

TESTAMENTO BIOLOGICO E PROBLEMATICHE NOTARILI

1. La nozione di “testamento biologico”

Il progresso scientifico e medico permette ormai di prolungare artificialmente la vita di una persona che ha perso ogni risorsa e pertanto al contempo impone spesso di prendere decisioni terapeutiche quando non si è, per incapacità, in grado di prenderle. Come accertare la “vera” volontà del paziente quando questi è in condizioni fisiche e psicologiche tali impedire alla sua volontà di manifestarsi ? Quale peso dare alla volontà espressa al suo posto, o in conflitto con le sue, dai parenti più stretti?

Il testamento biologico può considerarsi la risposta a questi interrogativi. Attraverso il testamento biologico e attraverso la compilazione di direttive anticipate, un individuo può liberamente indicare i trattamenti sanitari che vuole ricevere e quelli cui intende rinunciare quando non sarà più in grado di prendere decisioni autonomamente¹.

Il riconoscimento di validità alle dichiarazioni anticipate da parte dell'ordinamento giuridico contribuirebbe, infatti, di risolvere i gravi problemi che i familiari dei pazienti, il personale sanitario e gli operatori giuridici si trovano ad affrontare nell'ipotesi in cui un soggetto abbia

¹ M. De Tilla, *Introduzione*, in *Testamento biologico, Riflessione di dieci giuristi*, a cura della Fondazione Umberto Veronesi, p. XI ss.

manifestato, in epoca antecedente la perdita di capacità di intendere e di volere, determinati desideri circa le cure cui vuole sottoporsi².

Secondo la definizione elaborata dal Comitato Nazionale di Bioetica, con il testamento biologico si vuole far riferimento a quel <<documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposto nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato”>>. Le dichiarazioni anticipate pertanto servono a dare indicazioni in merito alla volontà del paziente, utilizzabili quando questi non può far valere di persona le proprie scelte.

Anche se la formula “testamento biologico” appare linguisticamente molto comoda è ovvio rilevare che in questo caso il termine “testamento” supera i confini della definizione normativa (che lo descrive come l’atto revocabile “con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse” ma che può contenere anche dichiarazioni non patrimoniali destinate a essere efficaci sempre dopo la morte quali ad esempio il riconoscimento del figlio naturale) per essere utilizzato per indicare anche l’atto con il quale taluno

² M. Sesta, *Direttive anticipate e consenso al trattamento medico: le difficoltà ad ammettere il consenso prestato “ora per allora” in Testamento biologico, Riflessione di dieci giuristi, a cura della Fondazione Umberto Veronesi, p. 163 s.*

decide per il tempo in cui non ha ancora cessato di vivere³. Una volta precisato il valore solo pratico e non giuridico della formula “testamento biologico” la stessa può senz’altro continuare ad essere utilizzata stante la sua semplicità.

Orbene il testamento biologico è considerato ammissibile nel nostro ordinamento, sia sulla base dei principi costituzionali⁴ sia tenuto conto della liceità degli atti di disposizione del corpo e dell’integrità personale che rispettino i limiti di legge (nel senso che non ne derivi una diminuzione permanente dell’integrità e non si abbia lesione dell’ordine pubblico e del buon costume), della tutela della privacy e del potere di autodeterminazione in una materia che tocca profondamente la libertà e il destino della persona.

2. Il ruolo del notaio

Nell’ambito di un tema che tocca principalmente il problema dei trattamenti terapeutici su persone che al momento del trattamento stesso

³ <<Del testamento biologico il tratto caratteristico è dato dall’incidenza, sul piano degli effetti, su una fase temporale che appartiene ancora alla vita del soggetto>>; così P. Rescigno, *La scelta del testamento biologico in Testamento biologico, Riflessione di dieci giuristi*, a cura della Fondazione Umberto Veronesi, p. 16.

⁴ In particolare possono essere richiamati gli artt. 13 comma 1 Cost. relativo all’invioabilità della libertà personale nonché l’art. 32 comma 2 Cost. il quale stabilisce che "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana."

non sono in grado di deciderne l'applicazione su se stessi, l'intervento del notaio in realtà avviene in un momento prodromico, nel momento in cui il soggetto è chiamato a compiere delle scelte che successivamente non potrebbe più compiere sui futuri trattamenti terapeutici.

La prima funzione che il notaio dovrebbe pertanto svolgere è ovviamente quella di identificare il dichiarante - sottoscrittore del "testamento biologico". Tale intervento garantirebbe l'assoluta certezza circa la riconducibilità della dichiarazione resa al sottoscrittore della stessa.

Qualcuno prospetta altresì l'ulteriore vantaggio dell'intervento notarile sotto il profilo del possibile riscontro da parte del notaio circa la "spontaneità" della volontà del disponente e la sua "consapevolezza"; riscontro tipico di quella "indagine della volontà" che costituisce il fulcro dell'attività notarile, e che sembrerebbe assolutamente da valorizzare in questo contesto.

Sul punto è opportuno precisare tuttavia che il notaio quale pubblico ufficiale è sì incaricato dallo Stato di indagare la volontà delle parti ma prevalentemente nell'ambito dei rapporti economico - patrimoniali. In materia di "testamento biologico" invece mancano al notaio quelle conoscenze sufficienti per consentire allo stesso di trasfondere la volontà delle parti in negozio tecnicamente e giuridicamente perfetto. Il notaio infatti non potrebbe stabilire se un determinato

trattamento sanitario sia o meno “consigliabile” ovvero se sia preferibile scegliere una particolare terapia piuttosto che un’altra.

La dimostrazione della fondatezza di tale assunto si riscontra nel fatto che il testamento biologico fino ad oggi viene stilato sulla base di moduli prestampati nei quali il dichiarante dovrebbe poter rispondere soltanto in senso affermativo / negativo salvo attribuire ad un altro soggetto denominato “fiduciario” alcune scelte in tema di trattamenti sanitari. Spesso, quindi, il “testamento biologico” viene formulato semplicemente come questionario nel quale il dichiarante generalmente è chiamato a rispondere soltanto in senso affermativo e/o negativo.

Nell’ambito delle scelte operate dal dichiarante appare ovvio pertanto che il notaio abbia ben poco da dire in quanto non ha la preparazione medica necessaria per poter interagire con un medico e/o con l’eventuale nominato fiduciario. Conseguentemente il ruolo del notaio in tal senso appare estremamente marginale ma non inutile in quanto senz’altro diretta a richiamare l’attenzione del dichiarante sul passo che sta per compiere. In tal senso la forma addirittura dell’atto pubblico con l’assistenza dei testimoni potrebbe senz’altro “responsabilizzare” il dichiarante sull’importanza del passo che sta per compiere con evidente vantaggio per lo stesso.

Parte della dottrina tuttavia svaluta enormemente l’eventuale intervento del notaio bollandolo come <<una eventualità da scongiurare

perché finalità precipua di ogni intervento normativo deve rivolgersi alla più diffusa e semplificata prassi di espressione della volontà, piuttosto che non a formalismi onerosi. Se si preferisce l'atto pubblico, si può attribuire il potere necessario al direttore amministrativo della struttura ospedaliera presso la quale il paziente sia degente, oppure si può circoscrivere l'intervento del pubblico ufficiale all'autenticazione della firma, e in entrambi i casi si potrebbe ricorrere agli uffici comunali; oppure ancora conferire il potere di autenticazione delle volontà inerenti il trattamento sanitario al medico curante, o all'avvocato. Insomma, occorre rifuggire dai paludamenti e dagli oneri economici. Altrimenti si accredita il timore che la soluzione dei problemi di bioetica sia appannaggio degli *happy few*, anziché investire ogni persona in quanto tale. Utile è l'istituzione di un registro nazionale, per far sì che le dichiarazioni, comunque espresse, siano produttive di effetti. Se il Consiglio Nazionale del Notariato fosse disposto a curarlo gratuitamente, questa potrebbe essere la soluzione ideale.>>⁵.

Tale punto di osservazione appare tuttavia quanto mai fazioso se si pensa che solo l'intervento del notaio e non quello dell'Avvocato determinerebbe un costo per il dichiarante, per poi ammettere l'opportunità di affidare al Consiglio Nazionale del Notariato, l'organo rappresentativo degli stessi notai, la gestione e la raccolta di tutti i dati.

⁵ G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate*, in *Testamento Biologico, Riflessione di dieci giuristi*, p. 44.

Se è apprezzabile l'idea di non gravare il dichiarante di costi e/o oneri in un momento così delicato e importante, l'intervento del notaio tuttavia appare quanto mai importante in quanto finalizzato all'ottenimento di una pluralità di risultati quali la certezza dell'identità personale, la spontaneità della dichiarazione, la consapevolezza della stessa ecc.

3. Il progetto di legge "Calabrò"

In senso sopra prospettato è orientato il progetto di legge proposto dal Senatore Raffale Calabrò in Senato⁶. In detto disegno di legge il notaio viene indicato come l'unico pubblico ufficiale deputato a ricevere, raccogliere ed inviare all'archivio unico informatico di nuova istituzione le cd. D.A.T. (Dichiarazioni anticipate di trattamento). In tal modo viene ribadita ed ulteriormente evidenziata la funzione del notaio rispetto a qualunque altro professionista e/o pubblico ufficiale al quale astrattamente potrebbe essere affidato il compito di ricevere un "testamento biologico".

Il notaio infatti viene riconosciuto come l'unico pubblico ufficiale deputato dallo Stato a raccogliere dette dichiarazioni. Non si possono certo nascondere i disagi e le difficoltà che i notai si troverebbero ad affrontare tenuto conto della obbligatorietà della prestazione alla quale sarebbero

⁶ Detto disegno di legge risulta in realtà presentato al Senato come Proposta di modifica ai vari DDL n. 10, 51, 136, 281, 285, 483, 800, 972, 994, 1095, 1188, 1323, 1363, 1368 già "in giacenza" al Senato.

tenuti e dei tempi magari strettissimi che il notaio stesso sarà chiamato a rispettare per poter raccogliere la volontà del dichiarante (pensiamo al caso frequente di soggetti già ricoverati in centri di cura magari già in condizioni di salute precarie che si aggravano rapidamente). Sembra prevedibile infatti che magari alcuni notai si dichiareranno non disponibili a questo tipo di prestazione peraltro espressamente non remunerata. Lo spirito della legge infatti è quella di evitare costi a carico del dichiarante con l'intervento gratuito del notaio ma non si può non prevenire l'evidente ritorno di immagine che questa attività potrebbe portare all'intera categoria notarile in un momento in cui il ruolo del notaio viene da più parti ingiustamente criticato e contestato.

In particolare il disegno di legge all'art. 6 prevede che «Le Dichiarazioni Anticipate di trattamento (DAT) non sono obbligatorie né vincolanti, sono redatte in forma scritta con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere dopo una compiuta e puntuale informazione medico clinica, e sono raccolte esclusivamente da un notaio a titolo gratuito. Alla redazione della dichiarazione interviene un medico abilitato all'esercizio della professione che sottoscrive la Dichiarazione Anticipata di Trattamento. Il notaio ne certifica l'autenticità ed attesta che il medico abbia informato con chiarezza il paziente delle possibili situazioni cliniche e dei possibili trattamenti di

fine vita, al fine di rendere pienamente consapevole la dichiarazione di questi.>>.

Da una prima lettura del testo appare evidente che il Legislatore intende affidare al notaio in primo luogo il compito di stabilire se il soggetto oltre ad essere capace di agire sia altresì capace di intendere e volere. In merito il notaio non dovrebbe avere particolari difficoltà operative in quanto la contestuale presenza di un medico dovrebbe poter garantire una valutazione sufficientemente serena in ordine alla capacità del soggetto di sottoscrivere le D.A.T.

Per quanto riguarda la forma sembra che il legislatore ritenga sufficiente per la validità della DAT (Dichiarazione Anticipata di Trattamento) la semplice scrittura privata autenticata. In tal senso depone l'inciso "Le DAT sono redatte in forma scritta...Il notaio ne certifica l'autenticità...>>. L'atto pubblico pertanto non è richiesto ma certo non può ritenersi vietato; anzi la sua utilizzazione sarà necessaria in caso di intervento di soggetti minorati pur se pienamente capaci di agire, intendere e volere. A nulla dovrebbe valere in senso contrario l'inciso <<le D.A.T. devono essere sottoscritte con firma autografa>> in quanto l'atto pubblico eventualmente anche con l'assistenza dei testimoni consente al dichiarante di non dover obbligatoriamente sottoscrivere.

Per quanto riguarda il procedimento formativo delle DAT il Legislatore prevede al primo comma dell'art. 6 che << Alla redazione della

dichiarazione interviene un medico abilitato all'esercizio della professione che sottoscrive la Dichiarazione Anticipata di Trattamento>> e al secondo comma prevede che <<il notaio ne certifica l'autenticità ed attesta che il medico abbia informato con chiarezza il paziente delle possibili situazioni cliniche e dei possibili trattamenti di fine vita, al fine di rendere pienamente consapevole la dichiarazione di questi>>.

Da una lettura sistematica del primo e secondo comma dell'art. 6 sembra evincersi che le DAT dovranno essere sottoscritte dal dichiarante e dal medico curante ed il notaio dovrebbe provvedere ad autenticare le sottoscrizioni apposte da entrambi.

L'ulteriore funzione attribuita al notaio è quella di attestare che il medico abbia informato con chiarezza il paziente delle possibili situazioni cliniche e dei possibili trattamenti di fine vita, al fine di rendere pienamente consapevole la dichiarazione di questi. Su questo aspetto il ruolo del notaio appare più delicato in quanto il notaio non ha astrattamente le conoscenze sufficienti per valutare se l'informativa prestata dal medico sia da considerarsi chiara e sufficiente.

Il notaio infatti può soltanto attestare previa richiesta al dichiarante se lo stesso ritiene soddisfacente e chiara l'informativa del medico stesso. In altre parole, il notaio non potrebbe attestare la chiarezza delle dichiarazioni rese dal medico bensì la dichiarazione del paziente circa la

chiarezza della informazioni avute dal medico e la consapevolezza della dichiarazione resa.

Per quanto riguarda il contenuto delle DAT le stesse <<devono essere formulate in modo chiaro, libero e consapevole, manoscritte o dattiloscritte, nonché sottoscritte con firma autografa>>. In merito il ruolo del notaio appare assai delicato in quanto il testo delle suddette dichiarazioni non può essere da lui predisposto non possedendo le conoscenze sufficienti per poterlo fare; appare pertanto corretto ritenere che il notaio potrà solo verificare ed attestare che il paziente le abbia comprese chiaramente e liberamente e consapevolmente sottoscritte.

L'art. 5 del predetto disegno di legge prevede altresì che << Nella dichiarazione anticipata di trattamento il soggetto non può inserire indicazioni finalizzate all'eutanasia attiva o omissiva>>. Pur non volendo entrare nel merito sulla legittimità dell'eutanasia nel nostro ordinamento il problema che viene posto al notaio è più in generale quello di stabilire possa rifiutarsi di autenticare le DAT qualora le stesse contengano dichiarazioni contrarie alla legge o più in genere all'ordine pubblico.

In merito è opportuno rilevare che il notaio stante la più volte rilevata "ignoranza" in materia medica non potrebbe valutare se un determinato trattamento sanitario siano o meno contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento e pertanto sarebbe auspicabile che il Legislatore stesso predisponesse un testo / questionario esplicativo da

compilare e sottoscrivere in presenza del notaio e del medico. In tal modo il contenuto delle DAT sarebbe preventivamente approvato e valutato dallo stesso Legislatore e lo stesso presenterebbe indubbi profili di certezza e legittimità. E' pur vero che adottando un testo già in parte predisposto da altri si rischierebbe di "ingabbiare" la volontà del dichiarante a scapito della sua reale volontà, ma in fase di prima applicazione della norma in una materia così delicata questa scelta appare quanto mai opportuna.

L'art. 6 del decreto prevede al comma 5 la ovvia revocabilità in ogni tempo delle DAT ma con una soluzione che lascia qualche dubbio in merito alla sua forma di cui ne è prevista la sottoscrizione ma non espressamente l'autentica del notaio. La differenza di formulazione potrebbe giustificarsi con la volontà del legislatore da un lato di volersi accertare senza ombra di dubbio delle scelte operate dal paziente ma dall'altro di voler agevolare l'eventuale revoca in ogni tempo senza alcuna limitazione pur con gli ovvi rischi in tema di certezza circa la riconducibilità della suddetta revoca al paziente stesso.

Altra norma di sicura rilevanza anche notarile è l'art. 7 il quale prevede che <<Nella dichiarazione anticipata di trattamento è possibile la nomina di un fiduciario, maggiorenne, capace di intendere e di volere, che opera sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente esplicitate dal soggetto nelle dichiarazioni anticipate, per farle conoscere e contribuire a

realizzarne le volontà. Il fiduciario appone la propria firma autografa al testo contenente le dichiarazioni anticipate.>>

Con questa disposizione il Legislatore ha espressamente risolto un problema che era già stato posto dalla dottrina anche notarile circa la delegabilità a terzi stante di decisione di natura strettamente personale. In un primo momento da più parti veniva sollecitato l'utilizzo dello strumento dell'Amministratore di sostegno⁷.

Il legislatore invece con la norma de qua espressamente disciplina una nuova forma di rappresentanza (rappresentanza "fiduciaria") in forza della quale viene attribuito al delegato il potere di incidere su questioni personalissime del delegante con un certo margine di discrezionalità.

Il fiduciario di cui parla la norma de qua sembra in realtà avvicinarsi alla figura del mandatario come confermato dalla funzione che lo stesso svolge vale a dire non solo quella di ambasceria o mero nuncius ma quella di far conoscere e contribuire e realizzare la volontà del mandante e di impegnarsi ad agire nell'esclusivo e migliore interesse del paziente. La stessa apposizione della firma da parte del fiduciario richiama il procedimento formativo del contratto peraltro in tal caso molto più

⁷ Tra i tanti G. Bonilini, *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in *Testamento Biologico, Riflessione di dieci giuristi*, pp. 189 ss.

rigorosa di quella prevista per il contratto di mandato che invece può concludersi anche verbalmente.

La norma tuttavia non prevede l'autentica della sottoscrizione del fiduciante anche se la contestualità dell'intero procedimento formativo delle DAT farebbe propendere per una soluzione affermativa tenuto altresì conto dell'importanza dell'incarico che viene assunto dallo stesso fiduciario / mandatario.

L'impianto normativo così predisposto peraltro appare in parte poco coerente proprio per quanto riguarda la forma e la pubblicità delle D.A.T. Se infatti da un lato ne è prevista la autentica da parte del notaio in fase di sottoscrizione con contestuale comunicazione all'archivio unico nazionale informatico presso il Consiglio Nazionale del notariato non è prevista in alcun modo pubblicità circa la revoca di dette DAT.

Si è già osservato infatti che il Legislatore ha preferito la massima libertà di forma per la revoca delle DAT ma non ne ha previsto una adeguata forma di pubblicità così come ad esempio prevista per il testamento e la sua eventuale revoca. In questo senso è auspicabile un ripensamento da parte del Legislatore al fine di equiparare sotto il profilo formale e pubblicitario la sottoscrizione delle DAT e la revoca delle stesse. In caso contrario le finalità del registro unico generale potrebbero essere del tutto frustrate da una dichiarazione successiva priva di quegli elementi

di certezza della volontà posti a fondamento dell'intero impianto normativo.

Sotto il profilo pratico operativo sembrerebbe sufficiente un modulo prestampato da compilarsi da parte del dichiarante con l'assistenza del medico autenticato dal notaio il quale ne potrebbe conservare l'originale ed inviare via internet un file informatico all'archivio unico centrale con i dati del dichiarante e con allegata una copia informatica firmata digitalmente delle D.A.T.

Il disegno di legge sopra richiamato tuttavia è in fase di ulteriore modifica da parte dello stesso Relatore Calabrò il quale ha manifestato alla stampa l'opportunità di eliminare del tutto l'intervento del notaio (fonte ANSA) sulla base anche delle osservazioni espresso dal Partito Democratico attraverso il Senatore Ignazio Marino secondo il quale l'intervento del notaio potrebbe determinare un'eccessiva "burocraticizzazione" del procedimento a scapito dell'interesse dello stesso paziente. Ogni medico di famiglia si potrebbe trovare ad andare almeno 500 volte l'anno dal notaio per accompagnare i pazienti che vogliono fare il testamento biologico e ogni notaio potrebbe dover preparare 85.000 atti notarili gratuiti.

Sulla base di tali considerazioni il Senatore Calabrò ha già presentato l'emendamento n. 10.1000, pubblicato in allegato al Resoconto Sommario n. 71 del 4 marzo 2009 della Dodicesima Commissione

Permanente del Senato che elimina il riferimento alla figura del notaio - peraltro presente in gran parte dei disegni di legge in titolo ed altresì nel testo approvato all'unanimità nella XIV Commissione - configurando invece solo il necessario coinvolgimento del medico di medicina generale, l'unico a suo avviso in grado di poter garantire un effettivo scambio informativo con il paziente ai fini della compilazione della dichiarazione anticipata di trattamento, da registrare poi presso gli uffici delle Aziende Sanitarie locali.

Nel frattempo l'aula del Senato comincerà ad esaminare la questione del testamento biologico da mercoledì 18 marzo 2009. Lo ha deciso la conferenza dei capigruppo. E' stata accolta la proposta del presidente Schifani di far proseguire l'esame del testo in commissione. Il 19 marzo inizierà la discussione generale. Dal 24 marzo partiranno le votazioni. E' slittato anche il termine della presentazione degli emendamenti, dal 5 al 13 marzo.

In ogni caso alla luce dei comunicati rilasciati da entrambi gli schieramenti politici e dagli emendamenti già depositati agli atti del Senato sembrerebbe ormai scontata l'uscita di scena del notaio da questa materia stante l'intesa "bipartizan" raggiunta da maggioranza e opposizione sull'"inopportunità" dell'intervento notarile.

Una parte del notariato si è espressa nel senso che questa sarebbe l'ennesima dimostrazione di quanto sia considerato "inutile" il notaio dalla

nostra classe politica (anche in una materia così importante da incidere sulla vita stessa delle persone) dopo averne già a più riprese ridotto le relative competenze a vantaggio di altre categorie professionali.

In realtà l'intervento del notaio sarebbe senz'altro risultato auspicabile per le motivazioni già sopra indicate ma per poter raggiungere i frutti sperati anche in termini di immagine del notariato lo sforzo sarebbe dovuto essere particolarmente rilevante; infatti il C.N.N. avrebbe dovuto in qualche modo indurre tutti i notai a svolgere questa meritoria attività, peraltro gratuitamente; in caso contrario la disponibilità magari solo di alcuni o addirittura di pochi notai sarebbe stata bollata come l'ennesima dimostrazione della incapacità del notariato ad essere vicini ai cittadini ed avrebbe potuto determinare maggiori difficoltà per quello stesso paziente che invece il Legislatore intende in ogni caso tutelare.

Il Relatore

Mariano Sannino