

## BREVE RELAZIONE SUL C.D. TESTAMENTO BIOLOGICO

Saluto e ringrazio tutti gli intervenuti e ringrazio in particolare Cristina Sechi e tutti i promotori di questa particolare iniziativa per avere coniugato l'idea della crociera a quella di un convegno distribuito in più giorni, al punto da divenire itinerante.

Nella mia immaginazione la crociera si pone quale metafora dei propositi connessi al convegno: così come la crociera è l'intrapresa di un percorso insieme in vista di una meta comune, durante il quale si condividono esperienze ed eventi, ci si annusa, si intrecciano rapporti o si rafforzano quelli già esistenti, allo stesso modo il nostro convegno itinerante costituisce l'intrapresa di un percorso comune da parte di figure professionali diverse in vista di comuni obiettivi, sintetizzati dall'intento di dare risposte e soluzioni a istanze emergenti nell'attuale tessuto sociale.

Veniamo al tema odierno di cui tenterò di tracciare un breve quadro. Si tratta del cosiddetto **testamento biologico o di vita**.

**Che cosa si intende con questa espressione?** Il documento con il quale un soggetto adulto e capace di intendere e di volere impartisce disposizioni inerenti alle cure mediche cui desidera o no sottoporsi per l'ipotesi che venga affetto da malattia allo stadio terminale o da lesione traumatica cerebrale invalidante e irreversibile in previsione della sua futura incapacità, designando, eventualmente, a tale scopo un soggetto chiamato ad assicurarne l'osservanza.

Taluno preferisce parlare, in relazione al contenuto, di **direttive anticipate**.

Allo stato attuale il **testamento biologico** costituisce un fenomeno non regolato dal nostro ordinamento e della cui ammissibilità si discute. Tra i fautori dell'ammissibilità si riscontra, invece, concordia di opinioni in merito alla **revocabilità in ogni tempo** di tale documento, sebbene **manchi uniformità** di vedute **sulla forma** che la revoca dovrebbe rivestire.

Si dia per scontata l'ammissibilità del **testamento biologico**. Risulta istintivo instaurare un **parallelo** con l'istituto del **testamento** in senso stretto, di antiche origini e, al contrario, dettagliatamente disciplinato dalle norme vigenti.

Ai sensi dell'articolo 587 del codice civile

"1. Il testamento è un **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.

2. **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.**"

Semberebbe, dati il tenore letterale del comma 2 dell'articolo appena richiamato e l'assenza di patrimonialità delle dichiarazioni caratterizzanti il **testamento biologico**,

che queste possano essere senz'altro veicolate per il tramite del testamento in senso stretto. Tuttavia si è costretti a correggere il tiro immediatamente, in considerazione della circostanza che il testamento in senso stretto è destinato ad avere efficacia per il tempo in cui il testatore avrà cessato di vivere, mentre le dichiarazioni di cui si tratta sono destinate ad avere efficacia in un momento antecedente alla cessazione della vita del disponente, sebbene successivo alla sopravvenuta sua incapacità.

Da quanto sopra esposto si evince che **testamento biologico** e testamento in senso stretto sono entrambi documenti, formali e revocabili, ma mentre il primo ha contenuto essenzialmente, diciamo pure esclusivamente, non patrimoniale, l'altro ha contenuto essenzialmente patrimoniale in quanto diretto a disciplinare l'attribuzione delle sostanze del testatore per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Diverso, inoltre, come detto, risulta il momento a partire dal quale ognuno di essi è destinato a operare e ad avere efficacia: il c.d. testamento biologico **prima** della cessazione della vita del disponente, nelle ipotesi prima evidenziate; il testamento in senso stretto **dal momento della cessazione della vita** del testatore.

<b>Quadro sinottico dei caratteri</b>	
<b>testamento biologico</b>	<b>testamento in senso stretto</b>
formale	formale
revocabile	revocabile
contenuto <b>essenzialmente non</b> patrimoniale	contenuto <b>essenzialmente patrimoniale</b>
efficacia <b>prima</b> della cessazione della vita del disponente, precisamente per le ipotesi che questi venga affetto da malattia allo stadio terminale o colpito da lesione traumatica cerebrale invalidante e irreversibile	efficacia <b>dalla cessazione della vita</b> del disponente

Avuto riguardo al sintetico parallelo proposto, personalmente ritengo, e le mie letture confermano che non si tratta di un'opinione isolata, che l'espressione “**testamento biologico**” sia assolutamente inadeguata e che sia preferibile notare diversamente il fenomeno considerato.

Non si tratta di una mera questione terminologica. Sono convinta che, specie in questa fase di approfondimenti circa l'ammissibilità e conseguente disciplina del fenomeno recentemente assunto alla ribalta, sia particolarmente importante evitare espressioni inappropriate, poiché esse sarebbero suggestive di deviazioni di metodo e di errate interpretazioni, quindi di distorte qualificazioni con immaginabili ripercussioni sulla scelta della disciplina più idonea a regolare la materia.

Vi propongo, ora, a titolo di curiosità, un breve panorama sul *nomen* attribuito al c.d.

**testamento biologico** in paesi diversi dal nostro e che diversamente da noi hanno già provveduto a farne oggetto di previsione normativa.

Nei paesi anglosassoni le espressioni utilizzate sono *Living will*, *Durable power of attorney for health care*, *appointment of proxies*.

Non si tratta di nomi che si riferiscono a strumenti utilizzabili indifferentemente bensì alternativi, a seconda dello scopo avuto di mira; infatti

<b>Paesi Anglosassoni</b>	
<i>Living will</i>	> è il documento che contiene la scelta o il rifiuto dei trattamenti terapeutici.
<i>Durable power of attorney for health care</i>	> è il documento con il quale viene nominato un soggetto quale sostituto nella scelta delle cure mediche per l'ipotesi di sopravvenuta incapacità.
<i>Appointment of proxies</i>	> è il documento che prevede il conferimento di una procura legale.

Sembra interessante rimarcare che tra le alternative appena indicate il ***Durable power of attorney for health care*** è lo strumento prevalentemente raccomandato dall'Associazione americana degli Avvocati (*ABA: American Barrister Association*), in quanto ritenuto più flessibile e adattabile alle circostanze, mentre quello cui si fa minore ricorso è la procura legale, perché giudicata più complessa nella forma.

Si ritiene che detti documenti possano anche già contenere gli *anatomical gift*, cioè la disposizione degli organi e il *DNR order (do not resuscitate order)*, cioè la dichiarazione di volontà diretta a ordinare che non si proceda a rianimazione quando questa si traduca in un artificiale e inutile prolungamento della vita di una persona.

Il panorama dei nomi è il seguente quanto ai

<b>Paesi Europei</b>	
Spagna	<i>Testamento vital</i>
Francia	<i>Testament de vie</i>
Germania	<i>Vorsorgevollmacht/Patiententestamenter</i>
Danimarca	<i>Livstestamenter</i>

con la precisazione che in Germania si denomina specificatamente **“Patiententestamenter”** il documento redatto con il ministero del notaio.

Il c.d. **testamento biologico**, poi, è fenomeno conosciuto e regolato anche in Olanda e Belgio, paesi i quali, unitamente a Svezia e Spagna legittimano da qualche tempo a certe condizioni il ricorso all'**eutanasia**, forse sarebbe più esatto dire che non puniscono a certe condizioni l'eutanasia.

Si ricorda, a titolo informativo, che si conoscono **due tipi di eutanasia, attiva e passiva, da cui va distinto il suicidio assistito**. Avuto riguardo alle rispettive definizioni, presenti sul sito dell'italiano Ministero della Salute e su Wikipedia, risulta quanto segue:

<b>eutanasia attiva</b>	= atto, praticato esclusivamente su richiesta del paziente, col quale un medico, convinto dell'insopportabile sofferenza del malato e della sua imminente fine, usa un farmaco letale per aiutarlo a morire con il minor dolore possibile. La legislazione vigente in Italia la condanna, assimilandola ad un omicidio, pur in una forma meno gravosa rispetto a quello volontario ( <b>vedi articolo 579 del codice penale</b> ).
<b>eutanasia passiva</b>	= "interruzione dei trattamenti", espressione che implica solo la sospensione delle cure nei confronti dei malati al termine della vita per i quali la morte è rinviata soltanto dagli sforzi medici. Praticarla vuol dire non sottoporre il malato a trattamenti straordinari e, tanto meno, ad inutili accanimenti terapeutici. Sotto il profilo giuridico l'eutanasia passiva è ammessa in Italia nel senso che l'obbligo del medico di curare, sempre e comunque, viene a cessare qualora il malato terminale, adeguatamente informato, chieda in piena coscienza la sospensione delle cure, consapevole delle conseguenze mortali di tale atto.
<b>suicidio assistito</b>	= fornire a una persona i mezzi per suicidarsi in modo poco doloroso. A differenza dell'eutanasia passiva, la morte quindi non è naturale; a differenza dell'eutanasia attiva, colui che assiste il suicida non partecipa direttamente alle azioni che portano la morte del paziente.

La Svizzera legittima invece il solo “suicidio assistito” che può essere qui praticato acquistando in farmacia un **apposito kit dietro presentazione di ricetta medica**.

Temi come il “**testamento biologico**”, l’“**eutanasia**” e il “**suicidio assistito**” pongono inevitabilmente al contempo problemi di carattere morale, giuridico e religioso, in parole povere problemi di **bioetica**, disciplina recente che si occupa delle questioni morali che sorgono correlativamente al progredire della ricerca biologica e medica.

Nei Paesi anglosassoni i discorsi di bioetica iniziano a partire dagli anni '60 e il testamento biologico fa la sua prima comparsa con il caso *Quinlan*, in dipendenza del quale, nella seconda metà degli anni '70, viene emanato in California il *Natural Death Act*, primo testo legislativo che attribuisce giuridica rilevanza al testamento biologico, statuendone i criteri di valida redazione. Va rimarcato che in tali paesi è particolarmente sentita l'**autodeterminazione** della persona, ritenuta meritevole di una disciplina che ne riconosca l'ammissibilità anche e soprattutto in ambito personale.

In Europa, in Italia, in specie, di bioetica si comincia a parlare, invece, solo a partire dagli anni '80.

Probabilmente, questo notevole lasso di tempo si deve al diverso modo dell'Europa di affrontare tematiche del genere, dovuto a fattori storici e culturali e soprattutto alla presenza *frenante* della Chiesa.

A questo proposito, ricordo a chi di Voi sia stato presente lo scorso anno al Congresso Nazionale del Notariato, svoltosi a Pesaro, la relazione conclusiva di Jeremy Rifkin, il quale ci ha apostrofati a un dato momento con il termine “lazy”, sottolineando poi simpaticamente che un europeo è stanziale e pigro quanto un anglosassone è dinamico e propositivo, per aggiungere tuttavia che la “pigrizia europea” non è totalmente negativa nella misura in cui è sintomatica di *digestione* e di ponderazione delle novità, accompagnate dall'analisi delle relative diverse sfaccettature e implicazioni. La lenta metabolizzazione degli eventi appare, dunque, una caratteristica precipua del continente europeo, tradizionalmente e storicamente votato alla faticosa, a volte ardua, conciliazione di molteplici e spesso opposte concezioni.

Dicevo, di bioetica, di ammissibilità di **testamento biologico**, in Italia si comincia a parlare negli anni '80 e **si contendono il campo principalmente due orientamenti**: uno liberale, permissivo, fondamentalmente laico e l'altro restrittivo, proibitivo, fondamentalmente religioso, di matrice cattolica.

La **principale argomentazione contraria**, addotta dall'orientamento restrittivo, è costituita dall'impossibilità di acquisire da parte del soggetto colpito da sopravvenuta incapacità la prova della conferma delle volontà dallo stesso manifestate anticipatamente in merito al prolungamento, certificato inutile, della propria vita e ai

trattamenti terapeutici ai quali essere o no sottoposto nelle ipotesi prima evidenziate.

Tale argomento, tuttavia, appare assai debole e si presta a una serie di obiezioni. Infatti, l'ordinamento vigente già conosce delle fattispecie in cui la volontà espressa da un soggetto poi divenuto incapace, viene, a certe condizioni, fatta salva.

È il caso dell'interpretazione desumibile *a contrario* rispettivamente dagli articoli 428 e 591, n.3), del codice civile, che qui si riportano:

" ATTI COMPIUTI DA PERSONA INCAPACE D'INTENDERE O DI VOLERE  
(Art. 428)

1. Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore.

2. L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.

3. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto.

CASI D'INCAPACITÀ  
(Art. 591)

1. Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge.

2. Sono incapaci di testare:

1) coloro che non hanno compiuto la maggiore età;

2) gli interdetti per infermità di mente;

**3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento.**

3. Nei casi d'incapacità preveduti dal presente art. il testamento può essere impugnato da chiunque vi ha interesse. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie."

Si aggiunga la legge 91/1999, e successive modificazioni, in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti, fattispecie nella quale, ricordo, l'espianto avviene a morte certificata, sì, tuttavia cerebrale secondo la convenzione accettata giusta quanto disposto dalla legge 29 dicembre 1993 n. 578 (Norme per l'accertamento e la certificazione di morte) e dal decreto 22 agosto 1994 n. 582 del Ministero della Sanità (Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte), pertanto, si badi bene, a cuore battente e sangue circolante, dal momento che, in caso contrario il trapianto sarebbe inutile. Espianto per il quale si ritiene sufficiente il

consenso espresso a suo tempo senza alcuna formalità dal donatore o dagli stretti congiunti di questo quando non consti l'assenso o il dissenso del medesimo. Pare, inoltre, sia in discussione in Parlamento un disegno di legge sull'approvazione, in materia, del principio del **silenzio – assenso**. Eppure, stranamente, in proposito non vi è riscontro della medesima preoccupazione di acquisire una conferma delle volontà un tempo dichiarate in senso positivo dall'aspirante donatore, ora incosciente e morente, ovvero di verifica di coincidenza della volontà espressa dai congiunti con la sua; al contrario si assiste quotidianamente a una campagna di incentivazione della donazione degli organi e si lamenta la scarsità di organi a fronte delle numerose richieste, denunciando così un rilevante numero di persone che purtroppo non versano in buona salute, ma anche una sorta di insufficienza di morti clinici idonei all'espianto, quasi dimenticando che a ogni tragica situazione di trapianto è correlativa una altrettanto tragica situazione di espianto a cuore battente. Gli argomenti brevemente sopra illustrati sembrano idonei e bastanti a confutare l'isolato argomento contrario, superato, come detto, principalmente dall'interpretazione sistematica delle norme vigenti.

Desidero, comunque, richiamare la vostra attenzione su una serie di ragioni contrarie all'ammissibilità del **testamento biologico** di carattere più squisitamente sociologico, riassunte dalla studiosa di matrice cattolica Béatrice Maurer Libori, che ho trovato molto interessanti e di cui ritengo si debba tener conto, a prescindere dall'orientamento accolto sul tema che ci occupa, anche al fine di tentare di risolvere le diverse istanze a monte del fenomeno del **testamento biologico**.

Scriva la Maurer Libori che ammettere il **testamento biologico** significherebbe:

- incentivare i movimenti a favore dell'eutanasia;
- ignorare che l'istanza crescente di regolamentazione del fenomeno rivela la crescente preoccupante sfiducia del soggetto che intende manifestare anticipatamente le sue volontà, per le ipotesi sopra considerate, sia nei propri familiari che nel proprio medico curante di cui teme un paternalismo escludente qualsiasi dialogo o condivisione;
- ignorare che un soggetto ha paura della sofferenza anche non insopportabile e della morte se è da solo e si sente solo, mentre la statistica rivela che il soggetto sostenuto e accompagnato accetta e affronta persino la sofferenza estrema e l'agonia come momenti facenti parte della sua vita;
- non tenere nel debito conto il dettato del Codice deontologico medico che già vieta l'accanimento terapeutico, tal che ammettere il **testamento biologico** significherebbe, in altri termini, nel migliore dei casi compiere un atto inutile, nel peggiore sostenere i movimenti a favore dell'eutanasia;
- ignorare che la decisione anticipata sui trattamenti e la relativa interruzione per determinate eventuali ipotesi può essere enormemente differente da quella che verrebbe assunta nelle situazioni concretamente verificatesi;

- spezzare l'unità psico-fisica della persona, scindendo il corpo dall'anima, contribuendo così a determinare una sorta di schizofrenia, di crisi di identità nel soggetto che giungerebbe a considerare il proprio corpo *alieno* da sé, come avviene appunto agli *alienati*, apostrofati più spesso con la poco elegante espressione “matti”;
- ricostruire i diritti della personalità alla stregua dei diritti reali, dei diritti sulle cose cioè, svilendo il corpo a mero oggetto, scisso dalla psiche e, al contrario di questa, disponibile in certa misura. Su quest'ultima argomentazione mi torna in mente la posizione della moderna dottrina civilistica, contraria alla detta ricostruzione realistica/oggettivistica, di derivazione romanistica, e diretta invece a esaltare i diritti della personalità e a promuovere la relativa tutela anche in fase preventiva, sulla scorta del dettato costituzionale.

Soffermandoci sui soli argomenti giuridici richiamati dalla Maurer Libori vi è da chiedersi, tuttavia, se la manifestazione delle volontà che costituiscono il contenuto del **testamento biologico** possano **fondatamente ricondursi a un atto di autodeterminazione diretto alla disposizione** del proprio corpo.

Personalmente ritengo di no, ravvisando piuttosto in quelle volontà **semmai una richiesta di non intervento sul proprio corpo quando si riveli invasivo e invadente perché** sproporzionato rispetto al risultato da conseguire **ovvero inutile, perché** inteso a un artificiale prolungamento di una vita certificata come non avente più alcun significato. In sintesi, questa manifestazione, in presenza delle ipotesi e condizioni già evidenziate, mi sembrerebbe, al contrario, un estremo tentativo, giocato in anticipo, di difesa del proprio complesso unitario inscindibile, espresso in stato di coscienza per l'ipotesi di sopravvenuta incoscienza, perfettamente in linea con la statuizione dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione che recita:

“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.”

Veniamo ora al profilo giuridico del **testamento biologico** considerato in sé.

Dicevamo, allo stato attuale, trattasi di fenomeno non regolamentato, di cui molto si discute.

La dottrina si è espressa da tempo in senso favorevole all'ammissibilità, riconducendo il **testamento biologico** ora **nell'alveo degli atti leciti non patrimoniali atipici**, cioè degli atti consentiti, sebbene non previsti, ritenuti meritevoli di tutela, dati i rilevanti interessi personali sottesi; ora **nell'alveo dei negozi giuridici unilaterali tra vivi** aventi a oggetto la vita stessa del disponente.

L'attenzione sul **testamento biologico** è cresciuta ultimamente, specie dopo l'appello

dell'oncologo di fama, Umberto Veronesi, lanciato lo scorso mese di giugno e dopo la divulgazione per suo tramite di un modello da utilizzare allo scopo.

Nel precedente mese di gennaio (9 gennaio 2006) si era tenuto a Milano un convegno sul tema, indetto proprio dalla Fondazione Veronesi, cui avevano partecipato diverse figure di spicco del mondo forense, accademico e politico oltre che medico (tra gli altri: Maurizio De Tilla, Guido Alpa, Salvatore Patti, Antonio Tomassini). Nel corso del dibattito, previo richiamo alle opzioni adottate da altri paesi per la soluzione di questa pressante istanza di regolamentazione, era scaturita **concordia di vedute** sull'ammissibilità dello strumento e sulla necessità di una tempestiva disciplina di dettaglio e **dubbi**, invece, **in merito alla forma relativa da adottare**. Più precisamente, in proposito, Guido Alpa e Umberto Veronesi hanno espresso la preoccupazione che l'imposizione di una forma, costituendo complessità aggiunta, possa scoraggiare il ricorso al testamento biologico. In senso contrario, Salvatore Patti e Antonio Tomassini hanno rimarcato l'importanza, nella specie, del ruolo della forma, diretta da una parte a garantire l'autenticità della manifestazione volontaristica e dall'altra a scongiurare il pericolo di falso commesso al vile scopo di conseguire interessi patrimoniali.

In sequenza, a breve distanza di tempo, merita di essere ricordata la **delibera adottata dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 23 giugno 2006**, con la quale tra l'altro **viene evidenziata la volontà del Notariato** di “contribuire a risolvere un'esigenza di grande rilevanza umana e sociale e la disponibilità a provvedere alla istituzione e conservazione del Registro Generale dei testamenti di vita, con costi a proprio carico, mediante le proprie strutture informatiche e telematiche”. Detta delibera **riconosce l'ammissibilità** del testamento biologico, ritenendo che “il notaio, richiesto di autenticare la sottoscrizione di una dichiarazione relativa ad un testamento di vita, possa farlo, non ravvisandosi alcuna contrarietà a norme di legge.”; **e, inoltre, enumera i caratteri** formali e sostanziali nonché il trattamento fiscale cui detta autentica dovrebbe soggiacere. Si richiama l'attenzione sulla prevista **facoltà** per il notaio, chiamato ad autenticare, di prestare il proprio ministero, **senza alcun obbligo**, attesa la delicatezza del campo di azione, similmente, come rilevato all'interno della stessa categoria, a quanto previsto dal codice di procedura civile nella materia delle esecuzioni immobiliari. In altri termini, **esclusa l'operatività dell'articolo 28 della legge notarile**, stante quanto sopra detto, **non sarebbe comunque in gioco il dettato (obbligo di prestare il proprio ministero) dell'articolo 27** della medesima legge.

Diversi esponenti della medicina hanno gridato allo scandalo di fronte alla detta dichiarata disponibilità del Notariato, lamentando un'ingerenza indebita in un ambito non proprio.

Avuto riguardo ai termini della delibera del CNN è di tutta evidenza la mala fede e/o la disinformazione degli allarmati: il Notariato ha soltanto rimarcato la propria disponibilità a offrire la propria esperienza, il proprio contributo e il proprio sostegno

ai cittadini, **restando nei precisi confini delle proprie tradizionali competenze, giuridiche**, come visto oltretutto nel rispetto delle scelte personali dei propri iscritti di procedere o no alle autentiche richieste, demandando, implicitamente, agli esperti in materia la delicatissima e difficile delineazione dei confini tra la vita e la morte, tra l'eutanasia attiva e passiva, tra l'omicidio e l'interruzione di trattamenti spropositati rispetto ai risultati o l'inutile prolungamento della vita. Non per nulla la delibera del CNN si conclude con il pressante appello rivolto al Parlamento e alle forze politiche affinché definiscano rapidamente, con una idonea iniziativa legislativa, un quadro normativo di riferimento sistematico, tra l'altro “al fine di eliminare tutte le incertezze operative” (N.B.!).

Veniamo ora alla **struttura** e ai **contenuti** che dovrebbe presentare il **testamento biologico**.

Preliminarmente, a monte della confezione del testamento biologico è fondamentale verificare che il disponente presti un **consenso informato**. In altre parole, è necessario che la persona che intende redigere un testamento di vita sia stata puntualmente informata dal proprio medico curante in merito al proprio stato di salute, al decorso di eventuali malattie terminali, alle cure necessarie, alle prospettive di guarigione, alle possibili conseguenze fisiche e psichiche connesse alle terapie impiegate, con la precisazione che l'informazione rischia di essere meno puntuale quanto più è anticipata rispetto agli eventi prospettati e che il disponente potrebbe anche rifiutare sotto la propria responsabilità qualsiasi informazione circa il proprio stato di salute e il decorso della malattia che lo ha colpito. Sembra rilevante ricordare che il **consenso informato** rappresenta il **portato** della mutata cultura medica che ha abbandonato il **precedente, codificato, atteggiamento paternalista** a beneficio di un rapporto dialogico/interattivo tra medico e paziente.

Il *contenitore* del testamento biologico dovrebbe consistere in un **documento formale: atto pubblico** o almeno **scrittura privata autenticata**. Si è già chiarito il **ruolo della forma** nella specie. Lungi dal costituire un inutile aggravio, essa **mira a garantire l'autenticità** delle volontà manifestate dal disponente e **a preservarle dal rischio di falsificazione**. In merito, si sottolinea che la necessità della forma, dell'autenticità della volontà e della certezza della data sono state strenuamente promosse, quali elementi indefettibili del c.d. testamento biologico, nello stesso ambito medico; tra gli altri si richiamano l'appassionato intervento di Tomassini, su citato, medico e senatore della Repubblica, al convegno di gennaio della Fondazione Veronesi e il parere formulato in data 18 dicembre 2003 dal Comitato Nazionale di Bioetica nel complesso dei dieci articoli, dedicati alle *direttive anticipate di trattamento*, rinvenibili sul sito dell'italiano Ministero della Salute. **Garanzie**, quelle di autenticità della provenienza della volontà, di certezza della data e di salvaguardia dal rischio di falso, **che solo il notaio** è in grado di assicurare **in virtù della pubblica funzione, comprensiva dei poteri di certificazione**, a lui demandata dallo Stato. L'impiego della forma, quanto meno della scrittura privata autenticata, per la redazione del c.d. testamento biologico, a fini di tutela degli aspetti appena

considerati, ne suggerisce **identico utilizzo anche per la relativa revoca**, non già per semplici ragioni di simmetria strutturale, bensì **tenuto conto dei più pregnanti profili funzionali sottesi, compresi quelli pubblicitari di cui dirò**.

Nel caso di **autentica**, la delibera CNN, su citata, richiama l'**applicabilità dell'articolo 72 della legge notarile**, quindi prevede l'**iscrizione a repertorio e il rilascio in originale** al disponente.

Altra esigenza assai avvertita è quella della **pubblicità** di tali testamenti, **al fine di consentirne la reperibilità, a date condizioni** che tengano conto, altresì, della tutela del diritto del disponente alla riservatezza: infatti, il desiderio di manifestare anticipatamente le proprie volontà perché siano note nel momento cruciale della propria sopravvenuta incapacità, sarebbe frustrato, qualora non fosse accompagnato da un sistema, da un meccanismo idoneo a consentirne la conoscibilità. In merito, **il Notariato**, come anticipato, **ha proposto l'istituzione di un Registro Generale** dei testamenti di vita, **con spese, anche di conservazione, a proprio carico**.

Più delicato è il profilo del **contenuto documentale**, avuto riguardo alla circostanza che, a seconda dell'impostazione, muta la disciplina e il trattamento fiscale, così come l'onorario che il notaio dovrà percepire, sebbene, in merito, il Notariato abbia già comunicato la propria disponibilità a percepire il minimo indispensabile, invitando il legislatore a una previsione specifica in materia.

Il testamento biologico **potrebbe avere il contenuto di semplice dichiarazione in merito alle direttive anticipate, oppure**, come proposto dalla ripetuta delibera CNN, **di delega a un fiduciario di rendere edotti i medici curanti dell'esistenza** del testamento biologico stesso.

Se il testamento biologico contenesse soltanto le direttive anticipate e quindi una semplice dichiarazione, **l'atto, soggetto al bollo** sin dall'origine, **sconterebbe anche l'imposta di registro**, non essendo riconducibile al momento in nessuna fattispecie di esenzione. **Se, invece, si ricostruisse il contenuto alla stregua** della su descritta **delega** a un fiduciario, **l'atto, soggetto al bollo** sin dall'origine, **non sconterebbe**, al momento della redazione, **alcuna imposta di registro**, come accade per la procura speciale da esaurirsi in un unico contesto.

Nel raffronto tra le due impostazioni, quindi, il notaio sarebbe indotto a optare per la *delega*. Tuttavia, meritano di essere analizzati alcuni profili e precisamente la **compatibilità** della delega/procura **con un ambito personalissimo** quale la comunicazione del testamento biologico e delle volontà nello stesso espresse e la **definizione/qualificazione dei rapporti tra disponente e fiduciario**.

Quanto al primo dei due aspetti, premesso che la procura speciale è configurabile più propriamente in relazione al compimento di atti di natura patrimoniale e in relazione a interessi disponibili - ambito totalmente opposto a quello proiettato dal testamento biologico - **l'ostacolo può essere superato** ricorrendo, nell'ampio ventaglio delle

sostituzioni previste nell'attività giuridica, allo **strumento dell'ambasceria**, ammessa in particolare in ambito personale, ciò perché il *delegato/fiduciario* sarebbe un mero *nuncius*, semplice *ripetitore* in altri termini, delle precise volontà promananti dal solo **disponente**, **con la precisazione, tuttavia, che** il *nuncius*, così come il procuratore speciale, ha **facoltà e nessun obbligo** di esercitare i poteri conferitigli.

Resterebbe da chiarire il secondo aspetto, quello dei rapporti **tra disponente e fiduciario**. In merito **sembrerebbe pertinente** l'istituto del **mandato**, il contratto con il quale il mandatario assume l'obbligo nei confronti del mandante di compiere uno o più atti giuridici per conto del mandante (articolo 1703 del codice civile). Contro la relativa operatività, ammesso che il contratto si ritenga concluso, depongono, tuttavia, il combinato dell'articolo 1722, n. 4, del codice civile e del tenore letterale del successivo articolo 1728 del codice civile, che qui di seguito si riportano.

#### CAUSE DI ESTINZIONE

(Art. 1722)

1. Il mandato si estingue:

1) per la scadenza del termine o per il compimento, da parte del mandatario, dell'affare per il quale è stato conferito;

2) per revoca da parte del mandante;

3) per rinuncia del mandatario;

4) per la morte, **l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario**. Tuttavia il mandato che ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa non si estingue, se l'esercizio dell'impresa è continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi.

#### MORTE O INCAPACITÀ DEL MANDANTE O DEL MANDATARIO

(Art. 1728)

1. Quando il mandato si estingue per morte o per incapacità sopravvenuta del mandante, il mandatario che ha iniziato l'esecuzione deve continuarla, se vi è pericolo nel ritardo.

2. Quando il mandato si estingue per morte o per sopravvenuta incapacità del mandatario, i suoi eredi ovvero colui che lo rappresenta o lo assiste, se hanno conoscenza del mandato, devono avvertire prontamente il mandante e prendere intanto nell'interesse di questo i provvedimenti richiesti dalle circostanze.

**Salvo ritenere che la “sopravvenuta incapacità”, citata nella previsione da ultimo richiamata, sia riferita alle sole ipotesi di incapacità accertata tramite i procedimenti di interdizione o inabilitazione e, dunque, che l'estinzione del mandato si abbia soltanto nelle ipotesi di sopravvenuta interdizione e**

**inabilitazione** del mandante.

**Né potrebbe superarsi** l'obiezione, laddove ravvisata, ricostruendo la fattispecie secondo lo schema del **mandato irrevocabile** con conseguente operatività dell'articolo 1723 del codice civile - a mente del quale un tale mandato non si estingue per la sopravvenuta incapacità del mandante - **attesa**, come detto, **l'essenziale riconosciuta revocabilità** del **c.d. testamento biologico**, in ciò simile al testamento in senso stretto.

Per non dire delle **difficoltà di configurazione**, nella specie, **del momento di perfezionamento** del contratto di mandato, **in mancanza di una contestuale accettazione dell'incarico da parte del mandatario**. A ben vedere, **accogliendo la tesi dell'estinzione del mandato in caso di sopravvenuta incapacità**, a prescindere da intervenuta interdizione o inabilitazione, **il momento di perfezione del contratto precederebbe di poco**, cronologicamente, **la sua estinzione**, **potendo coincidere la conoscenza e accettazione del mandato** da parte del fiduciario **col momento della sopravvenuta incapacità** che è anche il **momento di estinzione del mandato**.

Riepilogando, se si accoglie l'impostazione di un contenuto del c.d. testamento biologico ridotto alle dichiarazioni anticipate di trattamento, si evitano una serie di problemi giuridici, ma si va incontro a un'imposizione fiscale più gravosa. Se si opta per l'impostazione della delega, alla immediata minore imposizione fiscale farà però da contropartita la messa in atto di uno strumento in parte sconosciuto per implicazioni giuridiche e fiscali, in quanto, concordando sulla inconfigurabilità del mandato, si sarà posto in essere uno strumento fondato sulla mera coscienza e volontà del fiduciario, legato al disponente da un'**obbligazione naturale incoercibile**, piuttosto che da un'obbligazione civile coercibile. Se anche si ritenesse ammissibile la riconduzione **dei rapporti tra disponente e fiduciario nella fattispecie del mandato**, resterebbe **l'incognita della relativa tassazione**, in aggiunta all'imposizione scontata in sede di confezione del testamento biologico.

Un'alternativa più sicura, anche perché tipica, cioè espressamente prevista dal vigente ordinamento, potrebbe essere la manifestazione delle volontà del disponente contestualmente alla designazione, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, di un amministratore di sostegno in previsione della propria futura incapacità, come consentito dall'articolo 408 del codice civile, ipotesi fiscalmente tanto più vantaggiosa, avuto riguardo alle esenzioni sancite dall'articolo 13 della legge 6/2004 (registro e, deve ritenersi, sulla scorta di un'interpretazione estensiva legittimata dal tenore letterale sul contributo unificato, bollo) **ma sostanzialmente più onerosa di una delega, occorrendo, per la concreta nomina del designato, l'intervento del giudice tutelare**.

La difficoltà di impiego degli strumenti già esistenti, in breve qui illustrata, al fine di poter dare immediata risposta alle istanze di recente manifestate, dimostra, una volta di più, la necessità di un tempestivo intervento legislativo che faccia tesoro degli approfondimenti sinora compiuti in particolare all'interno del Notariato, specialmente

a cura della Commissione Propositiva e del Consiglio Notarile di Cagliari, i cui esiti sono stati partecipati in occasione del Convegno tenutosi a Cagliari nel 2004.

Vi ringrazio per il paziente ascolto.

Marilù Agresta

---

Al fine di approntare la breve relazione, che nella scrittura è stata rifinita rispetto all'esposizione orale, sono stati consultati diversi testi nonché materiali tratti da siti internet. Qui di seguito si indicano i principali.

Capozzi G., *Successioni e Donazioni*, Giuffrè, e ss.;

Bassi E.Q., *I testamenti di vita*, Attività, Trimestrale del Consiglio Nazionale del Notariato, 3, 2003;

Maurer Libori B., *Dal living will al modo sbagliato di interpretare il diritto all'autonomia*, "Pubblicazione leggermente modificata di un intervento orale al Convegno: <<Problemi culturali, religiosi, etici, giuridici, medici, sociali nel momento della sofferenza e dell'approssimarsi della morte>>, Ospedale S. Pietro Fatebenefratelli, Roma, 4 dicembre 2003;

Roppo V., *Il contratto*, 2001, Giuffrè, 6 e ss.;

Salito G., *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, Notariato, 2, 200, 196 e ss.;

Sechi C., *Presentazione del volume sul "Testamento biologico – Riflessioni di 10 giuristi"* Fondazione Umberto Veronesi – Il Sole-24 Ore, Milano 9 gennaio 2006, CNN Notizie del 18 gennaio 2006;

Risso L.F., *Atto di designazione di amministrazione di sostegno e scelte di autodeterminazione in previsione della propria futura incapacità*, Federnotizie 3, maggio 2006, 105 e ss.;

Studio n. 29/2005/T, approvato dalla Commissione Studi Tributari il 24 giugno 2005;

Consiglio Nazionale del Notariato, *Delibera del 23 giugno 2006*, CNN Notizie del 23 giugno 2006;

[www.tesionline.it](http://www.tesionline.it), di cui si è ritenuto assai interessante l'abstract della tesi di Squillaro Rosa su "Il Testamento Biologico nel diritto italiano e comparato";

[www.aduc.it](http://www.aduc.it), sezione Vivere & Morire;

[www.antipredazione.org](http://www.antipredazione.org);

[www.ministerosalute.it](http://www.ministerosalute.it);

[www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)