

# SULL'UTILIZZO DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO, IN PREVISIONE DELLA FUTURA INCAPACITA', PER FAR VALERE IL TESTAMENTO BIOLOGICO

di Gianantonio Barioni

RELAZIONE TENUTA AL CONVEGNO SUL TESTAMENTO BIOLOGICO ORGANIZZATO DALL'ASSOCIAZIONE SINDACALE DEI NOTAI DELL'EMILIA ROMAGNA "ALDO DALLA ROVERE" ALLA ROCCA DEL SASSO DI VERUCCHIO (RN) IL 14 SETTEMBRE 2013

**Indice degli argomenti:** 1. Introduzione - 2. La figura dell'Amministratore di sostegno e la "*cura personae*" - 3. L'Amministratore di sostegno quale strumento per la manifestazione del consenso/diniego ai trattamenti sanitari tra Giurisprudenza di merito e Giurisprudenza di legittimità: il caso "Eluana Englaro" - 3.1 La Giurisprudenza di merito - 3.2 La Corte di Cassazione ed il consenso presunto - 4. L'evoluzione interpretativa della figura dell'Amministratore di sostegno e le ragioni alla base della nomina "ora per allora" - 5. Le diverse posizioni della Giurisprudenza di merito in relazione alla nomina dell'Amministratore di sostegno "ora per allora" - 5.1 La Giurisprudenza di merito favorevole - 5.2 La Giurisprudenza di merito contraria - 6. La più recente posizione della Corte di Cassazione sulla nomina "ora per allora" - 7. Il ruolo del notaio - 8. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

Scopo della presente relazione è quello di fornire una disamina, per quanto possibile esaustiva, degli orientamenti che la Giurisprudenza di merito e la Corte di Cassazione hanno, in questi ultimi anni, espresso in materia di trattamenti sanitari e terapeutici di "fine vita" con particolare riguardo alla persona dell'incapace.

La tematica sul "fine vita" ha attratto non solo l'interesse del giurista in quanto tale, ma in ragione degli aspetti etici, morali, culturali e religiosi che la stessa coinvolge, la gran parte dell'opinione pubblica, e ciò soprattutto dopo il caso di Eluana Englaro, risoltosi, dopo lunghe battaglie giudiziarie, con l'intervento della Corte di Cassazione (sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007).

Al fine di un corretto inquadramento delle problematiche in oggetto, occorre preliminarmente soffermarsi sul principio di "autodeterminazione in campo medico" con particolare riferimento al "consenso/dissenso informato".

E' ormai pacifico che ogni intervento sanitario, anche salvavita, sia legittimo solo in presenza di un **consenso personale, libero, attuale, informato e revocabile**, quale espressione del principio di

libera autodeterminazione e del diritto alla libertà personale, fisica e morale nonché del diritto alla salute, tutti costituzionalmente garantiti.

In sintesi, trattasi del diritto di ricevere, al fine di una piena e consapevole adesione, tutte le opportune e necessarie informazioni in merito alla natura del trattamento medico ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico.

Il "consenso informato", il cui pieno riconoscimento, quale diritto fondamentale ed assoluto, ha avuto luogo attraverso la sentenza della Corte Costituzionale n. 438 del 15 dicembre 2008, che si è richiamata ai principi di cui agli articoli 2, 13 e 32, 2° comma della Costituzione, è altresì espresso da altre fonti sia a livello sovranazionale che nazionale quali:

- l'art. 3, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 1978, le cui disposizioni sono vincolanti all'interno del contesto europeo anche a seguito del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009;
- la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e sulla bioetica del 1997;
- l'art. 33 della Legge n. 833/1978 istitutiva del Sistema Sanitario Nazionale;
- gli articoli 33 e 35 del Codice di Deontologia Medica vigente, che seppure privo di valore normativo, ha la funzione di regolare i rapporti interni della categoria professionale di riferimento.

Per quanto quivi espresso circa le caratteristiche del diritto di autodeterminazione, è evidente come lo stesso presupponga, in capo al suo titolare, la capacità di intendere e di volere nel sopra descritto senso di "*attitudine a comprendere il significato dei propri atti secondo valutazioni di ordine personale, etico, religioso, culturale e filosofico*" con ciò ravvisandosi l'assenza di ogni problematica, laddove lo stesso debba essere espresso da parte di soggetti capaci.

Al contrario, il problema si pone con riferimento ai soggetti privi della capacità di intendere e di volere ed alla necessità di tutela del diritto personale alla salute e del diritto all'autodeterminazione.

La tematica che si pone è, quindi, quella di conciliare i limiti derivanti dal carattere personalissimo di questi diritti sia con gli istituti propri della rappresentanza legale in generale (minori<sup>1</sup> e interdetti<sup>2</sup>) sia in relazione all'amministrazione di sostegno.

Come sopra accennato, in questi ultimi anni sono stati numerosi gli interventi da parte dei Giudici tutelari, i quali hanno sancito l'ammissibilità della nomina dell'Amministratore di sostegno, a cui è stato attribuito il potere di dare o negare il consenso a determinati trattamenti sanitari, e ciò o sulla

---

<sup>1</sup> Per una puntuale disamina dell'esercizio del consenso informato in materia di minori si rinvia alla lettura degli articoli 316, 317 e 357 c.c. da cui si evince che rientra nella potestà genitoriale il diritto/dovere di prestare il consenso a trattamenti medico chirurgici dei figli. In tema di partecipazione dei minori nelle scelte terapeutiche, in base all'età ed alla capacità di discernimento si vedano: art. 38, 2° comma, Codice di Deontologia Medica; art. 24 Carta dei Diritti fondamentale dell'Unione Europea; Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli; Convenzione di Oviedo.

<sup>2</sup> Per l'interdetto si veda il combinato disposto degli articoli 357 e 424 c.c., da cui si evince l'attribuzione al tutore della cura dell'interdetto; in senso restrittivo vedasi Cass. civ. Sez. 1° del 21/07/2000 n. 9582 che ha escluso il potere di rappresentanza del tutore per gli atti personalissimi, e, in senso contrario, vedasi Cass. civ. Sez. 1° del 16 ottobre 2007 n. 21748 "caso Englaro".

base del consenso preventivamente dato per iscritto o sulla base di un consenso presunto e, in alcuni casi, con nomina anticipata rispetto al verificarsi dello stato d'incapacità del beneficiario.

A questo punto occorre chiedersi se sia compatibile con le finalità proprie dell'Amministratore di sostegno tale ampliamento della sua funzione.

## **2. La figura dell'Amministratore di sostegno e la “cura personae”**

La Legge n. 6 del 9 gennaio 2004 ha introdotto nel Codice Civile l'istituto dell'Amministratore di sostegno, la cui finalità è enunciata nell'articolo 1 della citata Legge, ove testualmente si definisce che *“obiettivo della legge è tutelare le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporanei o permanenti limitandone in misura minima la capacità di agire”*.

Detta logica garantista dell'essere umano in quanto tale e delle sue esigenze di vita, salute, rapporti familiari e sociali costituisce il tratto fondante dell'intera normativa a partire dai presupposti della sua applicazione enunciati nell'art. 404 c.c. ovvero infermità o menomazione fisica/psichica, dall'iter procedurale per la nomina da parte del Giudice tutelare, che deve sentire direttamente la persona del beneficiario (art. 407 c.c.), dal quantum dei poteri conferiti all'Amministratore di sostegno nel decreto di nomina, correlati alle concrete esigenze del beneficiario (art. 405 c.c.), e, infine, dalla possibilità per il beneficiario di proporre personalmente il ricorso (art. 406 c.c.).

Questi presupposti hanno portato a definire l'istituto dell'amministrazione di sostegno una vera e propria rivoluzione istituzionale, riconosciuta come tale dalle Corti superiori<sup>3</sup>, tanto da far apparire quasi desueti gli altri istituti protezionistici dell'interdizione ed inabilitazione, confinati in uno spazio ormai residuale.

Questa tendenza, peraltro, è stata confermata da una recente sentenza della Corte di Cassazione<sup>4</sup>, secondo la quale l'ambito di applicazione del nuovo istituto va individuato non già sulla base di un criterio quantitativo (del più o meno intenso grado dell'infermità del beneficiario) bensì sulla base di criterio di natura funzionale e qualitativa, ovvero nella capacità di questo istituto, per la sua duttilità e flessibilità, di meglio adattarsi alle concrete esigenze di vita della persona bisognosa.

Si ricorda, inoltre, come l'amministrazione di sostegno, diversamente dalla tutela e dalla curatela, non ha funzioni predefinite dall'ordinamento bensì indicate *ad hoc* dal giudice.

Peraltro, proprio dal confronto con gli altri istituti della rappresentanza legale, la dottrina non ha mancato di evidenziare come la nuova normativa sull'amministrazione di sostegno non s'incentri solo

---

<sup>3</sup> Corte Cost. 9 dicembre 2005 n. 440, chiamata a valutare la legittimità costituzionale della nuova disciplina poiché la stessa non indicherebbe i criteri selettivi per distinguerla dall'interdizione e dall'inabilitazione; Cass. civ. 13584/2006; Cass. civ. 25366/2006, Cass. civ. 17421/2009 e Cass. civ. 4866/2010.

<sup>4</sup> Cass. Sez. 1° del 26 ottobre 2011 n. 22332, dove si conferma che l'amministrazione di sostegno offre uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minore misura possibile la capacità di agire, distinguendosi per tale funzione da tutela e curatela, non soppressi ma modificati dalla legge con la novellazione degli artt. 414 e 417 c.c.

sugli aspetti economici e patrimoniali ma si rivolga alla cura della persona sotto vari e molteplici aspetti.<sup>5</sup>

Benché l'articolo 411 c.c., nell'elencare le disposizioni dettate in tema tutela ed applicabili alla disciplina dell'amministrazione di sostegno, non richiami l'art. 357 c.c., non si può disconoscere l'assoluta prevalenza dei presupposti normativi attestanti la posizione centrale che ha la cura della persona, quali:

- l'ampiezza del concetto di "interesse" di cui all'art. 404 c.c.;
- la facoltà del Giudice, prevista dall'art. 405, 4° comma c.c., di dettare provvedimenti urgenti per la cura della persona oltre che per la conservazione e l'amministrazione del patrimonio;
- il dover tener conto, da parte del Giudice, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa, di cui all'art. 407, 2° comma c.c.;
- il criterio guida nella scelta dell'Amministratore di sostegno di cui art. 408, 1° comma c.c., costituito proprio dalla cura e dagli interessi della persona del beneficiario;
- la previsione di cui all'articolo 44 Disp. Att. c.c., che attribuisce al Giudice di dare all'Amministratore di sostegno istruzioni inerenti agli "interessi morali" del beneficiario.

Non manca, tuttavia, in dottrina e Giurisprudenza chi, argomentando dal fatto che nei lavori preparatori della legge il concetto di "*cura personae*" non compare in termini sostitutivi della volontà del beneficiario nonché dal mancato richiamo nell'art. 411 c.c. degli artt. 357, 358 e 371 c.c., ritenga la stessa completamente esclusa dai compiti propri dell'Amministratore di sostegno; altri ancora, pur ammettendo che la cura rientri tra le funzioni proprie dell'Amministratore di sostegno, negano che la stessa possa essere attribuita in via esclusiva all'Amministratore di sostegno, laddove rimanga in capo al beneficiario la "*cura patrimonii*"<sup>6</sup>.

Precisato quindi che, secondo l'orientamento prevalente, all'Amministratore di sostegno possa essere attribuito il potere di cura della persona, l'ulteriore questione che si pone è se in tale potere rientri il compimento di un atto personalissimo, quale è la prestazione del consenso/dissenso informato ai trattamenti medici ad esso relativi.<sup>7</sup>

Sul tema dei diritti personalissimi, la dottrina più rigorosa<sup>8</sup>, non ammettendo la sostituzione della volontà nell'esercizio di tali diritti, ritiene che "*la status d'incapacità determinerebbe l'esclusione dall'esercizio degli stessi*" o ancora che "*non si dovrebbe avere incertezza sul fatto che si è di fronte a scelte che non dovrebbero neppure lontanamente far porre la domanda, se altri possa decidere in luogo*

---

<sup>5</sup> In realtà l'aspetto della cura della persona non era estraneo alla normativa in tema di incapaci poiché in ambito di tutela era già previsto (art. 357 c.c.) il potere di cura della persona ma non sotto forma di sostituzione della volontà operando invece sul piano del compimento di atti volti ad assicurare il benessere della persona (cosiddetto "best interest").

<sup>6</sup> S. Delle Monache, Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno, Profili di diritto sostanziale.

<sup>7</sup> E' noto che per atti personalissimi s'intendono quelli coinvolgenti interessi legati alla persona dell'interessato quali i negozi familiari, il testamento, la donazione, come tali non passibili di delega a terzi.

<sup>8</sup> Falzea, Capacità, in Enciclopedia Diritto, Milano 1960; Santoro Passatelli, Dottrine Generali del Diritto Civile, Napoli, 1974.

*del diretto interessato, e men che meno altri possa sovrapporre la propria decisione a quella liberamente manifestata dall'interessato, vuoi in prossimità del trattamento, vuoi in sua previsione*<sup>9</sup>.

Poiché la disciplina dell'amministrazione di sostegno nulla dispone in relazione al compimento degli atti personalissimi è stata la Giurisprudenza di merito e la stessa Corte di Cassazione a far discendere, dalla cura della persona, la legittimità dell'intervento di un terzo, l'Amministratore di sostegno, quale strumento per valorizzare la volontà del paziente e consentirgli l'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti della libertà personale e della salute.

### **3. L'Amministratore di sostegno quale strumento per la manifestazione del consenso/diniego ai trattamenti sanitari tra Giurisprudenza di merito e Giurisprudenza di legittimità: il caso "Eluana Englaro"**

Senza presunzione di eshaustività, vale la pena richiamare alcuni decreti della Giurisprudenza tutelare, che, temporalmente collocabili tra l'entrata in vigore dell'istituto dell'amministrazione di sostegno ed il periodo immediatamente successivo al caso di Eluana Englaro, hanno nel loro complesso avallato la competenza dell'Amministratore di sostegno nel prestare il consenso ai trattamenti sanitari in luogo del soggetto incapace di esprimerlo.

#### **3.1 La Giurisprudenza di merito**

Si annoverano, tra i primi, alcuni decreti con i quali il Giudice tutelare adito, sulla base di una pregressa manifestazione di volontà, ha autorizzato il nominato Amministratore di sostegno a prestare il diniego ad eventuali trasfusioni di sangue, consentendogli così di esprimere la volontà del beneficiario, divenuto incapace, per tutto il periodo di degenza in ospedale.<sup>10</sup>

Proprio nel giorno dell'entrata in vigore della normativa sull'amministrazione di sostegno è da annoverare il provvedimento emesso dal Tribunale di Roma<sup>11</sup>, con il quale veniva nominato un Amministratore di sostegno con l'incarico di dare, in nome e per conto della beneficiaria, tutti i consensi necessari alla cura della stessa per il tempo del ricovero in una struttura ospedaliera.

La fattispecie si origina a seguito del rifiuto di un'anziana signora malata ed in gravissime condizioni (cancrena alle gambe) di sottoporsi ad un intervento chirurgico di amputazione degli arti inferiori indispensabile per la sua sopravvivenza, da cui la necessità, secondo il Giudice adito, di nomina di soggetto che manifestasse il mancato consenso all'intervento.

---

<sup>9</sup> G. Bonolini, Commentario al Codice Civile.

<sup>10</sup> Trib. di Vibo Valentia - Sez. Distaccata di Tropea del 30 novembre 2005 e Trib. di Roma del 2 dicembre 2005 (testimoni di Geova e trasfusioni).

<sup>11</sup> Trib. di Roma del 19 marzo 2004, con nota critica di Emanuele Calò in Notariato n.3/2004.

In senso conforme al Tribunale di Roma, ma di cinque anni successivi, è da ricordare il decreto emesso dal Giudice tutelare di Palermo<sup>12</sup>.

Trattasi di provvedimento nel quale veniva nominato l'Amministratore di sostegno al fine di esprimere, nell'interesse del beneficiario, la volontà in relazione al trattamento chirurgico ed alle ulteriori attività sanitarie necessarie, previa relazione al Giudice tutelare circa l'informativa resa sui rischi e modalità d'intervento dai medici all'Amministratore, restando in dovere di tenere in considerazione la volontà del beneficiario.

Nella decisione in esame, la richiesta di nomina dell'Amministratore di sostegno nasceva a seguito della comunicazione fatta dai servizi sociali circa la necessità di sottoporre ad intervento chirurgico al cuore un soggetto gravato da deficit mentale, il quale aveva manifestato (anche in sede di esame da parte del Giudice tutelare) "grande spavento per l'intervento".

A seguito delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, il Giudice non aveva ritenuto il diniego all'intervento, manifestato dal paziente, idoneo ad esprimere un valido consenso informato, stante lo *status* d'incapacità del medesimo paziente.

Il comune denominatore di entrambi i provvedimenti appare essere la convinzione che, in mancanza di completa capacità del paziente di comprendere la situazione patologica di cui era affetto, è l'Amministratore di sostegno a dover esprimere il consenso informato, previa autorizzazione del Giudice tutelare, a nulla rilevando il rifiuto opposto dall'interessato privo di una sufficiente capacità di *intelligere*<sup>13</sup>.

Parte della dottrina ha ravvisato in queste decisioni una strumentalizzazione dell'utilizzo della figura dell'Amministratore di sostegno, in quanto destinata a ribaltare la volontà espressa dall'interessato in merito al trattamento sanitario prospettato, con una sovrapposizione della decisione di un'altra persona rispetto alla scelta effettuata dal paziente. Quest'ultima determinazione infatti, dovrebbe comunque essere rispettata, pur in assenza di capacità di agire, e benchè espressa con mera consapevolezza.

Tali decisioni sono apparse alla richiamata dottrina, in contrasto con la pacifica finalità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno di conservare, per quanto possibile, la capacità d'agire del beneficiario ed in particolare quella di tener conto della sua volontà e dei suoi interessi.

Con decisione del Tribunale di Modena del 13 maggio 2008<sup>14</sup> non solo si conferma la linea giurisprudenziale di ravvisare nell'Amministratore di sostegno lo strumento idoneo per negare, in

---

<sup>12</sup> Trib. di Palermo del 9 dicembre 2009.

<sup>13</sup> In senso conforme Trib. di Modena del 15 settembre 2004 e del 26 gennaio 2009; Trib. di Genova del 6 marzo 2009.

<sup>14</sup> Il caso riguardava una persona affetta da patologia irreversibile (SLA) che, informata dei relativi sviluppi, aveva lucidamente espresso la volontà di non essere sottoposta a tracheostomia e ventilazione forzata quando lo stato della malattia lo avesse richiesto e fosse stato necessario per salvarle la vita. Il ricorso per la nomina dell'Amministratore di Sostegno era stato presentato dalla Responsabile dell'Ufficio Tutela dell'Usl di Modena, unitamente ad una relazione clinica attestante la gravità della patologia, un perizia psichiatrica dalla quale risultava la capacità d'intendere e di volere della paziente e la sua volontà di non essere sottoposta alle manovre invasive prospettate ed un terzo documento con il quale il coniuge ed i figli maggiorenni dichiaravano piena adesione alle dette volontà.

nome e per conto del beneficiario, eventuali trattamenti terapeutici futuri, ai quali l'interessato, nel pieno delle proprie facoltà, abbia con chiarezza negato di voler essere sottoposto, ma attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 408, 1° comma c.c.<sup>15</sup>, seppur non applicato al caso di specie<sup>16</sup>, si giunge alla conclusione che detta norma attribuisca al beneficiario la facoltà d'indicare, nella designazione, anche i compiti che quest'ultimo dovrà seguire.

Dalla lettera della citata norma e dalla stessa *ratio*, è fatta discendere la constatazione che *"l'amministrazione di sostegno è l'istituto appropriato per esprimere le disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi d'incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico"*<sup>17</sup>.

L'ulteriore passaggio argomentativi è rappresentato dalla considerazione che l'esistenza del diritto sostanziale di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, dello strumento con cui dare espressione alla volontà del beneficiario (atto pubblico o scrittura privata autenticata), l'istituto processuale (amministrazione di sostegno) con cui avvalersene, confermerebbero *"l'assoluta superfluità"* di un intervento legislativo volto a disciplinare il testamento biologico.

Il ragionamento si completa affermando che se è data, come espresso dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 21748/2007 (caso Englaro) di seguito meglio analizzata, la possibilità d'interrompere un trattamento salvifico sulla base di una ricostruzione della volontà presunta del soggetto, a maggior ragione ciò dovrebbe applicarsi laddove l'incapace abbia lasciato specifiche disposizioni scritte dirette ad escludere trattamenti artificiali che consentano il mantenimento in vita.

In senso contrario, si richiama la decisione del Tribunale di Asti del 10 maggio 2012, la quale ha respinto il ricorso per la nomina di un Amministratore di sostegno con attribuzione del potere di assumere decisioni in ordine ai trattamenti sanitari invasivi della sfera personale a favore di soggetto portatore di handicap fin dalla nascita e privo di discernimento e conseguente rinvio al pubblico ministero per la nomina del tutore, ritenendosi l'Amministratore di sostegno inidoneo a manifestare il consenso.

Il diniego è fondato sulla necessità che il potere di prestare il consenso derivi dalla legge e non dalla disposizione giudiziale e, questo, sulla base della riserva di legge di cui all'art. 32, 2° comma della Costituzione e dall'art. 3, 2° comma lett. a) della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dove si stabilisce che deve essere rispettato il consenso libero ed informato della persona interessata secondo le modalità definite dalla legge.

---

<sup>15</sup> L'art. 408, 1° comma c.c. consente all'interessato di designare l'Amministratore di sostegno, in previsione della propria futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.

<sup>16</sup> La valutazione interpretativa porta il Giudice adito a ritenere che, nel caso di specie, quanto alla forma la designazione possa essere effettuata nello stesso ricorso.

<sup>17</sup> Secondo la definizione data dal Comitato Nazionale per la Bioetica con tale espressione si intende un documento con il quale una persona dotata di piena capacità esprime la sua volontà circa i trattamenti a cui desidera o non desidera essere sottoposto nel caso in cui nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non fosse in grado di esprimere il proprio consenso informato.

### 3.2 La Corte di Cassazione ed il consenso presunto.

A cavallo della giurisprudenza citata si colloca il caso di Eluana Englaro, che seppur relativo alla tutela e non all'amministrazione di sostegno, ha costituito uno spartiacque di fondamentale importanza circa l'ammissibilità della manifestazione del consenso/diniego ai trattamenti sanitari di fine vita da parte di un soggetto terzo (il tutore), rispetto al titolare del medesimo diritto, impossibilitato ad effettuarlo per la propria condizione d'irreversibile stato d'incapacità.

La fattispecie, ben nota alla cronaca, è quella relativa alla richiesta di sospensione della nutrizione e dell'idratazione forzata da parte del padre di Eluana (una donna da molti anni in stato vegetativo permanente, a seguito di un incidente), sulla base della sua volontà presunta<sup>18</sup> ricostruita attraverso prove testimoniali.

L'annosa vicenda giudiziaria si snoda attraverso l'iniziale dichiarazione d'inammissibilità dell'istanza effettuata dal padre/tutore, sulla base dell'assunto che l'articolo 2 della Costituzione, quale norma primaria del nostro ordinamento, implichi una tutela assoluta ed inderogabile del diritto alla vita<sup>19</sup>; per poi proseguire, con un primo provvedimento della Suprema Corte<sup>20</sup>, nel quale era stato sancito il principio per cui non si riteneva configurabile in capo al tutore una rappresentanza generale degli interessi dell'interdetto con riguardo agli atti personalissimi, in difetto di specifiche risultanze e si rendeva, pertanto, indispensabile la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c., quale contraddittore necessario nel giudizio.

A seguito della presentazione di nuova istanza, previa nomina del curatore ex articolo 78 c.p.c., il Tribunale adito in data 2 febbraio 2006 dichiarava ancora una volta inammissibile l'istanza, affermando che il tutore non potesse, neppure con l'assenso del curatore, esprimere scelte al posto o nell'interesse dell'incapace in materia di diritti personalissimi.

La successiva Corte d'Appello di Milano, in sede di reclamo, pur rigettando il ricorso, non essendo stata raggiunta la prova che la volontà di Eluana, quando cosciente, fosse contraria alla prosecuzione dei trattamenti salvavita, tuttavia riteneva ammissibile il ricorso sulla base del generale potere di cura spettante al rappresentante legale dell'incapace ex artt. 357 e 424 c.c..

E così si arriva alla sentenza della Cassazione n. 21748 del 16 ottobre 2007, la quale ha riconosciuto al Giudice il potere di autorizzare l'interruzione della alimentazione e della idratazione artificiale alle due seguenti condizioni:

- che lo stato vegetativo sia, in base ad rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile;

---

<sup>18</sup> Infatti Eluana aveva in passato affermato, durante la visita in ospedale ad un amico che si trovava in stato vegetativo irreversibile, che qualora la stessa cosa fosse capitata a lei mai avrebbe voluto subire trattamenti che l'avessero tenuta artificialmente in vita, se ridotta a tale stato.

<sup>19</sup> Decreto del Trib. di Lecco del 2 marzo 1999, confermato in sede di reclamo dalla Corte di Appello di Milano, con decreto del 31 dicembre 1999; Decreto del Trib. di Lecco del 20 luglio 2002, confermato in sede di reclamo dalla Corte di Appello di Milano con decreto del 17 ottobre 2003.

<sup>20</sup> Cass. Civ. del 20 aprile 2005 n. 8291.

- che tale richiesta sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della “voce del rappresentato” tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, di quando era capace e sia conforme al suo modo di concepire la dignità della persona.

Secondo la Corte, il tutore deve *“agire nell'esclusivo interesse dell'incapace e deve decidere con l'incapace”* ricostruendo la volontà presunta sulla base dei criteri sopra indicati. Pertanto, al tutore, dato il carattere personalissimo del diritto alla salute, non viene trasferito un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale incoscienza.

L'affermarsi del principio volontaristico in materia sanitaria ed il recepimento di tale principio da parte della Giurisprudenza della Suprema Corte apre la strada all'ulteriore evoluzione giurisprudenziale che utilizza l' istituto dell'amministrazione di sostegno per dare attuazione al **testamento biologico** cioè al documento con **il quale una persona capace esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposto nel caso in cui non sia in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso informato.**

Nel solco della citata sentenza, si colloca il recente provvedimento del Giudice tutelare di Reggio Emilia del 24 luglio 2012 con il quale si autorizza l'Amministratore di sostegno a prestare il consenso all'attuazione di terapia di natura palliativa, negandolo al contrario per l'intubazione meccanica, sulla base della ricostruzione della volontà presunta del beneficiario, desunta sostanzialmente da testimonianze di dichiarazioni, che la beneficiaria avrebbe reso antecedentemente, di contrarietà all'accanimento terapeutico.

Si segnala che, nel caso di specie, l'Amministratore di sostegno era già stato autorizzato nel precedente decreto di nomina a prestare il consenso informato sia per i trattamenti medici ordinari sia, previa autorizzazione del Giudice, per quelli straordinari, conformemente alla prassi adottata da alcuni tribunali, tra cui quelli di Modena e Reggio nell'Emilia.

#### **4. L'evoluzione interpretativa della figura dell'Amministratore di sostegno e le ragioni alla base della nomina “ora per allora”**

Con la Giurisprudenza sopra richiamata, ma soprattutto con quella che verrà di seguito analizzata in tema di nomina anticipata rispetto alla situazione d'incapacità del beneficiario, si conferma dunque la tendenza, suffragata dalla descritta interpretazione estensiva dell'art. 408 c.c., di stabilire, in mancanza di esplicito divieto, già nell'atto di designazione, i compiti e le direttive sanitarie ai quali l'Amministratore di sostegno dovrà attenersi, a seguito della nomina.

Le ragioni fondamentali del ricorso alla nomina dell'Amministratore di sostegno, in previsione della futura incapacità, sono principalmente due: una soggettiva ed una tecnico-giuridica.

La prima ragione risiede sia nella valorizzazione del rapporto di fiducia esistente tra l'amministrato e l'Amministratore di sostegno sia nella certezza che l'Amministratore potrà, in caso di necessità ed

urgenza, assolvere tempestivamente il suo incarico, senza dover attendere i tempi burocratici della nomina.

La seconda ragione è più di natura tecnico-giuridica: nel contesto normativo attuale, in mancanza di una legislazione interna sul testamento biologico, disciplinato esclusivamente dal Codice Italiano di Deontologia Medica, sussistono ancora forti dubbi sul carattere vincolante delle disposizioni anticipate di trattamento. L'art. 38 del Codice di Deontologia Medica stabilisce che *“Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato”*.

Ora, con il provvedimento di nomina dell'Amministratore di sostegno, il Giudice tutelare recepisce nel provvedimento le disposizioni anticipate di trattamento espresse dal paziente; in tal modo le citate disposizioni sono munite di una sorta di “ordine preventivo” del Giudice tutelare riguardo ad una futura ed ipotetica situazione in cui il paziente potrebbe venire a trovarsi. Il decreto di nomina del Giudice tutelare viene ad assumere, preventivamente, una funzione di “contenitore” delle volontà dell'amministrato, dotato della forza giuridica propria dell'ordine giudiziale.

## **5. Le posizioni della Giurisprudenza di merito in relazione alla nomina “ora per allora”.**

Nella sopra delineata prospettiva, in mancanza di uniformità di vedute sulla possibilità di nomina immediata dell'Amministratore di sostegno indipendentemente dalla situazione d'incapacità attuale dell'amministrato, è indispensabile avere un quadro d'insieme delle risposte offerte dai Giudici tutelari a fronte delle numerose istanze di apertura dell'amministrazione di sostegno in tal senso.

### **5.1 La Giurisprudenza favorevole**

Parte della Giurisprudenza di merito<sup>21</sup>, in piena condivisione con i principi enunciati dalla Corte di Cassazione sul caso di Eluana Englaro, superati i dubbi e le criticità in merito alla portata vincolativa della designazione dell'Amministratore di sostegno e delle direttive di trattamento sanitario ivi contenute, ha ulteriormente ampliato l'interpretazione delle norme sull'amministrazione di sostegno. In particolare, si è ritenuto da parte di alcuni Giudici tutelari che l'Amministratore di sostegno possa essere nominato con riferimento ad un soggetto pienamente capace, in assenza di qualsivoglia traccia o indice di *status* invalidante, in previsione di una futura incapacità di provvedere ai propri interessi, derivante da una menomazione fisica o psichica.

Nella quasi totalità dei provvedimenti di seguito richiamati il Giudice adito nomina “ora per allora” quale Amministratore di sostegno il medesimo soggetto che il beneficiario aveva, a sua volta, provveduto a designare nelle forme previste dall'articolo 408, 1° comma, c.c..

---

<sup>21</sup> Trib. di Siena del 18 giugno 2007; Trib. di Cagliari del 22 ottobre 2009; Trib. di Roma del 24 marzo 2010; Trib. di Firenze del 22 dicembre 2010.

In questa direzione va in primo luogo richiamato<sup>22</sup> il decreto emesso dal Giudice tutelare del Tribunale di Modena del 5 novembre 2008<sup>23</sup>, che unitamente al precedente del 13 maggio 2008, possono a ragioni definirsi i “*leading cases*” della tematica in oggetto.

Nel decreto, a fondamento della nomina “ora per allora” dell’Amministratore di sostegno anche in mancanza dell’attualità dello stato di incapacità, viene richiamata innanzitutto l’inidoneità della semplice designazione, di cui all’articolo 408, 1° comma c.c., a fornire tutela effettiva del diritto di autodeterminazione, per il rischio concreto che eventi non preannunciati, né prevedibili, ma con conseguenze lesive immediate e tali da porre la persona in uno stato vegetativo irreversibile, impediscano, di fatto, all’Amministratore designato di ottenere in tempo reale il decreto di nomina.

Si afferma, inoltre, che il notevole lasso temporale, che può intercorrere tra il momento delle disposizioni e quello della loro operatività non sarebbe tale da inficiare la validità della nomina anche in caso di intervenute evoluzioni della scienza poiché le stesse farebbero venire meno i presupposti oggettivi per l’operatività della volontà dell’amministrato.

Secondo il Giudice modenese gli articoli 404 e 406 del Codice Civile costituirebbero argomento per non elevare il concetto di attualità a circostanza preclusiva della misura di protezione in quanto, “*è la lettera stessa del primo articolo citato a suggerire all’interprete che il legislatore ha individuato l’attualità dello stato di incapacità del beneficiario come presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche come requisito della sua istituzione*”.

L’argomento letterale espresso dalla congiunzione “anche” inserita nell’art. 406 c.c. in tema di legittimazione attiva nella proposizione del ricorso, deporrebbe nel senso che, nella normalità dei casi, il ricorso può essere presentato da soggetto capace con conseguente instaurazione immediata del procedimento di nomina.

Nel provvedimento si precisa che, a garanzia della volontà espressa dal beneficiario, i poteri/doveri demandati all’Amministratore di sostegno saranno esercitati da quest’ultimo a meno che non intervenga eventuale futura revoca da parte del beneficiario, sempreché lo stesso si trovi in condizioni di piena capacità cognitiva.

A questo proposito vanno sottolineati due aspetti di particolare rilievo:

- da un lato si conferma, che in caso di mutamento di opinione da parte del beneficiario “*l’unico soggetto legittimato a portare a cognizione del giudice tutelare le mutate volizioni dell’interessato*” sia, “*per il ruolo di depositario di un mandato di estrema urgenza*”, l’Amministratore di sostegno;

---

<sup>22</sup> Seppure fuori dal campo delle direttive sanitarie, è stato precursore dell’orientamento in esame il Trib. di Parma del 2 aprile 2004 ove, in presenza di designazione ex 408, 1° comma c.c., viene nominato “ora per allora” un Amministratore di sostegno per la sola cura d’interessi patrimoniali in vista dell’impossibilità di curare propri interessi per la futura menomazione fisica a seguito di intervento chirurgico programmato.

<sup>23</sup> A differenza del primo provvedimento, in questo vi è diretta applicazione dell’art. 408, 1° comma c.c., con nomina della persona designata quale Amministratore di sostegno e con autorizzazione a negare il consenso a determinati trattamenti sanitari così come già determinato nella medesima scrittura privata autenticata da notaio.

- dall'altro si evidenzia *“l'indifferenza delle modalità formali”* di espressione della volontà di revoca, poiché *“la primarietà ed assolutezza del diritto in gioco, portano ad escludere il richiamo, per analogia, con altri istituti”*.

Nel contrasto tra il formalismo richiesto dalla normativa, di cui all'art. 408 c.c. e la sopra descritta tesi ci appare significativo l'intervento di un autore<sup>24</sup> che, nell'evidenziare le difficoltà di ammettere una revoca nuncupativa, suggerisce che la revoca possa comportare un ulteriore passaggio innanzi all'autorità giudiziaria allo scopo di verificarne veridicità e concretezza, rimodulando in conseguenza i poteri dell'Amministratore di sostegno.

Come sopra anticipato è stata molteplice la Giurisprudenza tutelare che in senso conforme si è espressa favorevolmente alla nomina *“ora per allora”* in assenza di qualsivoglia *status* d'incapacità attuale, come testimoniato da ulteriori e successivi decreti emessi dai Giudici modenesi in data 19 dicembre 2008 ed in data 14 maggio 2009, (Giudice tutelare il dott. Stanzani) e in data 23 dicembre 2008 (Giudice tutelare dott. Masoni).

Quest'ultimo provvedimento si segnala per la riproposizione coerente e conforme delle motivazioni a supporto della tesi positiva della nomina *“ora per allora”*.

## **5.2 La Giurisprudenza contraria**

Di segno contrario è altra parte della Giurisprudenza<sup>25</sup> di merito che, pur riconoscendo la validità e l'efficacia nel nostro ordinamento delle direttive anticipate di trattamento e la possibilità di designare nel contesto delle medesime un Amministratore di sostegno per l'eventualità di una futura incapacità, tuttavia nega la possibilità di aprire *“ora per allora”* l'amministrazione di sostegno in quanto non può prescindere da una situazione attuale e contestuale di incapacità.

Tra i vari provvedimenti emessi, merita di essere analizzato, per la completezza delle argomentazioni, il decreto del Tribunale di Varese del 25 agosto 2010<sup>26</sup>, il quale nell'affrontare la questione della nomina *“ora per allora”* sulla quale è chiamato a decidere, primariamente risolve le seguenti due questioni sostanziali:

- l'ammissibilità nel nostro ordinamento della designazione di un sostituto per le future scelte di autodeterminazione terapeutica;

---

<sup>24</sup> B. Vimercati, Amministrazione di sostegno e consenso informato: un rapporto controverso, pag.9, ove si sottolinea come il beneficiario, nella facoltà di mutare anche in ultimo l'opzione terapeutica, dovrebbe in ogni caso comunicarla all'unico soggetto demandato ad interfacciarsi con il personale medico, l'Amministratore di sostegno. A sua volta, acutamente viene constatato dall'autore, come l'Amministratore di sostegno sia vincolato ai compiti assegnatigli dal Giudice tutelare nel decreto di nomina.

<sup>25</sup> Trib. di Mantova del 24 luglio 2008; Trib. di Pistoia del 1° aprile 2009 e dell'8 giugno 2009; Trib. di Roma del 1° aprile 2009; Trib. di Cagliari del 14 dicembre 2009.

<sup>26</sup> Il caso è quello di un'anziana signora che, in previsione di una futura impossibilità, fisica o psichica a provvedere ai propri interessi, fa istanza per la nomina di un Amministratore di sostegno, già designato con scrittura privata autenticata ex art. 408, 1° comma c.c., sotto la condizione sospensiva dell'avverarsi della futura inabilità.

- la possibilità a tale fine di servirsi dello strumento dell'Amministratore di sostegno.

Il Tribunale nega la nomina "ora per allora" in assenza dello stato attuale d'incapacità del beneficiario, confutando, in particolare, le tesi favorevoli tra le quali quella del Tribunale di Modena.

All'argomento che fa leva sull'inidoneità della mera designazione senza la relativa nomina a fornire tutela effettiva per l'impossibilità di ottenere in tempo reale il decreto di nomina si obietta che, in concreto, molti tribunali, avvalendosi di quanto consentito dall'articolo 405, 4° comma c.c. sono in grado di nominare *ad horas*, se necessario, l'Amministratore di sostegno ovvero di intervenire in tempo reale dettando le cure urgenti.

Si fa, inoltre, presente che l'affermazione secondo la quale l'incapacità sia presupposto solo per la produzione degli effetti, creerebbe delicatissimi problemi di coordinamento con il sistema di pubblicità previsto dalla legge, quali: l'iscrizione del decreto per estratto nel casellario giudiziale, l'annotazione del decreto nel registro dell'art. 49 bis Disp. Att. c.c. e la comunicazione all'ufficiale dello stato civile<sup>27</sup>.

Sul piano normativo si contestano poi gli argomenti a sostegno della tesi favorevole relativi all'interpretazione degli artt. 404 e 406 c.c.. Quanto al primo si sostiene che l'attualità dello stato di incapacità è immediatamente desumibile dalla lettera della legge che fa riferimento alla persona che si "trova" (ora e adesso) nella impossibilità di curare i propri interessi.

Relativamente al secondo si precisa che "la facoltà in capo allo stesso beneficiario di proporre per sé il ricorso si ricollega al fatto che questo, invero nella maggior parte dei casi, non è un soggetto incapace di agire: è un anziano, è un assuntore di sostanze stupefacenti, è un soggetto con una infermità fisica. Da qui la conseguente previsione di una sua legittimazione attiva".

Il Tribunale continua mettendo in evidenza che, anche ammettendosi la nomina "ora per allora", non si potrebbe fare a meno di riaprire il procedimento in quanto non si può consentire alla mera dichiarazione del privato, in ordine al sopravvenire dell'incapacità, di dare efficacia al procedimento prescindendosi da una verifica attuale della situazione di incapacità.

Infatti, la necessità del controllo del Giudice, al momento del sopravvenire dell'incapacità e non in un momento antecedente, emerge dalla circostanza che lo stesso potrebbe discostarsi, per ragioni gravi, dalla designazione effettuata dal beneficiario: si pensi al caso paradossale del beneficiario divenuto totalmente incapace per fatto illecito del designato ovvero alla situazione di incapacità potrebbe essere tale da consigliare l'apertura dell'interdizione.

Pertanto, secondo il Tribunale, l'apertura dell'amministrazione di sostegno "ora per allora" urterebbe i principi che ispirano la disciplina della misure di protezione i quali danno rilievo alla funzione di controllo del Giudice che deve essere attuale e contestuale al sopravvenire dell'incapacità al fine di assicurare all'incapace la massima tutela garantita dalla presenza del Giudice.

---

<sup>27</sup>In senso contrario si veda il citato Trib. di Modena del 23 dicembre 2008, favorevole alla nomina "ora per allora", che risolve in radice l'inconveniente descritto disponendo il non luogo ad alcuna forma di pubblicità al decreto in mancanza della necessità di tutela dell'affidamento di terzi.

In senso conforme a quanto espresso dal provvedimento sopra esaminato si richiama, altresì, il decreto del Tribunale di Verona del 4 gennaio 2011 che, negando la nomina “ora per allora” a favore di soggetto pienamente capace, motiva tale diniego sulla base delle seguenti argomentazioni:

- l'espressione “si trova nell'impossibilità.....” contenuta nell'art. 404 c.c. e l'esecutività immediata del decreto disposta dall'art. 405, 1° comma c.c. evocano la contestualità tra la situazione di incapacità e la nomina;
- l'art. 406 c.c., nell'attribuire legittimazione al ricorso allo stesso beneficiario capace di agire, non legittima l'interpretazione della ammissibilità dell'amministrazione di sostegno *sub condicione* ma sta solo a significare che, per accedere a questa misura di protezione, non occorre che il soggetto si trovi nelle situazioni di cui agli artt. 414 e 415 c.c.;
- l'art. 408 c.c., pur ponendo una sorta di vincolo al Giudice, salvo gravi motivi, nella scelta dell'Amministratore di sostegno designato anticipatamente dal beneficiario, tuttavia non autorizza l'interprete a ritenere che, in ipotesi di designazione anticipata, il Giudice tutelare sia dispensato dal procedere alla verifica dell'attualità dei presupposti per accedere alla misura di protezione richiesta.

La Corte di Appello di Firenze del 3 luglio 2009, nel confermare la tesi contraria alla nomina “ora per allora”, porta quale ulteriore argomentazione, oltre quelle descritte, la necessità di precisare, nel provvedimento di nomina, la durata dell'incarico di cui all'art. 405, 5° comma n.2 c.c..

Infatti, tale previsione sarebbe incongrua con riferimento alla istituzione di un Amministratore di sostegno a favore di persona attualmente capace, dovendo in tal caso la durata essere fissata sempre a tempo indeterminato.

La Corte, inoltre, evidenzia come la formulazione dell'articolo 408 c.c. presuppone, da un punto di vista logico, l'esistenza di uno scarto cronologico tra designazione e nomina in quanto, se così non fosse, la designazione sarebbe inutile essendo sufficiente indicare il nominativo del designato nel ricorso ex art. 406 c.c.

Da ultimo, la Corte segnala l'inconveniente pratico che, adottandosi la tesi favorevole, si aprirebbero un numero spropositato di amministrazioni non immediatamente efficaci, con onerosi adempimenti a carico dei privati e delle stesse istituzioni giudiziarie coinvolte.

## **6. La più recente posizione della Corte Cassazione sulla nomina “ora per allora”**

A dirimere il contrasto giurisprudenziale è intervenuta una recente sentenza della Corte di Cassazione n. 23707 del 20 dicembre 2012, la cui importanza rileva non solo per i principi dettati in relazione al *thema decidendum* e cioè in merito alla necessità o meno dello stato d'incapacità del designante per l'attivazione della nomina, ma anche perché per la prima volta affronta, in *obiter dictum*, la problematica della natura e degli effetti delle direttive anticipate di trattamento sanitario.

Il caso è quello classico, già evidenziato nei decreti tutelari in tema di nomina “ora per allora”: un soggetto, pienamente capace e privo di alcuna menomazione fisica, designa con scrittura privata autenticata da notaio l’Amministratore di sostegno, in previsione della propria futura ed eventuale incapacità, precisando altresì, nella scrittura, i trattamenti sanitari (cure palliative) ai quali vuole o non vuole essere sottoposto (rianimazione cardiopolmonare, ventilazione o alimentazione forzata ecc.).

In assenza di qualsivoglia stato d’incapacità fisica e/psichica, il designante chiede al Giudice tutelare di Trento la nomina del designato, quale Amministratore di sostegno, con attribuzione del potere di esprimere il diniego ai trattamenti sanitari previsti nell’atto autenticato dal notaio. A sua volta il Giudice tutelare di Trento, così come la Corte di Appello di Trento, a seguito del successivo reclamo del ricorrente, rispettivamente dichiarano l’inammissibilità il primo ed il rigetto il secondo, per mancanza della situazione attuale di incapacità dell’amministrato.

La Suprema Corte conferma quanto espresso in entrambi i ricorsi sancendo il principio che la sussistenza della condizione attuale d’incapacità del designante è **condicio sine qua non** “dell’attivazione della procedura e d’ingresso nell’istituto”.

Se è conforme alla *ratio* dell’istituto la designazione “in vista di una possibile o probabile situazione d’incapacità o infermità” e quindi, l’Amministratore di sostegno va nominato nella persona indicata nell’atto, tuttavia ciò può avvenire sol quando la condizione d’incapacità si sia verificata.

Per giungere all’affermazione secondo cui l’attualità dello stato d’incapacità del designante è presupposto per l’apertura della procedura in esame, la Suprema Corte ricorre ad un’interpretazione rigorosa e letterale degli artt. 404<sup>28</sup> e 407<sup>29</sup> del c.c. in combinato disposto fra loro.

Il riferimento alla “*persona che si trova nella impossibilità di provvedere ai propri interessi*” contenuto nel primo articolo citato, l’esigenza, prospettata dal Legislatore d’indicare nel ricorso “*le ragioni per cui si chiede la nomina*” ed, infine, il dovere del giudice di “*sentire la persona tenendo conto dei bisogni e delle richieste della medesima*”, previsti rispettivamente nei commi 1° e 2° dell’art. 407 c.c., sono quegli indici che giustificano la coeva esigenza di protezione del soggetto debole attraverso l’attivazione della procedura di nomina dell’Amministratore di sostegno.

A sostegno delle proprie considerazioni, la Suprema Corte richiama una sua precedente pronuncia<sup>30</sup> in cui si delineava la portata innovativa dell’istituto dell’amministrazione di sostegno, definito quale strumento di assistenza per le persone carenti di autonomia causate da condizioni d’infermità o incapacità, tale da escludere gli interventi più invasivi della tutela e della curatela, stante la natura flessibile dell’istituto, assimilabile ad un vestito sartoriale cucito addosso all’amministrato.

---

<sup>28</sup> Art. 404 c.c.: la persona che, per effetto di un’infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell’impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.

<sup>29</sup> Art. 407, 1° comma c.c.; il ricorso per l’istituzione dell’amministrazione di sostegno deve indicare le ragioni per cui si richiede la nomina dello stesso; 2° comma: il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa.

<sup>30</sup> Corte di Cassazione n. 13584 del 12 giugno 2006.

Inoltre dalla lettura dell'art. 720 bis del c.p.c. unitamente al sopra citato art. 407 c.c., emerge che il provvedimento di nomina dell'Amministratore di sostegno è per sua natura caratterizzato da sollecitudine e definizione dello *status* e come tale deve essere assunto *rebus sic stantibus*:

- dovendosi tenere conto delle esigenze e del bisogno di assistenza che l'amministrato ha al momento della attivazione del procedimento;
- dovendo il giudice valutare, nel momento sopra indicato, la sussistenza di gravi motivi che giustificano il discostarsi dalle indicazioni fornite dall'amministrato.

Il quadro ricostruttivo espresso dalla Suprema Corte sottolinea inoltre la distinzione tra la designazione fatta dal beneficiario ex art. 408 c.c., con atto pubblico o scrittura privata autenticata, operante su un piano strettamente privatistico, rispetto alla fase pubblicistica, nella quale l'intervento del Giudice consente il dispiegamento degli effetti di detta volontà.

Con ciò la Corte di Cassazione quindi, pur evidenziando l'importanza della designazione preventiva quale elemento di valorizzazione del rapporto di fiducia con il designato, nega che detta facoltà di designazione implichi la possibilità di nomina "ora per allora", in quanto rimane ferma ed imprescindibile la potestà del Giudice nel valutare la sussistenza di gravi motivi per discostarsene e procedere alla nomina di soggetto diverso.

Come sopra anticipato la Corte di Cassazione prende posizione sulla natura ed effetti delle direttive anticipate di trattamento sanitario.

Partendo dalla mancanza nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accade in altri stati europei, di un intervento legislativo in materia, la Corte sottolinea come l'Amministratore di sostegno designato sia vincolato alle indicazioni manifestate, in condizioni di capacità del soggetto ed abbia il potere ed il dovere di esternalarle, senza che si ponga la necessità di ricostruire la volontà attraverso atti e/o fatti compiuti in stato di capacità.

Attraverso il richiamo degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, della nostra Costituzione nonché delle altri fonti giuridiche interne e sovranazionali<sup>31</sup>, si rileva da parte del Supremo Collegio, "*l'attenzione alla tutela della persona ed al rispetto della sua volontà*" ed in particolare il valore della dignità sia del soggetto capace che incapace, che si esprime nella "autodeterminazione", la quale a sua volta rappresenta l'asse portante del rapporto che si estrinseca nell'alleanza terapeutica, per arrivare all'atto di disposizione con il quale la persona capace realizza tale aspirazione.

In conclusione, la Corte ritiene che le direttive contenute nell'atto di designazione vincolano l'Amministratore di sostegno designato al fine di realizzare la finalità di cura dell'incapace e di realizzazione delle sue aspirazioni pur nella imprescindibile necessità del controllo del Giudice che né determinerà i poteri e dovrà verificare, anche con l'aiuto dei medici, l'attualità della volontà del soggetto che ha il diritto fino alla perdita della coscienza di revocare le direttive date a suo tempo.

---

<sup>31</sup> Si veda quanto richiamato nelle premesse della presente relazione, nonché Cass. 21748/2007; Corte Costituzionale n. 438/2008; CEDU del 29 aprile 2002, caso Pretty; Convenzione di New York ratificata con Legge 3 marzo 2009 n. 18.

I Giudici di Cassazione, con l'espresso richiamo alla decisione sul caso di Eluana Englaro ed alle successive decisioni (Cass. civ. nn. 4211/2007 e 23676/2008) relative al dissenso alle cure mediante trasfusioni di sangue, elevano a principio inderogabile, da parte dell'autorità giudiziaria ed al fine di "fugare incertezze ricostruttive ed interpretative", la verifica dell'"attualità" della volontà al trattamento medico nonché della sua "univocità" e "specificità".

Nei primi commenti<sup>32</sup> alla sentenza esame sembrano particolarmente rilevanti due considerazioni.

- se, come precisato, nell'*obiter dictum*, il consenso deve essere attuale, univoco e specifico, allora il "consenso presunto", fatto salvo il caso di dichiarazione espressa oralmente e comprovata con certezza, non potrà fondarsi su una volontà desumibile esclusivamente in forza di elementi quali lo stile di vita e la personalità, trattandosi di indici di prova che difficilmente raggiungeranno quella chiarezza ed univocità che caratterizzano la volontà vincolante;
- in caso di rigida applicazione del principio dell'attualità della situazione d'incapacità, quale presupposto per la nomina dell'Amministratore di sostegno, verrebbe a precludersi l'estendibilità della medesima in quelle fattispecie in cui la situazione d'incapacità non è attuale pur in presenza di una patologia progressivamente invalidante.

E'evidenziabile come quest'ultima situazione sia diversa da quella portata al vaglio della Suprema Corte dove un soggetto sano e pienamente capace ipotizza una futura condizione d'invalidità come mera eventualità, mentre nel caso di malattia progressivamente invalidante il richiedente si trova pur sempre in una situazione di menomazione fisica che, seppur tale da non precludere al momento la piena capacità cognitiva alle cure futuribili, tuttavia cagionerà nell'immediato futuro l'impossibilità di curare i propri interessi e la propria *cura personae*.

Inoltre, nell'ipotesi della presenza di una patologia progressivamente invalidante, attendere la perdita della capacità per attivare l'amministrazione di sostegno comporterebbe per il beneficiario la privazione del diritto di esporre al Giudice le proprie necessità e volontà in contrasto con gli artt. 407 2° comma e 410 c.c., frustrando così lo scopo e le finalità dell'Istituto.

## **7. Il ruolo del notaio**

Dal dibattito giurisprudenziale sopra illustrato risulta, comunque, il coinvolgimento del notaio quale pubblico ufficiale rogante e/o autenticante del documento contenente la designazione dell'Amministratore di sostegno e le direttive anticipate di trattamento sanitario eventualmente indicate dal beneficiario.

Si tiene a precisare che, mentre la facoltà di designazione trova espressa previsione nella lettera della legge (art. 408, 1° comma del c.c.), al contrario la possibilità per il beneficiario di dettare istruzioni

---

<sup>32</sup> In particolare A. Gorgoni, Nuova Giurisprudenza civile, 2013, "Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento".

nell'atto di designazione, sia in ambito patrimoniale che non patrimoniale (ivi comprese le direttive anticipate di trattamento sanitario), è stata riconosciuta in via interpretativa facendo leva sull'art. 410, 1° comma c.c.: se occorre tenere conto dei bisogni del beneficiario, a *fortiori* si deve riconoscere a quest'ultimo la possibilità di esprimerli.

A nostro parere il principale problema che il notaio si trova ad affrontare nel ricevere l'atto di designazione contenente le direttive anticipate di trattamento è quello d'individuare la compatibilità delle singole direttive con i principi dell'ordinamento giuridico in generale e dell'ordine pubblico in particolare, onde evitare di ricadere in una violazione dell'art. 28 della Legge Notarile.

E' in primo luogo certo che non sono ricevibili disposizioni che in qualche modo possano essere ricondotte a fenomeni eutanasi, quali ad esempio l'uso di oppiacei, se dovessero portare ad un'anticipazione della fine della vita e non esclusivamente al fine di alleviare le sofferenze.<sup>33</sup>

Minori certezze si ritrovano in quelle disposizioni che fanno riferimento alla cessazione dell'idratazione ed alimentazione forzata. Infatti, mentre la Cassazione n. 21748/2007 ha statuito che esse costituiscono trattamento sanitario e, come tali, sono suscettibili di rifiuto o di revoca, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha espresso un parere esattamente contrario.<sup>34</sup>

Stante la diversità di vedute in merito a queste ultime, vi è chi ha autorevolmente sostenuto che il diniego all'idratazione ed all'alimentazione forzata potrebbe configurare il reato di cui all'art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio).

Nonostante l'avvallo della Giurisprudenza di merito e di legittimità richiamata nei precedenti capitoli, risultano evidenti, in una materia di così particolare complessità, le difficoltà cui può andare incontro il notaio nel valutare la liceità o meno delle direttive che gli sia stato richiesto di inserire nell'atto di designazione di cui all'art. 408, 1° comma c.c.; pertanto, è consigliabile un atteggiamento estremamente prudente e riflessivo.

In assenza d'intervento legislativo, ancora maggiori problematiche si pongono in ambito di intervento notarile nel cd "testamento di vita" o "testamento biologico".

Come noto il Consiglio Nazionale del Notariato, con delibera del 23 giugno 2006, ricordando l'attenzione della categoria al tema in oggetto fin dal Convegno tenutosi a Cagliari il 23 e 24 gennaio 2004, sulla base del testo diffuso dall'esimio professor Umberto Veronesi, ebbe a sottolineare l'importanza di assicurare la certezza della provenienza della dichiarazione dal suo autore e la reperibilità del documento mediante l'istituzione di un registro generale dei testamenti di vita, con costi a proprio carico.

In detta delibera si disponeva che:

- il notaio, sulla base della normativa attuale, può autenticare il cd testamento di vita non ravvisandosi contrarietà a norme di legge;

---

<sup>33</sup> Si veda al riguardo Trib. di Modena del 5 novembre 2008, sopra citato.

<sup>34</sup> Nello stesso disegno di legge approvato alla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011 si esclude che idratazione ed alimentazione forzata possano essere oggetto di direttive anticipate di trattamento.

- l'autentica, che va iscritta a repertorio, è soggetta all'apposizione della marca da bollo ma non a registrazione sia in quanto assimilabile ad una procura speciale sia per ragioni di rilevanza sociale;
- deve essere applicato un minimo di tariffa;
- i Consigli distrettuali sono invitati a predisporre un elenco dei notai disponibili.

Secondo lo schema unito alla citata delibera, il testamento di vita consiste in una dichiarazione autenticata dal notaio, nella quale l'interessato nomina un fiduciario con il compito di rendere edotti i medici che il medesimo non intende essere sottoposto a trattamenti terapeutici o a idratazione e alimentazione forzata, in caso di malattia o lesione traumatica cerebrale irreversibile e invalidante ovvero di malattia che costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali.

Ma anche in questo caso, così come evidenziato per la designazione di cui all'articolo 408, 1° comma c.c., si è posto il problema del controllo di legalità di cui all'articolo 28 della Legge Notarile.

E', inoltre, doveroso ricordare che numerosi Comuni italiani, taluni in accordo con i locali Consigli Notarili, hanno istituito un registro per il deposito delle dichiarazioni anticipate di volontà (DAV) o di testamenti biologici, che possono essere redatte in forma libera, su modelli, in genere, predisposti dai medesimi Comuni ovvero mediante intervento notarile.

A questo proposito è di estrema importanza sottolineare che la designazione ex art. 408 c.c. ed il cosiddetto "testamento biologico", nella forma suggerita dal Consiglio Nazionale del Notariato sulla base del "testo Veronesi" ovvero le "dichiarazioni anticipate di volontà" nei moduli elaborati dai Comuni, che hanno istituito un registro, sono figure tra loro molto diverse.

Infatti, mentre l'atto di designazione dell'Amministratore di sostegno con le eventuali indicazioni delle direttive è un negozio formale sottoposto al vaglio dell'autentica notarile, il testamento biologico è a forma libera, fatta salva la necessità dell'autentica della firma dell'interessato da parte del funzionario comunale sul verbale di deposito ovvero sulla dichiarazione sostitutiva che accompagna la consegna al funzionario medesimo, al fine di assicurare la certezza della identità dell'interessato, della quale unico requisito è la sussistenza della capacità di agire.

La designazione ex art. 408 c.c., quale negozio accessorio al decreto di nomina, non dà luogo all'istituzione dell'Amministratore di sostegno ma, implicando il conferimento di incarico di rilevanza pubblicistica, è necessaria, per la produzione degli effetti, la nomina da parte del Giudice; al contrario il testamento biologico è un incarico fiduciario in previsione della propria futura incapacità e, quindi, si ha l'espressione di una volontà direttamente produttiva di effetti, nella misura in cui dovesse essere riempito il vuoto legislativo attualmente esistente, vuoto che, allo stato, è stato riempito in tali casi (meritoriamente) dalla Giurisprudenza.

Inoltre, mentre i poteri dell'Amministratore di sostegno derivano dal provvedimento del giudice, quelli del "fiduciario" dalla stessa volontà dell'interessato.

## **8. Considerazioni conclusive**

Il ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno, quale strumento per la manifestazione del consenso/diniego ai trattamenti di fine vita testimonia da un lato lo sforzo della Giurisprudenza nel consentire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari da parte dei soggetti incapaci e dall'altro la necessità di sopperire ad un vuoto legislativo in materia di fine vita<sup>35</sup>.

Tuttavia, nonostante l'encomiabile tentativo della Giurisprudenza, ci pare di poter rilevare come la disciplina dell'amministrazione di sostegno non sia di per sé atta a risolvere tutte le problematiche e l'ampia casistica che la tematica del consenso informato è in grado di determinare.

Con ciò ci si riferisce alle dibattute questioni dell'ammissibilità o meno della nomina "ora per allora" dell'Amministratore di sostegno in mancanza di una situazione attuale d'incapacità o menomazione in capo al beneficiario, dell'accertamento del "consenso presunto" laddove manchi qualsiasi espressione di volontà scritta o orale del paziente ed al correlato caso di una malattia progressivamente invalidante o ancora all'applicabilità della disciplina dell'amministrazione di sostegno nelle fattispecie di soggetti privi di ogni e qualsiasi capacità fin dalla nascita e della conseguente impossibilità di acquisire alcuna manifestazione di volontà.

A ciò si aggiunga l'ulteriore problematica della revoca della designazione e delle contestuali direttive che, a norma dell'art. 408, 2° comma c.c., devono rivestire la medesima forma stabilita per l'atto di designazione con applicazione di un principio proprio degli atti a contenuto patrimoniale, formalismo a sua volta negato da alcuni Giudici tutelari in quanto difficilmente adattabile alle manifestazioni di consenso/diniego a diritti personalissimi.<sup>36</sup>

Troppe sono pertanto le criticità da cui non possono che conseguire, da parte della Giurisprudenza e della Dottrina, risposte fra loro diversificate e quindi non idonee a fornire quelle certezze che una materia così complessa e delicata richiede.

E', pertanto, auspicabile che il Legislatore italiano, così come accaduto in molti paesi europei<sup>37</sup> ed extra europei<sup>38</sup>, intervenga con una normativa completa tale da risolvere quelle problematiche che non hanno trovato univoca soluzione nella Giurisprudenza.

---

<sup>35</sup> Si ricorda come sull'onda emotiva del caso Englaro venne presentato dal Governo il disegno di legge "Calabrò" approvato dal Senato della Repubblica il 26 marzo 2009, successivamente ripresentato con relativi emendamenti alla Camera ed approvato il 12 luglio 2011.

<sup>36</sup> Per l'assenza di formalismo con cui il beneficiario revoca il consenso/diniego si veda Trib. di Modena del 5 novembre 2008, sopra citato.

<sup>37</sup> Si richiamano la legge francese, tedesca ed austriaca sul testamento biologico; in particolare in Germania nella prassi notarile è stato elaborato un documento rivolto ai familiari, redatto e legalizzato da notaio con il quale il soggetto conferisce le proprie istruzioni per il momento in cui non sarà più in grado di esprimere la propria volontà anche con riferimento alle direttive in materia sanitaria.

<sup>38</sup> In detto ambito si rinvia alla normativa del Quebec ove si prevede "il mandato in previsione dell'incapacità del mandante" per atto pubblico notarile oppure per scrittura privata dinanzi a testimoni la cui efficacia è subordinata alla sopravvenuta incapacità da accertarsi per mezzo dell'omologazione del tribunale soggetto a iscrizione nei registri generale dei mandati di incapacità introdotto dalla camera dei notai del Quebec il 29 agosto 1991. Si richiamano inoltre le leggi statunitensi che, solitamente liberali nelle questioni di forma, prevedono nelle procure in previsioni d'incapacità l'intervento del notaio e di due testimoni indipendenti.

