, come tali, incompressibili.

È facile prevedere, quindi, che una normativa siffatta, se fosse promulgata, provocherebbe alla prima occasione una qualche ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, il cui esito mi pare facilmente prevedibile, col risultato pratico poi di produrre una normativa ancor più frammentaria e incoerente di quella che oggi il testo in esame ci propone.

A ogni modo, *de iure condendo*, mi pare invece che non dovrebbero andare disperse alcune indicazioni contenute nel disegno di legge, e soprattutto quelle relative:

- a) alla natura di atto formale delle d.a.t., parendo a tal fine ragionevole che al medico di medicina generale, che si presume debba informare il dichiarante, venga conferito pure il potere di certificarne la sottoscrizione e di ricevere l'atto, in modo tale da far sì che egli possa anche concretamente supportare con la propria competenza professionale il dichiarante nella sua redazione,
- b) alla previsione di un'efficacia temporanea (5 anni, salvo non

sopravvenga l'incapacità dell'interessato prima della scadenza di questo termine),

- c) all'istituzione di un «Registro nazionale unico informatico» delle d.a.t., facilmente accessibile da parte di tutti gli operatori sanitari, nel quale raccogliere le dichiarazioni anticipate.

11. Qualche indicazione per il legislatore

Volendo dare al legislatore qualche indicazione utile ai fini di disciplinare la materia si potrebbero segnalare:

- a) l'opportunità di sostituire l'espressione (necessariamente limitativa ed equivoca) «consenso informato» con quella di «manifestazione di volontà consapevole», che racchiude in sé le due scelte verso le quali il dichiarante può orientarsi: quella dell'accettazione e quella del rifiuto del trattamento terapeutico;
- b) la necessità di qualificare le d.a.t. come «atto a forma vincolata», prevedendo quanto meno la loro forma scritta e l'autografia della sottoscrizione;
- c) la precisazione dei loro requisiti di validità, primo fra tutti, l'esplicitazione nelle «dichiarazioni anticipate» del contenuto delle informazioni concretamente somministrate al dichiarante prima della sua manifestazione di volontà;
- d) la loro efficacia a tempo determinato, salvo conferma dell'interessato, che potrebbe anche essere «provocata» da un'apposita comunicazione del «Registro unico informatico», da inviare in prossimità della scadenza di validità normativamente prevista;
- e) l'opportunità di regolamentare espressamente il caso del «nuovo» trattamento terapeutico sopravvenuto rispetto al momento in cui il dichiarante è stato informato e ha manifestato la propria volontà, stabilendo l'inefficacia delle d.a.t. formulate nell'ignoranza di un tale essenziale presupposto cognitivo (e limitatamente alla «nuova» terapia).

Una normativa che tenga conto di queste indicazioni da un lato fornirebbe ai singoli più sicuri riferimenti al fine di far valere le loro «dichiarazioni anticipate», qualora desiderino formularle, e al tempo stesso assicurerebbe quell'adeguata informazione in merito all'importanza del passo che questi si accingono a compiere, evitando altresì il rischio che i dichiaranti rimangano domani vittima di un proprio rifiuto «ignorante». ■

⁽⁶²⁾ C. cost., n. 307/1990, cit.