

# Questioni in tema di Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT) e attività notarile

## 1. Introduzione

La nuova normativa sulle Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT) introdotta con la Legge 219/2017 prevede che le stesse debbano essere perfezionate nel rispetto di determinate forme, tra le quali rientrano l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata.

La nuova competenza assegnata dal legislatore al notaio pone allora la necessità di coordinare la nuova Legge con le regole che disciplinano l'attività notarile e, in particolare, con quelle contenute nella Legge Notarile (Legge 89/1913).

Scopo del presente contributo è quello di tentare un tale coordinamento proponendo possibili criteri interpretativi della nuova Legge e suggerendo possibili soluzioni pratiche.

## 2. Capacità

L'art. 4 comma 1 Legge 219/2017 prevede espressamente che il disponente debba essere persona maggiorenne e capace di intendere e volere.

Occorre pertanto certamente escludere che i minorenni o le persone interdette possano perfezionare le DAT.

Al riguardo si può richiamare anche l'art. 3 commi 2 e 3 Legge 219/2017, ai sensi del quale minori e interdetti non hanno la capacità di esprimere un valido consenso informato.

La soluzione sembra, invece, più incerta con riferimento alle persone inabilitate.

L'incertezza deriva anche dal fatto che la Legge 219/2017 pare, in tale ambito, contraddittoria.

L'art. 3 comma 4 Legge 219/2017 prevede, infatti, che il consenso informato alle cure della persona inabilitata è espresso dal medesimo inabilitato, senza, così sembra, necessità di assistenza alcuna da parte del curatore.

L'art. 3 comma 5 Legge 219/2017 contempla, al contrario, la possibilità che il rifiuto alle cure provenga non dall'inabilitato, ma dal suo rappresentante legale.

L'imprecisione terminologica è assoluta, se solo si considera che il curatore non è il rappresentante legale dell'inabilitato, ma, semmai affianca ed assiste l'inabilitato nel compimento degli atti più rilevanti.

Nonostante la rilevata contraddittorietà e imprecisione delle norme, sembra, comunque, doversi ritenere che, prevedendo espressamente la Legge che l'inabilitato possa da solo validamente esprimere un consenso informato, sia per lui possibile anche perfezionare le DAT, senza assistenza del curatore.

L'art. 3 comma 4 Legge 219/2017 prevede, poi, che, nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno il cui decreto di nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato sia espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e volere.

Si può poi ricordare che, ai sensi dell'art. 409 codice civile, il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.

Sembra allora possibile ritenere che il beneficiario possa validamente perfezionare da solo le DAT solo nel caso in cui il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno non gli sottragga la competenza esclusiva ad assumere decisioni in ambito sanitario.

Per quanto verrà specificato al capitolo successivo in relazione alla natura personalissima delle DAT, non sembra, invece, possibile che il beneficiario perfezioni le DAT congiuntamente all'amministratore di sostegno a cui il giudice tutelare abbia attribuito l'assistenza necessaria in ambito sanitario, né, tantomeno, che le DAT possano essere perfezionate dal solo amministratore di sostegno a cui sia stata dal giudice tutelare attribuita la rappresentanza esclusiva in tale ambito.

Occorre poi escludere, anche ai sensi dell'art. 428 codice civile, che possano ritenersi valide le DAT perfezionate da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere e volere al momento in cui l'atto è stato compiuto.

Ci si potrebbe, infine, domandare se le DAT perfezionate da persona minorenni o incapace siano da considerarsi radicalmente nulle, quindi assolutamente inefficaci, oppure se siano solo annullabili secondo le regole generali di cui agli artt. 322, 377, 412 e 428 codice civile, quindi pienamente efficaci fino alla eventuale pronuncia di annullamento.

Sembra preferibile ritenere che, dalla espressa richiesta contenuta nella nuova Legge che il disponente sia maggiorenne e capace di intendere e volere, richiesta che non sarebbe necessaria se si fossero ritenute applicabili le norme generali che disciplinano gli atti conclusi dagli incapaci, derivi la necessità di dover considerare affette da nullità assoluta ed insanabile le DAT concluse dal minorenni o dall'incapace di intendere e volere.

### **3. Rappresentanza volontaria**

Sembra doversi ritenere che le disposizioni anticipate di trattamento rientrino tra i cosiddetti atti personalissimi e che, pertanto, la volontà debba necessariamente essere manifestata direttamente dal disponente, senza possibilità di avvalersi di rappresentanti.

Tale conclusione pare derivare dallo stesso tenore letterale delle nuove norme.

L'art. 4 comma 1 Legge 219/2017 prevede, infatti, che sia la persona interessata, maggiorenne e capace di intendere e di volere, ad esprimere le proprie volontà.

L'art. 4 comma 6 Legge 219/2017 dispone, inoltre, che le DAT redatte per scrittura privata debbano essere consegnate presso l'ufficio dello stato civile del Comune di residenza dal disponente personalmente, quindi senza il tramite di eventuali rappresentanti o delegati.

### **4. Eventuale futura incapacità di autodeterminarsi**

Ai sensi dell'art. 4 comma 1 Legge 219/2017 le DAT sono destinate ad avere concreta attuazione nel solo caso di futura incapacità di autodeterminarsi del disponente.

Sembra, più precisamente, doversi ritenere che le DAT siano rilevanti ogni qualvolta il disponente non sia più in grado di esprimere un valido consenso o rifiuto informato ad accertamenti diagnostici o trattamenti sanitari.

In considerazione di quanto precedentemente esposto, le DAT dovranno allora essere attuate nel caso di successiva interdizione del disponente, posto che, ai sensi del già richiamato art. 3 comma 3 Legge 219/2017, l'interdetto non è considerato capace di prestare un valido consenso informato.

Non sembra, invece, che le DAT possano essere utilizzate nel caso di successiva inabilitazione del disponente, posto che, ai sensi del già richiamato art. 3 comma 4 Legge 219/2017, l'inabilitato è considerato soggetto capace di validamente esprimere un consenso informato aggiornato ed attuale.

Con riferimento al beneficiario di amministrazione di sostegno sembra doversi ritenere, sempre in considerazione dell'art. 3 comma 4 Legge 219/2017, che le DAT debbano essere eseguite solamente nel caso in cui nel decreto di nomina sia prevista la rappresentanza esclusiva dell'amministratore in ambito sanitario. Negli altri casi il beneficiario è, infatti, considerato capace di esprimere un valido consenso informato, da solo o, se così previsto nel decreto di nomina, con l'assistenza dell'amministratore di sostegno.

Le DAT troveranno poi applicazione nei casi in cui, pur non essendo ancora stato formalizzato lo stato di incapacità giuridica con la interdizione o la nomina di un amministratore di sostegno, il disponente si trovi in una situazione di incapacità ad autodeterminarsi che concretamente gli impedisca di esprimere un consenso informato tale da poter essere considerato valido ai sensi della nuova Legge.

Al riguardo è utile richiamare l'art. 1 comma 4 Legge 219/2017, ai sensi del quale il consenso informato è acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare.

Sembrano poi opportune alcune considerazioni ulteriori in relazione al sopravvenuto stato di incapacità di autodeterminarsi.

La Legge non opera alcuna distinzione in relazione alla presumibile temporaneità o alla presumibile irreversibilità dello stato di incapacità.

La distinzione pare tuttavia rilevante posto che nel primo caso la prospettiva è quella di poter riacquisire la capacità di autodeterminarsi e, pertanto, di poter tornare ad esprimere un valido consenso o rifiuto informato.

La Legge non opera alcuna distinzione neanche in relazione alla causa che ha determinato lo stato di incapacità.

Si potrebbe tuttavia distinguere tra i casi in cui l'incapacità deriva, secondo la terminologia utilizzata dall'art. 5 Legge 219/2017, da una patologia cronica e invalidante caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, dai casi in cui l'incapacità deriva da patologia per la quale non sono prevedibili esiti terminali.

Sembra allora opportuno che il notaio chieda al disponente di valutare anche questi aspetti chiarendo nell'atto se le DAT dovranno trovare applicazione in ogni ipotesi di sopravvenuta incapacità, oppure solo in determinati casi o a determinate condizioni.

Il disponente, ad esempio, potrebbe prevedere che le DAT debbano essere attuate solo nel caso in cui la situazione di incapacità si protragga oltre a un determinato periodo di tempo.

## **5. Adeguate informazioni mediche**

L'art. 4 comma 1 Legge 219/2017 prevede che sia possibile perfezionare le DAT solo dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte.

La preventiva acquisizione di adeguate informazioni mediche costituisce, allora, elemento essenziale della fattispecie ed il notaio chiamato a ricevere o autenticare delle DAT dovrà accertarsi che il disponente abbia preventivamente acquisito tali informazioni, pur senza dovere valutare nel merito le informazioni stesse.

La Legge non impone al notaio specifiche modalità per compiere tale accertamento, né impone particolari menzioni o formalità mediante le quali documentare la avvenuta acquisizione delle informazioni mediche da parte del disponente.

Sarà pertanto il singolo notaio a dover valutare, in considerazione del caso concreto e del concreto contenuto delle DAT che viene chiamato a ricevere o autenticare, quali siano le migliori modalità operative.

A fini esclusivamente esemplificativi il notaio allora può valutare di: allegare all'atto una dichiarazione scritta del medico che ha fornito le informazioni e da cui risulti quali informazioni sono state fornite al disponente; fare intervenire direttamente all'atto il medico che ha fornito le informazioni al disponente; richiedere al disponente di dichiarare in atto il nominativo del medico che gli ha fornito le informazioni e le modalità con cui le stesse sono state da lui acquisite; interloquire prima della redazione dell'atto con il medico che ha fornito le informazioni per accertarsi delle modalità con cui sono state acquisite dal disponente.

Al riguardo pare utile, infine, una considerazione conclusiva di carattere pratico.

L'attuazione delle DAT si avrà in un momento in cui il disponente non sarà più in grado di autodeterminarsi e, pertanto, non sarà più in grado di indicare le modalità mediante le quali le preventive informazioni mediche erano state da lui acquisite, né potrà integrare ex post una attività informativa preventiva che venga giudicata carente. Sembra allora opportuno, anche per evitare possibili controversie, che l'atto contenente le DAT sia, sotto questo profilo, il più possibile completo ed autosufficiente e quindi idoneo a documentare una effettiva ed esaustiva informazione medica preventiva.

## **6. Contenuto tipico delle DAT**

Ai sensi della Legge 219/2017, mediante le DAT una persona può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche, e a singoli trattamenti sanitari.

Sembra al riguardo opportuno che il notaio inviti il disponente a precisare con esattezza i termini e i confini del suo consenso o rifiuto.

Il disponente avrà, infatti, la possibilità non solo di accettare o rifiutare in termini assoluti un certo accertamento diagnostico o un certo trattamento sanitario, ma potrà anche indicare le condizioni alle quali o i limiti entro i quali è disposto a sottoporsi all'accertamento o al trattamento. Il disponente potrebbe, ad esempio, acconsentire a che un certo trattamento sanitario sia attuato solo per un tempo massimo prevedendo che, decorso tale tempo massimo, il trattamento venga poi interrotto.

## **7. Richiesta di trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali**

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 1 comma 6 Legge 219/2017 e dell'art. 4 comma 5 della medesima Legge, il disponente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Occorre allora domandarsi se gravi sul notaio il compito e la responsabilità di accertarsi che le DAT da lui ricevute o autenticate non contengano un tale tipo di richieste.

La risposta a tale domanda non sembra poter prescindere da due considerazioni.

La prima è relativa alla difficoltà per il notaio di conoscere le norme di legge, di deontologia professionale o le buone pratiche clinico-assistenziali relative ai vari trattamenti sanitari, posto che si tratta di norme che disciplinano ambiti estranei alla competenza professionale propria del notaio.

Con particolare riferimento alle buone pratiche clinico-assistenziali, occorre, poi, rilevare che le stesse costituiscono un insieme di regole spesso vaghe ed incerte anche per gli stessi medici che devono attuarle.

Tanto è vero che sia l'art. 5 comma 1 Legge 24/2017 che l'art. 590 sexies codice penale sanciscono la loro rilevanza solo in assenza delle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate da enti ed istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della salute.

Le buone pratiche clinico-assistenziali sono, inoltre, non facilmente reperibili.

L'art. 5 comma 3 della medesima Legge 24/2017 prevede, infatti, un obbligo di raccolta e di pubblicità solo per le linee guida e non anche per le buone pratiche clinico-assistenziali.

La seconda considerazione riguarda invece il profilo temporale di applicazione delle DAT.

Sembra doversi ritenere, infatti, che la eventualità contrarietà dei trattamenti sanitari richiesti alle norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali debba essere valutata con esclusivo riferimento al momento in cui le DAT dovranno avere esecuzione e, pertanto, solo nel momento in cui sopravvengano l'eventuale stato di incapacità del disponente e la concreta esigenza di cura. Non potrà allora che competere al solo medico il compito di valutare l'eventuale contrarietà del trattamento richiesto nelle DAT alle norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali vigenti in quel momento.

Da tutto quanto sopra indicato sembra allora doversi ritenere che il notaio, che abbia ricevuto o autenticato un atto contenente la richiesta di trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali vigenti al momento della redazione delle DAT, non possa essere sanzionato per violazione dell'art. 28 Legge Notarile.

A conferma di tale soluzione può essere invocato anche il tenore letterale della Legge 219/2017 che non sanziona con la nullità le DAT contenute richieste di trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, ma dispone, quale unica conseguenza, che a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali.

In relazione alla applicazione dell'art. 28 Legge Notarile pare, tuttavia, necessaria una ulteriore precisazione.

Solamente nei casi in cui le DAT contrastino con le norme di legge che disciplinano specificamente i singoli trattamenti sanitari richiesti, il notaio sarà esente da responsabilità.

Nei casi in cui, invece, le DAT violino norme di legge diverse da quelle che disciplinano i singoli trattamenti sanitari richiesti, sembra che debbano valere le regole generali.

Si può allora ritenere, a titolo di esempio, che sarà sanzionabile per violazione dell'art. 28 Legge Notarile il notaio che riceva o autentichi le DAT di un minorenne o di un interdetto, acconsenta all'inserimento nelle DAT una clausola di irrevocabilità o di non modificabilità, oppure acconsenta all'inserimento nelle DAT di clausole contrarie alle norme contenute nel capo i del titolo xii del libro secondo del codice penale in materia di delitti contro la vita e l'incolumità individuale.

## **8. Vincolatività per il medico**

L'art. 4 comma 5 Legge 219/2017, sancendo il principio generale per cui il medico è tenuto al rispetto delle DAT, dispone che le stesse possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, solo qualora appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

Tale limite posto dalla Legge alla vincolatività delle DAT per il medico non sembra poter essere superato dal disponente che desideri imporre in ogni caso la esecuzione delle proprie DAT anche se palesemente incongrue o non corrispondenti alla sua futura condizione clinica o in caso di sopravvenute terapie non prevedibili.

Tale limite legale, infatti, è posto anche a tutela della competenza, della autonomia professionale e della responsabilità del medico chiamato ad intervenire e, quindi, di un soggetto terzo ed estraneo rispetto all'atto con cui vengono perfezionate le DAT.

Stante quanto sopra indicato, è allora opportuno che il notaio informi compiutamente il disponente circa i suddetti casi in cui la legge consente al medico di disattendere le DAT.

Sembra, invece, possibile, per il disponente, ampliare l'ambito di autonomia professionale del medico prevedendo nell'atto ulteriori ipotesi, oltre a quelle previste dalla Legge, in cui il medico viene espressamente autorizzato a disattendere le DAT.

Sembrano, poi, opportune alcune ulteriori considerazioni sulla norma in commento.

L'art. 4 comma 5 Legge 219/2017, già sopra indicato, prevede che il medico, nei casi previsti, possa disattendere le DAT solo in accordo con il fiduciario. Prevede poi tale norma, mediante rinvio all'art. 3 comma 5 della medesima Legge, che, in caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, la decisione sia rimessa al giudice tutelare.

La nomina di un fiduciario è, tuttavia, elemento solo eventuale, in quanto, come si dirà nei paragrafi successivi, è certamente possibile perfezionare delle DAT senza nominare alcun fiduciario, così come è possibile che la nomina del fiduciario diventi successivamente inefficace.

Sembra allora doversi ritenere che, in mancanza del fiduciario, il medico possa, sia pure nei soli casi contemplati dalla Legge, disattendere le DAT autonomamente senza necessità di dover ottenere la preventiva autorizzazione del giudice tutelare.

Rimane comunque fermo l'art. 4 comma 4 Legge 219/2017 ai sensi del quale, in caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile. In questo caso sembra doversi ritenere che, analogamente a quanto avviene in presenza del fiduciario, il medico possa disattendere le DAT solo in accordo con l'amministratore e, ove insorga conflitto tra amministratore e medico, la decisione sia rimessa al giudice tutelare.

## **9. Elementi accessori**

La Legge 219/2017 non vieta di apporre alle DAT elementi accessori.

Sembra allora possibile che le DAT siano sottoposte a particolari condizioni di efficacia, quali ad esempio quelle già sopra menzionate relative alle diverse caratteristiche che può assumere la sopravvenuta incapacità del disponente o ai diversi tipi di patologia che possono determinare tale incapacità.

Sembra del pari possibile apporre alle DAT un termine finale di efficacia, in assenza del quale le DAT dovranno comunque ritenersi efficaci senza limiti di tempo.

La liceità della previsione di un termine finale di efficacia trova conferma normativa nell'art. 4 comma 6 Legge 219/2017 che espressamente disciplina le forme con cui è possibile rinnovare le DAT. Il concetto di rinnovo presuppone, infatti, la sopravvenuta inefficacia dell'atto per scadenza del termine finale.

Alla scadenza del termine finale di efficacia il disponente che intenda rinnovare le DAT dovrà manifestare una nuova volontà, previa acquisizione di informazioni mediche aggiornate sulle conseguenze delle proprie scelte. Rinnovando le DAT si riduce altresì il rischio che le stesse possano essere disattese dal medico per la sopravvenienza di terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

Sarà comunque necessario precisare nell'atto che il termine finale di efficacia vale nel solo caso in cui allo scadere dello stesso non sia già sopravvenuto uno stato di incapacità di autodeterminarsi per il disponente. In questo caso, infatti, le DAT dovranno comunque continuare ad essere applicate, non essendo il disponente più in grado di rinnovarle.

## **10. Rinnovo, modifica e revoca**

L'art. 4 comma 6 Legge 219/2017 prevede che le DAT sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento con le medesime forme previste per la loro redazione. La stessa norma prevede poi che nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste per la loro redazione, sia possibile revocarle anche con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

La regola della libera modificabilità e revocabilità delle DAT ha certamente carattere inderogabile.



Analogamente a quanto previsto dall'art. 679 codice civile in materia di testamento, deve pertanto ritenersi nulla e quindi inefficacie ogni clausola volta a rendere le DAT non modificabili o revocabili.

Sembra poi opportuno che il notaio che riceva o autentichi un atto di rinnovazione, modifica o revoca delle DAT ne dia notizia al notaio che ha in precedenza ricevuto o autenticato l'atto contenente le DAT, in modo che quest'ultimo possa a sua volta informare chiunque gli richieda copia delle DAT stesse.

Non sembra invece possibile, per il notaio che ha ricevuto o autenticato le DAT, annotare la avvenuta rinnovazione, modifica o revoca a margine dell'originale, stante la tipicità dei casi in cui è possibile fare annotazioni sugli originali ai sensi dell'art. 59 Legge Notarile.

## **11. Nomina di un fiduciario**

L'art. 4 comma 1 Legge 219/2017 prevede che colui che ha reso le DAT indichi altresì una persona di sua fiducia che ne faccia le veci e che la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.

La Legge prevede testualmente la nomina di una sola persona quale fiduciario.

Non sembra allora possibile per il disponente nominare più persone quali fiduciari con l'incarico di operare contestualmente in via tra loro congiunta, disgiunta o collegiale.

Sembra al contrario possibile che il disponente individui un elenco di più persone chiamate a svolgere l'incarico in ordine successivo di modo che solamente nel caso di revoca, rifiuto, sopravvenuta incapacità o decesso della precedente vi sia subentro nell'incarico della successiva.

L'art. 4 Legge 219/2017 richiede, quali caratteristiche essenziali del fiduciario, l'essere maggiorenne e capace di intendere e di volere. La stessa norma prevede poi il decesso e la sopravvenuta incapacità del fiduciario quali cause di inefficacia della nomina. Deve allora ritenersi, contemplando la norma attribuiti riferibili esclusivamente a una persona fisica, che non sia possibile nominare quale fiduciario una persona giuridica o un ente.

Né sembra al riguardo possibile invocare l'art. 408 comma 4 codice civile, ai sensi del quale può essere nominato amministratore di sostegno anche uno degli enti di cui al titolo II del codice civile.

Pur prevedendo l'art. 4 comma 4 Legge 219/2017 la possibilità di nominare un amministratore di sostegno in assenza di un fiduciario, le due figure restano, infatti, distinte, sia sotto il profilo delle loro funzioni, sia sotto il profilo della procedura di nomina.

Sotto il primo profilo, infatti, all'amministratore di sostegno sono generalmente affidati compiti relativi non solo alla cura della persona, ma anche alla gestione del suo patrimonio.

In secondo luogo, la designazione dell'amministratore di sostegno deve sempre essere sottoposta al vaglio di idoneità da parte del giudice tutelare che, sia pure solo in presenza di gravi motivi, può

anche decidere di nominare soggetto diverso da quello eventualmente designato precedentemente dallo stesso interessato ai sensi dell'art. 408 codice civile.

Il fiduciario previsto dalla Legge 219/2017 opera invece esclusivamente in ambito sanitario e la sua indicazione da parte dell'interessato non è soggetta ad alcun vaglio di idoneità da parte dell'autorità giudiziaria.

L'indicazione da parte del disponente di un fiduciario non costituisce elemento essenziale delle DAT. Lo stesso art. 4 comma 4 Legge 219/2017, infatti, disciplina espressamente il caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario disponendo che le stesse mantengono comunque efficacia in merito alle volontà del disponente, fatta salva, in caso di necessità, la nomina di un amministratore di sostegno.

L'indicazione del fiduciario può essere fatta nello stesso documento che contiene la DAT o con un atto separato. Anche in quest'ultimo caso sembra doversi ritenere che l'atto di nomina debba comunque essere redatto in una delle forme previste dalla Legge per il perfezionamento delle DAT.

## **12. Nomina di un fiduciario in assenza di DAT**

Riconosciuta la piena ammissibilità di DAT che non prevedano l'indicazione di un fiduciario, ci si potrebbe chiedere se, al contrario, sia possibile nominare una persona che, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi del fiduciante, ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con i medici e le strutture sanitarie, pur in assenza di disposizioni anticipate di trattamento.

L'articolo 4 Legge 219/2017 sembra porre la nomina del fiduciario in stretta connessione con le disposizioni anticipate di trattamento, come se il compito del fiduciario fosse esclusivamente quello di curarne l'esecuzione. Se così fosse, in mancanza di disposizioni anticipate di trattamento da attuare, non vi sarebbe alcun possibile ruolo per il fiduciario.

L'articolo 1 comma 3 Legge 219/2017 consente, tuttavia, ad ogni persona di rifiutare di ricevere le informazioni relative alle diagnosi, alle prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, nonché alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o alla rinuncia ai medesimi. La stessa norma prevede poi che sia possibile indicare un'altra persona incaricata a ricevere dette informazioni in luogo di colui che ha rinunciato a riceverle. La stessa norma prevede, infine, che alla persona di fiducia possa altresì essere conferito l'incarico di esprimere il consenso in vece dell'interessato se il paziente lo vuole.

Al riguardo si può anche richiamare l'art. 1 comma 40 Legge 76/2016 ai sensi del quale ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute.

Dalle norme da ultimo citate sembra allora potersi dedurre l'ammissibilità in termini generali della delega al fiduciario della competenza ad acquisire informazioni mediche relative all'interessato e a prestare il consenso informato ad accertamenti diagnostici e trattamenti sanitari.

Se così è, sarà allora possibile, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi dell'interessato, nominare un fiduciario che, pur in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, faccia le veci dell'interessato e lo rappresenti nelle relazioni con i medici e le strutture sanitarie ricevendo le informazioni necessarie e prestando il consenso ad accertamenti diagnostici e trattamenti sanitari.

Pure in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, sembra comunque doversi ritenere che la nomina di un fiduciario per i casi di eventuale futura incapacità di autodeterminarsi debba comunque essere perfezionata nel rispetto dei requisiti formali richiesti dalla Legge per perfezionare validamente le DAT.

Nel caso in cui l'atto contenga unicamente la nomina di un fiduciario pare poi doversi escludere la necessità di acquisire una preventiva informazione medica. L'informativa preventiva, richiesta dall'art. 4 comma 1 Legge 219/2017, sembra, infatti, strumentale e finalizzata al solo perfezionamento di disposizioni anticipate di trattamento.

### **13. Accettazione dell'incarico di fiduciario**

Affinché l'indicazione del fiduciario possa produrre effetti, occorre che sia accettata dalla persona nominata.

L'art. 4 comma 2 Legge 219/2017 prevede espressamente che l'accettazione della nomina da parte del fiduciario possa avvenire mediante sottoscrizione da parte dello stesso dell'atto contenente le DAT, oppure con atto successivo.

Anche al fine di evitare il prodursi di uno stato di incertezza sulla sorte della nomina, sembra opportuno che il notaio inviti il disponente a coinvolgere sin dall'inizio il fiduciario facendolo intervenire all'atto al fine di farlo sottoscrivere per accettazione della nomina.

Nel caso in cui ciò non sia possibile, l'art. 4 comma 2 Legge 219/2017 impone che il successivo di accettazione da parte del fiduciario sia allegato alle DAT.

Le norme di legge che regolano la redazione e la conservazione degli atti notarili non consentono, tuttavia, di allegare ad un atto già perfezionato un documento formato successivamente.

L'articolo 53 Legge Notarile, in particolare, vieta ogni addizione o aggiunta all'atto successivamente alla sottoscrizione da parte del notaio.

La normativa sulle DAT deve, allora, essere coordinata con la Legge Notarile.

Si può allora ritenere che ciò che conta è il formale collegamento tra i due atti, collegamento che, a titolo esemplificativo, può essere attuato

mediante menzione nell'atto di accettazione degli estremi identificativi dell'atto di nomina, oppure mediante allegazione all'atto di accettazione di una copia autentica dell'atto di nomina.

Dalla previsione normativa della allegazione sembra comunque discendere che, per l'atto di accettazione successivo, sia necessaria la forma scritta, mentre non pare essenziale che lo stesso sia redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o nelle altre forme richieste per la redazione delle DAT.

E' in ogni caso opportuno che il notaio che riceva o autentichi l'atto di accettazione da parte del fiduciario ne dia comunicazione al notaio che ha ricevuto o autenticato l'atto di nomina al fine di consentire a quest'ultimo di informare chi richieda una copia dell'atto di nomina.

Non sembra, invece, possibile per il notaio che ha ricevuto l'atto di nomina annotare a margine dello stesso gli estremi dell'atto di accettazione posto che il già richiamato art. 59 Legge Notarile vieta al notaio di fare annotazioni sopra gli atti, salvo i casi specialmente determinati dalla legge.

Sembra poi utile che, qualora al notaio pervenga un'accettazione in forma di scrittura privata non autenticata, si proceda alla redazione di un atto di deposito a cui sia allegata l'accettazione unitamente a copia autentica della nomina.

## **14. Revoca della nomina e rinuncia all'incarico di fiduciario**

L'art. 4 comma 3 Legge 219/2017 prevede espressamente, quale causa di sopravvenuta inefficacia dell'incarico al fiduciario, la revoca da parte del fiduciante.

La Legge prevede che la revoca possa essere perfezionata in qualsiasi momento e senza obbligo di motivazione, purché siano rispettate le modalità previste per la nomina.

La revoca potrà pertanto essere perfezionata per atto pubblico e per scrittura privata autenticata.

Sembra allora opportuno che il notaio che riceva o autentichi un atto di revoca ne dia comunicazione al notaio che ha ricevuto o autenticato l'atto di nomina in modo che quest'ultimo ne possa informare chiunque dovesse chiedere copia dell'atto di nomina.

Contrariamente a quanto sopra indicato in relazione all'atto di accettazione dell'incarico da parte del fiduciario, si ritiene poi doveroso per il notaio che ha ricevuto o autenticato l'atto di nomina provvedere ad annotare a margine l'avvenuta revoca. Si tratta, infatti, di fattispecie assimilabile alla revocazione espressa del mandato che, ai sensi dell'art. 59 Legge Notarile, deve essere annotata a margine dell'atto contenente il mandato.

L'art. 4 comma 3 Legge 219/2017 prevede poi, quale ulteriore causa volontaria di sopravvenuta inefficacia dell'incarico, la rinuncia da parte del fiduciario.

Mentre per la revoca da parte del fiduciante sono richieste le stesse modalità previste per l'atto di nomina, per l'atto di rinuncia da parte del fiduciario la Legge 219/2017 richiede esclusivamente che lo stesso sia perfezionato per atto scritto e che sia comunicato al fiduciante.

Sembra comunque opportuno che il notaio che riceva o autentichi un atto di rinuncia ne dia comunicazione, oltre che al fiduciante, anche al notaio che ha ricevuto o autenticato l'atto di nomina al fine di consentirgli, anche in questo caso, di informare della sopravvenuta inefficacia della nomina chiunque dovesse chiedere copia dell'atto.

Non sembra, invece, possibile annotare a margine dell'atto di nomina l'avvenuta rinuncia da parte del fiduciario, non rientrando la stessa tra i casi previsti dal già richiamato art. 59 Legge Notarile.

## **15. Contenuto atipico delle DAT**

L'atto contenente le DAT potrebbe essere utilizzato anche per rendere dichiarazioni di volontà disciplinate da altre norme e che riguardano aspetti contigui rispetto alle volontà relative ad accertamenti diagnostici e trattamenti sanitari.

Si pensi al riguardo alla possibilità di donare i propri organi e tessuti successivamente alla morte, possibilità disciplinata dalla Legge 91/1999.

La persona che voglia esprimere volontà favorevole oppure contraria al prelievo lo potrà fare, ai sensi dell'art. 4 della Legge, o comunque ai sensi delle disposizioni transitorie contenute all'art. 23 della medesima Legge e del Decreto Ministeriale del 8 aprile 2000, con il medesimo atto contenente le DAT.

Si pensi inoltre alla dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 3 Legge 130/2001, di voler essere cremati o, ancora, alla volontà di donare la salma alla ricerca scientifica nei limiti consentiti dagli articoli da 40 a 43 del Decreto Presidente della Repubblica 285/1990.

L'inserimento di tali dichiarazioni di volontà nell'atto contenente le DAT aumenta le probabilità che a dette volontà sia data esecuzione. Spesso, infatti, le stesse sono inserite in testamenti, con la pressoché inevitabile conseguenza della impossibilità di una loro esecuzione posto che, generalmente, il testamento viene pubblicato, e quindi diventa conoscibile, solo quando è ormai troppo tardi.

## **16. Testimoni**

Ai sensi dell'articolo 48 Legge Notarile il notaio è obbligato a ricevere l'atto alla presenza di due testimoni solo nei casi previsti dalla legge.

Non contemplando l'art. 4 Legge 219/2017 la presenza dei testimoni quale requisito necessario per la redazione delle DAT per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, deve, allora, ritenersi che la loro presenza non sia necessaria.

Il comma 6 di tale norma, prevede, infatti, la necessaria presenza di due testimoni solo con riferimento alla revoca delle DAT nello specifico caso in cui, per ragioni di emergenza e urgenza, la stessa sia perfezionata mediante dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico.

Rimane ovviamente ferma, ai sensi del citato art. 48 Legge Notarile, la necessaria presenza dei testimoni ove il disponente non sappia o non possa leggere e scrivere.

Resta poi ferma la possibilità, prevista dal medesimo art. 48 Legge Notarile, che il disponente o il notaio richieda la presenza dei due testimoni per motivi di opportunità.

## **17. Conservazione**

In relazione alla possibilità per il notaio di rilasciare al disponente l'originale dell'atto contenente le DAT, occorre distinguere tra atto pubblico e scrittura privata autenticata.

L'art. 66 Legge Notarile dispone, come noto, che il notaio non può rilasciare ad alcuno gli originali degli atti pubblici da lui ricevuti, fuori dei casi espressi nell'art. 70 della medesima Legge.

A sua volta l'art. 70 Legge Notarile dispone che, oltre i casi determinati da altre leggi, il notaio può rilasciare in originale alle parti soltanto gli atti pubblici da lui ricevuti che contengono procure alle liti, o procure o consensi od autorizzazioni riguardanti, gli atti necessari alla esecuzione di un solo affare, o delegazioni per l'esercizio del diritto di elettorato.

La Legge 219/2017 non prevede alcuna deroga all'obbligo per il notaio di tenuta a raccolta delle DAT perfezionate per atto pubblico.

Occorre allora ritenere che in nessun caso il notaio possa rilasciare al disponente l'originale dell'atto pubblico contenente le DAT.

In relazione, invece, alle DAT perfezionate in forma di scrittura privata autenticata, occorre fare riferimento l'art. 72 Legge Notarile ai sensi del quale, come noto, le scritture private, autenticate dal notaio, verranno, salvo contrario desiderio delle parti e salvo per quelle soggette a pubblicità immobiliare o commerciale, restituite alle medesime.

Anche sotto questo profilo la Legge 219/2017 non contiene alcuna deroga alle norme di Legge Notarile.

Né un generale obbligo di tenuta a raccolta sembra poter discendere dall'art. 6 Legge 219/2017, ai sensi del quale ai documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, se depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della Legge, si applicano le norme della Legge stessa. Tale norma ha, infatti, carattere eccezionale essendo destinata a disciplinare esclusivamente i documenti perfezionati prima della entrata in vigore della nuova Legge.

La stessa possibilità, prevista all'art. 4 comma 6 della medesima Legge, che, sia pure in casi eccezionali, le DAT siano perfezionate attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, testimonia del fatto che la conservazione presso un pubblico depositario non è considerata dal legislatore elemento imprescindibile.

Il notaio rilascerà pertanto in originale al disponente l'originale della scrittura privata autenticata contenente le DAT, salvo richiesta da parte del disponente stesso di tenuta a raccolta.

## **18. Copie**

Ai sensi dell'art. 743 codice di procedura civile qualunque depositario pubblico, autorizzato a rilasciare copia degli atti che detiene, deve rilasciarne copia autentica, ancorché l'istante o i suoi autori non siano stati parte nell'atto.

La norma prevede poi quale unica eccezione alla regola generale che la copia di un testamento pubblico non può essere rilasciata durante la vita del testatore, tranne che a sua istanza, della quale si fa menzione nella copia.

L'art. 67 Legge Notarile prevede poi che il notaio non può dare copia degli atti di ultima volontà, e rilasciarne estratti e certificati, durante la vita del testatore, se non al testatore medesimo od a persona munita di speciale mandato in forma autentica.

Stante la sostanziale differenza tra testamento e DAT, si ritiene che a quest'ultime non possano applicarsi le norme che limitano il rilascio delle copie degli atti di ultima volontà e, pertanto, il notaio depositario delle DAT sarà tenuto a rilasciarne copia autentica a chiunque ne faccia richiesta.

Né pare che possa al riguardo sempre rilevare il disposto dell'art. 60 Decreto Legislativo 196/2003, che si preoccupa di tutelare la riservatezza dei dati idonei a rivelare lo stato di salute di una persona.

Le DAT, infatti, non sono, di per sé, idonee a rivelare lo stato di salute attuale del disponente posto che, per definizione, fanno riferimento a uno stato di salute futuro e solo eventuale.

Stante la delicatezza delle decisioni contenute nelle DAT è comunque opportuno che il notaio dia compiuta informazione al disponente circa l'obbligo di rilascio delle copie conformi.

## **19. Pubblicità**

L'art. 4 comma 7 Legge 219/2017 contempla unicamente banche dati regionali in cui possono essere raccolte copie delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario.

L'ambito regionale delle banche dati potrebbe determinare la non facile reperibilità delle DAT nel caso in cui il disponente sia ricoverato in una Regione diversa da quella in cui vive.

La Legge di Bilancio 2018 stanziava risorse per la creazione di un registro nazionale e il Notariato italiano ha dato la propria disponibilità a crearlo, e gestirlo garantendone la consultazione da parte di tutte le strutture sanitarie italiane.

In previsione di un tale registro nazionale può essere opportuno che il notaio informi il disponente della possibilità che le sue disposizioni vengano in futuro inserite in un pubblico registro e che copia delle disposizioni stesse possa in futuro dover essere inviata a tale registro.

I registri comunali già esistenti e menzionati all'art. 4 comma 6 Legge 219/2017 hanno, invece, una funzione di mera conservazione e non sono disciplinati dalla Legge, ma dai provvedimenti adottati

dai vari Comuni. Saranno quindi i parenti del disponente o il fiduciario a dover segnalare ai medici l'esistenza delle DAT.

## **20. Regime fiscale e contributivo**

Ai sensi del comma 6 dell'art. 4 Legge 219/2017, le DAT sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa.

Sembra allora doversi ritenere che le DAT siano esenti non solo dalla tassa d'archivio, in quanto la stessa ha natura di tributo, ma anche dai contributi al Consiglio Nazionale del Notariato e alla Cassa Nazionale del Notariato, in quanto, per espressa previsione normativa, le DAT sono esenti da ogni diritto.

## **21. Conclusioni**

La nuova normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento pone all'interprete, e in particolare al notaio chiamato a riceverle o autenticarle, una serie di problemi interpretativi e di concreta applicazione pratica.

In attesa di orientamenti dottrinali o giurisprudenziali in materia, l'operatore non potrà che affidarsi, in caso di dubbio, a quanto enunciato all'art. 1 Legge 219/2017 ove si prevede che la Legge, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.