

JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



6-2017

novembre-dicembre



G. Giappichelli Editore

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione *	
di <i>Giuliano Zanchi</i>	494
L'assegno di divorzio, ventisette anni dopo *	
di <i>Dario Buzzelli</i>	538
Poteri assistenziali del convivente di fatto in caso di malattia o ricovero del partner *	
di <i>Gianluca Navone</i>	553
Nugae civilistiche. Sulla scuola romana del primo Novecento **	
di <i>Laura Moscati</i>	568
na lettura oggi di "le fonti di integrazione del contratto" **	
di <i>Giorgio De Nova</i>	624
La natura: sujeto de derechos? *	
di <i>Livio Perra</i>	627
Ordinamento sportivo e fonti private *	
di <i>Maria Pia Pignalosa</i>	646
Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione <i>ex officio</i> della clausola penale *	
di <i>Gerardo Villanacci</i>	683
La responsabilità civile di Pietro Trimarchi **	
di <i>Vincenzo Roppo</i>	696

* Contributo sottoposto a revisione.

** I curatori, valutati il prestigio dell'Autore e la conseguente rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



	<i>pag.</i>
Dottrina dei dottori e dottrina delle corti ** di <i>Carlo Granelli</i>	703
Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati ** di <i>Roberto Senigaglia</i>	710
 Giurisprudenza italiana	
Verso il riconoscimento dei danni punitivi? * <i>Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601</i> di <i>Carlotta De Menech</i>	607
 Giurisprudenza europea	
Non vincolatività delle clausole abusive ed ingiusta limitazione nel tempo della loro inefficacia: le clausole <i>floor</i> al vaglio della corte di giustizia * <i>Corte giustizia UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, n. 154</i> di <i>Alberto Capobianco</i>	674



GIANLUCA NAVONE

Professore aggregato di diritto privato – Università degli Studi di Siena

POTERI ASSISTENZIALI DEL CONVIVENTE DI FATTO IN CASO DI MALATTIA O RICOVERO DEL PARTNER

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. A quali “conviventi di fatto” si applica la nuova disciplina? – 3. Il diritto di visitare e assistere il convivente malato. – 4. La designazione del rappresentante in materia sanitaria. – 5. Segue. Differenze rispetto alla designazione preventiva dell’amministratore di sostegno. – 6. Segue. Le forme dell’atto di designazione del rappresentante. – 7. Effetti abrogativi dell’eventuale approvazione del disegno di legge «in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento».

1. – La “convivenza di fatto”¹, ormai da tempo, non è un fatto nudo, privo dell’abito del diritto.

La comunità cui danno vita «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale»² – *per incidens*, nonostante la pavidità del linguaggio legislativo che a riguardo non impiega né il sostantivo “famiglia”³, né la locuzione “formazione sociale”⁴ – non è un luogo vuoto di regole giuridiche. Com’è ben noto, infat-

¹ Con buone ragioni, sull’impiego nei testi di legge del sintagma “convivenza di fatto” sono state adombrate perplessità. In particolare, due voci autorevoli della nostra dottrina hanno recentemente affermato che «lascia perplessi la scelta di utilizzare la definizione di “conviventi di fatto” rispetto a soggetti che sono parti di un rapporto formalizzato e legalmente disciplinato» (P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 847); e, sempre nella stessa direzione, che «non è opportuno usare la locuzione corrente che qualifica queste unioni come “di fatto”, in tal modo ricorrendo una volta ancora ad una formula che vuole respingere la relazione d’amore in un ambito irrilevante per il diritto» (S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Roma-Bari, 2015, p. 77 s.).

² Art. 1, comma 36, della legge n. 76 del 2016.

³ L’impiego del termine “famiglia” è stato scientemente evitato anche con riferimento alle unioni civili. A queste ultime, tuttavia (e quantomeno), l’art. 1, comma 1, della l. n. 76/2016 riserva la qualifica di «specific[he] formazion[i] social[i] ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione». Sul punto, cfr.: L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779 ss., spec. 1781 s.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall’unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792 ss., spec. 1794 e 1797; T. AULETTA, *I rapporti personali tra uniti civilmente*, in *www.juscivile.it*, 2017, p. 274 ss., spec. 275, 286 e 311.

⁴ Eppure – com’è stato opportunamente rilevato – alla «stregua di un orientamento ormai consolidato, accolto a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso anche dalla Corte costituzionale, la famiglia di fatto rientra a pieno titolo nell’ambito delle formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost., nella misura in cui essa condensa un rapporto integralmente e complessivamente diretto a consentire lo sviluppo della personalità di ciascuno dei partner» (L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 920). D’altro canto, qui val bene considerare che la questione in parola appare già ampiamente associata nelle pagine risalenti di giuristi importanti. Traendoli da quelle pagine, qui si riportano i seguenti passaggi: «appare incontestabile che le norme costituzionali non autorizzano ad escludere la famiglia di fatto dal numero delle formazioni sociali



ti, il fenomeno sociale della “convivenza di fatto” è stata oggetto di un processo di progressiva (ancorché disordinata) giuridicizzazione. Processo che segna oggi il suo culmine con il varo della legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e [la] disciplina delle convivenze»⁵.

La legge è figlia di un maxiemendamento, presentato dal Governo e interamente sostitutivo del ddl “Cirinnà”⁶.

Questa genesi ne ha condizionato la struttura: l’intero provvedimento legislativo consta di un articolo, elefantaco, suddiviso in sessantanove commi; dei quali, più in dettaglio, i primi trentacinque riguardano le unioni civili, i successivi trenta le convivenze di fatto e gli ultimi quattro i mezzi di copertura finanziaria della legge.

Stilemi profondamente diversi caratterizzano la regolamentazione delle unioni e quella delle convivenze. Ampia e particolareggiata appare l’una; minimalista e, forse meno meditata, l’altra⁷.

Sia come sia, quest’ultima è rimasta finora in ombra, mentre sulle unioni civili, e segnatamente su alcuni aspetti fortemente divisivi (*in primis* quello relativo alla possibilità di adottare il

espressamente tutelate dall’art. 2, tutte le volte che l’“unione libera” dei genitori assicuri l’adempimento delle funzioni di mantenimento, istruzione ed educazione della prole [...]. E anche quando la convivenza *more uxorio* si esaurisca in un rapporto di coppia vissuto in assenza di prole, soltanto un autentico pregiudizio ideologico può muovere ad escludere che l’ambiente familiare così costituito conquisti valori di ordine spirituale e garanzie di stabilità tali da rappresentare una “formazione sociale”» (M. BESSONE, *Commento agli artt. 29-31 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 35 s.); «nei confronti della famiglia naturale, scatta la protezione prevista dall’art. 2 C., in quanto è assolutamente indubitabile che la famiglia di fatto debba essere considerata come una formazione sociale dove si svolge la personalità dell’uomo» (P. BARILE, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale ‘La famiglia di fatto’. Pontremoli, 27-30 maggio 1976*, Montereale, 1977, p. 45); «la famiglia di fatto opera – ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. – come luogo di svolgimento della personalità dell’individuo, nel quadro del valore preminente riconosciuto alla dignità e alla autonomia della persona» (N. LIPARI, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale ‘La famiglia di fatto’. Pontremoli, 27-30 maggio 1976*, cit., p. 65); «L’art. 2 [...] offre garanzie a tutte le formazioni sociali in concreto idonee a sviluppare la personalità individuale. Sotto questo profilo ne risulta tutelata la famiglia di fatto in quanto essa svolge tanto nel rapporto di coppia, quanto in quello genitori-figli una funzione di socializzazione della persona» (G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 937); «La rivalutazione costituzionale della famiglia di fatto opera dunque, per quanto concerne gli essenziali dati di qualificazione normativa, nel quadro della interpretazione dell’art. 2 come clausola ‘aperta’ sia in ordine ai diritti fondamentali dell’individuo, sia in ordine ai gruppi» (M. SANTILLI, *Note critiche in tema di ‘famiglia di fatto’*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 779); «La famiglia non fondata sul matrimonio ha giuridica rilevanza sia a livello di legislazione ordinaria, codice [...] e leggi speciali [...], sia a livello costituzionale quale formazione sociale idonea allo sviluppo della persona umana» (P. PERLINGIERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, 1982, Napoli, p. 21).

⁵ In *Gazz. Uff.*, 21 maggio 2016, n. 118.

⁶ Disegno di legge S. n. 2081 – XVII Legislatura. Sull’*iter* procedurale che ha condotto all’approvazione della legge si vedano le notazioni critiche di S. ROSSI, *La “legge Cirinnà” tra love rights e politica del diritto*, in *Studium iuris*, 2016, p. 979 ss., spec. 983 s. g

⁷ Al riguardo, cfr. G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1718 ss., spec. 1721; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 859 ss., spec. 861 s.; M. DOGLIOTTI, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 868 ss., spec. 878 s.



figlio del partner), si è concentrata l'attenzione della pubblica opinione⁸.

Eppure – quando si sarà dissolta la cortina fumogena sollevata dalla polemica politica – emergerà con abbagliante chiarezza tutta l'importanza della disciplina dettata per le convivenze di fatto; nei suoi penetranti, infatti, si rinvengono disposizioni recanti regole espressive di principi normativi presupposti,⁹ da cui potrebbero derivare effetti riflessi, capaci di proiettarsi ben al di là del perimetro (pur vasto) che circoscrive il fenomeno delle coppie conviventi *more uxorio*. E ciò dicasi, in specie, per alcune previsioni che attengono alla sfera personale.

In successione, quella per cui «In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza [...], secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere [...] previste per i coniugi e i familiari» (comma 39°); ma anche, e soprattutto, quella secondo cui «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» (comma 40°).

A entrambe, in questa sede, s'intende volgere lo sguardo.

2. – Il primo gradino dell'analisi riguardante le disposizioni sopra riportate impone di definire l'ambito applicativo della nuova disciplina, giacché essa non si riferisce a tutti coloro che vivono *more uxorio* o come parti di un'unione civile; *id est*, non si dirige a tutte le coppie che intrecciano una relazione affettiva stabile aperta alla sessualità, ma soltanto a quelle corrispondenti alla definizione legale di cui al comma 36° dell'ipertrofico art. 1 della l. n. 76/2016.

Come ogni definizione, quindi, anche quella in parola serve a discriminare. Nella specie, a discernere le convivenze che rientrano nello spettro della legge da quelle che vi restano escluse. Sicché, possono appellarsi alle norme espresse dai commi da 37 a 67 i conviventi di fatto che siano: *a*) «due persone maggiorenni»; *b*) «unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale»; *c*) «non vincolate da rapporti di parentela, affinità¹⁰ o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

⁸ A tale proposito v. F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 665 ss., spec. 673 ss.

⁹ Sulla possibilità di risalire dalla regola al principio di cui essa è espressione, v. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia civ.*, 2016, p. 443 ss., spec. 477 s., ora anche in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017, p. 49 ss.

¹⁰ Nell'ordito della definizione fa spicco l'assenza di qualsivoglia riferimento letterale al grado di parentela o di affinità. Nondimeno, ragioni di ordine sistematico (e di buon senso) inducono a ritenere che sono ostativi alla configurabilità di una convivenza legale-tipica soltanto quei rapporti di parentela o affinità che costituiscono impedimenti inderogabili al matrimonio e all'unione civile. Sul punto, cfr.: L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, 92 ss., spec. 98; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, 195 ss., spec. 203; M. C. VENUTI, in F. ROMEO e M. C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 971 ss., spec. 997.

JUS CIVILE



Registrare il significato del requisito negativo del «non [essere] vincolate [le due persone stabilmente conviventi] da matrimonio o da un'unione civile» riveste – come meglio si comprenderà tra breve – una importanza decisiva ai fini dell'esposizione che qui vien fatta.

Al riguardo, la dottrina che ha avuto modo di interrogarsi sul significato della definizione legale è incline a ritenere che l'assenza di vincoli matrimoniali o derivanti da unione civile sia da intendersi con riferimento a terze persone, diverse dai conviventi¹¹. Da questa lettura discende che non possono fare assegnamento sui diritti assicurati dalla nuova legge le coppie di conviventi se anche uno soltanto dei *partner* non ha stato libero.

A seguire il pensiero dei più, quindi, la novella disciplina non abbraccia le famiglie ricomposte (tra parentesi: tantissime) formate da conviventi legalmente o di fatto separati¹².

Tuttavia, la formulazione letterale della definizione in esame (quella per cui «Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per “conviventi di fatto” due persone [...] non vincolate [...] da matrimonio o da un'unione civile»), consente di accedere ad altra interpretazione, secondo la quale le previsioni «di cui ai commi da 37 a 67» non riguardano coloro che sono *reciprocamente* uniti in matrimonio o da un'unione civile, così come esse non si riferiscono alle persone che sono *reciprocamente* «vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione». Risultato di tale lettura è che rientrerebbero nell'arco di applicazione della nuova legge anche le coppie formate da conviventi privi dello stato libero.

L'opzione ermeneutica da ultimo riferita – compatibile con il tenore della disposizione di legge e, forse, più *adeguata* al principio costituzionale d'uguaglianza¹³ – corrisponde al pensiero dei meno¹⁴, tra i quali chi scrive si annovera (perplesso).

¹¹ In questo senso, L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 97 s.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 864 s.; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, 2016, in www.personaedanno.it; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, cit., p. 682 s.; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 124 ss.

¹² Incidentalmente, vale la pena di ricordare che le persone vincolate da un'unione civile, se separate, possono esserlo soltanto di fatto; all'unione civile, infatti, non si applica l'istituto della separazione legale. La legge n. 76/2016, come è stato osservato, «non lo dice espressamente, ma lo si ricava con certezza non soltanto dalla circostanza che in nessun luogo viene richiamata la disciplina sostanziale della separazione personale prevista dal codice civile, ma anche dal fatto che nell'indicare le cause che possono portare allo scioglimento giudiziale dell'unione civile il legislatore fa rinvio a tutti i motivi di scioglimento indicati dalla legge sul divorzio ad eccezione di quanto ivi previsto dall'art. 3, n. 2, lett. b), dove si fa riferimento alla pregressa separazione coniugale» (F. TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 991 ss., spec. 993).

¹³ In merito alla distinzione tra interpretazione conforme a Costituzione e applicazione diretta dei principi costituzionali, v. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., spec. p. 464 ss.

¹⁴ In questo senso si è espresso L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 925: «logica e coerenza vorrebbero» che l'assenza di un vincolo matrimoniale o derivante da un'unione civile «riguardasse i componenti la coppia tra di loro, e non già uno o entrambi e terze persone estranee alla coppia». In tale direzione, altresì, L. MARTINEZ, *La rilevanza del “fatto” convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1731 ss., spec. 1733; F. VIGLIONE, *Commento alla legge 76/2016*, in *AA.VV. Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. Cian, 12ª ed., Padova, 2016, p. 166 ss., spec. 173 s.

JUS CIVILE



3. – «In caso di malattia o di ricovero» (recita il comma 39° dell'art. 1 della l. n. 76/2016), «i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza [...] secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari».

Parlando di “diritto *reciproco* di visita e di assistenza”, il legislatore fa un uso poco controllato delle parole. L'esistenza di un *diritto reciproco* presuppone – sempre e di necessità – l'esistenza di un *obbligo reciproco*. Nei rapporti interni tra conviventi di fatto, invece, non è configurabile un diritto di esigere la visita e/o l'assistenza da parte del *partner* sano; né v'è un corrispondente obbligo di visitare e/o assistere il *partner* malato.

In altri termini, la disposizione in esame non vale a trasformare “doveri morali o sociali” in obblighi perfetti, e cioè: tali per cui se il convivente sano manca alla “prestazione” di visitare o assistere quello malato insorge (a carico del primo verso il secondo) una qualche forma di responsabilità rilevante *sub specie iuris*¹⁵.

A dispetto dell'impiego improprio (e quindi fuorviante) dell'avverbio “reciprocamente”, le considerazioni che precedono inducono a leggere l'enunciato legislativo nel senso che entrambi i conviventi sono titolari di diritti che possono essere fatti valere *erga omnes*; ossia, nei confronti di qualunque terzo – estraneo alla coppia – che ostacoli la possibilità di visitare o assistere il *partner* malato.

Con specifico riferimento alle strutture ospedaliere o di assistenza (ad esempio, case di riposo per anziani, centri diurni, residenze per persone con disabilità), il comma 39° pone un divieto di discriminazione. Di conseguenza, sarebbero illegittimi – perché *contra legem* – regolamenti interni delle strutture in questione che riservassero al convivente un trattamento peggiore rispetto a quello accordato al coniuge, alla parte di un'unione civile o ad altre persone di famiglia¹⁶.

Parentesi: il carotaggio compiuto su un numero significativo di “carte dei servizi” evidenzia la ricorrenza di espressioni come «Orari di visita ai degenti ricoverati da parte dei famigliari [...]». O ancora, «la presenza dei famigliari oltre gli orari normalmente consentiti necessita

¹⁵ Cfr., al riguardo, G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 117: «Il legislatore [...] non trasforma i legami di assistenza morale e materiale in obbligazioni giuridiche [...]. Non si tratta quindi di obbligazioni giuridiche ma di veri e propri doveri morali di solidarietà, appunto vincoli di reciproca assistenza morale e materiale che non possono mancare in chi pianifica un progetto di vita comune. Il richiamo è allo schema, quindi, pur sempre delle obbligazioni ma non di quelle “civili” sebbene “naturali” in virtù delle quali il nostro codice civile riconosce la non ripetibilità di quanto corrisposto in attuazione spontanea di quei doveri (art. 2034 c.c.) [...]. Non c'è, perciò, nessuna parificazione tra i doveri morali esistenti tra conviventi e doveri giuridici esistenti tra coniugi o tra parti dell'unione civile». Sul punto, altresì, si veda L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 928: «È noto che l'art. 143, comma 2, c.c. configura l'assistenza morale e materiale quale obbligo reciproco discendente dal matrimonio; il medesimo obbligo reciproco, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 11, l. n. 76/2016, deriva anche dalla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Diversa valenza assume invece la reciproca assistenza morale e materiale tra i conviventi di fatto [...], nella misura in cui essa non configura un obbligo, ma viene spontaneamente prestata in ragione del vincolo affettivo che lega i *partner*».

¹⁶ Del pari, sarebbero illeciti – perché lesivi del diritto soggettivo a visitare ed assistere il *partner* malato – eventuali comportamenti degli operatori sanitari volti ad imporre al convivente del ricoverato limitazioni all'accesso al reparto “giustificate” dall'assenza di un vincolo formale.

JUS CIVILE



dell'autorizzazione scritta rilasciata dal coordinatore infermieristico o dal direttore del reparto». In alcune leggi regionali, poi, si stabilisce che «I familiari dei pazienti di età superiore ai sessantacinque anni sono autorizzati a trattenersi anche al di fuori degli orari di visita»¹⁷; oppure, similmente, che «Al fine di assicurare una particolare assistenza ai degenti con ridotta autonomia nell'espletamento delle proprie funzioni fisiologiche e comunque a quelli di età superiore ai settantacinque anni, negli ospedali, cliniche universitarie o case di cura convenzionate con la Regione è sempre consentito, anche in deroga agli orari ordinari di visita, l'accesso ad un familiare [...]»¹⁸.

Orbene, qui interessa sottolineare che nella cerchia dei famigliari (*id est*: coloro che sono “cari” al paziente e con cui questi ha in essere una fitta corrispondenza di vita) rientra oggi – non solo a lume di buon senso, ma anche, e in primo luogo, di diritto – la persona del convivente¹⁹.

Ma non diversamente è a dirsi quando nei regolamenti interni delle strutture sanitarie fanno capolino locuzioni come «visita dei parenti» o «all'interno delle stanze di degenza è consentita la presenza di un solo parente per degente». In questi contesti linguistici, infatti, l'impiego della parola “parente” è all'evidenza atecnico. Tanto da imporre un'interpretazione lasca, tale per cui si devono includere tra i “parenti” il coniuge, la parte dell'unione civile e il convivente di fatto: tutti soggetti, cioè, che in senso tecnico-giuridico parenti non sono.

Detto questo, qui preme rilevare che la disposizione di cui al comma 39° è più importante di quanto non sembri a tutta prima. Essa, come lascia intendere l'uso della congiunzione disgiuntiva “o”, si riferisce genericamente a tutti i casi di malattia del *partner*, oppure (alternativamente) all'ipotesi peculiare di ricovero presso una struttura ospedaliera o assistenziale. Per ognuna delle fattispecie contemplate, quindi, la disposizione in parola stabilisce che «i conviventi di fatto hanno diritto [...] di visita o di assistenza».

Tradotto in termini operativi, tanto significa che il convivente non può essere lecitamente al-

¹⁷ Art. 16, comma 2 *bis*, l. reg. Lombardia 16 settembre 1988, n. 48 (comma aggiunto dall'art. 1 della l. reg. Lombardia 15 febbraio 1992, n. 4).

¹⁸ Art. 13, comma 1, l. reg. Liguria 16 aprile 1985, n. 27.

¹⁹ Inoltre, pare persuasivo ritenere che il convivente di fatto sia da annoverarsi tra i c.d. «*protecteurs naturels*»; ossia, coloro che – pur non essendo titolari di poteri sostitutivi del paziente incapace di autodeterminarsi – dovrebbero (la forma dubitativa è d'obbligo in assenza di un'esplicita regolamentazione) essere per quanto possibile consultati dal medico prima di assumere decisioni sul se intraprendere o proseguire procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici. Sulla figura e il ruolo dei “protettori naturali”, cfr.: L. PASCUCCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, in AA.VV., *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Rimini, 2014, p. 207 ss., spec. 249 ss.; S. BRANDANI, in S. BRANDANI e G. NAVONE, *Il consenso ai trattamenti sanitari delle persone incapaci*, in *Persona e mercato*, 2011, p. 209 ss., spec. 218 s.; nonché, U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, p. 348 ss., spec. 350 s. («La cerchia delle persone che, nel singolo caso, possono aspirare al ruolo di interlocutori “privilegiati” del terapeuta non è determinabile secondo schemi fissi [...]. Prevale infatti la tendenza a ritenere che un amico intimo o la persona con la quale il paziente felicemente conviva siano preferibili ad un lontano, magari semiconosciuto parente, o anche al coniuge separato, in particolare quando i loro rapporti risultino deteriorati»). Più in generale, un'analisi dei poteri attribuiti ai familiari delle persone malate in Italia e in molti altri ordinamenti statali è in AA.VV., *Families and End-of-Life Treatment Decisions. An International Perspective*, a cura di B. Feuillet, K. Orfali e T. Callus, Bruxelles, 2013.

JUS CIVILE



lontanato dal capezzale del *partner*, ovunque esso si trovi (nella casa d'abitazione, in ospedale o altrove); e, parallelamente, che i cosiddetti familiari di sangue o altri membri della famiglia legittima non hanno il diritto d'appropriarsi²⁰ – cingendolo con una sorta di “cordone sanitario” – del corpo svingorito della persona morente.

Sarebbe allora ben strano se la norma espressa dal comma 39° non potesse essere invocata dalle coppie formate da conviventi legalmente o di fatto separati. E infatti, conducendo alle sue ultime conseguenze questo modo di intendere l'ambito soggettivo d'applicazione della nuova disciplina, non resterebbe che registrare un clamoroso passo di gambero – sul fronte delle tutele – per una nutrita schiera di conviventi *more uxorio*; o, in diverse parole, si assisterebbe a un'eterogenesi dei fini di protezione manifestamente perseguiti dal nostro legislatore. Basti pensare, per rendersene conto, che così opinando si rischierebbe di legittimare la messa alla porta del compagno o della compagna di vita della persona malata su iniziativa di coniugi oramai lontani, perché da tempo separati, ma non ancora divorziati.

In chiusura di paragrafo, un'ultima notazione.

Questioni in ordine al diritto del convivente di visitare–assistere il *partner* affetto da infermità (e/o ricoverato in strutture ospedaliere o assistenziali), possono sorgere soltanto se l'individuo cui è destinata la visita e l'assistenza non è capace di esprimere la sua volontà; mentre, se costui è *compos mentis*, sarà allora anche libero di decidere da chi farsi assistere o visitare²¹. In proposito, vale la pena di segnalare che l'enunciazione di questa regola è molto schietta in una legge regionale, a mente della quale «I malati hanno diritto di non ricevere visitatori sgraditi; a tal fine i malati possono chiedere al personale addetto al reparto di allontanare determinate persone da essi indicate»²².

4. – Il comma 40° dell'articolo unico di cui si compone la legge n. 76/2016, nei limiti di quanto qui interessa, così recita: «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».

È *primo ictu oculi* avvertibile la forza tellurica di questa previsione. Essa contempla, con esplicito riferimento al convivente di fatto, ciò che (quantomeno testualmente) non è previsto né per il coniuge né per la parte di un'unione civile²³; non solo, essa prelude al varo di una disci-

²⁰ Non di rado animati più da intenti di sciacallaggio che di cura dell'infermo.

²¹ Merita piena condivisione l'affermazione secondo cui «la persona che è ricoverata in ospedale ha diritto a ricevere visite ed assistenza dalle persone che preferisce, siano esse parenti od amici, e quindi anche il convivente» (G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 165).

²² Art. 16, comma 1, l. reg. Lombardia 16 settembre 1988, n. 48.

²³ Va da sé, tuttavia, che ciò che la legge espressamente contempla per i partner di un'unione a basso livello d'istituzionalizzazione (i conviventi di fatto), deve riconoscersi – a più forte ragione – ai membri di unioni ad alto e altissimo livello d'istituzionalizzazione (le parti dell'unione civile e i coniugi). Sembra perciò lecito sostenere che il

JUS CIVILE



plina più ariosa²⁴ che regoli in termini generali la figura del fiduciario per i trattamenti sanitari e quella del testamento biologico²⁵.

Ciò posto, e ai fini dell'intelligenza della disposizione in questione, penetrante attenzione è da riservare alla locuzione – “drammaticamente atecnica” (a detta di uno dei suoi più autorevoli commentatori)²⁶ – secondo cui la designazione del rappresentante può avvenire «con poteri pieni o limitati».

“Poteri limitati”, in questo contesto, sta a significare che il potere sostitutivo del rappresentante designato deve essere esercitato in linea con le direttive anticipate di trattamento medico-sanitario eventualmente manifestate dall'interessato. Con l'espressione “pieni poteri”, invece, si allude all'ipotesi di una delega secca, sostanzialmente in bianco, non integrata da dichiarazioni anticipate di trattamento.

A quest'ultimo riguardo, c'è ora da sgombrare il cammino da un possibile fraintendimento che consisterebbe nel considerare i *pieni* poteri di cui ci occupiamo come sinonimo di *absoluti*, ossia scevri da limitazioni. È, invece, ragionevole pensare che il fiduciario per la salute – al pari del genitore, del tutore e dell'amministratore di sostegno – sia tenuto a esercitare il suo potere sostitutivo in stretta conformità all'interesse della persona incapace²⁷. E così, in assenza di specifiche indicazioni contenute nelle direttive anticipate, può ritenersi doverosa la prestazione del consenso a un trattamento terapeutico necessario e proporzionato alla situazione clinica dell'interessato.

Affermare il contrario, si chiosa, equivarrebbe ad assumere l'esistenza di uno spropositato *ius vitae ac necis* del fiduciario (con “pieni poteri”) su chi l'ha designato tale²⁸.

legislatore del 2016 ha per tal via integrato, forse inconsapevolmente, la stessa disciplina del matrimonio. A questo epilogo interpretativo, a mio modo di vedere, si può giungere senza incomodare la Corte costituzionale. *Contra*, E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia. Legge 20 maggio 2016, n. 76 – Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016, p. 233: la norma di cui al comma 40 dell'art. 1 della l. n. 76/2016 «attribuisce al convivente poteri che non ha chi è coniugato, oppure in unione civile, basandosi sul presupposto discutibile, che nel coniugio (e quindi nell'unione civile) tali poteri vi siano [...]. La norma presenta problemi di costituzionalità palesi, perché privilegia la convivenza di fatto rispetto ad altri rapporti ai quali, trattandosi di norma eccezionale, non potrà essere estesa».

²⁴ È opportuno anticipare che nel momento in cui si scrive (luglio 2017) è stato approvato dalla Camera dei deputati e assegnato in sede referente alla Commissione “Igiene e sanità” del Senato un disegno di legge recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Esso, al comma 1 dell'art. 4, dispone che «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi [...] può [...] indica[re] altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata “fiduciario”, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie [...]».

²⁵ In proposito, una nitida ricostruzione delle esperienze straniere – sia nell'area di *common law* sia in quella di *civil law* – è nel recente studio monografico di G. COLACINO, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Milano, 2016, spec. p. 43 ss.

²⁶ L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 100.

²⁷ Sui limiti al potere sostitutivo del rappresentante legale in ordine ai trattamenti sanitari si veda L. PASCUCCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, cit., spec. p. 229 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

²⁸ Al riguardo, cfr. E. CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *No-*

JUS CIVILE



In altre parole, si può ben dire che il «rappresentante [...] per le decisioni in materia di salute» è titolare di un ufficio di diritto privato (o *munus*), il cui esercizio non è libero, ma vincolato alla cura dell'interesse altrui: si è qui di fronte a un potere inscindibilmente collegato a un dovere, quello di agire secondo l'esclusiva utilità della persona sottoposta alla "potestà". Ma se così è – analogamente a quanto prescritto in materia di responsabilità genitoriale e di tutela (cfr. artt. 330, 333 e 384 cod. civ.) – pare anche sensato ammettere che il giudice tutelare possa disporre la sospensione o (nei casi più gravi) la rimozione del fiduciario dalla relativa funzione ove questi trascuri i suoi doveri, si mostri inetto nel compimento degli stessi, oppure faccia un cattivo uso delle prerogative di cui è stato investito.

Tanto acquisito, e traendo spunto dalla regola enunziata dall'art. 37 del Codice di deontologia medica²⁹, si è allora dell'avviso che, in difetto di stato di necessità e di preventive istruzioni dell'interessato, l'operatore sanitario debba segnalare all'autorità giudiziaria l'opposizione del rappresentante a cure prospettate come profittevoli per il paziente; mentre, qualora ricorrano i presupposti dello stato di necessità e, se del caso, ad onta dell'opposizione manifestata dal fiduciario, il medico deve apprestare le cure ritenute indispensabili e indefettibili³⁰.

Può sembrare singolare che al «rappresentante con poteri pieni» sia precluso ciò che potrebbe essere consentito a quello «con poteri limitati»: vale a dire, di rifiutare cure indispensabili alla sopravvivenza e del tutto proporzionate alle specifiche condizioni cliniche del rappresentato. Si pensi per antonomasia a una trasfusione di sangue. Ma la stranezza scompare ove si rifletta sul fatto che da una designazione in bianco – non illuminata (più che limitata) da dichiarazioni anticipate di trattamento – non può ragionevolmente originare un potere sostitutivo sconfinato, tale da abilitare il designato a spingersi sino all'estremo limite del rifiuto di terapie salvavita per nulla invasive e pressoché indolori.

In definitiva, non è azzardato accostare la designazione del «rappresentante con poteri pieni» ad una procura generale conferita *ad nutum* per la cura di tutti gli "affari"³¹ appartenenti a una determinata categoria (nella specie: tutti quelli che riguardano la salute dell'interessato). Ne viene, sul piano della disciplina, che alla designazione *pura e semplice* del fiduciario si può

tariato, 2016, p. 596 ss., spec. 597: «se il rappresentante fosse stato investito di pieni poteri [...] egli potrebbe decidere, così come avrebbe potuto fare il rappresentato, di approvare un intervento chirurgico discutibile (ma certamente quest'ipotesi è a sua volta discutibile) oppure di non consentire alcun intervento sanitario essenziale per il pieno recupero di un infermo perfettamente curabile [...], se il rappresentante avesse gli stessi poteri del rappresentato, si sarebbe alla mercé dei suoi *desiderata*, anche errati o comunque discutibili [...]. Gli ordinamenti avanzati, come ad esempio il *Code de la Santé* francese, contengono previsioni, diciamo, bilanciate, fra i poteri del rappresentante e la valutazione dei medici [...]. Nel nostro caso, i commi 40 e 41 attribuiscono al rappresentante un potere pressoché di vita e di morte».

²⁹ Il codice vigente è stato approvato dal Consiglio nazionale della Federazione italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri il 18 maggio 2014, in sostituzione di quello del 2006.

³⁰ Per una visione d'insieme sulla disciplina e i fondamenti privatistici dell'obbligo di soccorso, si veda P. D'AMICO, *Il soccorso privato*, Napoli, 1981.

³¹ Con la precisazione, perfino ovvia, che gli "affari" in questione non hanno contenuto patrimoniale, ma squisitamente personale.



estendere la regola – prevista per il mandato (sia pure in ambito patrimoniale) – secondo cui la procura generale «non comprende gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se non sono indicati espressamente» (art. 1708, comma 2°, cod. civ.). Il senso della disposizione è di evidenza palmare: il compimento di atti “straordinari” per conto altrui manifesta la necessità di una specifica autorizzazione da parte dell'interessato, e non v'è dubbio che il rifiuto di mezzi terapeutici ordinari, del tutto proporzionati alla situazione clinica del paziente, costituisce un atto di straordinaria amministrazione; e quindi, un atto che il rappresentante è legittimato a compiere se, e solo se, esso risulta contemplato nelle direttive anticipate di trattamento.

5. – La designazione del fiduciario per la salute presenta significativi punti di contatto con l'atto – disciplinato dall'art. 408 cod. civ. – mediante il quale lo «stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, [...]» può indicare la persona che il giudice dovrà di regola incardinare nell'ufficio di amministratore di sostegno qualora la situazione potenziale d'incapacità dovesse divenire attuale. Per diffuso consenso, infatti, si ritiene che (anche) l'indicazione preventiva dell'amministratore di sostegno possa esaurirsi nella mera designazione, oppure essere arricchita da direttive anticipate di trattamento³². Tuttavia, a fronte di queste somiglianze, non si possono chiudere gli occhi dinanzi ad alcune importanti differenze.

La prima differenza, ma grande, è data dal fatto che la designazione preventiva dell'amministrazione di sostegno non ne comporta la nomina, essendo quest'ultima a esclusivo appannaggio del giudice tutelare (come bene è stato osservato, “la facoltà concessa al soggetto di indicare una persona *ex art. 408, primo comma, c.c.*” non sortisce “l'effetto di istituire direttamente amministratore di sostegno il soggetto designato”, giacché “a produrre gli effetti della nomina sarà” pur sempre “il decreto del giudice tutelare, unico soggetto abilitato ad accertare la ‘impossibilità, anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi’ di cui all'art. 404 c.c.”)³³. Là dove l'investitura del fiduciario per la salute – prevista dal comma 40° dell'art. 1 della l. n. 76/2016 – non richiede la mediazione necessaria e successiva del giudice tutelare. In altri termini: l'atto di designazione in parola non è un «negozio unilaterale *accessorio* al decreto di nomina»³⁴,

³² Così, in particolare, Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707: «L'atto di designazione previsto dall'art. 408, comma 1, cod. civ. può contenere, oltre la designazione, anche le direttive anticipate di trattamento. Tale atto orienta l'intervento del medico e impone al giudice di attribuire all'amministratore di sostegno poteri funzionali ad attuare le direttive, purché queste siano ancora attuali»; la sentenza è stata annotata da A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 424 ss.

³³ *Ad litteram*, P. MATERA, in G. SALITO e P. MATERA, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2004, p. 667 s. Sul punto, in luogo di molti, cfr. G. BONILINI, *La revocabilità della designazione di amministratore di sostegno*, in *Studium iuris*, 2015, p. 1004 ss., spec. 1005: «Si badi: la designazione in esame non configura già un mandato in vista della propria, futura ed eventuale, incapacità [...], giacché è pur sempre il giudice tutelare a nominare l'amministratore di sostegno. Più semplicemente, dà attualità a un criterio preferenziale di scelta, dato che il giudice tutelare non potrà distaccarsi, se non nell'ipotesi normativamente contemplata, dalla scelta palesata».

³⁴ In questi termini, persuasivamente, qualifica l'atto di designazione preventiva dell'amministratore di sostegno P. MATERA, *op. cit.*, p. 668.

JUS CIVILE



ma un negozio giuridico unilaterale sufficiente (di per sé solo) a legittimare il rappresentante designato ad esprimere il consenso o il dissenso ai trattamenti medici in vista del possibile inverarsi di una situazione futura d'incapacità³⁵.

Più nel dettaglio, è un atto costitutivo di un potere che, dovendo esercitarsi nell'esclusivo interesse (e in accordo alle eventuali istruzioni) del rappresentato, meglio può essere qualificato in termini di potestà. Inoltre, trattandosi di un negozio unilaterale dal quale non origina un obbligo di cura in capo al designato, esso somiglia assai più alla procura che al mandato³⁶.

In chiave operativa deve poi segnalarsi che la nomina “ora per allora” di un fiduciario per la salute risponde all'esigenza – molto avvertita, soprattutto tra i membri di alcune confessioni religiose – di predisporre uno strumento *ex se* efficace al sopravvenire, improvviso, di uno stato d'incapacità³⁷; e quindi, in ultima analisi, di scongiurare il pericolo che sotto la spinta dello stato di necessità, mancando il tempo materiale per procedere all'investitura giudiziale di un rappresentante legale, il medico infligga all'interessato cure da quest'ultimo (previamente) rifiutate.

A segnare ulteriormente la differenza tra la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e quella del rappresentante in materia di salute sta poi il diverso *vestmentum* dei ri-

³⁵ Al riguardo, cfr. M. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Famiglia e dir.*, 2008, p. 407 ss., spec. 409: «occorre avvertire come la designazione di cui all'art. 408 c.c. presenti una sensibile differenza rispetto a quella del fiduciario per la salute, dal momento che la nomina dell'amministratore è comunque lasciata dalla legge alla competenza del giudice tutelare, senza perciò acquistare efficacia in forza della mera volontà dell'interessato, ancorché il giudice possa discostarsi da essa solo in presenza di gravi motivi».

³⁶ Al riguardo, notevole è il fatto che – ai sensi del comma 40 dell'articolo unico della l. n. 76/2016 – la designazione del fiduciario per la salute non richiede (ai fini del suo perfezionamento) l'accettazione della persona nominata dall'interessato. Nondimeno, occorre avvertirlo, a diverse conclusioni potrebbe indurre l'approvazione dall'art. 4, commi 1 e 2, del disegno di legge recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», secondo il quale «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi [...] può [...] indica[re] altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata “fiduciario”, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie [...]. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente».

³⁷ Com'è noto, nel recente passato alcuni giudici di merito hanno tentato di assecondare la sopraindicata esigenza provvedendo – su istanza del beneficiario adulto, pienamente capace d'intendere e in perfetta salute – alla nomina “*pro futuro*” di un amministratore di sostegno col compito (in caso di sopravvenuta incapacità) di accordare o negare il consenso alle cure in linea con le volontà previe di trattamento. In tal senso: Trib. Firenze, 22 dicembre 2010; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009; Corte App. Cagliari, 16 gennaio 2009; Trib. Modena, 23 dicembre 2008; Trib. Modena, 5 novembre 2008. In via pretoria, quindi, si è giunti ad attribuire all'amministratore di sostegno il ruolo di esecutore del testamento biologico. Ma a fronte di tale indirizzo, pare ormai consolidato l'orientamento opposto allineato al tenore della seguente massima: «non è legittimata a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in proprio favore la persona che si trovi nella piena capacità psico-fisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale d'incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto» (così, *ex plurimis*, Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707). Va soggiunto, per completezza, che significative aperture si registrano a favore della nomina “ora per allora” dell'amministratore di sostegno nei riguardi di chi, nell'immediato futuro, assai plausibilmente verterà in uno stato d'infermità tale da renderlo incapace di provvedere ai propri interessi (crf. Trib. Modena, 10 dicembre 2015). Un'analisi approfondita delle questioni or ora accennate è in L. PASCUCCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, cit., spec. p. 241 ss.



spettivi atti di designazione. E infatti, per la validità del primo il codice civile esige la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (art. 408); per la validità del secondo, la legge n. 76/2016 si contenta della «forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerl[o], alla presenza di un testimone» (art. 1, comma 41°).

6. – Come si può constatare dalla chiusa del precedente paragrafo, l'investitura “ora per allora” del fiduciario per la salute è assoggettata a un formalismo attenuato in confronto a quello richiesto dal codice civile per l'indicazione dell'amministratore di sostegno³⁸.

Tanto premesso, guardando specificamente alle modalità di nomina del «rappresentante con poteri pieni o limitati [...] per le decisioni in materia di salute»³⁹, è ora da segnalare che la disposizione di cui al comma 41° prevede due forme di designazione. Una ordinaria, l'altra speciale. Alla seconda – sulla falsariga delle forme testamentarie – l'interessato può ricorrere soltanto quando sia impedito a osservare la prima.

Forma ordinaria dell'atto di designazione del fiduciario per la salute (eventualmente integrato da direttive anticipate di trattamento) è lo scritto firmato e di pugno integralmente vergato dal designante; mentre, per quanto opportuna, non è prescritta come necessaria l'indicazione della data.

Sia come sia, ci pare il caso di fissare un dato: che allo stato del diritto vigente il testamento non è più un *unicum*, ossia il solo atto per il quale la legge richiede il requisito formale dell'olografia.

La scelta dell'olografia quale forma vincolata della designazione del rappresentante in materia sanitaria non è priva di disegno. Anzitutto, chiaro è l'intento di offrire uno strumento che, potendo essere confezionato “in casa” (senza la presenza di testimoni e/o l'intervento di pubblici ufficiali), sia nel contempo economico e di facile impiego. In secondo luogo, l'autografia assicura sia l'autenticità dell'intero contenuto della dichiarazione resa dal disponente sia l'origine del documento che la contiene da chi figura come autore. Ma scrupolo vuole che si segnali che l'autenticità dell'autografia non è autoevidente: essa è sì facilmente accertabile, ma non è immediatamente verificabile. Il medico, d'altra parte, non è un grafologo; e quindi, ricorrendo i presupposti dello stato di necessità, potrebbe essere indotto legittimamente a disattendere i contenuti di una scrittura che – di per sé sola – non fa piena prova della provenienza da chi appare averla sottoscritta (arg. ex art. 2702 cod. civ.).

Si pensi al caso di un paziente in condizioni d'incoscienza e di imminente pericolo di vita

³⁸ Incidentalmente, si può osservare che il formalismo richiesto per l'atto di designazione del fiduciario per la salute è anche più attenuato di quello prescritto per la validità dei contratti tra conviventi per la regolamentazione dei «rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune». Ai sensi comma 51, infatti, tali contratti debbono essere «redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato».

³⁹ Art. 1, comma 40, l. n. 76/2016.

JUS CIVILE



che giunga al pronto soccorso assieme a un cartiglio scritto a mano (ma da chi?) che esprime il rifiuto di terapie salvavita. Esempio: «Designo la mia convivente Caia quale rappresentante per le decisioni in materia di salute. Non voglio essere sottoposto né a trasfusioni di sangue né a tracheotomia».

Ma qui conviene aggiungere anche un'altra considerazione. La semplice visione di un testo autografo – pur quando nulla induce a dubitare della sua autenticità – non offre all'operatore sanitario sicure e immediate indicazioni in ordine alla capacità naturale del designante nel momento in cui è stata redatta la dichiarazione.

Diversamente, una designazione ricevuta o autenticata dal notaio consentirebbe di minimizzare, se non proprio scongiurare, i rischi appena ventilati⁴⁰. Ciò considerato, è allora persuasivo ritenere che la «forma scritta e autografa» costituisce la forma ordinaria “minima” dell'atto di designazione; e che, di conseguenza, la designazione può essere fatta (validamente) anche per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Accanto alle forme ordinarie di designazione (l'abbiamo anticipato), ve n'è un'altra, “speciale”, alla quale è possibile ricorrere soltanto «in caso di impossibilità» di utilizzo delle prime; e quindi, in concreto, quando il designante non è in grado di redigere una dichiarazione olografa e – ad avviso di chi scrive – non vi è neanche il tempo d'avvalersi della collaborazione del notaio. L'eccezionalità di tali circostanze giustifica una designazione nuncupativa, fatta oralmente alla presenza di un testimone, «che di solito sarà un componente del personale sanitario, o anche un familiare, purché [...] diverso da quello designato, onde evitare conflitti d'interesse»⁴¹.

7. – A corredo delle considerazioni svolte al paragrafo che precede, va da ultimo segnalata l'esistenza di una palese discrasia tra le disposizioni appena menzionate e quelle contenute nel disegno di legge recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»⁴², approvato dalla Camera dei deputati il 20 aprile 2017 e – nel momento in cui si scrive⁴³ –

⁴⁰ Sul ruolo del notaio nella designazione preventiva dell'amministratore di sostegno cfr.: P. MATERA, in G. SALITO e P. MATERA, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, cit., spec. 669 s. («in sede di designazione preventiva il notaio riacquisti ancora una volta un ruolo primario, non solo nell'accertare lo stato del designante, ma anche nel fornire quella opera di guida, di consulenza vera e propria del cliente che la giurisprudenza da sempre gli riconosce»); G. SALVI, *I problemi nella scelta dell'amministratore di sostegno: la designazione da parte del beneficiario per il suo stato di incapacità fisica attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 618 ss., spec. 619 («il ruolo del notaio che consente la forma solenne dell'atto di designazione si pone, in astratto, come duplice garanzia sia dell'informazione circa le conseguenze dell'atto – essendo il professionista a ciò chiamato in quanto garante della legalità – sia della capacità del soggetto al momento della stipulazione»). Merita aggiungere, a mio avviso, che quando l'atto di designazione è integrato da direttive anticipate di trattamento sanitario la funzione di adeguamento del testo linguistico all'intento empirico del designante – più che dal notaio – dovrebbe essere svolta da un medico a tale delicatissimo ufficio adeguatamente preparato.

⁴¹ L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 101.

⁴² Atto Senato n. 2801.

⁴³ Luglio 2017.

JUS CIVILE



in corso di esame (in sede referente) dinanzi alla Commissione “Igiene e sanità” del Senato⁴⁴.

Il disegno di legge generalizza la possibilità per «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» di esprimere, attraverso dichiarazioni anticipate, «le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari» e di indicare «altresì una persona di sua fiducia, [...] denominata “fiduciario”» (si osservi, anche persona diversa dal convivente, dalla parte dell’unione civile o dal coniuge) «che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» (art. 4, comma 1°).

Dunque, l’entrata in vigore dell’emananda disciplina renderebbe di generale applicazione l’istituto del fiduciario per la salute: chiunque, purché capace d’agire e *compos sui*, potrebbe decidere d’avvalersene. Non solo, muterebbero, ma solo in parte, le forme ordinarie e speciali della designazione.

Con riguardo a quest’ultimo aspetto, il disegno di legge dispone che l’indicazione del fiduciario debba farsi, di regola, «per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l’ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all’annotazione in apposito registro» (art. 4, comma 6°).

Come si può constatare, il comma appena riportato esplica la regola (per ora inespressa) secondo la quale la designazione può essere vestita con l’abito solenne dell’istrumento ricevuto o autenticato dal notaio. Inoltre, e soprattutto, forma ordinaria “minima” dell’atto di designazione – in luogo di quella olografa – diverrebbe la scrittura privata personalmente consegnata all’ufficio comunale dello stato civile.

La consegna del documento, si chiosa, presuppone l’identificazione del consegnante; e quindi, la verifica della corrispondenza tra costui e chi appare come disponente; e tutto ciò, è piuttosto evidente, in funzione di garanzia della paternità della scrittura⁴⁵.

Trascorrendo sul fronte delle forme speciali, a cui ricorrere «Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente» non permettono di utilizzare quelle ordinarie, il disegno di legge stabilisce che l’indicazione del fiduciario può essere espressa «attraverso videoregistrazione» (*rectius*, creando un documento audiovisivo che rappresenta iconicamente una dichiarazione orale)⁴⁶, oppure mediante «dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare» (art. 4, comma 6°). Si pensi, ad esempio, agli ausili informatici a controllo oculare grazie ai quali per-

⁴⁴ Cfr. D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Un dibattito da rianimare*, Torino, 2016.

⁴⁵ Degna di nota (e molto opportuna) è la previsione di un sistema di pubblicità legale («[l]’apposito registro» di cui è parola nell’art. 4, comma 6° del disegno di legge), ossia di un meccanismo formalmente deputato ad assicurare la perdurante conoscibilità dell’indicazione del fiduciario per la salute e, più in generale, delle disposizioni generali di trattamento.

⁴⁶ Sul concetto di rappresentazione iconica, sia consentito di rinviare a G. NAVONE, *Instrumentum digitale, teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012, spec. p. 21 ss.

JUS CIVILE



sone affette da gravissime limitazioni motorie possono esprimersi con minimi spostamenti della pupilla.

Notabile è il fatto che l'emananda disciplina non contempla – neanche in via eccezionale – la possibilità di procedere alla designazione nuncupativa del fiduciario alla presenza di un solo testimone⁴⁷.

A questo punto, naturale domandarsi: quale sarebbe la sorte dei commi 40 e 41 dell'art. 1 della l. n. 76/2016 ove il disegno di legge «in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» venisse (com'è stato alla Camera) approvato anche al Senato?

Dal momento che la nuova legge regolerebbe – a più ampio raggio e in maniera parzialmente diversa – l'intera materia della designazione del rappresentante in materia sanitaria, ne discenderebbe l'abrogazione implicita⁴⁸ della fonte anteriore; né potrebbe, in contrario, addursi la natura speciale della disciplina preesistente, per poi appellarsi – prevedibilmente – al noto (e controverso) criterio di risoluzione delle antinomie secondo cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*⁴⁹.

Nella designazione del convivente, infatti, non è dato scorgere una *differentia specifica* rispetto alle altre ipotesi di designazione all'ufficio di fiduciario per la salute; quindi, in assenza di elementi specializzanti, non si giustificherebbe la prevalenza della disciplina anteriore su quella successiva.

In altre parole, si può ben dire che la designazione del convivente non costituisce un caso a sé all'interno del *genus proximum* cui appartiene; donde la sua specifica regolamentazione (nella lettera della legge n. 76/2016) è solo il frutto di una – questa sì singolare – “ansia di anticipazione”.

⁴⁷ Va semmai soggiunto che l'art. 4, comma 6°, del disegno di legge «in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» dispone che, nei «casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca» del fiduciario (e, più in generale, delle disposizioni anticipate di trattamento) con le forme previste per la designazione, quest'ultima può essere revocata «con dichiarazione verbale raccolta [...] da un medico, con l'assistenza di due testimoni»; si prevede, quindi, che la revoca orale della designazione – che è cosa diversa dalla designazione – possa essere eccezionalmente “raccolta” da un medico alla presenza di altri due testimoni.

⁴⁸ Sulle tipologie di abrogazione non espressa, cfr. A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Torino, 2016, p. 87: «Nel caso dell'abrogazione tacita la fonte successiva non indica espressamente le disposizioni che si intendono abrogare, ma si limita semplicemente a porre delle norme il cui contenuto è incompatibile con norme precedenti. Con l'abrogazione implicita, l'abrogazione consegue invece al fatto che la nuova fonte regola, in maniera diversa, l'intera materia già regolata da una fonte precedente».

⁴⁹ In luogo di molti, cfr.: R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, 2^a ed., Torino, 2014, p. 296, *sub nota* n. 34: («Secondo un modo di vedere diffuso [...] la norma anteriore speciale non è abrogata dalla norma generale successiva, ma anzi costituisce deroga ad essa [...]. Ma la tesi [...] non ha alcun fondamento di diritto positivo: sembra anzi contraddire l'art. 15 disp. prel. cod. civ.»); E. DICIOTTI, *Ordinamento giuridico*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello e V. Villa, Torino, 2013, p. 184 ss., spec. 202 («Nel nostro e in molti altri ordinamenti sono presenti tre principali principi per la risoluzione delle antinomie. Il principio gerarchico [...], il principio cronologico [...] e il principio di specialità [...]. Mentre i primi due principi trovano espressione in disposizioni costituzionali e legislative [...], l'ultimo appare essenzialmente frutto di elaborazione giurisprudenziale»).