



federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

4 MAGGIO 2016

Disegno di legge Cirinnà
e testamento biologico

di Federico Gustavo Pizzetti
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Milano



Disegno di legge Cirinnà e testamento biologico*

di Federico Gustavo Pizzetti

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Milano

1. — Significative e relativamente recenti pronunce della Corte suprema di cassazione¹ hanno ritenuto che l'istituto dell'amministrazione di sostegno, di cui al capo I del titolo XII del libro primo del codice civile, possa essere validamente impiegato anche come strumento per la pianificazione anticipata delle cure².

La Cassazione ha, infatti, considerato che in base a fondamentali principi di dignità-identità³ e di autonomia⁴ della persona umana, senziente e non, la cui salvaguardia costituisce parte integrante tanto del patrimonio costituzionale nazionale (artt. 2, 13 e 32, comma 2 Cost.)⁵, quanto della

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. n. 21748/2007, per il cui inquadramento e commento si rimanda, *ex multis*, a P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, Raffaello Cortina, 2009, Cass., sez. I civ., n. 9628/2009, nonché Cass., sez. un. civ., sent. n. 25767/2015, ma, soprattutto, Cass., sez. I civ., sent. n. sent. n. 23707/2012, a commento della quale v. B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, Giuffrè, 2014.

² Sia consentito il rinvio a F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008.

³ Cfr. L. CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rass. Dir. pubb. eur.*, 2013, v. 1, p. 3 ss.; L. VIOLINI, *Bioetica e laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI - Annuario 2007 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, Cedam, 2008, pp. 221-274; A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, Napoli, Esi, 2012.

⁴ Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, Raffaello Cortina, 2001.

⁵ In giurisprudenza, si v. Corte cost., sent. n. 438/2008; in dottrina, cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e Soc.*, 1994, p. 55 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVII, Roma, Treccani, 1991, *ad vocem*; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982, p. 303 ss.; E. CASTORINA, *Concezioni bioetiche e principi costituzionali: il problema della scelte di fine-vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, p. 331 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, Jovene, 2004; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, Zadig, 1992, p. 15 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo - Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 137 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, *ibidem*, p. 579 ss.; V. BALDINI, *Sviluppi della medicina e dialettica dei diritti costituzionali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 240; I. NICOTRA GUERRERA, *Vita e sistema dei valori nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997; A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, *ad vocem*; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, Cisu, 1995.

disciplina sovranazionale di tutela dei diritti umani⁶ (artt. 1, 3 e 35 CFUE; artt. 1, 2, 5, 9 e 21 Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina; art. 8 CEDU⁷; artt. 3, 12 e 17 Convenzione O.N.U. sui diritti delle persone con disabilità), va garantito che la condizione di perdita capacità a prestare consenso ai trattamenti sanitari⁸ non inibisca la prosecuzione, in qualche modo, della relazione terapeutica nel solco degli orientamenti di vita del paziente, quali manifestazioni della sua autonomia e proiezioni della sua identità, nonché quali espressioni della sua personale concezione di dignità dell'esistenza⁹.

A tal fine, e nelle more dell'adozione di un'apposita disciplina legislativa sul testamento biologico¹⁰, soccorre, perciò, secondo la S.C., la facoltà, attualmente riconosciuta al soggetto dall'art. 408 cod. civ., di provvedere, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, anche in condizioni di buona salute, alla designazione del proprio amministratore di sostegno¹¹ in

⁶ Cfr., in specifico, I. ARNÒ, M. CONDINANZI, *Testamento biologico. La posizione delle organizzazioni europee*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 547 ss.; in generale sulla tutela multilivello dei diritti fondamentali, fra gli altri, P. BILANCIA, *The Dynamics Of The EU Integration And The Impact On The National Constitutional Law. The European Union After The Lisbon Treaties*, Milano, Giappichelli, 2012.

⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02, su cui, a commento, cfr. R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 163-168, e, più recentemente, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert v. France*, n. 46043/14, analizzata da v. G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *Riv. BioDiritto*, 2015, 3, pp. 157-168.

⁸ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, secondo l'art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubb.*, 2008, p. 85 ss.; C. CASONATO e F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI, E. PALERMO FABBRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina – Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, 39 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, *ibidem*, p. 191 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente: consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2008; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 2002; F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

¹⁰ Cfr. E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, Ipsoa, 2008; M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. Dir.*, 2009, 4, p. 509 ss.; D. NERI (a cura di), *Autodeterminazione e testamento biologico. Perché l'autodeterminazione valga su tutta la vita e anche dopo*, Firenze, Le lettere, 2010; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, Giappichelli, 2012; G. FERRANDO, *Testamento biologico*, in *Enc. Dir.*, Ann. VII, Milano, Giuffrè, 2014, *ad vocem*; M.G. FURNARI e A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, Giappichelli, 2009; P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e Nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, Jovene, 2009; M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, Sperling&Kupfer, 2007.

¹¹ Cfr. M. MASSARO, *Dieci anni di applicazione dell'amministrazione di sostegno: certezze e questioni aperte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 405-412; V. TONDI DELLA MURA, *Dall'interdizione-inabilitazione all'amministrazione di sostegno: un'introduzione*, in *Osservatorio AIC*, 3/2014; G. SALITO e P. MATERA, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Padova, Cedam, 2013; F. SASSANO, *La tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno*, Rimini, Maggioli, 2004; G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè, 2005; G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, Cedam, 2007; S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, Giuffrè, 2005; M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e*

previsione dell'eventuale, futura incapacità, in modo che questi si relazioni col personale curante, accompagnando la scelta effettuata anche con l'esplicitazione anticipata di bisogni, aspirazioni e necessità rispetto alle cure da ricevere successivamente¹².

Una volta poi che si sarà poi realizzata la condizione personale d'incapacità a provvedere ai propri interessi di cui all'art. 404 cod. civ., e nell'alveo del procedimento conseguentemente attivato ai sensi dell'art. 407 cod. civ., l'autorità giudiziaria provvederà alla nomina dell'amministratore e alla definizione dei contenuti dell'incarico tenendo in considerazione, *ex* artt. 406 e 407, comma 2, cod. civ., quanto precedentemente statuito dallo stesso beneficiario, nella misura in cui le scelte anticipate di trattamento, comunque sempre revocabili sino al momento della perdita di coscienza, non contrastino, per gravi motivi, con le esigenze attuali di protezione della persona, e si caratterizzino altresì per un'univocità e specificità tali da fugare incertezze ricostruttive o interpretative¹³.

Anche l'amministratore di sostegno sarà, a sua volta, tenuto a svolgere l'incarico in coerenza con le indicazioni a suo tempo fornite dal paziente, al quale rimane legato dal rapporto fiduciario precedentemente instauratosi, e nel di lui interesse, fermi restando i limiti stabiliti dal giudice e sotto il controllo di quest'ultimo ai sensi dell'art. 410 cod. civ.¹⁴.

dell'inabilitazione, Milano, Ipsoa, 2004; G. AUTORINO STANZIONE e V. ZAMBRANO (a cura di), *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, Ipsoa, 2004.

¹² In merito al ricorso all'amministrazione di sostegno per colmare, *de iure condito*, la lacuna legislativa in merito a specifici strumenti di pianificazione anticipata delle cure, cfr. in particolare: M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno in favore di persona attualmente capace e autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Fam. e Dir.*, 2010, pp. 171-177; A. LOMBARDI, *Direttive anticipate di trattamento, testamento biologico e amministrazione di sostegno*, in *Giur. Merito*, 2008, p. 2518 ss.; G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Resp. civ. e Prev.*, 2008, p. 1828 ss.; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno "pro futuro" e direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, p. 1023 ss.; D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministrazione di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul "testamento biologico"?*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 347-349; G. SAVORANI, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Pol. Dir.*, 2011, p. 665 ss.; P. FIMIANI, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 93 ss.

¹³ Cass., sez. I civ., sent. n. 23707/2012, riprendendo espressamente Cass., sez. I civ., sent. n. 23676/2008 e Cass., sez. I civ., sent. n. 4211/2007.

¹⁴ Il giudice tutelare può, infatti, adottare, ai sensi dell'art. 410 cod. civ., su istanza del pubblico ministero o dei soggetti elencati all'art. 406 cod. civ., gli opportuni provvedimenti in caso di negligenza dell'amministratore nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, ovvero qualora siano compiute scelte o atti dannosi.

Gli atti compiuti dall'amministratore in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferiti, possono essere annullati, sempre su istanza del pubblico ministero o dei soggetti di cui all'art. 406 cod. civ., in base a quanto previsto dall'art. 412 cod. civ.



2. — In questo quadro, così pur sommariamente tratteggiato, vengono, ora, ad innestarsi le disposizioni previste dal disegno di legge A.S. n. 2081 (“*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”, c.d. “*d.d.l. Cirinnà*”), approvato dal Senato della Repubblica, il 26 febbraio 2016, nel testo risultante dall’emendamento n. 1.10000¹⁵ del Governo (Renzi) sul quale è stata chiesta e ottenuta la fiducia.

Da un lato, infatti, l’art. 1, comma 48 d.d.l. rende accessibile anche alle convivenze di fatto¹⁶, di cui ai commi da 36 a 69, l’istituto dell’amministrazione di sostegno; dall’altro lato, l’art. 1, commi 40, *lett. a)* e 41 d.d.l. introduce un apposito meccanismo di pianificazione anticipata delle cure che consente a ciascun convivente di designare l’altro quale proprio 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, mediante atto in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità, alla presenza di un testimone.

Merita, quindi, di svolgere qui di seguito alcune considerazioni sul rapporto fra amministrazione di sostegno e rappresentanza per la salute rispetto alle convivenze di fatto, così come emerge dalle richiamate disposizioni anche in vista di una possibile modificazione del testo varato dal Senato in sede di esame e approvazione da parte della Camera dei deputati (A.C. n. 3634).

Come si mostrerà, infatti, il disegno di legge approvato dal Senato, se la Camera non ne modificherà il testo, sembra aver confezionato un istituto per la nomina del rappresentante per la salute all’interno della coppia di conviventi in caso di malattia che comporta incapacità d’intendere e di volere per certi versi meno vantaggioso rispetto al ricorso all’amministrazione di sostegno quale strumento forgiato dalla giurisprudenza per la pianificazione anticipata delle cure¹⁷. Strumento, quest’ultimo, al quale gli stessi conviventi avrebbero potuto, invece, rifarsi, in base all’estensione anche alle convivenze di fatto dell’istituto dell’amministrazione di sostegno disposta all’art. 1, comma 48 d.d.l., se non fosse stata, per loro, prevista proprio la disciplina, meno favorevole, di cui all’art. 1, commi 40, *lett. a)* e 41.

¹⁵ L’emendamento ha interamente sostituito, con un unico articolo in sessantanove commi, e apportandovi delle modificazioni, i ventisei articoli in due capi di cui era composto l’originario testo del disegno di legge presentato al Senato della Repubblica il 6 ottobre 2015, in modo tale da permettere che la fiducia, richiesta dal Governo e accordata dal Senato, determinasse l’adozione dell’intero “pacchetto” legislativo con una votazione sola.

¹⁶ Ovverosia, ai sensi dell’art. 1, comma 36 d.d.l., il rapporto tra due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, e non da vincoli di parentela, affinità o adozione, matrimonio o unione civile.

¹⁷ V. *supra*, §1.

3. — Innanzitutto, infatti, mentre la giurisprudenza di legittimità ammette, come s'è visto¹⁸, che l'atto di designazione del proprio amministratore di sostegno possa essere validamente effettuato anche in condizione di buona salute¹⁹, non è affatto chiaro se la nomina del convivente quale rappresentante per le decisioni in materia di salute possa essere compiuta anche “*de futuro*”, o se, invece, occorra sempre e comunque, per poter procedere al conferimento della rappresentanza, il previo accertamento della sussistenza di una patologia che, durante il suo decorso, comporterà poi il successivo ingresso in uno stato d'incapacità.

La formula adoperata dall'art. 1, comma 40, *lett. a)* d.d.l., infatti, a differenza di quella impiegata all'art. 408 cod. civ., non contiene alcun riferimento espresso a una designazione resa in «*previsione della propria eventuale futura incapacità*», ma si limita a un ben più ambiguo «*in caso di malattia*» che può essere interpretato tanto come “*nel*” caso di malattia, e dunque a fronte di una patologia che deve essere già in atto nel momento in cui la designazione può essere compiuta (anche se, ovviamente, non deve ancora essere giunta allo stadio dell'incapacità d'intendere e di volere, ché, altrimenti, il soggetto avrebbe perduto la capacità stessa di procedere alla designazione), quanto come “*per*” il caso di malattia, e dunque in relazione ad una patologia che, al tempo in cui il convivente effettua la nomina, risulta ancora del tutto ipotetica e futura.

Né al fine di risolvere, in un senso o nell'altro, l'incertezza segnalata, può valere il ricorso, in combinato disposto con l'art. 1, comma 40, *lett. a)* d.d.l., alla formula di cui all'art. 1, comma 39 d.d.l. che si serve della medesima locuzione «*in caso di malattia*» facendo, però, riferimento sicuramente a una patologia in atto (si parla, infatti, di ospedalizzazione e di diritto di visita e assistenza al malato nelle strutture pubbliche, private o convenzionate).

L'art. 1, comma 39, infatti, riguardando l'assistenza ad un malato e non già la rappresentanza sanitaria, risulta del tutto avulso dallo spettro di applicazione dell'art. 1, comma 40, *lett. a)*, sicché non è a quest'ultimo in alcun modo riferibile.

Giova sottolineare che se si attribuisce alla locuzione «*in caso di malattia*» il significato di “*nel*” caso di malattia, quale condizione che deve sussistere al momento in cui il convivente può validamente procedere alla designazione, si preclude allo stesso convivente di potersi servire dell'istituto di cui all'art. 1, comma 40, *lett. a)* d.d.l. anche quando si trova in buona salute, ciò che impedirà, poi, di poter contare sull'intervento dell'altro convivente come proprio fiduciario per la salute qualora l'incoscienza derivi da un evento acuto e improvviso che non lascia alcuno *spatium deliberandi* per

¹⁸ V. *supra*, §1.

¹⁹ Fermo restando che – come si è ricordato *supra*, §1 – l'amministrazione di sostegno è attivabile da parte dell'autorità giudiziaria, nelle forme e nei limiti di legge, solo quando si sia verificata la situazione d'incapacità a provvedere ai propri interessi per infermità di cui all'art. 404 cod. civ.



poter provvedere alla designazione con ancora conservata lucidità (come capita, ad esempio, con una sofferenza cerebrale da trauma a séguito di sinistro, o da un'anossia o emorragia causate da un ictus o da un arresto cardio-circolatorio che non hanno dato precedenti avvisaglie).

In questa logica, infatti, soltanto malattie a progressivo e relativamente lento decorso (come il morbo di Alzheimer, ad esempio) potrebbero permettere la diagnosi della patologia in atto e la prognosi sull'incapacità futura che si verrà a determinare, quali requisiti necessari a poter procedere alla designazione, consentendo di riuscire ancora, prima di perdere la lucidità, a nominare il convivente quale proprio fiduciario.

Appare senz'altro preferibile, dunque, la lettura che, interpretando la formula «*in caso di malattia*» come “*per*” il caso di malattia, ammette anche la designazione anticipata in previsione di una condizione patologica al momento soltanto futura ed eventuale.

Si tratta, infatti, di un'interpretazione “*magis ut valeat*” della facoltà riconosciuta al convivente dal dettato dell'art. 1, comma 40, *lett. a*) d.d.l. che proprio per ciò risulterebbe pienamente conforme alla rilevanza costituzionale del diritto alla pianificazione anticipata delle cure²⁰; che non comporterebbe differenziazioni fra i soggetti in base al tipo di evenienze patologiche che determinano l'ingresso nello stato d'incapacità; e che sarebbe in linea con la facoltà consentita dall'art. 408 cod. civ. nell'ambito dell'applicazione giurisprudenziale²¹ dell'istituto dell'amministrazione di sostegno per la pianificazione anticipata delle cure.

Resta comunque il fatto che la natura anfibologica qui evidenziata della dizione impiegata dal Senato all'art. 1, comma 40, *lett. a*) d.d.l., se non sarà oggetto di ritocchi da parte della Camera, non impedisce affatto che possa prevalere anche l'altra e più restrittiva lettura, che intende, invece, «*in caso di malattia*» come “*nel*” caso di malattia e che, di conseguenza, circoscrive la facoltà di validamente designare il convivente come rappresentante per la salute unicamente a quelle patologie che permettono di essere accertate con sufficiente anticipo rispetto al momento in cui provocano l'ingresso nella condizione d'incapacità d'intendere e di volere.

²⁰ V. *supra*, §1.

²¹ Fermo restando che, ove la dichiarazione sia fatta nel tempo della buona salute e poi sopravvenga una malattia che non comporta repentina perdita di capacità d'intendere e di volere e che quindi lascia tempo e modo sufficienti per riflettere ed eventualmente per variare la scelta compiuta, sarà sempre possibile revocare o modificare l'atto in modo tale da adattare – se del caso – la scelta presa in astratto alle condizioni che si sono verificate in concreto.



4. — In secondo luogo, mentre, come s'è visto²², la designazione dell'amministrazione di sostegno, ex art. 408 cod. civ., deve rivestire la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, l'atto di nomina del convivente quale rappresentante per la salute può essere redatto, in base a quanto stabilito dall'art. 1, comma 41 d.d.l., anche in forma scritta e autografa senza alcuna ulteriore formalità, ovvero compiuto oralmente, alla presenza di un testimone soltanto, in caso di impossibilità a scrivere del dichiarante.

Si osservi, inoltre, che in caso di inabilità a redigere l'atto, ma non a sottoscriverlo, l'art. 1, comma 41 d.d.l. impone lo stesso il ricorso alla dichiarazione orale senza consentire che il documento possa essere steso *manu aliena* e solo sottoscritto da parte del convivente davanti a più testimoni, ciò che permetterebbe di basarsi, anche in queste situazioni, su un'evidenza documentale senza doversi, invece, affidare alla più labile prova testimoniale. Nulla, infatti, specifica il comma 41 dell'art. 1 d.d.l. in merito all'eventuale obbligo di messa per iscritto della dichiarazione effettuata oralmente, a differenza di quanto è invece richiesto, a livello di vigente normativa deontologica²³, per le dichiarazioni anticipate di trattamento previste dall'art. 38 cod. deont. med., le quali debbono essere espresse in forma scritta, sottoscritta e datata dopo aver ricevuto un'informazione medica di cui resta traccia documentale atta a comprovare anche la libertà e consapevolezza delle scelte compiute.

Neppur si contempla, sempre all'art. 1, comma 41 d.d.l., un intervento da parte di un soggetto terzo in funzione di controllo dell'autenticità della designazione e della sua conformità all'ordinamento giuridico e all'interesse esclusivo dell'incapace, come, invece, si prevede, agli artt. 405 e 407 cod. civ., per l'amministrazione di sostegno²⁴.

Tali limitate formalità si contrappongono, a ben vedere, anche ai ben più impegnativi requisiti formali richiesti, *ad substantiam*, per i "contratti di convivenza" di cui all'art. 1, comma 50 d.d.l.

Ai sensi del comma 51, infatti, il contratto di convivenza deve essere stipulato, a pena di nullità, per atto pubblico o per scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Siffatta differenza di forme, se si può senza dubbio giustificare in virtù del rapporto di coppia e di mutua assistenza morale, tipico della relazione di convivenza, appare tuttavia distonica tenendo conto che mentre i contratti di convivenza riguardano unicamente la regolazione dei rapporti patrimoniali della vita in comune, la designazione del rappresentante per la salute coinvolge un

²² V. *supra*, §1.

²³ FNOMCeO, *Codice di deontologia medica*, adottato il 18 maggio 2014.

²⁴ V. *supra*, §1.



vero e proprio diritto personalissimo, accedente al nucleo fondamentale dei valori di dignità-identità e di autonomia della persona.

Né si può invocare fino in fondo, a giustificazione del diverso regime formale a cui sono sottoposti, la circostanza che mentre i contratti di convivenza, *ex art. 1, comma 52 d.d.l.*, spiegano effetti anche nei confronti dei terzi, la designazione del convivente-fiduciario sarebbe limitata solamente alla coppia; o che le condizioni di fragilità in cui potrebbe versare il convivente-designante sconsigliano di aggravare il conferimento della rappresentanza per la salute con oneri procedurali.

Anche la nomina del rappresentante per la salute, infatti, non è circoscritta soltanto alla relazione fra conviventi, dal momento che essa riveste efficacia giuridica sia nei confronti del personale medico, col quale il convivente-rappresentante dovrà interagire sulla base dell'incarico di rappresentanza ricevuto, sia rispetto ai soggetti titolari delle altre funzioni di rappresentanza degli altri interessi diversi dalla salute, ai quali la designazione stessa dovrà essere opposta al fine di escludere il loro intervento nelle scelte che riguardano i trattamenti sanitari.

Dal canto suo, la vulnerabilità²⁵, nella quale potrebbe venire a trovarsi un convivente, magari gravemente ammalato, consiglierebbe, semmai, di irrobustire le cautele formali che l'ordinamento è tenuto ad apprestare a sua tutela, rispetto a quelle dovute per un contratto di convivenza stipulato nel pieno delle forze, anche in vista di eventuali dispute successive sul ruolo e i poteri del convivente designato che potrebbero magari sorgere coi più stretti parenti del convivente designante, e che quest'ultimo, in quanto caduto in condizione d'incapacità, non sarebbe più in grado di contribuire personalmente a comporre.

Da questo punto di vista, la presentazione e approvazione con voto di fiducia del "maxi-emendamento" governativo n. 1.10000 (che, peraltro, ha ripreso, senza modificazioni, l'art. 12, commi 2 e 3, dell'originario progetto di legge²⁶) ha precluso al Senato di valutare ed

²⁵ Cfr. *Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolan*, adottata, nel 1998, dai partecipanti al Biomed II Project; nonché, più recentemente, in dottrina, P. BINETTI, *Il consenso informato. Relazione di cura tra scienze umane e tecnologia*, MaGi, Roma, 2010.

²⁶ I disegni di legge presentati al Senato della Repubblica nella XVII legislatura in corso, poi confluiti nel d.d.l. A.S. n. 2081 in commento, effettuavano, in relazione al punto che qui interessa, non invero da tutti affrontato, scelte diversificate.

In particolare, il d.d.l. A.S. n. 314, "*Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi*" (sen. Barani e Mussolini), conteneva, all'art. 4, la stessa formula del d.d.l. A.S. n. 2081; il d.d.l. A.S. n. 14, "*Disciplina delle unioni civili*" (sen. Manconi e Corsini), prevedeva, all'art. 17, per le parti di un'unione civile, che, in assenza di diversa dichiarazione di volontà da manifestarsi per iscritto, e nell'ipotesi di incapacità d'intendere e di volere anche temporanea del *partner*, fatte salve le norme in materia d'interdizione o inabilitazione, tutte le decisioni relative allo stato di salute avrebbero dovuto essere prese dall'altro *partner*; il d.d.l. A.S. n. 909, "*Normativa sulle unioni civili e sulle unioni di mutuo aiuto*" (sen. Petraglia *et alii*), riproduceva, all'art. 18, la stessa



eventualmente di adottare vuoi l'emendamento n. 12.6004²⁷, in base al quale sarebbe stato richiesto l'atto scritto autenticato o, in caso di impossibilità, l'intervento di un pubblico ufficiale che avrebbe poi formato un processo verbale, vuoi l'emendamento n. 12.6008²⁸, in forza del quale sarebbe stato necessario il ricorso all'atto pubblico o alla scrittura privata autenticata in linea con le previsioni di cui all'art. 408 cod. civ. per l'amministrazione di sostegno quale strumento funzionale, secondo la giurisprudenza²⁹, alla pianificazione anticipata delle cure.

Il disegno di legge, inoltre, non prevede la successiva registrazione dell'atto di designazione, diversamente da quanto dispone, invece, l'art. 1, comma 52 per i contratti di convivenza, che il professionista, notaio o avvocato, è tenuto a trasmettere in copia, e senza indugio, all'ufficiale di stato civile per l'iscrizione all'anagrafe del Comune di residenza dei conviventi ai sensi degli artt. 5 e 7 d.P.R. n. 223 del 1989.

Un siffatto silenzio del disegno di legge, se rende liberi i conviventi di definire le modalità di conservazione del documento in base alle loro specifiche dinamiche di coppia, non fuga, però, i rischi di contraffazione, smarrimento o difficile rinvenimento della dichiarazione nel momento in cui occorre servirsene, tenuto conto, fra l'altro, che il malato, proprio in quanto nel frattempo diventato incapace d'intendere e volere, potrebbe essere anche rimasto privo, in ragione

formula dell'art. 17 del d.d.l. A.S. n. 14; il d.d.l. A.S. n. 239, "*Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà*" (sen. Giovanardi), stabiliva, all'art. 1986-*sexies* di un nuovo capo XVI-*bis* al titolo III del libro quarto del codice civile, che il contratto di convivenza e solidarietà, stipulato per atto scritto a pena di nullità e ricevuto in forma pubblica con successiva trasmissione in copia al comune di residenza per l'iscrizione in anagrafe a norma degli artt. 5 e 7 d.P.R. n. 223/1989, avrebbe potuto prevedere, in presenza di sopravvenuta anche temporanea incapacità d'intendere e di volere, che, fatte salve le norme sulle misure di protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia, tutte le decisioni relative allo stato di salute, e più in generale di carattere sanitario, nei limiti delle vigenti disposizioni, fossero assunte dal convivente; il d.d.l. A.S. n. 1360, "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*" (sen. Fattorini e Lepri), stabiliva, all'art. 9, la facoltà per il *partner* di delegare l'altro, in caso di sopravvenuta incapacità d'intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute nei limiti delle vigenti disposizioni, mediante atto scritto e autografo o, in caso di impossibilità materiale a redigerlo, mediante un processo verbale di mano di notaio alla presenza di testimoni; il d.d.l. A.S. n. 1763, "*Disposizioni in materia di istituzione del registro delle stabili convivenze*" (sen. Romano *et alii*), riprendeva, all'art. 10, per i conviventi stabili anche dello stesso sesso, la formula del d.d.l. A.S. n. 1360; il d.d.l. A.S. n. 2084, "*Disciplina delle unioni civili*" (sen. Caliendo, Cardiello e Zizza), stabiliva, all'art. 16, la facoltà di delegare il *partner*, con atto scritto autenticato o, in caso d'impossibilità, con comunicazione di volontà a pubblico ufficiale che ne avrebbe redatto processo verbale, a ricevere dal personale sanitario le indicazioni sulle opportunità terapeutiche e ad adottare le decisioni necessarie sulla salute nei limiti delle norme vigenti in caso di malattia da cui derivi incapacità d'intendere e di volere; il d.d.l. A.S. n. 2069, "*Disciplina delle unioni registrate*" (sen. Malan e Bonfrisco), attribuiva, all'art. 5, a ciascuna parte dell'unione registrata la facoltà di assumere le decisioni necessarie sulla salute dell'altra parte in caso di malattia da cui derivasse incapacità d'intendere e di volere, e di ricevere altresì dal personale sanitario informazioni sulle opportunità terapeutiche, senza contemplare alcun meccanismo di delega.

²⁷ Presentato dai sen. Caliendo, Malan e Gasparri.

²⁸ Presentato dai sen. Pagliari, Cocianich e Del Barba.

²⁹ V. *supra*, §1.



dell'infermità che l'ha colpito, delle capacità mnemonico-cognitive sufficienti a ricordare e a comunicare agli interessati dove il documento risulta custodito.

Sotto questi aspetti, la scelta compiuta dal Senato, su cui, peraltro, la Camera potrebbe ancora intervenire in sede di approvazione del disegno di legge, rischia di non risultare pienamente in linea con quanto richiesto dalla raccomandazione n. 1859 (2012), discussa e adottata il 25 gennaio 2012 dalla VI sessione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

La raccomandazione, infatti, pur rimarcando che la disciplina sul testamento biologico non deve prevedere formulari complessi o formalità costose che rendano l'istituto non a tutti accessibile (§7.2), esorta, almeno in linea di principio, a prevedere che le dichiarazioni anticipate di trattamento e la procura sanitaria siano oggetto, oltreché di un'apposita convalida, di una successiva registrazione, meglio se attraverso pubbliche conservatorie di livello nazionale (§7.5).

5. — In terzo luogo, giova osservare che, mentre l'amministrazione di sostegno consente, come s'è visto³⁰, l'enunciazione di bisogni, necessità ed aspirazioni di cura, che l'autorità giudiziaria e l'amministratore sono tenuti a prendere in considerazione nei limiti del miglior interesse dell'assistito di cui agli artt. 407, comma 2, e 410, comma 1, cod. civ., piuttosto incerto risulta, invece, se il convivente designante possa fornire all'altro convivente delle istruzioni sui trattamenti diagnostico-terapeutici da ricevere in condizione d'incapacità, una volta che l'abbia nominato quale suo rappresentante per la salute, visto che l'art. 1, comma 40, *lett. a*) d.d.l. è del tutto silente sul punto.

Né si può invocare la circostanza che la rappresentanza *ex art. 1, comma 40, lett. a*) d.d.l. può essere conferita con «*poteri pieni o limitati*».

La "limitazione" alla quale il disegno di legge si rifà, infatti, riguarda unicamente la facoltà di escludere *tout-court* il rappresentante da alcune tipologie di scelte sulla salute (come, ad esempio, quelle che riguardano gl'interventi non di *routine*), ma non appare utilizzabile anche quale ancoraggio normativo per ammettere che il dichiarante possa circoscrivere, attraverso apposite direttive di cura, la discrezionalità dell'operato del rappresentante.

6. — Vi è poi un ulteriore e ultimo profilo della normativa *in fieri* diverso da quelli sin qui esaminati, che merita ugualmente segnalare in vista del prossimo passaggio parlamentare del disegno di legge e che riguarda i rapporti fra le disposizioni dettate per le convivenze di fatto

³⁰ V. *supra*, §1.



dall'art. 1, commi 40, *lett. a)* e 41 d.d.l.³¹ e il regime delle unioni civili di cui ai commi da 1 a 35 dello stesso art. 1 d.d.l.³².

A quanto consta, infatti, il disegno di legge non contempla, per i *partner* dell'unione civile, alcun istituto analogo a quello che riconosce, invece, ai conviventi di fatto all'art. 1, comma 40, *lett. a)* d.d.l.

Né, al fine di ritenere che anche ai soggetti legati da un'unione civile possa essere riconosciuta la facoltà di cui all'art. 1, comma 40, *lett. a)* d.d.l., si possono invocare i diritti e i doveri di assistenza (morale) previsti dall'art. 1, comma 11 d.d.l., sostenendo che l'art. 1, comma 40, *lett. a)* fa parte delle disposizioni relative al regime di assistenza sanitaria fra conviventi.

Infatti, un conto è l'assistenza sanitaria, intesa nei termini di diritto-dovere di visita e assistenza all'infermo, o di acquisizione di informazioni cliniche in caso ricovero; altro e diverso conto è, invece, la rappresentanza sanitaria, quale strumento per l'adozione di scelte sulla salute che riguardano il paziente divenuto incapace, da parte di un proprio fiduciario in precedenza designato. Prova ne sia che lo stesso disegno di legge, in relazione ai conviventi di fatto, dedica una disciplina per l'assistenza sanitaria, *ex art.* 1, comma 39, ben distinta rispetto a quella che detta, invece, per la rappresentanza sanitaria, all'art. 1, commi 40, *lett. a)* e 41, il cui contenuto non è né richiamato, né ripreso nelle norme dedicate alle unioni civili.

Neppure vale la “clausola *omnibus*” di cui all'art. 1, comma 20 d.d.l., che estende alla parte dell'unione civile, con alcune limitazioni inerenti al regime delle adozioni che in questa sede non rilevano, tutte le espressioni equivalenti a quelle di coniuge, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, negli atti amministrativi e nei contratti collettivi.

A quanto pare, infatti, l'ordinamento vigente non sembra attribuire al coniuge una facoltà di designazione dell'altro coniuge quale proprio rappresentante per le scelte sanitarie in condizioni

³¹ Cfr. M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Federalismi.it*, 9 marzo 2016, pp. 7-8, che, nell'analizzare i contenuti del disegno di legge, imputa unicamente in capo ai conviventi di fatto, senza menzionare anche i *partner* dell'unione civile, la facoltà di rappresentanza per le decisioni da assumere nei casi di malattie che comportino l'incapacità di intendere e volere.

³² Ovverosia, ai sensi dell'art. 1, commi 2 e 4 d.d.l., l'unione fra due persone maggiorenni dello stesso sesso, non legate da vincolo matrimoniale o da un'altra unione civile, né interdette per infermità di mente (se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell'unione civile finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato), né che abbiano rapporti ai sensi dell'art. 87, comma 1 cod. civ., o siano, fra di loro, zio o zia e nipote, o risultino condannate in via definitiva per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte (se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio, ovvero se è stata pronunciata sentenza di condanna di primo o secondo grado o è stata adottata misura cautelare, la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento).



d'incoscienza che si possa considerare analoga a quella che l'art. 1, comma 40, *lett. a)* d.d.l. conferisce al convivente di fatto.

Se la Camera confermerà il testo approvato dal Senato, perciò, ai *partner* di un'unione civile, in mancanza dell'apposita disciplina riconosciuta ai conviventi di fatto, e altresì in assenza della possibilità di valersi dell'art. 1, comma 20 d.d.l., non resterà altro far ricorso, per potersi reciprocamente nominare quali rappresentanti per la salute, all'amministrazione di sostegno, nella sua veste di strumento di matrice giurisprudenziale³³ per la pianificazione anticipata delle cure, facendo aggio, a tal fine, sulla previsione di cui all'art. 1, comma 15 d.d.l. che applica anche alle unioni civili l'istituto di cui al capo I del titolo XII del libro primo del codice civile.

Sempre che, invece, non si ritenga che il disegno di legge, avendo, da un lato, compiuto la scelta di estendere anche alle convivenze di fatto l'istituto dell'amministrazione di sostegno, ma, dall'altro lato, avendo poi previsto un apposito istituto per la designazione del convivente quale rappresentante per la salute, si sia in realtà mosso nella logica di considerare non utilizzabile l'amministrazione di sostegno per la pianificazione anticipata delle cure.

In questa prospettiva, infatti, non essendo applicabile alle unioni civili quanto stabilito all'art. 1, commi 40, *lett. a)* e 41 d.d.l., in quanto riservato ai soli conviventi, né essendo prevista per le stesse unioni civili alcuna disposizione specifica sulla falsariga di quella attribuita alle convivenze di fatto, né giovando la possibilità di ricorrere all'amministrazione di sostegno, *ex art.* 1, comma 36 d.d.l., giacché tale istituto non potrebbe essere comunque utilizzato per la pianificazione anticipata delle cure, verrebbe del tutto a cadere, nel contesto del disegno di legge, ogni possibilità per i *partner* di un'unione civile di designarsi, l'un l'altro, quali rappresentanti per le decisioni sulla salute in condizioni d'incapacità.

Se non vi saranno chiarificazioni in proposito da parte della Camera, perciò, la normativa *in fieri* approvata dal Senato potrebbe anche prestarsi ad essere letta nel senso di aver attribuito ai conviventi stabili una facoltà di designazione del fiduciario per la salute internamente alla coppia, negata invece ai componenti dell'unione civile, in spregio al ben più forte legame di vita che contraddistingue tale formazione sociale rispetto a quello che caratterizza una convivenza di fatto.

³³ V. *supra*, §1.