



NOTE CRITICHE SULLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO (DAT)¹

VALERIO DONATO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Sul diritto a morire e l'eutanasia – 3. Le novità più significative introdotte dalla l. 219/2017 – 4. Profili di criticità nell'applicazione della nuova disciplina – 5. Cenni sul fondamento assiologico delle DAT – 6. Sul contenuto delle DAT e sulle informazioni acquisite dal disponente – 7. Sul potere conferito al fiduciario ed al medico.

1. Lo sviluppo scientifico inaugurato il secolo scorso è stato fonte di progresso ma anche di illusioni e speranza, foriero di pericoli sempre in agguato; e, comunque, ragione di profili di problematicità nei confronti dei quali il tradizionale apparato conoscitivo si è rivelato impreparato. La conoscenza scientifica ha indubbiamente modificato la struttura della fenomenologia biologica, sino al punto da indurre un radicale mutamento di significato dei tradizionali termini convenzionali: la nascita è surrogata dalla creazione, la vita sconfinata nella sopravvivenza artificiale, la morte precede il decesso.

La nuova “realtà” ha in tal guisa aperto nuovi spazi di decisione², prima preclusi all'uomo [o, quanto meno, limitati], rispetto ai quali, tuttavia, l'apparato conoscitivo si è dimostrato incapace e lacunoso, sino al punto da precludere l'adozione di qualunque decisione.

Le novità consegnate dalla conoscenza scientifica hanno dischiuso la possibilità di mantenere in vita l'uomo contro il destino tracciato dalla natura, secondo fenomenologie le quali hanno prepotentemente imposto l'esigenza di definire il fondamento assiologico, i contorni ed i limiti delle attività improntate a governare la sofferenza, mediante condotte dirette ad agevolare la morte ovvero a preservare l'esistenza.

E tuttavia, il compito affidato al ricercatore dall'evoluzione scientifica sembra di difficile interpretazione mediante le tradizionali categorie culturali³, sì da suscitare l'apparente legittimazione di soluzioni sol perché scientificamente possibili⁴; rinviando necessariamente l'intero fardello dei nuovi dilemmi “soltanto” alla politica⁵ ed al diritto.

¹ Il presente lavoro riproduce, con l'aggiunta di qualche indicazione bibliografica, la Relazione al Convegno dal titolo “*Il consenso al trattamento terapeutico alla luce della legge 219/2017 sulle dat*”, tenutosi a Catanzaro il 6 dicembre 2018.

² Sempre vivo l'ammonimento di G. OPPO, *Problemi giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 277 ss.: “*l'uomo vuole appropriarsi della fine come del principio della vita, sostituendosi alla natura*”, ripreso mirabilmente da F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, *ivi*, 2011, 2, p. 10153.

³ La rapidità dell'evoluzione scientifica non ha consentito un graduale svolgimento delle impostazioni ideali, le quali, come ogni fenomeno culturale, non ammettono soluzioni repentine di continuità e inducono la crisi radicale dell'etica, spesso non più in grado di offrire risposte alle novità inaugurate dalla scienza della vita.

⁴ Il dominio della vita sembra attribuire alla scienza una nuova egemonia che non attende legittimazione dall'etica. L'inadeguatezza dell'etica ad offrire risposte rischia di concedere l'egemonia alla scienza, la quale impone una propria etica: l'etica del possibile più che l'etica del giusto. La tradizionale impostazione della scienza come processo operativo di conoscenza dedicato all'etica, la scienza come strumento dell'etica, appare



2. In tale contesto, l'intera esperienza, e non soltanto quella giuridica, continuano ad essere lacerate dal dilemma originato dalla invocazione di un diritto a morire⁶, sollecitato da più parti e per motivazioni non omogenee⁷.

Il tema del potere di disporre della propria esistenza sembrava refrattario ad ogni soluzione normativa, sebbene sembri in tal guisa già in sé circoscritto, in virtù della ipotetica pretesa giuridica dell'interessato. In linea astratta la disposizione della propria esistenza ammette la possibilità di provocare la propria morte o farsi condurre a morte da parte di terzi, secondo le note pratiche eutanasiche⁸. Ma l'operatività del diritto non sembra capace di varcare la soglia dell'intimità della vita, sì da non avere l'attitudine ad esprimere comandi nell'area della solitudine umana. Dinanzi alla decisione di compiere l'atto estremo della vita, qualunque direttiva umana protesa ad evitarlo sembra impotente, sino al punto da ritenere erronea ogni indagine indirizzata alla ricostruzione di un diritto e/o di una tutela di tal genere⁹.

Il diritto si prefigge piuttosto il compito di disciplinare i rapporti tra soggetti; e, in tale contesto, è definito lo spazio di intervento della tutela, la quale si traduce nella [necessaria] pretesa nei confronti dei terzi, vale a dire di un diritto a esigere una condotta idonea a soddisfare l'esigenza di morte¹⁰.

In tale direzione, allo stato il sistema italiano sembra ripugnare ogni intromissione di terzi¹¹, destinata a concorrere o contribuire a determinare la morte¹², mediante **condotte**

invertito: dall'etica come fonte e limite della scienza si converte alla scienza in fonte o limite dei valori. Si inverte il rapporto tra Verità (dominio della scienza) e Giustizia (ambizione dell'Etica). La verità è valore il quale si candida a essere giusto. La scienza dichiara ciò che è vero, ma si propone di dichiarare ciò che è giusto. La morale si candida a individuare ciò che è giusto ma accarezza l'ambizione di arginare definire ciò che è vero. Ma ciò che è giusto e ciò che è vero è esito relativo; dipende all'uso del giusto ed all'uso del vero. Il senso di giustizia è un elemento di convenienza relativo al tempo, allo spazio, alla conoscenza; in una parola un componente della Politica e dell'Etica formalizzata nelle norme, del diritto. E tuttavia, anche le forme giuridiche erano prive di regole, lasciando l'interprete alla ricerca di norme idonee a risolvere problemi di particolare delicatezza. Si consenta il rinvio a V. DONATO, *Note in tema di consenso informato all'atto medico. La sfida del diritto tra innovazione scientifica e nuova domanda etica*, raccolto nel volume *Contributi di diritto civile*, Torino, 2004, p. 1 ss.

⁵ M. NUZZO, *Le decisioni di fine vita tra ideologie e tecnica: considerazioni introduttive* in M. BIANCA (a cura di), *Decisioni di fine vita*, Milano, 2011, p. 133 ss.

⁶ Diritto definito "morale" e "non giuridico" da P. BECCHI, *Quando finisce la vita. La morale e il diritto di fronte alla morte*, Roma, 2009, p. 20.

⁷ Per converso, l'indisponibilità del bene vita ha tradizionalmente rinvenuto sostegno nell'ambito di talune discipline espressamente contemplate dal diritto positivo: sul tema, G. CRICENTI, *Indisponibilità del bene vita e disposizione di sé*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2009, 1, p. 20017 ss.

⁸ Cfr. D. NERI, *L'eutanasia*, in Atti del convegno di studio del Comitato Nazionale per la Bioetica "1990-2005 Quindici anni di impegno, 30 novembre – 3 dicembre 2005", Roma 2005, p. 426, ove si sostiene la conclamata difficoltà di attribuire univocità di senso ad ognuno di questi termini, così pregni di valori non universalmente condivisibili

⁹ V. L. BALESTRA, *L'autodeterminazione nel "fine vita"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, p. 1009 ss.

¹⁰ La quale dovrebbe essere avvertita non già come esigenza di accelerazione della morte, quanto piuttosto come morte senza dolore: F. BACONE, *Del progredire della scienza*, in *Nuova Atlantide*, Novara 1966, p. 535 e ss.

¹¹ Per un tentativo di "schematizzazione" delle condotte in astratto sussumibili nell'ambito del tema del "fine-vita" si veda P. VIRGADAMO, *"Etica della vita" e diritto civile: appunti a margine di un incontro di studio*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 1, p. 346.



commissive; si dà – non soltanto precludere una legittimazione, ma, addirittura – riprovare il comportamento che concorre, secondo modalità concrete, a produrre l'evento estremo della morte; sebbene si possano registrare lente e tendenziali evoluzioni, destinate probabilmente a valorizzare le ragioni e le modalità della cooperazione eutanassica, là dove espongano forme di cooperazione alla realizzazione di valori fondamentali, sino al punto da indurre una qualificazione delle condotte secondo una valutazione concreta¹³, meritevole di particolare considerazione¹⁴.

Una prospettiva ermeneutica diversa può essere affermata riguardo alle condotte omissive, le quali non sembrano, per vero, riducibili ad unità. Sotto un primo profilo, l'omissione alla quale consegue la morte soggiace, alla stessa stregua delle condotte commissive, ad un giudizio di riprovevolezza, dal punto di vista giuridico¹⁵, oltre che alla disap-

¹² Di recente Cass. pen., sez. I, 7 giugno 2018, n. 50378, in *Dir. & Giust. online*, nella quale si legge che «la nozione di compassione, cui il sentire comune riconosce un altissimo valore morale, rimane segnata dal superiore principio del rispetto della vita umana, che è il criterio della moralità dell'agire», rilevando come «del tutto distinto è il dibattito culturale sui limiti al trattamento di fine vita e sul rilievo del consenso del malato, fondato sul principio costituzionale del divieto di trattamenti sanitari obbligatori».

¹³ Sul punto sembrano ancora attuali le parole di G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 14, 1, p. 109, secondo il quale «è illusorio pensare che, una volta spiegato e deciso che un trattamento sanitario può essere interrotto su richiesta dell'interessato anche quando da questa interruzione deriva la morte, la ratio che sta dentro questa soluzione non debba estendersi, o prima o poi, ad altri casi, non consistenti in trattamenti sanitari, nei quali egualmente qualcuno chiede di morire»; in senso favorevole alla ammissibilità dell'eutanassia tra tanti cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 254; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanassia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 727.

¹⁴ Sembra esemplare l'atteggiamento tenuto da Corte Cost., 16 novembre 2018, n. 207 (in *Guida dir.*, 2018, 49-50, p. 16) là dove afferma che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione», sebbene avverta l'esigenza di puntualizzare che le situazioni considerate erano «inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali [...]. Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». Il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Ciononostante la Corte avverte il pericolo di una apertura di tal genere in assenza di una posizione politica adottata dal Parlamento: «in assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti».

¹⁵ Sulla consumazione dell'omissione di soccorso e la responsabilità dell'autore per la morte del suicida, cfr., tra tante, Cass. pen., sez. I, 28 marzo 2018, n. 30418, in *Dejureonline*.



provazione dal punto di vista etico¹⁶, ogni qual volta sia rinvenibile un obbligo di intervento, soprattutto in considerazione di un fondamentale dovere di solidarietà, il quale si traduce in puntuali prescrizioni di condotte, indirizzate a preservare la vita, nei limiti in cui non si ponga in pericolo la propria.

E pur tuttavia, l'obbligo di intervento rinvia un presupposto ineludibile nell'autorizzazione da parte dell'interessato [o di un legittimato a decidere], il quale potrebbe essere dotato di un diritto a precludere ai terzi di intervenire; sì che ogni qual volta sussista un diritto della persona ad esprimere la propria volontà, la condotta omissiva è legittimata dal rifiuto dell'intervento da parte dell'interessato.

Proprio in tale prospettiva sembra potersi interpretare il rapporto medico, poiché il sistema costituzionale, come noto, sottopone la legittimità del trattamento sanitario al consenso del paziente, il quale esprime, in tal guisa, la propria personalità e la propria dignità, anche contro la vita, sebbene a pena della morte.

Tali brevi notazioni consentono, probabilmente, di escludere la legittimità di forme di eutanasia commissiva; ma, al contempo, di ammettere le ipotesi di eutanasia omissiva, le quali si traducono, per ciò stesso, in una disciplina di trattamenti sanitari, vale a dire di attività negoziali aventi ad oggetto, in via diretta ed immediata [non già la morte, ma] la regolamentazione della esistenza¹⁷, sia pure potenzialmente breve.

La rappresentazione appena esposta, già di per sé carica di colorazioni etiche e problematicità giuridiche, non sembra, però, essere conclusiva, poiché non è sempre agevole definire l'ambito operativo delle condotte commissive e di quelle omissive o la gestione del trattamento sanitario.

La maggiore carica di problematicità sembra introdotta dalle ipotesi nelle quali il trattamento, già intrapreso, debba essere interrotto. Come noto, infatti, il consenso al trattamento sanitario deve persistere per l'intero arco temporale delle attività di cura e, in quanto tale, è sempre revocabile, sì da poter venir meno in pendenza del rapporto di cura. Sennonché la revoca del consenso ai trattamenti sanitari – e in particolare, per quanto qui di stretta pertinenza, in mancanza dei quali consegue potenzialmente la morte – potrebbe richiedere,

¹⁶ Senza dimenticare i criteri che già Tommaso D'Aquino aveva elaborato per identificare i casi in cui un'azione può essere dichiarata moralmente lecita anche qualora essa produca conseguenze illecite: in argomento, R. BARCARO, *Eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Milano, 1998, p. 119.

¹⁷ In tale elemento di qualificazione sembra potersi individuare il profilo di maggiore qualificazione del testamento, anche biologico, rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento, le quali non hanno ad oggetto e/o la causa la morte, ma pur sempre un atto di vita, non necessariamente estremo. La nozione di c.d. testamento biologico sembra in tale direzione meglio atteggiarsi – secondo prospettive affermate in dottrina e seguite dal legislatore – alle ipotesi nelle quali di disponga, per esempio, del proprio cadavere, messo a disposizione di terzi, nei limiti, ovviamente ei canoni fondamentali dettati dal sistema giuridico e tra questi dell'ordine pubblico e del buon costume (per uno sguardo comparatistico si vedano A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. Dir. priv.*, 2013, 3, p. 457 ss. e G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, ivi, 2011, 4, p. 1175 ss.). Diversamente, sembrano avere una qualificazione ben differente le ipotesi nelle quali si pretende di disporre della vita provocando la morte; vale a dire le ipotesi nelle quali l'atto ha ad oggetto la propria esistenza e, particolarmente, la propria esistenza non più vitale. In tali casi non sembra si possa discorrere di testamento, salvo che si pretenda di assumere una nozione di morte fittizia o convenzionale e dunque considerare morta la persona vivente, allo scopo soltanto di poterne disporre alla stregua di cadavere. Si tratta di una prospettiva particolarmente pericolosa giacché presuppone la definizione di una ripugnante nozione di morte civile.



al fine di garantirne l'effettività, condotte commissive del medico¹⁸, la cui qualificazione potrebbe indurre, in astratto, una fattispecie riconducibile nell'alveo della eutanasia attiva/commissiva.

L'interruzione e/o la revoca dell'autorizzazione al trattamento sanitario potrebbe essere espresso, secondo una tra le possibili articolazioni delle fattispecie concrete, anticipatamente dal paziente, al ricorrere di determinate condizioni, là dove ora per allora questi disponga l'interruzione del trattamento al ricorrere di determinate condizioni di salute e in caso di sua incapacità a decidere¹⁹.

3. Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, l'evoluzione dell'*idem sentire* ha manifestato sempre maggiore insofferenza avverso la riconduzione delle vicende e delle fattispecie da ultimo richiamate nell'area dell'illegittimità – secondo una prospettiva etica, probabilmente, già sottesa nei consolidati canoni costituzionali –, sì da indurre il legislatore ad approntare una [prima] soluzione normativa di taluni tra i più spinosi problemi suscitati dalla materia e la cui decisione è stata lasciata per lungo tempo alla sensibilità del giudice.

Il legislatore ha infatti di recente [l. n. 219/2017²⁰] riconosciuto un ampio diritto del paziente a determinare il proprio percorso di vita e di autodeterminarsi – riguardo ai trattamenti sanitari, anche e soprattutto nelle ipotesi di “cure” la cui esecuzione o omissione è, potenzialmente, idonea a determinare la morte –, mediante una manifestazione di volontà, rilevante ed efficace, pur là dove sia destinata ad essere eseguita in un tempo nel quale il disponente dovesse essere privo della capacità di intendere e volere e/o di discernimento.

La novella ha adottato, in tale direzione, una definizione delle disposizioni anticipate di trattamento, le quali sopportano una qualificazione [distinta dalle ipotesi di c.d. testamento biologico e/o di qualunque manifestazione a causa di morte, e] dettata dalla sussistenza di una manifestazione di *volontà*²¹ – sempre revocabile come ogn'altro atto a contenuto non patrimoniale ed a connotazione esistenziale – *in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari*, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, definendo in parte il contenuto, taluni presupposti indispensabili, oltre che i requisiti di sostanza e di forma, per una valida adozione della decisione.

¹⁸ Come puntualmente osservato da D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari 1995, p. 27.

¹⁹ Non si tratta, ben inteso, di qualificare la decisione relativa al trattamento alla stregua di eutanasia, *sic et simpliciter*, verso la cui identificazione sembrano puntuali le parole di G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not.*, 2007, p. 7, secondo il quale «quando si parla di “dichiarazioni di volontà anticipate” non ci si riferisce all'eutanasia, perché non si richiede né il comportamento attivo di terzi per ottenere il risultato di mettere fine alla vita, né si richiede la passiva partecipazione di terzi, in quanto oggetto di tali dichiarazioni è il rifiuto del trattamento medico. Anche se cristallizzato nel tempo, tale rifiuto vale ad esercitare il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., che può consistere, nel caso di adulti, nell'esercizio negativo di un diritto».

²⁰ Per un primo commento si veda M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo, tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1, p. 8 ss.

²¹ F. GIARDINA, *Qualche riflessione sul consenso al trattamento medico (con particolare riguardo alla legge 219/2017)*, in *Riv. it. cure palliative*, 2018, XX, p. 2 ss.



Ed infatti, in linea di estrema sintesi, l'autore delle disposizioni anticipate di trattamento deve aver acquisito, sotto un primo profilo, adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle scelte e deve manifestare le proprie determinazioni nella forma dell'atto pubblico o della "scrittura privata autenticata" ovvero della "scrittura privata consegnata" personalmente dal disponente presso l'Ufficio di stato civile del comune di residenza [il quale dovrà provvedere ad annotare l'atto in apposito registro se istituito] o ancora presso le strutture sanitarie, dotate di modalità di gestione telematica delle cartelle cliniche o fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati; mentre, nei casi nei quali sussistano condizioni fisiche del paziente preclusive, le c.d. DAT possono essere manifestate anche mediante videoregistrazione o strumenti idonei a consentire la manifestazione di volontà da parte del paziente.

Riguardo alla regolamentazione dettata nell'atto, di là dal contenuto proprio, consistente nella disciplina del trattamento, le DAT possono prevedere il conferimento dell'incarico – sempre revocabile *ad nutum* con le medesime modalità –, avente ad oggetto l'attuazione della volontà ivi manifestata, mediante la nomina di un fiduciario, il quale avrà il compito anche di fare le veci del disponente e di rappresentarlo nelle relazioni con il medico e con la struttura sanitaria, secondo particolari poteri, per vero, di non agevole attuazione.

4. Nonostante l'intervento legislativo costituisca un risultato pregevole, quanto meno avendo riguardo al tentativo di rendere meno gravosa la sofferenza e di dotare di riscontri normativi un tema di così impellente delicatezza, non sembra avventato ritenere che la disciplina introdotta sia destinata a delineare percorsi di non facile attuazione e suscitare notevoli problemi e, forse inevitabili, dubbi interpretativi, la cui soluzione non sembra di agevole conseguimento.

In tale contesto le perplessità più gravose sotto il profilo dogmatico sembrano generate dalla complessità di una definizione della effettiva portata delle DAT e del grado di concreta vincolatività delle decisioni²², per i terzi.

La novella ha, senza dubbio, affrancato le decisioni aventi ad oggetto trattamenti destinati a determinare la morte da qualunque dubbio in ordine alla ammissibilità e legittimità, purché connotati dai requisiti di sostanza e di forma ivi previsti. Ogni persona capace può determinare, mediante disposizioni congrue, le sorti della propria esistenza, anche avendo riguardo a trattamenti destinati ad essere attuati in un tempo nel quale dovesse essere privo della capacità, superando – almeno apparentemente – i dubbi insorti nella letteratura in ordine alla necessaria attualità della volontà.

Altrettanta chiarezza non sembra rinvenibile nell'esplicazione dei diversi profili nei quali si articola la materia, la quale, sotto un primo profilo, espone notevoli dubbi riguardo sia alla portata delle informazioni acquisite dal disponente in ordine alle conseguenze delle scelte effettuate sia in ordine, più ampiamente, al contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento. In linea astratta, infatti, le DAT potrebbero consistere in una puntuale regolamentazione, dotata di più definiti dettagli, ovvero esporre un contenuto anche generico,

²² In argomento si veda L. D'AVACK, *Norme in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 1, *passim* ma spec. p. 196 ss.



meramente indicativo di indirizzi di massima delle condotte imposte ai soggetti deputati a darne esecuzione.

Mentre, per altro verso, le preventive informazioni acquisite dal disponente rispetto all'atto dispositivo potrebbero costituire oggetto di una mera attestazione di conoscenza, resa nelle DAT ovvero nota ai terzi; oppure costituire un contenuto essenziale delle disposizioni, le quali potrebbero essere compatibili con una esposizione meramente evocativa o, al contrario, puntuale testimonianza della fonte, del tipo e delle modalità di acquisizione delle informazioni ricevute; sì da ammettere la congruità di informazioni conseguite in modo inappropriato o autonomamente dal disponente – persino autodidatta – ovvero rappresentare il risultato di conoscenza acquisita in virtù di informazioni rese da personale qualificato e/o da uno specialista.

Le alternative succintamente esposte si traducono, forse, in diverse configurazioni del ruolo assunto da tali contenuti nella fattispecie negoziale, giacché, salva l'ipotesi in cui si ritenesse superflua qualunque indicazione, ai fini della validità dell'atto si potrebbe richiedere la puntuale indicazione di ogni profilo, con conseguente invalidità delle DAT in ipotesi di un contenuto inadeguato a rappresentare una volontà consapevole²³; ovvero ritenere sufficiente la mera esposizione dell'avvenuta acquisizione di informazione, indipendentemente da qualunque profilo di merito, il quale sarebbe rimesso, diversamente, al giudizio di adeguatezza e congruità di cui all'art. 4, comma 5, l. 219/2017. La previsione di un giudizio di adeguatezza potrebbe indurre a ritenere comunque valide le disposizioni, pur se prive di una puntuale regolamentazione e di sufficienti indicazioni in ordine alle modalità ed alle informazioni ricevute²⁴; sì che i profili sopra accennati potrebbero rappresentare soltanto un contenuto indicativo e naturale delle disposizioni, la cui mancanza potrebbe essere apprezzata esclusivamente al fine di legittimare il medico, in accordo con il fiduciario [e/o il giudice tutelare], a disattendere le disposizioni [art. 4, comma 5, l. 219/2017]. Come noto, infatti, la normativa contempla la possibilità ora di dare concreta attuazione alle disposizioni ora di disattendere le direttive impartite dal disponente, secondo esiti rimessi agli uffici del medico e del fiduciario, oppure, in ipotesi di contrasto tra questi, del giudice tutelare [chiamato a decidere su ricorso del rappresentante della persona interessata, ovvero delle persone di cui all'art. 406 ss. cod. civ. ovvero del medico o dal rappresentante legale della struttura sanitaria], i quali [sono tenuti, sì, al rispetto delle DAT, ma], possono tradire le determinazioni del disponente, là dove dovessero ravvisare palese incongruenza delle disposizioni, discrasia delle disposizioni con le condizioni di salute "attuali" del disponente, ovvero fossero sopravvenute *terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione*, idonee *ad offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*.

Una soluzione dei dubbi sopra esposti non sembra conseguibile senza un'interpretazione sistematica e coerente della disciplina dettata riguardo al ruolo, al proce-

²³ Senza dimenticare che un eventuale conflitto in ordine alla volontà del paziente, insorto tra medico e fiduciario, parrebbe dover essere rimesso, in prima battuta, alla valutazione del giudice: sul punto, M. PICCINI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, in *Nuov. Giur. Civ. comm.*, 2018, 7/8, p. 1118 ss.

²⁴ Sul tema della "accettabilità del trattamento" si vedano D. CARUSI, *Ippocrate e la polis. Note in margine al disegno di legge 2801 detto "Sul testamento biologico"*, in *Annali SISDiC*, 2017, p. 219 ss. e P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2018, II, p. 247 ss.



dimento ed al giudizio dell'adeguatezza delle DAT del medico e del fiduciario²⁵, giacché la maggiore o minore importanza attribuita alle dichiarazioni del disponente, in ordine alle informazioni ricevute, si traduce in una diversa portata della valutazione rimessa ai terzi, la quale – escluso possa concorrere a dichiarare la invalidità – è compatibile soltanto con l'affermazione di un maggiore o minore grado di vincolatività di disposizioni valide.

In tal guisa, un minore rigore nella qualificazione del contenuto dell'atto potrebbe risultare appagante – soprattutto in presenza di ampi contenuti delle DAT – là dove si potesse confidare su un procedimento di valutazione di congruità e attualità del medico e del fiduciario – oltre che del giudice tutelare – ancorato a puntuali e precisi criteri interpretativi, sì da poter delineare un giudizio di sicuro momento, la cui assenza richiederebbe, al contrario, una accentuazione dei giudizi di conformità di natura giudiziale.

Senonché, l'esigenza di valutare la adeguatezza e la attualità delle disposizioni anticipate di trattamento si traduce in un presupposto di efficacia e vincolatività, ma secondo un procedimento – quantomeno in apparenza – privo di coordinate in ordine alle possibili attività e vicende rimesse ai terzi e, soprattutto, apparentemente privo di un espresso profilo funzionale.

La portata di tali poteri e i limiti ad essi apposti non rinvergono, infatti, una – quantomeno – esplicita definizione da parte del legislatore, sì da generare, in via astratta, molteplici prospettive. Di là dal grado di incongruenza rilevante, le concrete modalità di svolgimento dei poteri officiosi potrebbero rinvenire una prima definizione del perimetro di effettiva vincolatività delle disposizioni anticipate, mediante la enfattizzazione dei casi previsti dall'art. 4, comma 5, l. n. 12/2018.

Tuttavia, per un verso, non è dato riscontare *ictu oculi*, la portata "tassativa" o "esemplificativa" delle ipotesi ivi indicate; sì che non sembra eccessivo porre qualche dubbio in ordine alla possibilità di ammettere ipotesi diverse, nelle quali le DAT possano essere disattese, per ragioni diverse rispetto alle previsioni testuali della norma, tra le quali sembra assurgere a fattispecie emblematica l'eventuale convinzione, orientamento religioso e/o politico del medico, secondo ipotesi che potrebbero consentire al sanitario di esonerarsi da qualunque decisione e/o intervento per effetto di obiezione di coscienza.

Per altro verso, la valutazione si potrebbe avvalere di un parametro di adeguatezza delle disposizioni di carattere soggettivo – mediante una valorizzazione dei profili più strettamente connessi alla personalità e/o alla condizione del disponente o allo scopo perseguito – o di carattere oggettivo ovvero di entrambi.

Tali dubbi sono afflitti in sé di notevole complessità; ma sono destinati ad aggravarsi ulteriormente a causa della circostanza che l'attuale sistema non conforma compiutamente, quantomeno in modo espresso, un contenuto formale dei poteri conferiti ai terzi e delle relative vicende da questi determinabili. L'esigenza di dare attuazione alla reale volontà del disponente, là dove risulti dotata di attualità, potrebbe indurre a ritenere praticabile, secondo una prima prospettiva, ora una attività di interpretazione qualificata e/o evolutiva, sì da attribuire alle disposizioni un significato coerente alla reale intenzione del disponente in coerenza alle circostanze sopravvenute; ora di determinare un percorso coerente alle decisioni del paziente, in ipotesi da questi non previste e/o comunque non dettagliatamente regola-

²⁵ Per una prima applicazione della normativa, in un caso di contrasto tra il fiduciario ed il medico si veda Trib. Mantova, 13 aprile 2018, in *Ikaso.it*



mentate, là dove le disposizioni di trattamento non dovessero manifestarsi dotate di attualità e/o di adeguatezza.

In tal guisa, dunque, potrebbe sorgere il dubbio che i titolari degli uffici siano titolari di un potere di attualizzazione delle volontà del disponente, il quale potrebbe essere affidato ad un procedimento interpretativo ovvero integrativo/modificativo²⁶.

In altra direzione, l'attività dei terzi potrebbe essere deputata, anche o esclusivamente, a decretare la assoluta inapplicabilità – in tutto o in parte – delle disposizioni di trattamento, in virtù della impossibilità di esporre una soluzione congrua ovvero coerente con i profili, ancora una volta, soggettivi e/o oggettivi, rilevanti.

Le numerose alternative praticabili in ordine sia agli strumenti ermeneutici sia agli esiti interpretativi implicano, dunque, un notevole grado complessità, il quale non lascia agevolmente ricostruire il rapporto “interno” tra medico e fiduciario, il quale si espone ad un potenziale squilibrio, a causa del notevole grado di discrezionalità coinvolto. Ogni decisione nell'ambito del rapporto medico destinato a dare attuazione alla volontà del disponente potrebbe infatti contrapporre ragioni di carattere tecnico a ragioni spirituali e/o ideali, secondo le alternative sopra superficialmente esposte e destinate a suscitare conflitti irrimediabili: la discrezionalità richiede una competenza tecnica [tradotta soprattutto nei casi ivi previsti di disposizioni non corrispondenti alla condizione clinica, palesemente incongrue, e di sopravvenienza di terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione], la quale potrebbe ragionevolmente sottendere un dominio del medico, dotato di maggiori strumenti di conoscenza ed alla quale si giustappone una prospettiva ideale di più ampia portata, affidata ad un ampio criterio di adeguatezza ed alla più ampia funzione di attualizzazione, secondo prospettive che lasciano forse maggiore evidenza al ruolo di fiduciario.

In tale contesto, non sembra avventato manifestare seri dubbi in ordine alla possibilità di determinare in concreto le più adeguate modalità di svolgimento dei suddetti uffici, soprattutto in considerazione della apparente assenza di un espresso indirizzo funzionale ed assiologico dei poteri conferiti, i quali non sembrano soggiacere a puntuali indicazioni degli scopi e di conseguenti limiti, secondo un approccio, al contrario, esplicitamente sanzionato per la minore età, là dove – pur in un contesto strutturalmente diversi – il legislatore si è premurato di vincolare l'esercizio dei suddetti uffici alla esigenza di tenere conto della volontà della persona del minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità e avendo sempre come scopo *la tutela della salute psicofisica e vita del minore nel rispetto della sua dignità*.

La complessità di taluni tra i problemi suscitati dalla disciplina introdotta nel 2017 richiede inevitabilmente un impellente intervento ermeneutico destinato, in primo luogo, a soddisfare l'esigenza di puntualizzare un chiaro indirizzo assiologico dei poteri conferiti ai terzi, la cui definizione presuppone, come appare evidente, la individuazione del profilo funzionale del potere concesso dalla legge e dal disponente; sì da poterne inferire il contenuto formale, il profilo funzionale ed il profilo assiologico, i quali possono contribuire notevolmente al fine, quanto meno, di identificare la portata degli uffici ivi previsti.

²⁶ Talune pronunce hanno affermato, in applicazione della nuova disciplina e forse non senza un certo tasso di retorica, che l'amministratore eventualmente nominato dovrà esprimere quello che risulterà essere il reale intendimento del soggetto beneficiario, e giammai il proprio: Trib. Vercelli, dect. 31 maggio 2018, in *Il caso.it*.



5. I problemi sopra segnalati sembrano compromessi dalla definizione del fondamento assiologico delle DAT, il quale può aiutare l'interprete sia a individuare – con minore grado di incertezza – la struttura e la funzione dell'atto avente ad oggetto le disposizioni anticipate di trattamento; sia a verificare coincidenza o divergenza del fondamento assiologico dei poteri conferiti ai titolari degli uffici di tutela, sì da poter in tal guisa contribuire a individuare, ancora una volta, il contenuto e la funzione delle prerogative attribuite ai terzi.

In tale direzione, il legislatore della riforma dedica, per vero, espressamente l'intera materia del rapporto medico-paziente all'esigenza di tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità ed all'autodeterminazione, nel rispetto dei principi di cui all'art. 2, 12 e 32 Cost. oltre che degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; sì che si potrebbe rinvenire, in tali richiami, uno strumento ermeneutico di importanza risolutiva, ai fini sopra indicati.

La formulazione potrebbe, tuttavia, non essere conclusiva, là dove presuppone la deliberazione dell'ipotetico contrasto tra tali esigenze assiologiche e, al contrario, invoca un inevitabile bilanciamento, forse non stabile, nelle relazioni concrete, là dove, come noto, la tutela della dignità e l'autodeterminazione consapevole potrebbe, in astratto, porsi in contrasto con la tutela – soprattutto – della vita, oltre che della salute.

Una siffatta resistenza allo svolgimento di un predicato armonioso dei principi richiamati sarebbe tuttavia determinato da un equivoco riguardo all'ambito di rilevanza della tutela della vita e della salute, oltre che delle relative nozioni accolte. La salute è infatti predicata dalla preservazione – non già della integrità psicofisica, ma – di uno stato di benessere psicofisico²⁷, il quale involge necessariamente la promozione della dignità della persona umana; sì che se per un verso costituisce limite invalicabile per i terzi, lo stato di benessere psicofisico dell'esistenza umana è compromesso ineludibilmente dalla dignità della persona umana, la quale è, per vero, l'autentico fondamento e limite funzionale di ogni atto di natura esistenziale.

Il concetto di dignità si iscrive, infatti, *prima facie* nella declinazione di un ideale assoluto²⁸, il quale consente di distinguere l'uomo, *in sé*, da ogn'altra cosa terrena, animata o non animata; e per tale via secondo una connotazione assiologica la quale consente di distinguerlo dalle altre entità negoziabili²⁹. Il valore assoluto e non negoziabile dell'uomo impone una nozione incondizionata, la quale costituisce fonte e per ciò stesso fondamento assiologico del dovere di rispettare sé stesso e gli altri uomini, secondo una prospettiva astratta e metafisica, che indirizza assiologicamente la condotta umana, mediante prescrizioni imperative, dedicate alla magnificenza del genere umano.

La portata assoluta del valore della dignità richiede, tuttavia, per ciò stesso la considerazione delle condotte, alle quali si affida l'ambizioso progetto di perseguire l'ideale della

²⁷ “Alla lotta per la vita si sostituisce la richiesta per la qualità della vita”: così Z. BAUMAN, *Mortalità, immortalità e altre strategie di vita*, Bologna, 2012, p. 249 s., le cui parole sono riprese da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. Dir. priv.*, 2014, 2, p. 387.

²⁸ [...] *Se dunque in confronto alla natura dell'uomo l'intelletto è qualcosa di divino anche la vita conforme ad esso sarà divina in confronto alla vita umana*: ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, in *Opere*, vol. II, trad. it. di A. Plebe, Roma-Bari, 1973, p. 19 ss.

²⁹ Cfr. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. filos.*, 3, Milano, 2006, p. 2863 ss.; A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Palermo, 2007, p. 101 ss.



diversità e/o della sacralità dell'uomo³⁰, mediante la specifica esperienza di ogni persona umana, nella consapevolezza che la dignità è predicata dalla esistenza dell'uomo in sé e per sé, ma secondo una condizione di concreta libertà della persona umana³¹ e della condizione di sovranità nella determinazione della propria esistenza³², in quanto artefice del riconoscimento sociale³³.

L'invocazione dell'astratto valore della dignità dell'uomo, l'esigenza di sovranità della persona umana e del concreto esercizio di libertà e, in tal guisa, di autodeterminazione, esprimono ben inteso non già valori contrastanti, quanto l'esigenza di articolare il valore della dignità in predicati non riducibili ad unità.

L'uso ermeneutico della dignità sembra infatti distinguere nozioni diverse, le quali, secondo una terminologia priva di pretese, ammettono: a) la **dignità dell'essere umano**, quale valore, assoluto e non negoziabile, della umanità, destinato a rappresentare un limite allo stesso agire umano; e b), la **dignità della persona umana**, la quale, diversamente, suppone la concreta determinazione del predicato astratto: e, per tale via, conquista, secondo i canoni di sovranità e autodeterminazione, lo sviluppo della propria e individuale personalità³⁴, secondo prospettive che sembrano espressione di indirizzi non già irrimediabili, ma di profili evolutivi di un medesimo valore: la dignità dell'uomo si fa dignità della persona, mediante il concreto esercizio della sovranità della quale gode³⁵.

In tal guisa, l'inderogabile connessione funzionale con la dignità della persona umana rende l'adozione dell'atto di autodeterminazione – ed tra questi delle disposizioni di trattamento anticipato – refrattario a sopportare qualunque ingerenza causativa da parte dei terzi, i cui poteri, pur connessi alla realizzazione di profili esistenziali della persona, sembrano inetti a realizzarne la personalità; e, si propongono piuttosto, quali strumenti idonei, a costituire, per quanto possibile, condizioni idonee ad agevolare l'attuazione della dignità della persona.

In tale prospettiva, non sembra avventato, dunque, ritenere che l'atto di autodeterminazione costituisca inevitabilmente strumento di predicazione della *dignità della persona*³⁶,

³⁰ «[...] bisogna farsi immortali di tutto per vivere secondo la parte più elevata di quelle che sono in noi; seppur infatti essa piccola per estensione, tuttavia eccelle di molto su tutte le altre per potere per favore. E se essa e la parte durante il migliore sembrerebbe che ciascuno di noi consista proprio in essa; sarebbe quindi assurdo se l'uomo scegliesse non la vita a lui propria bensì quella propria dell'altro»: ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., pp. 237 e 259 ss.

³¹ La peculiare dignità dell'uomo consiste nell'essere libero e nell'esistere per sé stesso, cioè nell'esistere in sé e per sé: v. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Teologica*, trad. it. a cura dei Domenicani italiani, I, qu. 29, p. 3, «l'uomo artefice dei progressi della sua vita nel bene e nel male».

³² G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, trad. it. di F. Sante Pignagnoli, Bologna, 1970: «non ti ho fatto celeste né terreno né mortale, perché di te stesso, quasi libero e sovrano artefice ti plasmi e ti scolpisci nelle forma perché tu avessi prescelto».

³³ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. it. di S. Magnolo, Bari, 2002, *passim*.

³⁴ «La dignità cioè coniuga l'universalità del riconoscimento del rispetto dovuto a tutti la particolarità dell'essere umano»: così I. TRUJILLO, *I paradossi della dignità umana*, in L. Avitabile (a cura di), *Filosofia e diritto in Alessandro Argiroffi*, Torino, 2017, p. 39 ss.

³⁵ «Faber est suae quisque fortunae»: GAIO SALLUSTIO CRISPO, *Epistulae ad Caesarem senem de re publica*, *De rep.*, 1, 1, 2.

³⁶ Riguardo al consenso informato, v. l'ammonimento di S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 250, secondo il quale il consenso informato rappresenta il punto più intenso ed estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica.



la quale costituisce lo stesso fondamento del potere di sviluppare, pienamente e liberamente, la propria personalità. Eguali conclusioni non sembrano conseguibili per gli atti di esercizio dei poteri connessi agli uffici di diritto civile, i quali non integrano la dignità della persona umana ma sono, forse, da questa funzionalmente limitati.

La dignità è soggiogata alla volontà della persona, la quale costituisce, in tal caso, – non già la fonte di un vincolo giuridico, se non per i terzi³⁷, ma – esplicazione di libertà e autodeterminazione; ed in quanto tale necessariamente conseguente – secondo due criteri vitali, nel contesto considerato, della volontà – ad una effettiva *consapevolezza* della scelta, dotata di *attualità*.

L'elaborazione di una volontà consapevole implica, infatti, ineluttabilmente, per quanto qui di stretto interesse, non soltanto, come pure si potrebbe affermare, la conoscenza, in via astratta, dell'entità oggetto di disposizione; quanto nella specie la percezione e la elaborazione della sofferenza, senza la quale qualunque forma di autodeterminazione si tradurrebbe in un'incongrua interpretazione dell'essenza della propria vita e, dunque, di una autodeterminazione non dotata di adeguata consapevolezza³⁸. Il dolore costituisce un'afflizione del corpo; e, pur tuttavia, per ciò stesso, esso assolve il ruolo di criterio ermeneutico dell'esistenza³⁹, il quale si converte in una sofferenza dell'anima⁴⁰, secondo prospettive che involgono persino la insorgenza del piacere⁴¹ e fors'anche di felicità⁴²; ma, decisamente, l'esplicazione della persona⁴³, rappresentando un impulso destinato a suscitare i dubbi e la ricerca delle stesse ragioni della vita⁴⁴ e un componente fondamentale dello sviluppo della personalità⁴⁵.

In tal guisa, la prospettiva assiologica se per un verso sembra decretare l'autenticità degli atti predicativi della dignità della persona umana; per ciò stesso sembra imporre una

³⁷ Anche il *mero* consenso informato, reso dall'interessato, non sembra possa essere qualificato alla stregua di fattispecie costitutiva di un vincolo giuridico, quanto di atto di autodeterminazione, il quale ha, nei confronti dei terzi, un effetto meramente autorizzativo, destinato – nel caso di situazioni giuridicamente disponibili – ad esonerare da responsabilità l'intervento.

³⁸ F. D'ONOFRIO, *Il dolore: un compagno scomodo*, Cinisello Balsamo, 1992, *passim*.

³⁹ Una ricostruzione del concetto, elaborato in tal senso dallo stoicismo, è rinvenibile in E. LAMANNA, *Lecture filosofiche. Seneca*, Firenze, 1960, *passim*.

⁴⁰ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Teologica*, cit., I-II, q. 35, a.1: «il corpo non può soffrire senza che soffra l'anima».

⁴¹ «Le lunghe malattie poi arrecano alla carne più piacere che dolore»: Epicuro, *Massime capitali*, trad. it. di L. Gianicola, Roma, 2007, p. 116.

⁴² Sembrano risuonare le parole affidate a Starets Zosima, da F. M. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, Torino, 2014, p. 109: «conoscerai un grande dolore e nel dolore sarai felice. Eccoti il mio insegnamento: nel dolore cerca la felicità».

⁴³ «Per gioia intenderò la passione per la quale la mente passa ad una perfezione maggiore. Per tristezza invece quella per la quale essa passa ad una perfezione minore [...] l'affetto della tristezza lo chiamo dolore o melanconia», B. SPINOZA, *Etica*, Roma, 2008, p. 141.

⁴⁴ «La cognizione della morte, insieme con la vista del dolore e della miseria della vita, [...] ha senza dubbio dato l'impulso più forte alla riflessione filosofica e alle spiegazioni metafisiche del mondo. Se la nostra vita fosse senza fine e senza dolore, a nessuno forse verrebbe in mente di domandarsi perché il mondo esista e perché sia fatto proprio così, ma tutto ciò sarebbe ovvio», A. SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, trad. it. a cura di A. Vigliani, Milano, 1992, *Supplementi al primo libro*, pp. 938-939.

⁴⁵ «Il divenire e il crescere, tutto ciò che garantisce il futuro, postula il dolore», F. NIETZSCHE, *Il crepuscolo degli idoli, ovvero come si filosofa con il martello*, trad. di F. Masini, Milano, 2017, p. 123.



netta distinzione tra questi e gli atti – ed i relativi poteri – adottati, in tali contesti, da terzi, per i quali spesso si invoca – non senza retorica – medesimo fondamento giustificativo. Sebbene, infatti, definisca il fondamento assiologico degli atti, la dignità assolve, in tal caso, il diverso predicato ermeneutico, il quale sollecita uno sforzo avente ad oggetto una più attenta spiegazione dei profili strutturali e funzionali degli atti esistenziali adottati dai terzi.

Senza nessuna ambizione di propugnare soluzioni conclusive, non sembra avventato, rinvenire un primo segnale di tale esigenza dall'uso di termini diversi, impiegati dal legislatore del 2017, al fine di indicare l'atto avente ad oggetto le disposizioni anticipate di trattamento rispetto alla dichiarazione resa dai titolari degli uffici di diritto civile. Non sembra, forse, eccessivo, in tale direzione, secondo una distinzione che campeggia ripetutamente nelle disposizioni normative [cfr. art. 1, comma 7, art. 3, art. 4 l. 219/2017], rilevare la qualificazione delle disposizioni anticipate di trattamento alla stregua di *volontà del disponente*, rispetto alla qualificazione degli atti posti in essere dai preposti alla tutela dell'incapace, in senso ampio, alla stregua di *mero consenso informato* – quale autonoma dichiarazione, idonea a sussistere indipendentemente dalla volontà dell'interessato –, secondo una articolazione la quale [di là dal – più o meno accentuato – grado di persuasività della nomenclatura] potrebbe avere l'ambizione di denunciare un diverso profilo funzionale dei relativi atti. L'atto di volontà del disponente costituisce l'esplicazione personalissima ed esclusiva della propria dignità, sì da assumere in sé un valore autonomo e nei confronti dei terzi una funzione prescrittiva delle condotte vincolate; mentre il consenso informato prestato dai terzi sembra destinato ad assumere un ruolo di mera autorizzazione al trattamento sanitario, al fine anche – se non prevalentemente – di escludere forme di responsabilità dei sanitari.

6. La qualificazione delle DAT alla stregua di manifestazioni di una volontà elaborata in attuazione della dignità della persona suggerisce un'interpretazione, sia pure interlocutoria, del ruolo assolto dalle informazioni, assunte dal disponente e, conseguentemente, del contenuto dell'atto dispositivo, tra i quali sussiste, come è agevole intendere, una stretta interrelazione.

La portata strutturale e funzionale delle DAT non sembra ammettere un contenuto generico, superficiale; e, persino, tale da precludere una definizione di scelte consapevolmente connesse ad una volontà⁴⁶.

Le disposizioni sembrano al contrario invocare l'esigenza di una regolamentazione idonea a definire un percorso dotato di sufficiente puntualità, il quale richiede la connessa e, probabilmente, puntuale – sia pure in astratto e nell'incertezza del futuro – esposizione degli elementi che ne hanno consentito una adeguata elaborazione, sì da rappresentare, in effetto, una modalità attuativa della dignità della persona e non, già, una generica formazione e manifestazione di una volontà capricciosa.

In tale prospettiva, le disposizioni anticipate di trattamento lasciano apprezzare il ruolo delle informazioni ricevute⁴⁷, le quali esprimono, forse, una componente fonamen-

⁴⁶ In senso critico, rispetto ad un preteso eccessivo formalismo delle DAT si vedano, con vari argomenti, P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 1 p. 22 ss.; M. DI MASI, *Prima lettura della legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"*, in www.diritticomparati.it, 8 gennaio 2018.



tale del contenuto dell'atto e, per tale via, dovrebbero essere esposte, con adeguata puntualità, sia in ordine alla fonte sia riguardo al contenuto.

La conclusione sembra il naturale svolgimento dell'evoluzione del sistema verso una elaborazione delle autodeterminazioni maturate nell'ambito di un rapporto di alleanza tra medico e paziente [come si suole affermare non senza enfasi retorica], il quale sempre più conquista una posizione di protagonismo, proprio in tema di scelte di fine vita, come sembra segnalare la previsione della pianificazione condivisa delle cure, di cui all'art. 5, della l. 219/2017.

La necessità di un contenuto non meramente indicativo sembra doversi ancor più affermare là dove si consideri che la natura della fonte e la adeguatezza delle informazioni assumono un ruolo decisivo allo scopo di accertare l'effettività della volontà del disponente [e dunque forse la validità dell'atto dispositivo], la quale in assenza non potrebbe essere certamente vagliata alla stregua di un atto dotato di consapevolezza ed attualità e, dunque, meritevole di tutela, secondo quanto imposto, probabilmente, dal sistema promosso anche dalla novella⁴⁸.

In tal guisa, di là dalla formulazione lacunosa adottata dal legislatore, la disposizione secondo la quale le DAT sono adottate *dopo avere acquisito adeguate informazioni* impongono, forse, la indicazione, nel contenuto dell'atto delle fonti e delle modalità, mediante le quali sono state acquisite – senza per vero aggravare il disponente di una fonte qualificata o di modalità particolari e secondo un percorso che può essere liberamente selezionato dal disponente dell'esercizio della autonomia riconosciuta dal sistema, secondo indicazioni la cui carenza potrebbe inficiare, oltremodo, l'adempimento del [ben inteso, diverso, ma, connesso] compito affidato al fiduciario e al medico – oltre che al giudice tutelare – di valutare la congruenza e l'attualità delle determinazioni adottate dal disponente, quanto meno nel significato che tale procedimento sembra assumere.

7. In tale ultima prospettiva, il profilo assiologico sopra sintetizzato è d'ausilio, probabilmente, al fine di connotare autonomamente la portata degli atti rimessi alla competenza dei terzi⁴⁹, i quali sono indirizzati a prestare il consenso e ad eseguire il trattamento sanitario, nell'espletamento di una funzione di non agevole qualificazione giuridica⁵⁰.

Il legislatore sembra in tale ambito vincolare l'attività di attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento da parte del fiduciario e del medico, al rispetto volontà del dispo-

⁴⁷ Sul tema cfr. C. CASONATO, S. PENASA, M. RODOLFI, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, *passim*; P.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'art. 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in AA.VV., *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, 2018, 1, p. 55 ss.

⁴⁸ In tal senso non sembra potersi accogliere la prospettiva secondo la quale la mancata previsione di puntuali indicazioni normative si traduca in una opzione in ordine alla irrilevanza o indifferenza della fonte di conoscenza della fonte, cfr. G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 8-9, p. 803 ss., e spec. p. 807, il quale pur considera *recuperabile* il problema in virtù della valutazione di adeguatezza e congruità delle disposizioni

⁴⁹ Cfr. M. BIANCA (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Milano, 2011, p. 25 ss.

⁵⁰ V. M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, in *Nuov. Giur. Civ. comm.*, 2013, 3, p. 10209 ss.



nente. Ma, al contempo, la novella consente *al medico*, in accordo con il fiduciario di disattendere, in tutto o in parte, le DAT, nel caso in cui si dovesse ritenere che la volontà del disponente fosse palesemente incongrua, o non rispondente alla condizione clinica attuale del paziente ovvero superata in virtù di sopravvenienze tecnico-scientifiche, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita del paziente; senza tuttavia apporre espressamente limiti funzionali all'esercizio dei relativi poteri.

Una siffatta lacuna richiede, forse, un'attività ermeneutica deputata a determinare con maggiore puntualità l'attività e il tipo di vicende rimesse ai terzi [o meglio i contenuti delle situazioni soggettive riferite al fiduciario ed al medico, in sede di esecuzione della volontà del disponente], le quali sembrano consistere, in via esclusiva, nella attuazione della volontà del disponente oppure nella inosservanza delle DAT, secondo ipotesi che concludono le possibili prerogative ad essi attribuite e traducono il grado di vincolatività delle disposizioni anticipate di trattamento.

Ed infatti, non sembra avventato ritenere che, in virtù della natura e della portata assunta, le disposizioni anticipate di trattamento siano compatibili esclusivamente con un'attività *meramente* esecutiva ovvero, in alternativa, con un'attività omissiva, connotata dalla mancata attuazione delle DAT⁵¹; ma non consentano un'attività diretta a sostituire, integrare e/o modificare la regolamentazione prevista dal disponente, mediante la determinazione altrui – più o meno libera – delle sorti del paziente, secondo una ipotetica – e forse malintesa – funzione di attualizzazione della volontà del disponente, rimessa al fiduciario ed al medico, la quale si porrebbe in contrasto anche con i criteri di consapevolezza ed attualità della decisione.

L'esecuzione della volontà del disponente impone, ben inteso, una rigorosa interpretazione, concorde del medico e del fiduciario, probabilmente indirizzata, secondo una attenta valorizzazione delle espressioni impiegate, alla individuazione della *ratio* delle disposizioni anticipate, in armonia con il valore della dignità della persona, la quale è refrattaria a legittimare ipotesi di integrazione e/o modificazione del regolamento. In senso contrario, non potrebbe militare il compito affidato al fiduciario, secondo le espressioni impiegate dal legislatore, di “fare le veci” e “rappresentare”⁵² il disponente *nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie*, il quale non si traduce nel potere di manifestare la volontà in luogo del disponente, secondo una opzione inammissibile: il dolore, come la felicità e il piacere, costituiscono sentimenti, strumento di interpretazione della vita, dotati di una intimità insurrogabile e non delegabile. Il fiduciario è piuttosto chiamato fare quanto richiesto dalla concreta attuazione delle DAT; ma soprattutto ad esprimere, nel rapporto con il medico, il *consenso*, val quanto dire l'autorizzazione alla esecuzione ovvero alla mancata attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento. La concreta attuazione delle DAT è, infatti, rimessa, come ovvio, alla attività esecutiva del medico e della struttura sanitaria, il quale è legittimato a procedere alla materiale esecuzione della prestazione sanitaria ovvero ad astenersi dalla prestazione medica nei casi sopra rammentati, secondo alternative autorizzate mediante il consenso informato del fiduciario, il quale, in tale senso [e soltanto in tal senso] “sostituisce” e “fa le veci” del paziente.

⁵¹ In ordine al tema della configurabilità di un diritto del medico all'obiezione di coscienza, si veda G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. dir.*, 2018, 8-9, p. 810 ss.

⁵² M. PICCINNI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, cit., p. 1118 ss.



Il compito affidato ai sanitari ed al titolare dell'ufficio di diritto civile⁵³ sembra, dunque, deputato non già a manifestare e/o attualizzare la volontà del disponente, quanto, piuttosto, a “controllare” e “verificare” la preservazione di attualità, oltre che di insussistenza di palese inadeguatezza della DAT; ma, secondo un giudizio il cui esito negativo sembra deputato a produrre *soltanto* la caducazione [o meglio l'inefficacia e la non vincolatività, in tutto o in parte] delle disposizioni, senza lasciare spazio ad altre possibili vicende del regolamento contrattuale possibili integrazioni e/o sostituzioni.

Il venir meno della vincolatività delle DAT induce ad una valutazione rigorosa delle attività rimesse a tali uffici, i quali, di là dalle motivazioni conseguibili dalla retorica [e, potenzialmente, pericolosa] del *best interest* del paziente, sono piuttosto compromessi ad un unitario profilo assiologico-funzionale.

Non sembra avventato, infatti, ravvisare, nell'ambito delle disposizioni dettate dalla l. n. 219/2017, statuti normativi dell'attività del medico – connotata da autonomia professionale, competenza e responsabilità e secondo una ispirazione indirizzata al rispetto delle norme di deontologia e di *best practice* [art. 1, comma 2 e 6, l. n. 219/2017] – e del fiduciario, i quali, sono comunque compromessi, pur nella diversità, alla tutela della salute psicofisica⁵⁴ e della vita del paziente, in funzione della preservazione e con il limite della dignità della persona, secondo canoni dettati espressamente riguardo alla manifestazione del consenso in luogo del paziente minore o incapace, ma idonei ad assumere probabilmente il ruolo di catalogo generale, applicabile anche alla fattispecie di manifestazione del consenso in luogo della persona incapace naturalmente e, per tale via, anche del disponente, in caso di sopravvenuta incapacità.

In tale prospettiva, la vincolatività delle DAT costituisce una regola, la quale rappresenta con maggiore intensità i principi posti a base della materia e può essere disattesa in via per così dire eccezionale e con esclusione di ipotesi fondate sui convincimenti soggettivi dei protagonisti e decisamente del medico, là dove l'incongruenza, l'inadeguatezza o la vetustà delle disposizioni si traducano in un indebito pregiudizio o precludano il conseguimento della preservazione della salute ovvero la vita della persona, senza rinvenire una adeguata giustificazione o una proporzionalità tra la situazione vissuta e le conseguenze sopportate.

In tal guisa, gli istituti a tutela della cura dei profili esistenziali della persona sembrano costituire strumenti indirizzati a preservare la efficienza, effettività e la attualità delle disposizioni, la cui vincolatività presuppone il mantenimento e la verifica della sussistenza dei requisiti di validità, da parte del fiduciario e del medico, orientati e limitati dalla dignità della persona, senza possibilità, tuttavia, di lasciare spazi ad interventi che possano interferire con la libera formazione della volontà del disponente, secondo indicazioni che sembrano

⁵³ V. sul punto G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, cit., p. 803 ss.

⁵⁴ Il concetto di salute psicofisica richiamato non può che appellarsi alle riflessioni di quanti, censurata la tradizionale costruzione del concetto di “integrità” fisica o psico-fisica, vale a dire di mera intesa come corrispondenza dell'organismo, dei suoi organi e della sua psiche a parametri biologici indicativi di un corretto funzionamento, si acceda ad una concezione alla stregua di benessere e armonia complessiva della persona (cfr. G. BERLINGUER, *Etica della salute*, Milano, 1997, p. 19 ss.), secondo una nozione che accede alla funzione di «ideale non completamente raggiungibile [...] uno scopo, un obiettivo verso cui ci muoviamo, singolarmente con le nostre azioni e tramite le scelte collettive»: V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Tratt. Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il Governo del corpo*, I, (a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti), Milano, 2011, p. 579 ss.



indispensabili al fine di prevenire qualunque pericolo che il titolare della decisione giudichi ciò che sia buono o cattivo, e provveda al proprio utile secondo la sua indole, e si vendichi e si sforzi *di conservare ciò che ama e di distruggere ciò che odia*⁵⁵.

⁵⁵ Parafrasando B. SPINOZA, *Etica e Trattato teologico-politico*, a cura di R. Cantoni e F. Fergani, Torino, 2013, *Proposizione XXXVI, Scolio III*.