

**Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita
(sulla sentenza di Cassazione civile, sez. I, 20 dicembre 2012, n.23707)**

di *Benedetta Vimercati* - **Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.**

1. La *quaestio iuris*.

Un recente e sempre più diffuso *trend* giurisprudenziale ha messo in discussione il requisito dell'attualità dell'infermità/menomazione fisica o psichica e dell'impossibilità di attendere ai propri interessi quale *condicio sine qua non* per l'apertura del procedimento di nomina di amministrazione di sostegno; esso ha dato così vita ad un'accesa controversia in seno a dottrina e giurisprudenza circa la legittimità della c.d. nomina *pro futuro* di amministratore di sostegno da parte di persona perfettamente *compos sui*¹, su cui è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione civile con sentenza n. 23707 del 20 dicembre 2012².

¹ La controversia ha assunto, dall'entrata in vigore della legge n. 6 del 2004, un'ampia portata; in senso conforme alla pronuncia della Corte si veda COSENTINI L., *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza di Merito*, XI, 2009, p. 2692; BUSI V., *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 51; GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giuristi missionari della cd morte dignitosa*, in *Diritto Famiglia e Persone*, 2009, p. 277; BALESTRA L., *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2011, p. 1009 ss. In giurisprudenza si cfr. Tribunale di Mantova, decreto 24 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*: «Consentire al giudice tutelare di nominare, in assenza di un'attuale incapacità dell'interessato, un amministratore di sostegno, cui affidare le decisioni circa lo stato di salute del beneficiario nell'ipotesi di futura incapacità dello stesso finirebbe con l'aggirare il principio di personalità del diritto alla salute consentendone la delega a terzi (in assenza del presupposto dell'attualità dell'incapacità) tramite un provvedimento giurisdizionale quando la stessa non può essere volontariamente operata dalla parte»; in senso conforme v. Tribunale di Sassari, decreto 16 luglio 2007, in *Foro Italiano*, 2007, p. 3025; Tribunale di Roma, sez. I bis, decreto 1 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*; Tribunale di Genova, decreto 6 marzo 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, II, p. 287; Tribunale di Firenze, decreto 8 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*; Tribunale di Pistoia, decreto 8 giugno 2009, in *Corriere del Merito*, VIII-IX, 2009, p. 841; Tribunale di Cagliari, decreto 14 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, II, p. 161. Favorevoli invece a questa "investitura anticipata" sono BUGETTI M.N., *Amministratore di sostegno in favore di*

Di tale decisione vanno sottolineati due aspetti: in primo luogo, la Corte sembra aver composto *ad interim* la diatriba riconoscendo nell'attualità della condizione di infermità del beneficiario un vero e proprio requisito di attivazione e non un mero requisito di efficacia dell'istituto civilistico; inoltre, la Corte di Cassazione non ha semplicemente preso posizione sui presupposti applicativi della misura protezionistica ma ha anche colto l'occasione per ribadire alcuni principi in materia di decisioni di fine vita.

La sentenza in commento, infatti, in parte accoglie e in parte rigetta l'esegesi giurisprudenziale che ha portato a leggere la disciplina privatistica e, in particolare gli articoli 404 c.c. - benché la ricorrente avesse impropriamente lamentato violazione e falsa applicazione dell'art. 406 c.c.³ - e 408 c.c., in modo da delineare un'equivalenza funzionale tra amministrazione di sostegno e testamento biologico.

2. I fatti.

Prima di addentrarsi nel merito della questione, è necessario un accenno ai fatti che ne costituiscono il fondamento così da poter meglio inquadrare e collocare le principali questioni giuridiche coinvolte. L'intervento del Supremo Collegio trova origine nel ricorso presentato dalla signora P.R., la quale, nel pieno delle facoltà psichiche e fisiche, aveva redatto nel giugno 2010 una scrittura privata autenticata in cui, in previsione di un'eventuale e futura incapacità, designava il proprio amministratore di sostegno, al contempo fornendo allo stesso una serie di direttive in conformità delle quali egli avrebbe dovuto agire in sua vece, in particolare rispetto a potenziali decisioni in ambito terapeutico. Nell'ottobre del medesimo anno la donna presentava istanza al giudice tutelare di Trento per l'avvio della procedura di nomina di amministratore di sostegno, al

persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 161; FERRANDO G., *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Famiglia e Diritto*, III, 2009, p. 277. In giurisprudenza si veda altresì Tribunale di Cagliari, decreto 22 ottobre 2009, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 161; Corte Appello Cagliari, sent. 16 gennaio 2009, in *Guida al Diritto*, I, 2009, p. 55.

² Corte di Cassazione civile, sez. I, n. 23707 del 20 dicembre 2012, in www.personaedanno.it.

³ L'articolo 406 c.c., che prevede i legittimati attivi all'introduzione del procedimento per la nomina di amministratore di sostegno, ricomprende tra tali soggetti lo stesso potenziale beneficiario. In virtù di ciò, tale disposizione viene richiamata in giurisprudenza e in dottrina quale ausilio interpretativo per l'ampliamento dell'ambito di applicazione della misura protezionistica, ambito di applicazione definito nell'art. 404 c.c. Non per niente, infatti, la stessa Corte di Cassazione riconduce la valutazione della *quaestio iuris* sottoposta dalla ricorrente all'art. 404 c.c., menzionando l'art. 406 c.c. per escluderne la rilevanza ai fini della decisione della causa: «La legittimazione a proporre il ricorso per l'introduzione dell'istituto che l'art. 406 c.c., attribuisce anche al beneficiario, nella prospettazione della tesi difensiva della ricorrente munita di decisivo rilievo, e soprattutto la facoltà concessa dall'art. 408 c.c., allo stesso interessato di designare l'amministratore di sostegno in previsione della propria futura incapacità, non interferiscono né immutano il riferito quadro ricostruttivo, operando su piani distinti».

fine di ottenere un decreto che recepisce i contenuti espressi nella scrittura privata previamente prodotta e quindi alla nomina dell'amministratore designato e all'attribuzione a quest'ultimo di poteri ricalcati su quelli indicati dalla potenziale beneficiaria. Il giudice adito dichiarava però il ricorso inammissibile sostenendo essere tale richiesta discrepante con quanto previsto dalla disciplina vigente che richiede quale presupposto per l'attivazione della figura protezionistica l'attualità del duplice requisito della sussistenza di una infermità o menomazione fisica o psichica e di una conseguenziale impossibilità di adempiere ai propri interessi.

A fronte del successivo rigetto del reclamo proposto alla Corte d'Appello trentina, la donna presentava ricorso in Cassazione per unico motivo lamentando violazione e falsa applicazione degli artt. 406 e 408 c.c. in virtù dell'assunto secondo cui l'amministrazione di sostegno rappresenta nel panorama giuridico odierno, a prescindere dall'attualità della condizione di debolezza del beneficiario - presupposto per la sola efficacia del decreto e non per la sua introduzione -, lo strumento privilegiato per tutelare e garantire piena validità alle direttive anticipate di trattamento e quindi a quel diritto costituzionalmente garantito al consenso informato, emblema dell'autodeterminazione terapeutica.

Il ricorso si pone in linea con la lettura della disciplina privatistica, già data in sede giurisprudenziale, in particolare quella fornita dal giudice modenese Stanzani con due decreti, l'uno del 13 maggio e l'altro del 5 novembre 2008, e con un successivo decreto del dicembre 2010 dal giudice fiorentino Palazzo⁴, che ha fatto dell'amministrazione di sostegno la via giurisprudenziale al

⁴ Occorre per vero dar conto che già in uno dei primi decreti emessi a seguito dell'entrata in vigore della novella legislativa si affermava: «può essere nominato un amministratore di sostegno anche al soggetto che preveda di trovarsi nel futuro, a seguito di un programmato intervento chirurgico, nella impossibilità di provvedere ai propri interessi a causa di una propria menomazione fisica e che abbia provveduto alla designazione dell'amministratore nelle forme previste dall'art. 408 c.c. In tali casi il beneficiario, considerata la sua perdurante capacità d'intendere e volere, conserverà la facoltà di compiere gli atti delegati all'amministratore di sostegno». Tale decreto ha avuto una più contenuta eco rispetto alle menzionate pronunce, sia per un più ristretto ambito di applicazione dell'amministrazione "ora per allora", sia intervenendo in un periodo in cui in Italia non era ancora così acceso il dibattito in materia di testamento biologico (Tribunale di Parma, decreto 2 aprile 2004, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 1839).

Ulteriori precedenti esemplificazioni di tale pratica attengono per lo più a casi riguardanti Testimoni di Geova che si sono rivelati precursori delle più ampie decisioni in materia di rifiuto a trattamenti sanitari salvavita. Su tutti si veda Tribunale di Siena, decreto 18 giugno 2007, in cui il giudice tutelare adito nominava amministratore di sostegno (la figlia) a favore di una donna che, ancora cosciente ma in procinto di essere sottoposta ad un intervento chirurgico di espianto e reimpianto dei protesi al ginocchio, aveva rilasciato un documento "Direttive anticipate relative alle cure mediche" che il giudice aveva indicato all'amministratore come parametro di riferimento a cui guardare nella prestazione del consenso. In particolare il decreto si riferiva al compito affidato all'amministratore di «esprimere il consenso informato ad eventuali trattamenti sanitari o medico-chirurgici, ove la beneficiaria non sia in grado di presentarlo, secondo le indicazioni date dalla medesima (...) in relazione all'intervento di espianto e reimpianto di protesi al ginocchio, nel documento "Direttive anticipate relative alle cure mediche"». Si vedano altresì Tribunale di Roma, decreto 21 dicembre 2005, in *Famiglia e Diritto*, 2006; Tribunale di Siena, decreto 18 giugno 2007, in www.personaedanno.it e Tribunale di Vibo Valentia, decreto 30 novembre 2005, in *Famiglia e Diritto*, 2006; Tribunale di Modena, decreto 16 settembre 2008, in www.dirittoegiustizia.it.

testamento biologico, con ciò ritenendo l'intervento del legislatore ridondante in un contesto ove già convivono e si compenetrano il diritto al consenso informato, con la sua copertura costituzionale di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost., e la normativa civilistica in materia di amministrazione di sostegno: da una parte quindi il diritto di cui si esige la tutela e dall'altra lo strumento per darvi realizzazione concreta⁵.

Così il dott. Stanzani nel decreto del 13 maggio 2008: «Nessun dubbio che debba valere il dovere dell'ordinamento al rispetto di un'espressione autodeterminativa che null'altro chiede se non che il processo biologico, lungi dal venir forzato, si dipani secondo il suo "iter" naturale. E sol che si richiami il secondo comma del vigente art. 408 c.c. (...) appare di difficile confutazione la conclusione dell'assoluta superfluità di un intervento legislativo volto a introdurre e disciplinare il c.d. testamento biologico. Già esistono, infatti, il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408 comma 2, c.c.) e, infine, l'istituto processuale di cui avvalersi (l'amministrazione di sostegno)».

La predetta lettura si fonda in particolare sull'interpretazione di due disposizioni: l'art. 404 c.c. che prescrive i requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno, e l'art. 408 c.c., considerata una delle disposizioni più innovative della novella legislativa, in cui si prevede la facoltà del beneficiario di designare, quando ancora in possesso di tutte le proprie facoltà psicologiche e fisiche, colui che in un futuro più o meno prossimo potrà ricoprire l'incarico di amministratore.

3. Il percorso argomentativo dei giudici di legittimità.

La Corte di Cassazione segue in questa pronuncia un percorso argomentativo che può essere suddiviso in due parti ideali: una prima parte, dedicata al nodo dell'attualità della condizione di infermità psico-fisica quale requisito di attivazione della misura protezionistica, e una seconda parte in cui la Corte riflette sul binomio dichiarazioni anticipate di trattamento-amministrazione di sostegno.

Nella prima parte i giudici respingono le letture ampliative sostenute in alcuni decreti della giurisprudenza tutelare, con cui si identificava l'attualità della condizione di bisogno quale mero presupposto di efficacia della misura che, potenzialmente attivabile anche a beneficio di soggetti perfettamente capaci di intendere e di volere, sarebbe sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva destinata a sciogliersi all'avverarsi dell'evento invalidante idoneo a determinare la decorrenza degli effetti della misura e quindi l'esplicarsi dei poteri dell'amministratore di sostegno.

⁵⁵ Tribunale di Modena, decreto del 13 maggio 2008, in *Famiglia e Diritto*, X, 2008, p. 923.

I giudici della Suprema Corte accolgono pertanto la tesi dell'attualità della condizione di impossibilità di perseguimento dei propri interessi quale presupposto costitutivo dell'amministrazione di sostegno.

Per giungere a tale conclusione, la Suprema Corte riprende i principali contenuti della disciplina (audizione del beneficiario e di eventuali soggetti prossimi⁶, esposizione nel ricorso delle ragioni che sostengono la richiesta di nomina⁷, indicazione del beneficiario come di colui che si trova nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi⁸), facendo emergere come questa sia stata strutturata dal legislatore per offrire tutela ad un soggetto nel quale si sia manifestata una condizione di debolezza che necessita un intervento assistenziale; tale procedura appare coerente con la *ratio* della misura protezionista che sollecita un intervento dell'autorità giudiziaria volto a definire l'effettivo bisogno del soggetto fragile, sulla cui base calibrare l'*an* e il *quantum* del sostegno necessario⁹.

La valutazione sull'*an* e sul *quantum* dell'intervento è elemento tipico dell'amministrazione di sostegno che si differenzia dalle altre misure protezionistiche per essere misura flessibile, modulabile e non standardizzata; proprio tale caratteristica, unita alla poca chiarezza del dettato normativo, ha contribuito a rendere incerta la frontiera tra amministrazione di sostegno, tutela e curatela¹⁰. Questa espansività ha infatti portato l'amministrazione di sostegno, nata con una funzione sostanzialmente vicariale a favore di un beneficiario non totalmente incapace nella gestione dei suoi interessi¹¹, ad essere applicata in fattispecie sovrapponibili a situazioni che sono

⁶ Art. 407 co. 2 c.c.

⁷ Art. 407 co. 1 c.c.

⁸ Art. 404 c.c.

⁹ Lo stesso art. 404 c.c. utilizza espressamente la locuzione "si trova nella impossibilità", non prevedendo pertanto nel novero delle figure coinvolte dall'amministrazione di sostegno coloro che non versano in una condizione che presuppone alcuna forma di assistenza. Parimenti, la stessa formulazione letterale dell'articolo 408 c.c. suggerisce una simile interpretazione; il legislatore utilizza infatti propriamente il termine designare lasciando ad una seconda fase della procedura, che viene riservata espressamente alla competenza del giudice tutelare, la vera nomina dell'amministratore con contestuale enucleazione dei relativi poteri.

¹⁰ Nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti, la presenza dell'amministrazione di sostegno non ha comportato l'eliminazione degli altri istituti preposti alla tutela dei soggetti incapaci. Il legislatore italiano ha infatti optato per una soluzione di tipo additivo anziché per una di tipo sostitutivo. Cfr. sui rapporti tra le figure protezionistiche, CHIARLONI S., *Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, p. 149; CALÒ E., *Il discrimen fra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Notariato*, V, 2004, p. 527; MALAVASI B., *Ancora sul discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Corriere Giuridico*, VI, 2006, p. 777; SCOTTI R., *La lettura costituzionale dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Notariato*, IV, 2006, p. 393.

¹¹ Nella stessa Relazione introduttiva alla Bozza Cendon, prima proposta di riforma contenuta nel ddl n. 246 e comunicata alla Presidenza del Senato il 10 maggio 1986, si affermava: «Sostegno suscita l'impressione che la questione da risolvere sia soltanto quella di un 20 o di un 30 per cento in più da fornire rispetto ad un 70 o 80 per cento che esiste già, insomma l'idea di qualcuno che sarebbe quasi in grado di farcela da solo: poco più del bastone per chi si

state tradizionalmente ricondotte alle altre due figure protezionistiche, talvolta anche nei confronti di un soggetto incapace di intendere e di volere, come accade nell'ambito delle decisioni di fine vita.

La dottrina e, *a fortiori*, la giurisprudenza, chiamata a farsi concretamente carico della perimetrazione dei confini dell'amministrazione di sostegno, fin dagli albori della novella legislativa, hanno pertanto cercato un criterio dirimente da declinarsi nella fattispecie concreta per decidere dell'assegnazione dell'adeguata misura protezionistica, sì da delineare un sistema armonico e scevro da giustapposizioni.

In numerose occasioni la Corte di Cassazione¹² e, con una pronuncia del 2005, la Corte costituzionale¹³ si sono espresse sul rapporto tra le tre figure protezionistiche, abbracciando un principio di gradualità delle misure, in conformità del quale il giudice sarà tenuto a ricorrere alle più invasive misure dell'abilitazione e interdizione solo qualora tramite l'amministrazione di sostegno non si rinvengano gli spazi per interventi idonei a garantire all'incapace un'adeguata protezione. Facendo leva sulla duttilità dell'amministrazione di sostegno e sulla sua "adeguatezza protettiva", i Supremi giudici sottolineano la residualità delle misure dell'interdizione e dell'inabilitazione, quasi ad erodere il raggio di azione delle preesistenti misure protezionistiche a favore di un ampliamento esponenziale della casistica sussumibile nella fattispecie dell'amministrazione di sostegno¹⁴, lasciando alla discrezionalità del giudice la valutazione della molteplicità ed eterogeneità di variabili che permettono di determinare nel singolo caso la rispondenza di tale strumento alle esigenze peculiari dell'incapace.

è procurato una storta alla caviglia, o della maniglia cui ogni passeggero è sollecitato ad attaccarsi negli autobus. (...) Si tratterà verosimilmente di un soggetto fragile: ma un tipo di fragilità comunque leggera, forse provvisoria, non necessariamente a base psichiatrica, con un forte timbro di carattere volontaristico-amministrativo».

¹² Si vedano le sentt. nn. 13584 del 2006, 25366 del 2006, 9628 del 2009, 17421 del 2009, 4866 del 2010 e, in ultimo, 22332 del 2011.

¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 404 del 2005, intervenuta, solo un anno dopo l'entrata in vigore della novella legislativa, a seguito di due ordinanze del giudice tutelare presso il Tribunale di Venezia – sezione distaccata di Chioggia.

¹⁴ Lo spazio sempre più residuale lasciato a tutela e curatela è alla base delle proposte di abolizione di queste figure, in un'ottica di monopolio dell'amministrazione nell'ambito degli istituti protezionistici, mutuando quando accaduto sul versante mitteleuropeo con la sostituzione della *Sachwalterschaft* austriaca e della *Betreuung* tedesca alle figure preesistenti, e grazie altresì al notevole riscontro applicativo che tale figura ha avuto soprattutto presso alcuni Tribunali che hanno sempre più proceduto con nomine di amministratori di sostegno, anche in casi in cui, invece, si sarebbe dovuta dare applicazione all'interdizione. Nel 2007 il Prof. Cendon ha infatti formulato una seconda Bozza di legge, «Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e inabilitazione», con l'auspicata finalità di addivenire all'«abrogazione definitiva delle anacronistiche misure dell'interdizione e dell'inabilitazione», partendo dal presupposto che la «sopravvivenza (positiva) dei due istituti codicistici, ormai agonizzanti, non possa - in realtà - trovare serie giustificazioni neppure entro il ristretto e residuale spazio di operatività che la Cassazione sembra loro riconoscere; e ciò in quanto la neo-figura dell'amministrazione di sostegno si atteggia (...) quale misura di in grado di far fronte adeguatamente, nelle mani del giudice, pure alle situazioni che appaiono richiamate dalla Suprema Corte» (CENDON P., ROSSI R., *Amministratore di sostegno. Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, VII, 2007, p. 662).

Una simile valutazione, unitamente a quella concernente il contenuto dei poteri dell'amministratore, chiudendo la breve parentesi sul rapporto tra gli istituti civilistici di protezione delle persone deboli e ricollegandoci al cuore della sentenza in commento, può ragionevolmente essere svolta contestualmente alla manifestazione del bisogno e non in via ipotetica, a fronte di una contingenza dai contorni aprioristicamente indeterminabili. L'attualità della condizione di debolezza viene pertanto confermata quale presupposto per l'attivazione dell'istituto e non invece quale mero presupposto per l'esplicazione degli effetti, da qui discendendo l'inammissibilità di una nomina ora per allora.

Se da un canto quindi la Corte respinge l'esegesi ampliativa dell'art. 404 c.c., dall'altro essa – e qui si entra nella seconda parte del percorso argomentativo della pronuncia – sembra invece accogliere l'interpretazione estensiva dell'art. 408 c.c. che, ricomprendendo nell'oggetto dell'atto di designazione a futura memoria non solamente il nominativo del soggetto che potrà ricoprire il ruolo di amministratore ma anche le direttive in conformità delle quali questi dovrà svolgere il proprio incarico, fa di quest'atto uno strumento di pianificazione e di esternazione della volontà del dichiarante, a valere per il futuro.

Il valore giuridico della designazione di cui all'art. 408 c.c., espressione del principio di autodeterminazione, «in cui a sua volta si esplica e si realizza il rispetto della dignità umana», rimane però circoscritto, in virtù della riconosciuta inammissibilità della nomina *pro futuro*, alla sfera di esercizio dell'iniziativa privata, trovando compimento e concretizzazione solo all'avverarsi della condizione incapacitante e nell'ambito di un idoneo procedimento giurisdizionale diretto alla nomina del soggetto designato da parte del giudice tutelare.

La Corte di Cassazione prosegue nell'argomentazione mettendo in luce i possibili risvolti problematici che potrebbero scaturire dalla realizzazione *tout court* dell'atto a futura memoria. Ed ecco quindi che, per corroborare la piena garanzia all'esplicazione del diritto di autodeterminazione del beneficiario, la Corte valorizza il ruolo dell'autorità giudiziaria che viene chiamata a verificare, nel momento dell'attuazione della misura protezionistica, qualora sia presente un atto di designazione, l'attualità, l'univocità e la specificità della volontà del soggetto incapace. In questo modo il Supremo giudice sembra avvallare quanto sostenuto da una parte minoritaria della giurisprudenza tutelare che mirava ad evitare i rischi connessi ad un'automatica applicazione di dichiarazioni vetuste, in contraddizione con il requisito di attualità proprio del consenso informato e a discapito di eventuali revoche intervenute *in limine*¹⁵.

¹⁵ In questo senso si veda, Tribunale di Pistoia, decreto 1 aprile 2009, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 52 dove, nonostante la presenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, il giudice ritiene che si debba fare applicazione del principio di diritto espresso nella Cassazione Civile, riconoscendo quindi la necessità dell'intermediazione del giudice che dovrà valutare – oltre al requisito oggettivo della irreversibilità della condizione clinica – la sussistenza dell'attualità della volontà precedentemente espressa. Questo accertamento, sostiene il giudice tutelare, renderebbe pertanto inidonea o quanto meno superflua l'investitura anticipata dell'amministratore di sostegno.

4. Riflessioni a margine: della necessità di un'*interpositio legislatoris* in materia di fine vita.

Se la Corte chiarisce la necessità di operare un vaglio dell'attualità del consenso così prestato e riconosce nel giudice adito il soggetto deputato al compimento di tale operazione, rimangono però alcune zone d'ombra che palesano la necessità di un pronto intervento del legislatore.

Sul piano costituzionale, ciò che desta perplessità è l'inadeguatezza di questo strumento a offrire una tutela efficace di quel diritto costituzionalmente garantito al consenso informato, che la stessa Corte costituzionale, in virtù del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., ha definito come espressione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell'autodeterminazione e quello della salute. L'uso dello strumento civilistico quale alternativa giurisprudenziale al testamento biologico, strumento la cui disciplina non era stata disegnata tenendo presente un intervento dell'amministratore nel campo delle decisioni di fine vita, comporta l'emergere di una serie di criticità che chiamano direttamente in causa l'esigenza del rispetto della tutela della personalità e della libera esternazione della volontà del beneficiario. Muovendosi nel delicato terreno della libertà si svela, a parere di chi scrive, l'insufficienza della vigente normativa e si incrina l'affermazione dell'inutilità di una disciplina sul testamento biologico.

Numerose sono le criticità che emergono sia sotto un profilo processuale, sia sotto un profilo sostanziale e che fanno dubitare della conformità della disciplina privatistica vigente all'esigenza di tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica di cui è emblema il consenso informato.

Innanzitutto, si tenga presente che il procedimento attraverso il quale si perviene alla nomina dell'amministratore può essere collocato a cavallo tra i procedimenti di volontaria giurisdizione e i procedimenti ordinari anche se si rivelano prevalenti le influenze sostanziali del processo in volontaria giurisdizione. Quest'ultima tipologia processuale nasce per la tutela di interessi e non propriamente per la tutela di diritti soggettivi; non a caso infatti tale procedimento viene ricondotto all'ambito del procedimento amministrativo piuttosto che a quello dell'ordinario processo civile¹⁶. Di tale forma si vestirebbero però decisioni dirette ad affidare incarichi che coinvolgono diritti di primaria importanza quali il diritto all'autodeterminazione, il diritto alla salute e, trasversalmente,

¹⁶ «La qualificazione sistematica della giurisdizione volontaria è molto controversa, ma sembra nel vero chi la considera nella sostanza un'attività amministrativa, anche se affidata ai giudici e svolta con forme giudiziali. Si tratta infatti per lo più di provvedere alla cura e protezione di determinati interessi privati, che stanno a cuore anche allo Stato: si affida perciò ad un organo pubblico il compito di cooperare con i privati nella gestione di tali interessi, controllandone l'operato. (...) Pertinente sembra perciò la definizione della giustizia volontaria come amministrazione pubblica del diritto privato» (cit. LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2002).

anche il diritto alla vita. Gli aspetti processuali che meriterebbero una più attenta analisi e riflessione, alla luce degli approdi cui è giunta la giurisprudenza e quindi alla luce del ruolo sempre più rilevante riconosciuto all'amministrazione di sostegno nel campo delle decisioni di fine vita, riguardano in particolare la *questio* della obbligatorietà della difesa tecnica e il ruolo del pubblico ministero.

Per quanto concerne la difesa tecnica, il cuore del problema riguarda l'obbligatorietà o non obbligatorietà della presenza di un procuratore in fase di presentazione della domanda per nomina di amministratore di sostegno. Il dibattito che si è sollevato intorno a questo aspetto è stato solo parzialmente risolto con un intervento della Corte di Cassazione civile del 2006¹⁷, in occasione del quale la Corte ha affermato che nel procedimento di nomina non serve, di regola, la difesa tecnica che diventerà invece indispensabile ai fini della validità del procedimento «ogni qualvolta il decreto che il giudice ritenga di emettere, sia o non corrispondente alla richiesta dell'interessato, incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze, analoghi rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto e l'inabilitato, per ciò stesso incontrando il limite del rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e del contraddittorio».

Seppur larga parte della dottrina sia concorde nel ritenere superfluo e impeditivo per le esigenze di snellezza imporre legislativamente la presenza di un avvocato difensore nel momento di presentazione del ricorso, è invece da appoggiare la conclusione a cui è giunta la Corte di Cassazione, che meriterebbe una positivizzazione in un'eventuale prospettiva di riforma e revisione della disciplina dell'amministrazione di sostegno, come già annunciato dal “padre putativo” dell'amministrazione di sostegno, il Prof. Cendon.

Questa possibile soluzione risulta infatti coerente e in linea con l'evoluzione subita dalla misura protezionistica contemplata e quindi anche con l'esigenza di tutela dei diritti dei futuri beneficiari coinvolti. La mente non può che andare a tutti quei casi in cui nel procedimento per la nomina di amministratore di sostegno vi siano in discussione diritti personalissimi quali il diritto alla salute e il diritto alla vita, soprattutto nel loro rapporto con il principio di autodeterminazione, allorché ad esempio l'amministratore venga chiamato a dar voce alle dichiarazioni anticipate di trattamento recepite in decreto e a ricostruire la volontà del proprio assistito incapace di intendere e di volere.

Un secondo aspetto che potrebbe contribuire ad una ancor più effettiva integrazione del diritto di contraddittorio dovrebbe essere il rafforzamento, o meglio, l'assicurazione dell'effettività del ruolo del Pubblico Ministero.

Potenzialmente, le norme rivalutano il ruolo del PM facendone parte nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Il dato normativo mira a coinvolgere questa figura che,

¹⁷ Sent. Cass. Civ., I sez., 29 novembre 2006, n. 25366.

contraltare dell'autorità giudiziaria, dovrebbe farsi rappresentante effettiva dell'interesse pubblico, assicurando che vengano rispettati tutti i diritti del beneficiario, sia quelli di ordine strettamente processuale, sia quelli di ordine sostanziale. Tale ruolo riveste una sostanziale importanza in quei casi, qui presi in considerazione, dove il giudice - e di conseguenza l'amministratore di sostegno -, vengono coinvolti in decisioni estremamente delicate quale l'emanazione di un decreto in cui si chiede di recepire indicazioni preventivamente fornite dallo stesso soggetto incapace. Nonostante però quanto richiesto dalla norma, si lascia la possibilità allo stesso di scomparire per il corso del procedimento, talvolta riemergendo eventualmente solo nelle battute finali per rilasciare conclusioni approssimative, come è facile constatare scorrendo la ricchissima casistica in materia di amministrazione di sostegno.

Ciò posto, resta il sentore di una disciplina processualistica che non si confà alla struttura di un istituto che ha acquisito una sostanza differente da quella originariamente prevista; una disciplina camerale snella, priva di eccessivi formalismi che ben si sposava con la finalità di cura di semplici interessi ma che al contrario stride di fronte alla pretesa di tutela di dritti soggettivi personalissimi.

Sotto il profilo sostanziale due sono i punti oscuri circa l'utilizzo dell'amministrazione di sostegno nelle decisioni di fine vita: un primo ordine di criticità riguarda le eventuali conseguenze in punto di responsabilità civile e penale per l'amministratore di sostegno qualora questi dovesse disattendere le indicazioni riportate in decreto, *a fortiori* in accoglimento delle preventive indicazioni fornite dal beneficiario.

Il codice civile dedica un'unica disposizione rimediale al compimento da parte dell'amministratore di atti in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico e ai poteri conferitigli dal giudice; l'art. 412 c.c. sancisce infatti la possibilità di richiedere l'annullamento dell'atto stesso posto in essere dal rappresentante¹⁸. L'annullabilità rappresenta la tipica soluzione prevista per i negozi che vengono compiuti da soggetti legalmente incapaci; un simile rimedio pare però assolutamente insufficiente a fronte di un danno per il beneficiario quale il mancato rispetto della sua espressione di volontà, del diritto personalissimo e fondamentale al consenso informato e alla libertà personale in campo terapeutico¹⁹.

¹⁸ In materia di invalidità degli atti nell'amministrazione di sostegno si rimanda a CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, Halley ed., 2006. Per quanto riguarda i profili di responsabilità dell'amministratore di sostegno si cfr. BONILINI G., *La responsabilità dell'amministratore di sostegno*, in *Responsabilità Civile*, VI, 2007, p. 486; PETRELLI P., *Questioni aperte in tema di responsabilità civile*, in FERRANDO G. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005; SIMEOLI D., *Amministrazione di sostegno, Profili sostanziali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume di Aggiornamento*, Roma, 2008, p. 1; TESCARO M., *Amministratore di sostegno*, in *Digesto delle Discipline privatistiche – sezione civile – aggiornamento*, UTET, Torino, 2007, p. 9.

¹⁹ Da un punto di vista civilistico si potrebbe forse ipotizzare una responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2059 c.c., già fondamento della responsabilità in tutti quei casi in cui il personale medico non agisca nel rispetto del diritto al

Ancora più complesso risulta poi il coordinamento tra la discrezionalità del giudice e il rispetto dell'autodeterminazione del singolo beneficiario, discrezionalità che emerge anche in *dictum* della sentenza in commento, laddove il Supremo Giudice abbraccia l'interpretazione dell'art. 408 c.c. con cui si prevede che la possibilità di un'eventuale designazione, da parte del futuro beneficiario, del soggetto che potrà ricoprire l'incarico di amministratore sia estesa ricomprendendo altresì la facoltà per il beneficiario di rilasciare le indicazioni in conformità delle quali dovrebbe agire, una volta nominato, l'amministratore di sostegno. Queste indicazioni non avranno come contenuto unicamente disposizioni patrimoniali o comunque disposizioni afferenti all'ambito dei traffici giuridici, ma potranno riguardare anche la prestazione del consenso informato o il rifiuto di determinati trattamenti sanitari, venendosi quindi a costituire una sorta di dichiarazione anticipata di trattamento attraverso una commistione tra privato e pubblico.

Differenziando le preventive dichiarazioni del beneficiario dal mandato in vista della futura incapacità previsto da altri ordinamenti²⁰, la norma affida però al giudice tutelare nel procedimento di nomina una discrezionalità tale da poter incidere sul contenuto delle indicazioni fornite dal beneficiario stesso; il giudice, qualora ritenga che le indicazioni fornite non siano opportune perché contrarie alle finalità di tutela del beneficiario (la norma parla di gravi motivi e di opportunità), viene autorizzato a discostarsene, con espressa motivazione in pronuncia, giungendo finanche a diverse risoluzioni ancorché non contemplate dal beneficiario stesso. Di questo si ha dimostrazione leggendo alcuni decreti che testimoniano come questa previsione sia stata applicata nelle aule dei Tribunali²¹.

consenso informato del proprio paziente. Si tratterebbe di una forma risarcitoria destinata al soggetto offeso per il solo danno ad un diritto fondamentale che potrebbe analogicamente applicarsi anche nel caso dell'amministratore di sostegno, qualora questi, *nuncius* della volontà del suo assistito, abbia disatteso l'espressione delle sua libertà personale. In punto di responsabilità penale, escludendo i reati di lesioni personali per ragioni attinenti all'insussistenza degli elementi integrativi del profilo oggettivo della condotta penalmente rilevante, si potrebbe forse ipotizzare la sussumibilità dell'atto dell'amministratore nella violenza privata *ex art. 610 c.p.*

²⁰ Il mandato in vista della futura incapacità, previsto ad esempio in Germania, negli Stati Uniti e in Canada, a differenza della designazioni anticipata di cui all'art. 408 c.c., prevede direttamente il sorgere di un obbligo in capo al mandatario, obbligo che invece non discende dalle indicazioni eventualmente rilasciate dal beneficiario tramite scrittura privata o atto pubblico, che necessitano, per divenire vincolanti nei confronti dell'amministratore di sostegno, di un recepimento formale nel decreto di nomina emesso dal giudice tutelare. Cfr. CALICE E., *Commento agli artt. 404 ss. c.c.*, BONILINI G., in CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Commentario ipertestuale al codice civile*, Torino, 2005; PATTI S., *Introduzione*, in PATTI S. (a cura di), *La riforma dell'inabilitazione e dell'interdizione*, 2002, p. 22; BONILINI G., COPPOLA C., *Dell'amministrazione di sostegno, sub art. 408 c.c.*, in GABRIELLI E. (a cura di), *Commentario al Codice civile, Della Famiglia*, BALESTRA (a cura di), III, Utet, Torino, 2009, p. 256.

²¹ In giurisprudenza si ritrovano diversi decreti in cui i giudici tutelari hanno deciso di disattendere quanto indicato dal beneficiario stesso, in particolare rispetto alla scelta dell'amministratore di sostegno. Nel decreto del 26 gennaio 2009 (vedi testo decreto in *www.altalex.com*), il giudice Stanzani stesso aveva rigettato la richiesta degli istanti di essere nominati amministratori di sostegno della figlia affetta da sclerosi multipla, preferendo affidare l'incarico ad un professionista di fiducia a cagione dell'eccessivo coinvolgimento emotivo dei genitori che avrebbe potuto divenire ostacolo alla migliore realizzazione del compito affidatogli. Più recentemente si veda il decreto del Tribunale di Varese,

Nulla esclude poi - lo sottolinea la Corte di Cassazione stessa nella sua pronuncia - che, come estensivamente dall'art. 408 c.c. si ricava la possibilità per il beneficiario di fornire dettagliate indicazioni in merito al contenuto e all'oggetto dei compiti attribuibili all'amministratore, parimenti, estensivamente, si deduca che la stessa possibilità per il giudice di disattendere per gravi motivi le indicazioni in merito al soggetto da designare come amministratore, ricada anche sulle indicazioni afferenti al contenuto dei compiti di rappresentanza.

Nella disciplina privatistica, come motivazione del discostamento operato del giudice rispetto alle indicazioni rilasciate dal beneficiario, si parla di gravi motivi; l'indicazione legislativa non appare chiara e circoscritta, essendo labili i confini dei "gravi motivi" a cui si riferisce espressamente l'articolo 408 c.c. Si tratta di una valutazione inerente esclusivamente l'attualità del consenso o tale valutazione può estendersi oltre l'elemento cronologico investendo direttamente il contenuto della scrittura privata? Anche qualora i gravi motivi consistessero nel giudizio di non attualità delle direttive, si porrebbe poi il problema di determinare come deve agire l'amministrazione di sostegno, riproponendosi le criticità della ricostruzione *ex post* della volontà del beneficiario; operazione, questa, che si voleva evitare proprio con una legge sul testamento biologico o attraverso il riconoscimento delle volontà rilasciate dal paziente. La presenza del giudice può così diventare una presenza ingombrante la cui volontà, in concorso con quella del beneficiario, rischia di alimentare il contenzioso.

Si ricordi inoltre che non è l'atto del beneficiario a vincolare l'amministratore di sostegno, il quale è invece tenuto ad attenersi a quanto previsto in maniera circostanziata dal giudice tutelare in decreto. L'amministratore, pertanto, nulla potrebbe di fronte all'esercizio della discrezionalità dell'autorità giudiziaria, essendo vincolato esclusivamente ai poteri così come conferiti *ex*

dott. Buffone, 28 giugno 2012 (in www.personaedanno.it): «È chiaro come la designazione dell'amministratore di sostegno resti un atto del giudice tutelare, il quale ben può disattendere la stessa indicazione ufficiale e formale del beneficiario anziano, *ex art.* 408, comma I, c.c. L'atto di designazione del soggetto rappresentante, da parte del beneficiario, non è, infatti, vincolante per il magistrato della tutela che avrà solo il dovere di muovere da quella designazione per poi, eventualmente, disattenderla con motivazione che ne illustri i (gravi) motivi. L'atto di designazione, pertanto, ha un effetto sulla motivazione del decreto e non sulla scelta dell'amministratore: in presenza di una designazione anticipata da parte del beneficiario, il G.T. che nomina altro soggetto ha l'obbligo della motivazione rafforzata (indicazione, cioè, delle ragioni per cui la preferenza del rappresentato non è stata assecondata)». Si tenga inoltre presente che, a differenza di quanto accade in altre legislazioni, infatti, l'amministrazione di sostegno prevede sempre l'intervento del giudice che solo può esplicitare i poteri e i compiti dell'amministratore; non è pertanto in alcun modo possibile un confronto con la figura civilistica del mandato dove è il beneficiario stesso, senza alcuna interposizione giurisdizionale, ad attribuire al mandante i compiti che questi è assolutamente tenuto a svolgere in suo nome. *Amplius* CALÒ E., *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in PATTI S. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, in *Quaderni di Famiglia*, Milano, 2005; BRUSCUGLIA L., *Sul cosiddetto testamento psichiatrico*, in FERRANDO G., VISINTINI G., (a cura di) *Follia e diritto*, Torino, 2003, p. 100; JANNUZZI A., LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2004.

*decreto*²². Si viene per tal via a creare una catena di rapporti, obblighi e doveri, foriera di squilibri, dove si aprono per soggetti terzi possibili spazi di manovra: il beneficiario lascia le sue indicazioni al giudice, il giudice valuta queste indicazioni che può più o meno disattendere e declina nel decreto di nomina i poteri dell'amministratore, a sua volta vincolato a quanto riportato in decreto.

Il fatto che sia il giudice, con un intervento discrezionale, a garantire l'efficacia delle dichiarazioni, il fatto che egli possa intervenire direttamente con una valutazione sul contenuto delle stesse rappresenta un elemento di tutela del diritto di autodeterminazione o questo diritto necessita di una garanzia giuridica che solo il legislatore può offrire?

L'amministrazione di sostegno rappresenta fuor di dubbio un valido strumento grazie alla sua attitudine a farsi incontro alle esigenze della singola persona esaltandone la personalità; d'altra parte però l'attuale disciplina non raggiunge livelli di completezza tali da sostituire una normativa specifica in materia di fine vita. Proprio muovendosi nel delicato terreno della libertà di autodeterminazione si svela infatti la debolezza della normativa civilistica attuale a tutela di valori costituzionali, soprattutto ove tali valori siano mediati da interventi di singoli giudici i quali, invece, vedono nell'intervento del legislatore in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento una mera superfetazione normativa, bastando a tutela dei diritti fondamentali ivi coinvolti una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni concernenti l'amministrazione di sostegno; in altre parole, lasciare alla discrezionale valutazione del singolo giudice la possibilità di applicare l'amministrazione di sostegno quale strumento per attuare il fondamentale diritto al consenso informato può contribuire a creare una situazione di incertezza del diritto oltre che di disuguaglianza sostanziale²³.

Inoltre, è opportuno lasciare nelle mani della discrezionalità dei giudici la disciplina di una materia così delicata, in un ambito problematico quale è il dibattito bioetico e biogiuridico? Un'analogia questione era emersa quando ci si era posti l'interrogativo sulla necessità di una regolamentazione legislativa delle pratiche di procreazione medicalmente assistita, regolamentazione che la Corte costituzionale, in due diverse occasioni, ha ritenuto – proprio per la

²² Il giudice non è altresì tenuto a conformarsi alla domande poste nel ricorso di apertura del procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Difettando il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, stante la lacuna in merito al riconoscimento del principio della domanda, «il giudice è libero di conformare il contenuto del decreto di sostegno essendo svincolato dal principio della domanda che è caratteristico di un processo di natura dispositiva. Nella determinazione dell'amministrazione di sostegno il magistrato “deve avere esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario (...), dovendo tener conto esclusivamente dei bisogni e delle richieste di questi, sempre che siano «compatibili con gli interessi e le esigenze di protezione»» (cit. MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, in *La valutazione delle capacità di agire*, BIANCHI A., MACRÌ P.G. (a cura di), CEDAM, Padova, 2011).

²³ In giurisprudenza si registrano infatti, anche solo sulla questione relativa all'attualità della condizione di infermità psico-fisica quale presupposto di attivazione della misura, espressioni disomogenee e non unanimesi; basti por mente all'emblematico caso del Tribunale di Cagliari dove, nello stesso anno, due giudici tutelari hanno emesso decreti con soluzioni antitetiche (Tribunale di Cagliari, decreto 22 ottobre 2009 e 14 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010).

portata dei contenuti ivi espressi – come costituzionalmente necessaria. Il dibattito parlamentare il cui compito – come ci ricorda Waldron in “The dignity of legislation” – è quello di selezionare in modo equo il contenuto delle scelte pubbliche, anche e soprattutto in quegli ambiti dove maggiore è il disaccordo relativamente a questioni eticamente problematiche, sembrerebbe essere il terreno privilegiato delle decisioni afferenti al bilanciamento di diritti e di principi riconosciuti come centrali nell’assetto costituzionale del nostro ordinamento.

La centralità dell’intervento del legislatore non esclude – ovviamente – l’altrettanto possibile incisivo intervento del giudice nel caso singolo. È però fondamentale che tale ultimo attore possa agire nell’ambito di principi chiarificati in sede legislativa e non sulla base di un’interpretazione che, pur essendo definita da alcuni giudici come costituzionalmente conforme, talora rischia di uscire dai ranghi dell’attività conoscitiva per trasformarsi in puro esercizio della volontà.