Associazione per l'Amministrazione di Sostegno
Verein für Sachwalterschaft

Convegno di Studi "L'Amministratore di Sostegno"
Bolzano, 19 Aprile 2013

Amministratore di Sostegno: aspetti sanitari e notarili

Daniela Infantino

Chi è l'amministratore di sostegno dovrebbe essere abbastanza chiaro.

Non è un pacchetto monolitico, insuscettibile di variazioni, ma è uno strumento che parte dal basso, con la minor limitazione possibile per il soggetto debole, particolarmente duttile, polivalente ed adattabile in base alle necessità del singolo, predisposto dal Giudice in base alle necessità concrete del caso.

Così ad esempio un decreto del Tribunale di Pinerolo 4 novembre 2004 in cui si evidenzia che

l'amministrazione di sostegno è una forma di tutela ampia, propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata, modulabile e non standardizzata, frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli della popolazione, veramente conforme ai fini costituzionali di promozione del pieno sviluppo della persona umana.

Come spesso viene evidenziato in giornate di studio dedicate a questo tema: meno invasivi e così più vicini allo spirito della legge.

Citando autorevole dottrina: un "vestito cucito su misura" addosso al beneficiario per l'espletamento delle sue funzioni, in modo temporaneo o permanente.

Come d'altronde anche la Corte di Cassazione, Sez. I^ con la sentenza del 26 ottobre 2011, n. 22332 ha evidenziato che:

L'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del Giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie.

Le attività svolte dall'amministratore di sostegno possono essere ricondotte a tre fili che tra loro si intersecano, come uno "scooby-doo", dove i tre fili sono: 1) le scelte personali; 2) le operazioni patrimoniali; 3) le scelte sanitarie.

La finalità primaria della misura di protezione è la cura della persona, che trova la propria consacrazione negli articoli 404 e seguenti del c.c., ossia la capacità di ascolto dei bisogni e dei desideri del soggetto debole, la valutazione delle sue aspirazioni.

Funzione strumentale invece avrà l'amministrazione del patrimonio rispetto alle esigenze di cura.

Deve trattarsi di un progetto di rete volto a raggiungere dei traguardi, a rimuovere degli ostacoli o degli impedimenti, tutto finalizzato: a non mortificare e a non abbandonare.

L'amministratore di sostegno non toglie nulla e soprattutto non incapacità.

Abbiamo detto dunque che tra le attività dell'amministrazione di sostegno rientra quella relativa alle scelte sanitarie, ed in questo ambito bisogna distinguere tra la possibilità per l'amministratore di sostegno di essere nominato in previsione di una futura incapacità del soggetto interessato, con lo specifico compito di manifestare il consenso/dissenso ad interventi sanitari, e la possibilità per l'amministratore di sostegno già nominato di prestare il consenso a trattamenti sanitari.

Il primo, particolarmente sentito, è quello relativo all'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno non già in favore di soggetto che si trovi nella impossibilità di provvedere a se stesso, (così come previsto nei presupposti applicativi di cui all'articolo 404 c.c., bensì a vantaggio di un soggetto, perfettamente capace ed autonomo, che si rivolge al Giudice per il caso di una sua eventuale e futura incapacità, richiedendo la nomina di un amministratore di sostegno, al fine di consentire a quest'ultimo la possibilità di manifestare la volontà dell'interessato in ordine alle cure che lo stesso desidera ricevere o interrompere, o quelle che, invece, intende rifiutare, sebbene si tratti di terapie salvavita.

Dal momento in cui viene nominato un amministratore di sostegno a favore di una persona autonoma e capace, il suo compito non si limiterà alla sola sfera patrimoniale, ma andrà ad incidere anche sulla «cura della persona», ovvero, anche sulla possibilità di esprimere un consenso/dissenso informato all'atto medico, soprattutto in previsione del rischio che non ci sia il tempo di far ricorso al giudice per la nomina dell'amministratore, nel caso in cui la situazione di incapacità sorga all'improvviso.

Tale ipotesi va ad interessare il diritto all'autodeterminazione, principio, costituzionalmente garantito dagli articoli 2 e 13 della Costituzione, che l'ordinamento ritiene insuscettibili di negoziabilità, in quanto consacrano e tutelano i diritti primari della persona.

In particolare il fondamento dell'autodeterminazione, e quindi il diritto alla libertà personale, è postulato principalmente dall'articolo 13 della Costituzione. Oggetto della libertà personale è il diritto a non subire, contro la propria volontà, interventi o atti sul proprio corpo, ma anche il diritto di scegliere liberamente atti o interventi che lo riguardano.

Il diritto a non curarsi costituisce il c.d. risvolto negativo del diritto alla salute garantito dall'art.32 Cost..

Tale norma garantisce il diritto che il naturale evento, come detto prima, si attui con «modalità coerenti all'autocoscienza della dignità personale quale costruita dall'individuo nel corso della vita attraverso le sue ricerche razionali e le sue esperienze emozionali»

Il diritto alla salute rientra ormai nel più complessivo quadro dei diritti fondamentali della persona; ne deriva che interventi e trattamenti sanitari non possono essere legittimamente imposti se non nei casi previsti da una legge che li prescriva anche in funzione di tutela di un interesse generale.
Come è noto il rapporto medico-paziente appare mutato profondamente: dalla situazione di stampo paternalistico, in cui era il medico a decidere, si è passati all'adesione del principio del consenso informato dove è il paziente come persona che diviene protagonista del processo terapeutico.
Trattasi di una sorta di cammino in cui il medico ascolta ed accompagna il paziente in una decisione che coinvolge, o potrebbe coinvolgere, tutta la sua sfera esistenziale, la sua stessa vita. Il diritto alla salute non si contrappone all'autodeterminazione, ma fa tutt'uno con essa, e la salute esprime la personalità individuale, il soggettivo modo di intendere lo star bene.

E' pur vero che il rapporto medico-paziente non si può relegare ad una forma di contratto con il quale si dettano delle istruzioni. (In tal senso l'ormai nota sentenza sul caso Englaro - Cassazione 2007/21748 - lascia un margine al medico, affermando che «di fronte al rifiuto della cura da parte dell'interessato, c'è spazio per una strategia della persuasione, perché compito dell'ordinamento è anche quello di offrire supporto……nelle situazioni di debolezza», ma se il rifiuto appare informato, autentico ed attuale, «non c'è possibilità di disattenderlo»).

Ritornando al provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno per il caso di futura incapacità, lo strumento predisposto dal Giudice diverrebbe operativo solo laddove si verifichi in concreto lo stato di incapacità.
Così facendo si vuole evitare che il soggetto interessato «nell'istante cruciale si trovi con una scopertura di protezione».
Si vuole garantire la continuità, evitando il verificarsi di vuoti di tutela in corrispondenza di situazioni di urgenza. In aiuto a tale convincimento viene anche la lettura dell'articolo 406 c.c. dove, nell'uso della congiunzione «anche», il legislatore ha inteso consentire la possibilità di nominare un amministratore di sostegno non solo a colui che si trovi in stato di incapacità, ma «anche» a chi non lo sia ancora. Lo stato di incapacità è il presupposto e non anche il requisito per la istituzione delle misura protettiva.
Nella disciplina sull'amministrazione di sostegno, ed in particolare negli artt. 405, 408 e 410 c.c. si fa espresso riferimento ai «bisogni e alle aspirazioni del beneficiario», il che quindi non limiterebbe il compito dell'amministratore di sostegno al solo aspetto patrimoniale, ma si spingerebbe oltre, fino alla possibilità di esprimere, in suo nome e per suo conto, il consenso/dissenso all'atto medico.

Attraverso l'utilizzo del principio contenuto nel secondo comma dell'articolo 408 c.c., si consente all'interessato di esprimere a mezzo atto pubblico notarile o scrittura privata autenticata le proprie

volontà, ovvero di avvalersi dell'istituto dell'amministrazione di sostegno per il caso di futura incapacità. Nell'attuale situazione di incertezza sulla rilevanza delle direttive anticipate, l'atto previsto dall'art. 408 c.c. può diventare un possibile strumento di veicolazione delle direttive stesse.

In genere nell'atto di designazione sono contenute precise direttive con riferimento alle terapie a cui il paziente potrebbe essere sottoposto. Ciò che il soggetto vuole ottenere con la nomina di un amministratore di sostegno è che questo diventi un nuncius, ossia un soggetto incaricato di dare mera attuazione, o attestazione, della volontà manifestata dall'interessato, e non già a sostituirsi ad esso, nel momento in cui, a causa della malattia, egli non sia in grado di esprimere, direttamente, il proprio consenso/dissenso al trattamento sanitario. Una sorta di "testamento di sostegno".

Il riferimento alla figura del nuncius restringe il campo operativo dell'amministratore di sostegno. Tradizionalmente il nuncius è infatti colui che veicola l'altrui manifestazione di volontà: egli dichiara la volontà di altri, senza che intervenga una propria autonoma volizione. Si tratterà dunque di una sorta di portavoce del paziente, al fine di far sì che il soggetto, pur se malato ed incapace, sia in grado di esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione.

Il terzo al quale viene riferita tale volontà dovrà pertanto essere consapevole che la dichiarazione enunciata dal nuncius proviene, ed è stata compiutamente formata, da un soggetto diverso dallo "speaker" di quel momento. Più in particolare il collegamento tra la figura del nuncius e l'amministratore di sostegno va inteso soltanto al fine di rendere realizzabile il fatto che la volontà del beneficiario venga rispettata.

Bisogna tuttavia porre l'attenzione sulla vincolatività delle direttive contenute nell'atto di designazione, che potrebbero non essere state recepite nel decreto di nomina.

Quid juris con riferimento all'articolo 410 c.c. che statuisce il dovere dell'amministratore di sostegno di tener conto, nello svolgimento dei suoi compiti, dei bisogni e delle aspirazione del beneficiario?

Stante il fondamento della legge 6/2004 di porre la persona al centro della misura di protezione, le linee guida contenute nell'atto di designazione costituiscono la fonte primaria per l'amministratore di sostegno nominato, cui attingere informazioni per le aspirazioni del soggetto sottoposto alla misura di protezione.

Ne consegue che il medico è dunque obbligato ad eseguire le indicazioni dell'amministratore di sostegno che, quale portavoce del paziente, diverrebbe lo strumento volto a far si che il soggetto, seppur malato ed incapace, possa esercitare il suo diritto all'autodeterminazione.

In tal senso non vi sarebbe spazio per non rispettare la volontà del soggetto/beneficiario, fatte salve le modifiche di elementi oggettivi – quali la scoperta di nuove terapie – che sulla base di una "continuità logica" facciano presumere che il volere espresso dal soggetto non debba più considerarsi attuale.

In nessun caso si deve però utilizzare tale strumento per stravolgere e coartare la volontà del paziente.

L'amministratore di sostegno, infatti, agisce non per il soggetto debole, ma con il soggetto debole, rendendosi interprete della sua personalità, della sua identità e del suo modo di intendere la malattia. In tale contesto inoltre vengono garantiti il diritto del paziente al rispetto delle sue volontà e quello del medico ad operare in un quadro precostituito di legalità.

Quanto detto trova conforto in alcune decisioni di vari Tribunali, ed in particolare in alcuni decreti emessi dal dottor Stanzani di Modena, considerato il pioniere di tale orientamento, ed in tal senso:

- Tribunale Modena 13 maggio 2008 in cui il Giudice nomina l'amministratore di sostegno e lo autorizza a rifiutare, come richiesto dalla paziente affetta da SLA, la ventilazione forzata e la tracheotomia quando si renderanno necessarie;
- Tribunale di Modena 5 novembre 2008, secondo cui «l'amministratore si sostegno è, nell'attualità, l'istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi di incapacità»;
- Tribunale di Modena 14 maggio 2009 in cui si attribuisce all'amministratore di sostegno il potere/dovere di pretendere dai sanitari la sospensione di qualsiasi mezzo di supporto vitale, se questa era stata la volontà del beneficiario;
- Tribunale Bologna, sez.dist. Imola, 4 giugno 2008, in cui il Tribunale nomina l'amministratore di sostegno, conferendogli il potere di rifiutare le trasfusioni, in nome e per conto del paziente, Testimone di Geova, che deve essere sottoposto ad intervento al cuore;
- Appello di Cagliari, 21 gennaio 2009, in cui l'amministratore di sostegno, già nominato, viene autorizzato ad esprimere le direttive anticipate già espresse dal beneficiario e dettate nel tempo in cui era perfettamente capace;
- Tribunale di Cagliari 22 ottobre 2009, in cui viene nominato l'amministratore di sostegno ad una persona in grado di intendere e di volere in vista di una sua futura ed eventuale incapacità;
- Tribunale di Varese 25 agosto 2010 in cui è valida la volontà di un soggetto capace, circa i trattamenti ai quali desidera essere o non desidera essere sottoposto nel caso in cui non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso informato, con anche la designazione di un sostituto cui è demandato il compito di dare esecuzione alla volontà espressa ora per allora;
- Tribunale di Firenze con il decreto datato 22 dicembre 2010, ha accolto l'istanza avanzata da un signore settantenne, pienamente in salute e capace di intendere e volere, volta alla nomina della moglie, quale amministratore di sostegno, attribuendole l'autorità di assumere in sua vece, in caso di sopravvenuta incapacità, le decisioni attinenti ai trattamenti sanitari, specie quelli attinenti alle fasi terminali della vita;
- Tribunale di Grosseto del 16 maggio 2012 in cui si autorizza il ricorrente alla nomina anticipata di un amministratore di sostegno ora per allora;
- Tribunale di Reggio Emilia con il decreto del 24 luglio 2012 nel quale il Giudice Tutelare ha autorizzato l'amministratore di sostegno ad esprimere il consenso informato alle sole terapie palliative. Si trattava di persona affetta da una grave forma di sclerosi multipla in fase terminale che non aveva lasciato indicazioni esplicite in relazione alla scelta se far luogo alla ventilazione meccanica invasiva o limitarsi alle cure palliative. Nell'esprimere il consenso l'amministratore di sostegno dovrà

(come già evidenziato) procedere alla ricostruzione della volontà del soggetto rispetto al prospettato intervento
medico, volontà che potrà essere stata espressa o presunta; in tale ultimo caso lo stile di vita, la personalità, le convinzioni etiche e religiose e culturali suggeriranno all'amministratore di sostegno la direzione verso la quale egli si sarebbe orientato rispetto alla scelta di cura. Come evidenziato dall'amica Rita Rossi nel suo commento al decreto: "Il decreto reggiano dà voce alla idealità ed ai desideri manifestati dalla beneficiaria nel corso della propria vita, e lo fa con l'ascolto meticoloso di numerosi testimoni (parenti, ex marito, guida spirituale, amici); dall'insieme delle testimonianze, il giudice ricava un quadro attendibile di ciò che con verosimiglianza la donna avrebbe desiderato riguardo al trattamento di fine vita".
Bisogna dire però che vi sono stati decreti anche in senso contrario quali, per citarne alcuni:

- Tribunale di Pistoia dell'8 giugno 2009 nel quale si dispone che al fine della nomina dell'amministratore di sostegno occorre l'attualità del requisito rappresentato dall'impossibilità del beneficiario di provvedere ai propri interessi, non essendo possibile anticipare l'emanazione del decreto di nomina affinchè produca effetti successivamente in caso di sopravvenuta incapacità di autodeterminazione del beneficiario;
- Tribunale di Verona, con decreto 4 gennaio 2011, ben consapevole della contrapposizione di due impostazioni al riguardo (che richiama esplicitamente), sceglie di aderire alla tesi negativa, sulla base di una motivazione di stampo formale, strettamente ancorata, cioè, alla lettera della legge;
- Tribunale di Trani, sezione distaccata Ruvo di Puglia 17 maggio 2011 in cui la misura dell'amministratore di sostegno non può essere usata di fatto, in contrasto con i voleri e le scelte espressi dal beneficiario, privandolo del diritto alla libertà personale e alla scelta dei trattamenti sanitari secondo il suo best interest;
- Tribunale di Parma con decreto di data 7 giugno 2011, con il quale non viene riconosciuta al rappresentante legale la possibilità di esprimere il consenso informato per assoggettare il rappresentato a trattamenti terapeutici.

Bisogna necessariamente citare una sentenza della Corte di Cassazione, la numero 23707 del 20 dicembre 2009, la quale cerca di mettere ordine sia in relazione alla nomina anticipata della amministratore di sostegno sia in relazione alle direttive anticipate di trattamento.
La Corte chiarisce, infatti, come l'attualità dell'infermità o dell'incapacità del soggetto beneficiario sia condicio sine qua non per l'attivazione della a.d.s.
Il provvedimento del giudice viene assunto rebus sic stanti bus e non ora per allora. Il codice civile in tal senso parla chiaro: presupposto non solo dell'efficacia, bensì anche della stessa nomina dell'amministratore di sostegno è la condizione di infermità/incapacità.

E' chiaro che il livello di successo di una normativa – rivoluzionaria/innovativa – si misura anche sulla possibilità di adattamento degli strumenti: non a caso si parla, con riferimento all'istituto dell'a.d.s., di "abito cucito su misura"., di uno strumento quindi dotato di una vis espansiva.

Perché dunque tanto rigore? Tanta chiusura? E' auspicabile che la prossima volta la Corte si esprima in modo diverso, in modo tale da lasciare più spazio ai casi concreti , alle loro sfumature e peculiarità, rimettendo al Giudice tutelare la valutazione della situazione più idonea. Dare quindi la possibilità di decidere ora per allora.

Nella medesima sentenza la Corte accenna anche alle Direttive Anticipate di Trattamento precisando che le stesse dovranno essere esternate dall'amministratore di sostegno ai sanitari. Gli stessi dovranno orientare il loro intervento tenendo conto delle volontà espresse. Il Giudice Tutelare nominerà l'amministratore di sostegno rispettando le indicazione del disponente.

Le motivazione dei giudici della corte collimano con l'assunto che qualunque atto invasivo della sfera fisica della persona richieda il consenso dell'interessato.

Il tutto trova del resto larga conferma nel nostro ambiente giuridico – come attestano, oltre che la nostra normativa nazionale (cfr. L. 23.12.1978 n,. 833 – Istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale; il d.lgs. 24.6.2003 n. 211 in tema di sperimentazione clinica), la giurisprudenza della Corte Costituzionale (in particolare, Corte Cost. 22.10.1990, n. 471, Corte Cost. 23.12.2008, n. 438, Corte Cost. 23 luglio 2009, n. 235,), quella della stessa Suprema Corte (ex multis, Cass. 16.10.2007 n. 21748,), le regole di deontologia professionale (Codice di deontologia medica nella versione del dicembre 2006). Né mancano le attestazioni orientate nella medesima direzione a livello soprannazionale: la Convenzione europea di bioetica firmata ad Oviedo nel 1997 (per l'Italia, v. la legge 28.5.2001 n. 145, legge di ratifica – efficace in Italia nonostante la mancata adozione dei decreti attuativi da depositarsi a Strasburgo) e alla Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione Europea (che dal 1° dicembre 2009, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati). In particolare l'articolo 3 ha stabilito che nell'ambito della medicina e della biologia devono essere rispettati in particolare: "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità previste dalla legge. E' peraltro significativo che la sedes materiae è il capo primo dedicato alla "Dignità".

Peraltro di recente il Consiglio di Europa ha emanato due documenti, la Risoluzione n. 1859 e la Raccomandazione n. 1993 di grande importanza sul piano della manifestazione del consenso informato nei trattamenti sanitari in previsione di uno stato di incapacità. Si richiama l'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e la Convenzione sui diritti umani e la Biomedicina: ciascun paziente deve essere messo in grado di formulare una direttiva anticipata di trattamento. E' evidente a tutti che il panorama europeo è assolutamente diversificato ma si rende necessario quantomeno uniformare alcuni punti: 1) garantire a tutti il principio dell'autodeterminazione; 2) distinguere tra ruoli di curatore della proprietà e della volontà dei pazienti; 3)

disapplicare le direttive anticipate se non più attuali; 4) promuovere la revisione delle stesse; 5) rendere possibile a tutti la redazione delle direttive anticipate.

In Europa c'è una linea di tendenza incline a valorizzare le direttive anticipate espresse dal paziente, attribuendo ad esse efficacia vincolante o considerandole una utile indicazione, ma lasciando al medico la decisione finale.

In Germania la legge, entrata in vigore il 1° settembre 2009, specifica le forme ed i modi per la manifestazione delle "disposizioni del paziente", chiarisce le relazioni tra medico e fiduciario ed individua i limitati casi di intervento giudiziale. La vita e la morte nella loro complessità non sono normabili e si sottraggono a categorie standardizzate. Si tratta di un diritto mite che riporta gli equilibri tra i medici e il malato: viene rispettata l'identità di ciascuno e vengono offerti gli strumenti per esprimersi.

Anche nell'esperienza nord americana il mezzo diffuso per decidere le scelte terapeutiche è il living will…Sono le stesse strutture ospedaliere che informano i pazienti della possibilità di compilare un living will..(Se non c'è una ragionevole aspettativa di recupero, io chiedo di morire. Non temo la morte quanto piuttosto l'indegnità della degradazione, del dolore senza speranza).

In Italia il d.d.l., votato dal Senato il 26.3.2009, sulle dichiarazioni anticipate di trattamento", successivamente approvato con modificazioni in data 12 luglio 2011 e tuttora in corso di esame in commissione, è congegnato in modo tale da espropriare ogni persona del diritto fondamentale all'autodeterminazione. Si tratta, com'è stato autorevolmente indicato, di un testo "ingannevole e autoritario".

In effetti, il testo pur richiamando in apertura proprio gli artt. 2, 13, e 32 della Costituzione, contiene, nelle successive disposizioni, norme in palese conflitto con le previsioni costituzionali citate e con l'interpretazione che è stata progressivamente elaborata dalle Corti apicali del nostro sistema. Il riconoscimento formale del principio per cui ogni trattamento sanitario è attivato, previo consenso informato prestato dal paziente in modo libero e consapevole, si scontra con specifiche limitazioni imposte dalla legge. Tra queste lo stesso progetto esclude la vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento (costituendo esse soltanto un orientamento dell'interessato) e preclude la possibilità che l'alimentazione e l'idratazione, quali forme di sostegno vitale, possano formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento. Sarebbe invece auspicabile che il legislatore rivedesse le proprie posizioni rinunciando ad opporre limiti invalicabili, presidiati da sanzioni penali, e formulasse una disciplina rispettosa dei diritti del paziente e del ruolo del medico nell'assistenza dei malati terminali.

Previsioni che, là dove il disegno di legge venisse approvato con questa stesura, sarebbero destinate a delimitare fortemente, quando non anche ad infirmare completamente, la portata di dichiarazioni anticipate di trattamento.

E' apparso su un quotidiano nazionale un articolo di Umberto Veronesi in occasione della morte del Cardinale Martini nel quale si legge "quando una medicina tecnologica che cura di più, ma di più non sa

guarire, si ostina (qualcuno dice si accanisce) a intervenire con trattamenti che non hanno altro effetto se non prolungare una sofferenza e un'esistenza che non è più definibile come vita" ed ancora "non può essere trascurata la volontà del malato, in quanto a lui compete di valutare se le cure che gli vengono proposte sono effettivamente proporzionate." La morte è parte di un evento naturale, parte di un ciclo biologico.

C'è da dire che il diritto di decidere la propria fine si radica nella generale libertà fondata sull'autonomia individuale, di decidere cioè come percorrere il cammino della propria vita fino al momento finale della stessa: "Per ogni cosa c'è il suo momento: c'è un tempo per nascere ed uno per morire"; citando Stefano Rodotà «il consenso della persona consente una disponibilità di sé che copre l'intero arco dell'esistenza e diviene così anche la regola fondamentale del morire».

Sotto l'influsso della rivoluzione tecnologica e della globalizzazione, anche il giurista si trova costretto ad affinare le sue armi per avere nuovi strumenti adatti ad affrontare le sfide della biologia e della medicina.

Il morire, ben diverso dalla morte, affidata alla natura, è diventato sempre più governabile dall'uomo, appartiene alla sua vita.

Il diritto di rifiutare le cure o di sospendere le stesse corre vicinissimo alle questioni di fine vita. Si vorrebbe vivere. Non appare però corretto affiancare tale assunto con il diritto di morire: trattasi invero di un diritto alla vita. "Non diritto alla vita affidato alla tecnica, bensì diritto alla vita vissuta con dignità fino all'ultimo istante." (Pasquino)

Bisogna essere padroni delle tecnologie e non prigionieri di esse.

Dopo questo breve, ma doveroso, "fuori programma", in materia di Direttive anticipate di trattamento, riportiamo l'attenzione sugli aspetti sanitari e l'amministrazione di sostegno.

Quello che, appunto, è stato evidenziato fin qui si riferisce principalmente all'ipotesi della nomina dell'amministratore di sostegno in previsione di una futura incapacità del soggetto interessato.

Con riferimento invece alla possibilità per l'amministratore di sostegno già nominato di prestare il consenso a trattamenti sanitari in luogo del beneficiario, bisogna preliminarmente chiarire che la necessità del consenso del paziente alle cure sanitarie viene meno quando si è in presenza di uno stato di necessità, in quanto in tal caso, essendoci un pericolo di danno grave e prossimo alla persona, vi è l'obbligo di intervenire. In tal senso si è espresso il Tribunale di Trieste con un decreto del 26 febbraio 2010, dove era stata fatta richiesta per la nomina di ads al fine di esprimere il consenso per il posizionamento di una PEG; il Giudice rilevando la situazione di urgenza ha ritenuto di rigettare il ricorso per la nomina.

In taluni casi se il trattamento medico è da considerarsi salvavita, questo può anche eseguirsi coattivamente. Trattasi, senza dubbio, di una questione complessa e sulla quale si discute molto.

Qualora il Giudice tuttavia si convinca che l'atto terapeutico è davvero indispensabile, pena la morte certa o conseguenze gravissime per l'interessato, potrà anzi dovrà autorizzare l'Amministratore di Sostegno a dare il consenso (Decreto Tribunale di Roma 6 dicembre 2010: caso di una donna anoressica che rifiutava le cure: il giudice autorizza la nomina dell'ads per evitare l'irreparabile.

Al di fuori dei due casi sopra citati – e direi limite – l'ipotesi residuale è quella di autorizzare un intervento non urgente e dunque, l'amministratore di sostegno avrà tutto il tempo per tentare una presa in carico "affettuosa", un bilanciamento degli interessi e delle ragioni del beneficiario. Ciò che conta è permettere all'interessato di adottare delle determinazioni che siano realmente consapevoli, di consentirgli di fare ciò che lui, nella sua specifica individualità, reputa importante.

In tal senso:

- Tribunale di Trieste con decreto del 29 giugno 2009 con il quale si autorizza l'A.d.S. a richiedere informazioni di ordine sanitario inerenti il Beneficiario, esprimere o rifiutare il consenso informato a trattamenti sanitari e/o chirurgici, adottare ogni scelta concernente la salute del Beneficiario;
- Tribunale di Palermo con decreto 9 dicembre 2009 con il quale si nomina l'A.d.S. in sostituzione del beneficiario per esprimere il consenso informato.

Si tratta tuttavia di capire in base a quali valutazioni l'amministratore di sostegno esercita in via rappresentativa il diritto di autodeterminazione terapeutica spettante all'amministrato.

E' chiaro che l'amministratore di sostegno non potrebbe acconsentire, o viceversa rifiutare ad un dato trattamento medico sulla base di un criterio meramente soggettivo.

Abbiamo rilevato che l'amministratore di sostegno deve, nella ricerca del best interest, decidere non al posto dell'incapace, né per l'incapace ma con l'incapace. In primis dunque ricostruire la presunta volontà del soggetto/paziente, (principio già richiamato nella sopra citata sentenza Englaro), stabilendo se questi abbia o meno formulato una dichiarazione anticipata di trattamento.

In mancanza di quest'ultima l'amministratore di sostegno deve cercare di ricostruire la personalità del soggetto/paziente al fine di dedurne quale tipo di trattamento medico-sanitario avrebbe scelto.

Ove nessuna delle due possibilità possa essere utilizzata, viene preso in considerazione il best interest.

Trattasi di un criterio elaborato dalle corti inglesi che impone di ricercare per il soggetto/paziente la soluzione che corrisponda al miglior interesse per l'incapace secondo le indicazioni dei medici. In una decisione della Corte dei Lords si legge che l'interruzione dei trattamenti salvavita può essere praticata lecitamente, a condizione che sia preceduta da una valutazione del medico per la quale sarebbe nel miglior interesse del paziente non prolungare la vita mediante la prosecuzione di tale trattamento, poiché detta prosecuzione sarebbe inutile e non gli recherebbe alcun beneficio.

Individuato il trattamento sanitario da effettuare, o il best interest da seguire, l'amministratore di sostegno presenta l'istanza al Giudice Tutelare.

Questi deve preliminarmente dunque analizzare la documentazione medica allegata all'istanza, o disporre anche d'ufficio tutti gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori che ritiene utili ai fini della decisione (art. 407 terzo comma c.c.), il tutto al fine di accertare che l'interessato si trovi in una condizione tale da renderlo incapace di comprendere le informazioni dei sanitari e dunque di esprimere validamente il suo consenso ad un determinato trattamento.

Solo dopo una attenta valutazione dalla fase di controllo preventiva si passerà alla fase autorizzatoria, con la quale appunto il Giudice Tutelare attribuirà all'amministratore di sostegno il potere di rappresentare il beneficiario nel rapporto di "alleanza terapeutica" con il medico che culmina con l'espressione del consenso o dissenso informato al trattamento che diventa parte integrante della cartella clinica.

Fase ulteriore è quella del controllo successivo da parte del Giudice Tutelare sull'operato dell'amministratore di sostegno, la quale fase si attua mediante l'acquisizione al fascicolo dell'amministrazione di sostegno della documentazione medica relativa al trattamento sanitario ed eventualmente all'audizione dell'amministratore stesso.

Da ultimo il Giudice Tutelare può eventualmente adottare dei provvedimenti di carattere sanzionatorio, quando vi siano state delle scelte dannose o negligenza nel perseguire il best interest o nel soddisfare i bisogni dell'interessato; può quindi rimuovere o sospendere l'amministratore di sostegno o, in caso di ipotesi di reato, trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica.

Fin qui gli aspetti sanitari. Occupiamoci ora della seconda parte della relazione ovvero:

Amministratore di sostegno: aspetti notarili

Il notaio, come è noto, riveste una duplice funzione di libero professionista e di pubblico ufficiale: egli funge da cerniera tra gli interessi delle parti, la cui tutela è proprio nella funzione notarile. Il notaio deve, ai sensi del secondo comma dell'art. 47 della Legge Notarile, indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto.

Preciso e severo interprete della volontà delle parti, egli si deve accertare che quello che le parti vogliono (e non solo quello che dicono) corrisponda esattamente alla loro volontà.

Il Notaio ha il potere-dovere di rivolgere alle parti tutte quelle domande che gli consentano di accertare:

- se le parti hanno in quel momento la capacità di intendere e quella di volere;
- se le parti sono in condizioni psico-fisiche di esprimere liberamente la loro volontà.

Ne consegue dunque che il Notaio non può ricevere atti da parte di persone che non siano capaci di intendere e di volere, o che più semplicemente non siano in grado di rispondere agli accertamenti di cui abbiamo accennato un attimo fa.

Prescindendo ovviamente, sia per mancanza di tempo sia perché andremmo troppo fuori tema, dalla sorte dell'atto stipulato dall'incapace, soffermiamoci sul Notaio che, a seguito dell'emanazione della legge sull'Amministrazione di sostegno, non ha più davanti a se la forbice interdizione/inabilitazione – presidiate

dalla tutela e dalla curatela, dove, in maniera determinata, venivano elencati gli atti e le operazioni da compiersi, ma ha davanti a se un tertium genus "l'amministrazione di sostegno", che si pone come alternativo ai due istituti, e che disciplina le vicende giuridiche afferenti i soggetti deboli i quali non sono più automaticamente privati della capacità di agire.

Riportando testualmente l'articolo 409 c.c. : "Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno."

E' chiaro che la chiave di lettura è il decreto di nomina. Peraltro occorre sottolineare che tanto meglio è stato redatto il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno, tanto migliore/dettagliato/curato/preciso sarà il decreto.

Saranno infatti elencati, tra le altre cose, gli atti che il beneficiario potrà compiere da solo, o con l'assistenza del amministratore di sostegno, nonché gli atti che quest'ultimo potrà compiere da solo.

In ordine a quest'ultima ipotesi poi, stante il rinvio contenuto nell'articolo 411 c.c. alla normativa dettata in tema di tutela e curatela, l'a.d.s. dovrà munirsi di specifiche autorizzazioni.

Da un punto di vista squisitamente notarile non può che auspicarsi che i decreti di nomina dell'amministratore di sostegno contengano, in modo preciso e puntuale, l'elencazione degli atti, al fine di ridurre al minimo l'opera dell'interprete, ed evitare così pericolose discrezionalità destinate, verosimilmente, a tradursi in rischi per il soggetto debole ed in cause di incertezza per coloro che contrattano con esso.

Fatta questa premessa a carattere generale, abbiamo già accennato al ruolo svolto dal Notaio, con riferimento alla designazione da parte del beneficiario (che tale ancora non è) per la propria futura incapacità che appunto può avvenire attraverso lo strumento della scrittura privata autenticata o atto pubblico notarile. (art 408 c.c.).

Possiamo qui aggiungere che, per l'atto di designazione, non è prevista alcuna forma di pubblicità: non può essere inserito nel registro delle amministrazioni di sostegno, perché quest'ultima non si è ancora aperta, né annotato a margine dell'atto di nascita, in quanto oggetto della annotazione è la sola limitazione della capacità , che non si è ancora verificata. (In tal senso in modo conforme la citata Sentenza della Corte di Cassazione n. 23707/2012).

Proseguiamo nel prendere in considerazione altri aspetti della vita quotidiana che si intersecano con l'attività notarile.

Giova innanzi tutto segnalare che il Notaio non è tra i soggetti che possono sottoscrivere il ricorso, non essendovi alcuna connessione con l'atto da stipulare. La legittimazione del notaio potrebbe ammettersi solo se contestualmente alla nomina dell'amministratore di sostegno viene presentato ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio allo scopo di compiere un atto urgente di straordinaria amministrazione. La legittimazione del notaio sarebbe limitata solo alla nomina dell'amministratore provvisorio.

Abbiamo detto che la regola generale, (art.409 c.c. 1°co) è la conservazione della capacità di agire per quegli atti che non sono deferiti all'AdS, sia di assistenza che di rappresentanza.

testamento:

Il beneficiario in via generale quindi può fare testamento. Prudenzialmente in forma pubblica, quindi davanti al notaio, che accerta le sue condizioni di capacità rispetto all'atto.

L'art. 411 u.c. consente di estendere al beneficiario alcuni effetti o limitazioni previsti da disposizioni di legge per l'interdetto "avuto riguardo all'interesse del beneficiario ed a quello tutelato dalle predette disposizioni".

Va previamente svolta istruttoria che accerti che il beneficiario si trova in condizioni di incapacità a comprendere l'atto del tutto analoghe ad un interdetto e che sussiste la possibilità che un testamento possa essergli suggerito per un interesse economico altrui.

E' quindi possibile, sia in sede di nomina che successivamente ex art . 407 , quarto comma c.c., prevedere a carico del singolo beneficiario la limitazione della facoltà di testare (in tale senso si è espresso il Giudice Tutelare di Varese con un provvedimento di data 19 ottobre 2011.

"La capacità di testare della persona beneficiaria può essere esclusa, in applicazione dell'art. 591, secondo comma, n. 2 c.c., applicabile all'amministrazione di sostegno in forza dell'art. 411, quarto comma c.c., dove tale limitazione risponda all'interesse della persona protetta e sul presupposto che manchi, nella stessa, la capacità di agire in sede negoziale, come accertata nel rituale contraddittorio, anche alla presenza del difensore del soggetto vulnerabile."

L'art 411, secondo comma, estende all'amministratore di sostegno le disposizioni di cui agli articoli 596 (incapacità del tutore e del protutore), 599 (persone interposte) e 779 (donazione a favore del tutore e del protutore) prevedendo la nullità delle disposizioni testamentarie del beneficiario a favore dell'amministratore di sostegno poste in essere dopo la nomina e prima dell'approvazione del conto o estinta l'azione quinquennale del rendimento. Restano tuttavia valide le disposizioni testamentarie fatte a favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado, coniuge o persona stabilmente convivente.

ACCETTAZIONE DI EREDITA'

Rimanendo sempre in ambito successorio, va evidenziata la disciplina della accettazione dell' eredità .

Gli artt. 471 e 472 c.c. vietano l'accettazione pura e semplice per alcune categorie di soggetti sottoposti a misure di protezione, fra cui non sono compresi i beneficiari di amministrazione di sostegno.

Quid juris? Si estende o no al beneficiario l'obbligo di accettare l'eredità con beneficio di inventario?

L'art. 411 c.c. non richiama le disposizioni degli artt. 471 e 472 c.c. che quindi non trovano diretta applicazione nei confronti dei beneficiari e non possono applicarsi analogicamente.

Nei singoli casi però sarà il Giudice Tutelare che dovrà valutare, eventualmente a ciò sollecitato dalle parti, se il beneficiario si trovi in condizioni di incapacità analoghe all'interdetto che portino ad una

applicazione dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. prevedendo espressamente nel singolo caso l'estensione della disciplina del 471. (Ad esempio alcuni provvedimenti in tal senso sono stati emessi dal G.T. di Roma in data 6 aprile 2005 e 8 ottobre 2008) .

C'è da aggiungere che il giudice tutelare non potrà decidere d'ufficio se estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno le limitazioni date per gli interdetti e gli inabilitati, comportando tale estensione una pesante limitazione alla capacità di agire. L'opportunità dell'estensione deve concorrere alla realizzazione dell'interesse del beneficiario.

In mancanza di tale previsione del decreto o successivamente ai sensi dell'art. 407 c.c., il beneficiario potrà accettare puramente e semplicemente l'eredità.

Il mancato richiamo alle norme in materia di accettazione con beneficio di inventario è in linea con lo spirito della legge: infatti la nomina dell'amministratore di sostegno non ha come presupposto la privazione della capacità di agire per il beneficiario.

Donazione

La questione è leggermente più complessa. Può il beneficiario concludere validamente un contratto di donazione? Sappiamo che l'art. 774 c.c. richiede in capo al donante la "piena capacità di disporre dei propri beni". Sono state formulate due interpretazioni: la prima secondo cui ai sensi dell'art. 409, primo comma c.c., il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore di sostegno, consentirebbe al beneficiario di donare, la seconda invece, partendo dal dato normativo per cui l'amministrazione di sostegno è istituto a protezione di un incapace, con conseguente inevitabile limitazione della capacità di agire, sostiene che il beneficiario, per definizione, non pienamente capace di disporre, non possa donare.

Tale lettura sarebbe giustificata e coerente nel sistema: la donazione è atto di contenuto necessariamente " pregiudizievole" per il donante e ne vanno protette indistintamente tutte le persone non pienamente capaci di provvedere ai propri interessi.

A raffronto con la disciplina del testamento, la donazione viene vietata perché ha effetti pregiudizievoli per il beneficiario mentre il testamento no, mentre rispetto al matrimonio eventuali divieti di questo atto vanno valutati in bilanciamento col diritto fondamentale del singolo alla esplicazione della personalità anche nella famiglia ex art. 2 Cost.

Secondo altri, sarebbe incongruo un sistema che consente all'amministratore di prestare voce al beneficiario per scelte personalissime quali quelle terapeutiche anche estreme, (come abbiamo evidenziato prima) e non gli consente espressione di volontà dispositive del patrimonio.

La questione è aperta, ma eventuali autorizzazioni ex art. 411 c.c. a donare, possono prestare il fianco ad impugnativa ex art. 774 c.c.

La portata del divieto va comunque valutata in combinato disposto con la previsione dell'art. 770, secondo c.c. che esclude dalla categoria delle donazioni le liberalità fatte in occasioni di servizi resi o in conformità agli usi, così definita dalla Corte di Cassazione numero 11894/1998 che stabilisce:

"liberalità d'uso è caratterizzata dal fatto che colui che la compie intende osservare un uso cioè adeguarsi ad un costume vigente nell'ambiente sociale di appartenenza, costume che determina anche la

misura dell'elargizione in funzione della diversa posizione sociale delle parti, delle diverse occasioni ed in proporzione delle loro condizioni economiche, nel senso che comunque la donazione non debba comportare un depauperamento apprezzabile del patrimonio di chi la compie".

Si segnala un decreto del Giudice Tutelare di La Spezia del 2 ottobre 2010 con il quale è stato autorizzato un beneficiario di amministrazione di sostegno a donare. Nel provvedimento, si fa notare, è essenziale valutare, ai fini della decisione, i profili del caso concreto, onde di volta in volta consentire, o non consentire il compimento delle liberalità.

Vi è una massima attenzione ai bisogni e alle aspirazione del beneficiario (nella fattispecie una nonna aveva più volte manifestato la volontà di donare alla nipote un appartamento; una malattia invalidante rende inizialmente impossibile stipulare la donazione.

L'animus donandi viene ricostruito attraverso una procedura articolata, dove viene coinvolto un soggetto terzo – il pro amministratore.