

“Designazione anticipata e nomina preventiva dell'amministratore di sostegno; designazione del partner quale rappresentante per le decisioni in materia di salute e in caso di morte per la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie”

di Joëlle Long*

Gli ultimi vent'anni hanno visto anche in Italia la progressiva affermazione del diritto individuale all'autodeterminazione “ora per allora”, cioè della possibilità per ciascuno di noi di organizzare la cura della propria persona e delle proprie sostanze in previsione di un'eventuale futura incapacità di prendere decisioni consapevoli. La *ratio* è evidente: chi meglio di ciascuno di noi sa cosa desidera per il proprio futuro e chi sono le persone nelle quali riporre fiducia?

Il tema, di grande attualità stante la recentissima approvazione al Senato, il 14 dicembre 2017, del disegno di legge sul cosiddetto biotestamento (più precisamente “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”), rappresenta in effetti una novità culturale per l'ordinamento italiano che tradizionalmente, così come gli altri Paesi dell'Europa continentale, realizza la protezione degli adulti “privi in tutto o in parte di autonomia” essenzialmente tramite un *intervento giudiziario* con cui viene nominato al soggetto “fragile” un rappresentante legale con il potere di sostituirlo o di assisterlo nel compimento di atti giuridici. Altrove, per esempio in Inghilterra e Galles, l'approccio è storicamente radicato nell'autonomia individuale e dunque gli strumenti principali per le cure della persona incapace sono le direttive anticipate in materia sanitaria e la nomina “ora per allora” di un rappresentante che deciderà sulle questioni personali (salute, luogo di vita) e patrimoniali in caso di sopravvenuta incapacità del disponente. Negli ultimi anni tuttavia si è assistito a un riavvicinamento tra i due modelli. Da un lato infatti si è ovunque sviluppata la consapevolezza dell'importanza di limitare la capacità di agire dell'adulto fragile nella misura strettamente funzionale alla sua protezione e, comunque, della necessità di promuovere quanto più possibile le capacità della persona, pur naturalisticamente e legalmente incapace, e questo ha portato i Paesi dell'Europa continentale a dotarsi di strumenti più flessibili dell'incapacitazione totale (il riferimento per l'Italia è all'interdizione) e capaci di adattarsi alle peculiarità del caso concreto e, contestualmente, a introdurre nei loro ordinamenti strumenti negoziali per l'organizzazione delle cure in previsione di un'eventuale futura incapacità di prendere decisioni consapevoli sulla propria vita e sui propri affari. Dal canto loro, i Paesi di *common law* hanno attribuito *ex lege* all'autorità giudiziaria il potere di nominare un legale rappresentante alla persona divenuta incapace che non abbia preventivamente designato un fiduciario e le corti godono comunque di un certo margine di apprezzamento nella valutazione delle direttive anticipate, potendo renderle inefficaci qualora esse portino a conseguenze valutate irragionevoli o comunque non adeguate.

E in Italia? Tre sono state le tappe fondamentali dell'affermazione nel nostro Paese del diritto all'autodeterminazione per il caso di futura incapacità.

Tradizionalmente, infatti, l'unico strumento utilizzabile per l'organizzazione “ora per allora” era la procura generale o speciale a un familiare o comunque a una persona di fiducia. Tale strumento presenta tuttavia grandi limiti: il focus è soprattutto patrimoniale (e quindi per esempio non conferisce la rappresentanza per le decisioni in materia sanitaria); consente comunque alla persona “fragile” di agire in proprio e può dunque esporlo al rischio di danni patrimoniali per atti dissennati (questo anche in considerazione del fatto che è nella pratica estremamente complesso ottenere l'annullamento *ex post* ex art. 428 cod. civ.); nel caso di sopravvenuta interdizione o inabilitazione lo strumento diventa automaticamente inefficace (cfr. *mutatis*

* Ricercatrice di diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

mutandis l'art. 1722 in materia di estinzione del mandato); è diffusa l'opinione che la procura generale all'altro coniuge in presenza di comunione legale tra gli stessi sia nulla.

E' stato dunque necessario attendere la legge n.6 del 2004 perché si avesse un primo espresso riconoscimento legislativo della possibilità di organizzarsi "ora per allora". La nuova disciplina non solo stabilisce che lo "stesso interessato" possa designare "L'amministratore di sostegno ... in previsione della propria eventuale futura incapacità" (art. 408 comma 1° cod. civ.), ma anzi ritiene la designazione l'opzione preferibile, come dimostrato dalla gradazione dei criteri di scelta: "L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso... *In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi*, il giudice tutelare può designare... un amministratore di sostegno diverso. Nella scelta, il giudice tutelare preferisce..." (ibidem, corsivo aggiunto).

Presupposto di validità della designazione è la capacità legale e naturale *attuale* della persona ("L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria *eventuale futura* incapacità", corsivo mio). Requisito di efficacia è invece la sopravvenuta "incapacità", che parrebbe da intendersi (al di là del dato letterale) come "impossibilità di provvedere ai propri interessi" ex art. 404 cod. civ. L'effetto della designazione non è l'investitura del designato quale amministratore, ma una presunzione *relativa* di conformità della nomina del designato all'interesse dell'amministrato: il conferimento dei poteri all'amministratore infatti avviene solo con il decreto del giudice tutelare di nomina e comunque il giudice ben può decidere diversamente, in presenza di "gravi motivi" ovviamente da indicarsi nel provvedimento di nomina. La giurisprudenza ha peraltro ammesso la designazione in sostituzione, per il caso cioè in cui il primo designato non possa assumere l'incarico, e la dottrina ha ammesso altresì la cosiddetta designazione in negativo, con applicazione in via analogica dell'art. 350 n.2 cod. civ. che impedisce di nominare tutore di un minore la persona esclusa per disposizione scritta del genitore che per ultimo abbia esercitato la responsabilità. Discussa è invece la possibilità di nomina di più amministratori congiuntamente. Ex art. 408 cod. civ. la designazione deve essere fatta con atto pubblico o scrittura privata autenticata e quindi nella maggioranza dei casi avviene con atto notarile, salvo il caso di designazione nel ricorso o in verbale d'udienza. La designazione è ovviamente revocabile in qualsiasi momento, con le forme previste dalla legge per la designazione stessa.

Almeno tre sono a ben vedere i limiti all'efficacia di questo diritto individuale alla designazione "ora per allora" di un rappresentante. Anzitutto il fatto che la designazione non sia vincolante per il giudice, il quale come già detto può per gravi motivi discostarsene (sono invece le direttive inserite nel decreto a essere vincolanti, per esempio per il medico); in secondo luogo che sia necessario attendere il decorso di un procedimento giudiziario affinché la designazione raggiunga l'obiettivo di attribuire all'amministratore i poteri che l'interessato intendeva conferirgli; da ultimo, il fatto che non esista un registro delle designazioni e che dunque il giudice tutelare che si trovi a dover nominare all'interessato un amministratore possa non avere contezza di una precedente designazione.

Peraltro, e non è un caso se lo si inquadra nell'evoluzione anche culturale del diritto italiano verso il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione "ora per allora", la giurisprudenza quantomeno edita pare essersi occupata dell'art. 408 cod. civ. essenzialmente *praeter legem*: a) quale strumento per fornire dichiarazioni anticipate in merito alla volontà di consentire o più spesso rifiutare trattamenti sanitari per il caso di sopravvenuta incapacità, nonché b) per ammettere la nomina dell'amministrazione di sostegno preventivamente al sopraggiungere dell'incapacità.

a) E' infatti prassi comune che nello stesso documento in cui designa l'amministratore ex art. 408 cod. civ. il disponente fornisca indicazioni sul suo progetto di vita per il caso di sopravvenuta incapacità, in special modo con riferimento al consenso o al rifiuto di alcuni trattamenti sanitari. Come affermato dalla giurisprudenza oggi maggioritaria, tali indicazioni assumono rilievo fondamentale per consentire all'amministratore di sostegno, così come al tutore in caso in interdizione, nonché all'autorità giudiziaria adita

dal legale rappresentante della persona "fragile" per l'autorizzazione a un atto come per esempio il dissenso da un trattamento sanitario salvavita, di ricostruire la volontà del soggetto e dunque il suo interesse, guidando così l'azione di chi deve decidere per lui. Il legame teleologico tra la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno e le direttive anticipate è stato esplicitamente riconosciuto dagli ermellini secondo cui "La designazione *de futuro*... è esplicitazione del diritto di autodeterminazione della persona, in cui a sua volta si esplica e si realizza il rispetto della dignità umana ... mira a valorizzare il rapporto di fiducia interno al designante ed alla persona scelta che sarà tenuta ad esprimere le intenzioni che risultano esternate ad integrazione dell'atto circa gli interventi di natura personale e patrimoniale che si rendessero necessari all'avverarsi di quella condizione" (Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2012 n.23707). Insomma, l'amministratore di sostegno e il giudice saranno vincolati dalle volontà del beneficiario espresse nella designazione preventiva di amministratore di sostegno, salvo documentate ragioni.

b) Invocando la necessità di assicurare l'azionabilità del diritto individuale alla designazione dell'amministratore di sostegno di cui all'art. 408 cod. civ. parte della giurisprudenza ha argomentato a favore della possibilità di *nomina* preventiva dell'amministratore di sostegno, in previsione di una futura incapacità. Tra le pronunce favorevoli a questo utilizzo una delle più significative è Trib. Modena 5 novembre 2008 che accoglie l'istanza di un uomo che, avendo qualche tempo prima designato la moglie, e in subordine la figlia, quale amministratore di sostegno "con l'incarico di pretendere il rispetto delle disposizioni terapeutiche dettate con la scrittura stessa per l'ipotesi di propria eventuale, futura incapacità", presentava ricorso per l'apertura a proprio favore di un'amministrazione di sostegno pur essendo pacifico che era in quel momento perfettamente capace di autodeterminarsi in materia sanitaria. Secondo il giudice tutelare (il ben noto P. Stanzani), i requisiti dell'*attualità* dell'impossibilità di badare ai propri interessi e della necessità di definire con certezza il momento di concreta operatività della misura si risolverebbero in un'interpretazione abrogatrice della norma sulla designazione anticipata in considerazione del fatto che la stessa si rivelerebbe inidonea a perseguire lo scopo di consentire alla persona di pianificare le cure della sua persona e del suo patrimonio nei tanti casi di incapacità sopravvenuta improvvisamente (es. per ictus, infarto, sinistro stradale), e ciò dati i tempi obiettivamente necessari per lo svolgimento di un procedimento giudiziario finalizzato all'apertura dell'amministrazione di sostegno post incapacità. Tale interpretazione, condivisa da alcuni giudici di merito favorevoli alla designazione anticipata, è stata tuttavia smentita dalla Corte di cassazione con la sentenza 20 dicembre 2012 n.23707 (cit. *supra*) sulla base di due argomenti: la lettera dell'art. 404 cod. civ., secondo cui l'amministrazione di sostegno viene aperta quando la persona "si trova" nell'impossibilità di badare ai propri interessi ("Poichè il presupposto per l'operatività dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è il manifestarsi della condizione di infermità/incapacità della persona, e quindi il contemporaneo insorgere dell'esigenza di protezione, non può procedersi alla nomina del designato amministratore di sostegno per una persona attualmente capace e non affetto da alcuna patologia ...") e la *ratio legis*, identificata nell'assistenza e nel sostegno alle persone "prive in tutto o in parte di autonomia". Malgrado questa presa di posizione *tranchante*, parte della giurisprudenza ha continuato ad ammettere la nomina preventiva almeno in presenza di situazioni personali patologiche in atto, ovvero ancora in fieri ma già ben presenti e riscontrate clinicamente che facciano ritenere con un elevato grado di probabilità che la persona si troverà in un futuro prossimo privo della capacità di badare ai propri interessi.

Una seconda tappa, invero piuttosto sottovalutata, verso il riconoscimento del diritto individuale all'autodeterminazione "ora per allora" è stata l'approvazione della legge n.76 del 2016 (cosiddetta legge Cirinnà). Tale legge infatti contempla espressamente il diritto dei conviventi di fatto (che rientrano nella definizione di cui all'art. 1 comma 36) di "*designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie. La designazione... è fatta in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone*". Al di là della cattiva fattura e delle imprecisioni lessicali (cosa

significa poteri “pieni” o “limitati”?)¹) e dei difetti di coordinamento (cosa succede se, prima o dopo tale designazione, viene nominato dal giudice un amministratore di sostegno con poteri in materia sanitaria? Cosa avviene se con testamento la persona ha dato disposizioni diverse per il “dopo di lei”?), la norma introduce per la prima volta nell’ordinamento italiano il diritto individuale di scegliere un fiduciario in materia sanitaria: diversamente dall’art. 408 cod. civ., infatti, qui la “designazione” (il termine usato dalle due normative è il medesimo) conferisce il potere di rappresentanza in materia sanitaria indipendentemente dall’intervento di un giudice. Il diritto, tuttavia, è riservato a un gruppo di soggetti limitato: i conviventi di fatto che rientrano nella definizione dell’art. 1 comma 36° legge n.76/2016. Ne risultano dunque esclusi i coniugi e le unioni civili, ma anche i numerosi conviventi che non rientrano nella definizione della legge n.76 (per esempio i conviventi coniugati con terzi e da questi separati legalmente o di fatto). In effetti, tale limitazione appare *ictu oculi* irrazionale, non essendo individuabile una ragione che giustifichi l’esclusione di altri modelli di relazione di coppia. Da segnalare inoltre la previsione di un formalismo meno gravoso rispetto all’art. 408 cod. civ.: qui infatti ci si contenta della “forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerlo, alla presenza di un testimone” (art. 1, comma 41°).

Tappa più recente è stata, infine, la cosiddetta legge sul “biotestamento”, approvata dal Parlamento la scorsa settimana e non ancora promulgata. L’art. 4 del testo, rubricato “disposizioni anticipate di trattamento”, prevede che ogni persona “maggioenre” (e qui mi limito a rilevare il possibile conflitto con le norme internazionali e nazionali che oggi riconoscono il diritto della persona minorene capace di discernimento ad essere quantomeno associata alla decisione sanitaria) e capace di intendere e volere può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari tramite lo strumento delle DAT (“disposizioni anticipate di trattamento”). Tali “disposizioni” (il termine ne indica chiaramente la natura negoziale) possono contenere indicazioni sul “consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari”, ed anche indicare un “fiduciario” che faccia le veci della persona e la rappresenti nelle relazioni con i medici e le strutture sanitarie in caso di “sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi” (con quali rapporti con un eventualmente amministratore di sostegno è poco chiaro, stante un’indubbia competizione tra le due figure²). Le DAT “devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l’ufficio di stato civile del comune di residenza del disponente” per l’annotazione di apposito registro (di prossima istituzione) o presso le strutture sanitarie. “Nel caso in cui le condizioni fisiche della persona non lo consentono, le DAT possono essere espresse anche tramite la videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona di comunicare” (dunque con un grado di formalismo intermedio tra quello dell’art. 408 cod. civ. e quello della legge n.76 del 2016). Il medico è tenuto al rispetto delle DAT, che può disattendere solo d’intesa con il fiduciario qualora esse “appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alle condizioni cliniche attuali del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione”. In caso di contrasto tra il medico e il fiduciario, decide il giudice tutelare (cfr. combinato disposto dell’art. 4 comma 5° e dell’art. 5 comma 3°).

Poiché la nuova legge intende regolare in termini generali e ad ampio raggio della legge n.76 del 2016 la materia dell’autodeterminazione “ora per allora” in materia sanitaria, parrebbe di dover ritenere l’abrogazione implicita della fonte anteriore.

¹ L’unico elemento di certezza pare che la designazione possa essere accompagnata, similmente a quanto avviene per quella ex art. 408 cod. civ., da direttive anticipate di trattamento, le quali – appunto – limitino i poteri del fiduciario.

² Come del resto riconosce la legge stessa che precisa che se le DAT non contengono indicazione del fiduciario “in caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno”.