

GLI ATTI DI CURA DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL CONSENSO INFORMATO

GIUSEPPE ONDEI

Introduzione

1.a - La definizione di cura

La legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno fa menzione della cura della persona nell'art. 405 c.c. - ove prevede che il giudice tutelare possa adottare i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata - e nell'art. 408 c.c. – laddove, nella scelta dell'amministratore di sostegno, il giudice deve avere esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario.

Il potere di cura, peraltro, trova già espressa menzione nel codice civile in materia di funzioni del tutore (art. 357 c.c.) quale compito distinto dal potere di rappresentanza negli atti civili e dalla funzione di amministrazione dei beni ma dall'entrata in vigore della l. n. 6/2004 il termine suscita particolare interesse in quanto la cura della persona diventa la finalità primaria della misura di protezione.

Ma che cosa significa potere di cura?

Nell'anno 2006 un interessante scritto del giurista Santosuosso ha affrontato il tema dell'origine del termine "cura" proponendo la distinzione elaborata da Martin Heidegger tra il *prendersi cura* e l'*avere cura*: il primo appartiene all'esistenza inautentica e consiste nel prendere il posto dell'altro nella cura di sé mentre il secondo appartiene all'esistenza autentica ed è la relazione con l'altro che lo determina e lo porta a prendere cura di se stesso.

La distinzione mi sembra interessante ma con una precisazione. Heidegger, infatti, ebbe a definire l'uomo come l'unico ente in grado di *prendersi cura* dell'essere (Besorgen) sostenendo che la sua esistenza non è riducibile a pura presenza ossia nel "*rimanere a guardare se stessi e il proprio intorno*".

Partendo, così dal *prendersi cura* nel corretto senso heideggeriano va osservato che nella relazione personale, il prendersi cura dell'altro non può mai rifarsi a schemi precostituiti, elaborati su esperienze pregresse, tanto da forgiare un cliché. Se l'altro è accolto nella sua unicità, colui che si prende cura dovrà necessariamente partire dalla unicità del soggetto a cui rivolge questa cura e questo comporterà un atteggiamento attento all'altro, di accoglienza, ascolto e apertura non condizionata. Nel campo antropologico, la sapienza empirica (la cosiddetta esperienza!) è fuori luogo: se utilizzata come unico metro d'azione, è addirittura devastante. E questo in forza del fatto che l'essere di cui mi prendo cura non mi apparterrà mai come qualcosa, e qualcosa per me (lo ridurrei, altrimenti, ad un'esistenza inautentica).

Nella normativa sull'amministrazione di sostegno la cura della persona trova la propria consacrazione negli artt. 404, 405 comma quarto e 408 comma primo c.c. nonché 44 Disp. att. cod. civ.; scompare il termine "*potere di cura*" si parla di atti cura o di fini di cura della persona come categoria ampia all'interno della quale vi sono:

** in termini generici: la capacità di ascolto dei bisogni e dei desideri del soggetto debole, la valutazione delle sue aspirazioni

** ed in termini specifici: le scelte residenziali, l'assunzione di personale dipendente per l'assistenza e la somministrazione di terapie, l'attivazione dell'intervento dei servizi sociali ed il consenso informato ad atti terapeutici.

Tra l'altro va ricordato che anche in diritto romano ed in particolare nella legislazione giustiniana il *curator* del *furiosus* doveva salvaguardare non solo il patrimonio ma anche il corpo e la persona del furioso («*Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi*» Il curatore, col consiglio e l'opera, deve salvaguardare non solo il patrimonio, ma anche il corpo e la salute del furioso - Dig. 27, 10, 7 pr.).

1.b - La convenzione di New York del 13 dicembre 2006

Un ulteriore e recente dato normativo da prendere in considerazione ai fini di una più compiuta individuazione del potere di cura nei confronti dei disabili è la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità di New York che è stata ratificata dall'Italia con legge 3 marzo 2009 n. 18 e riconosce espressamente (lett. N del preambolo) l'importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale compresa la

libertà di compiere le proprie scelte e (lett. P del preambolo) l'importanza all'accessibilità alle strutture fisiche, sociali, economiche e culturali ed alla salute per consentire alle persone con disabilità di godere pienamente di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali .

Lo scopo dichiarato della Convenzione è quello di promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità (art. 1 comma 1 Convenzione).

Vengono definite disabili le persone che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con altri.

Ma la novità più significativa è senza dubbio l'introduzione nella materia della protezione dei soggetti deboli di una serie di principi generali alla luce dei quali potranno essere interpretate le norme di diritto interno: si tratta del rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia e la libertà di compiere le proprie scelte, l'indipendenza , la non discriminazione, la piena ed effettiva partecipazione ed inclusione nella società, il rispetto per la differenza e l'accettazione della persona con disabilità (art. 3 convenzione).

Con particolare attenzione al diritto all'integrità fisica e psichica si rinvengono due principi generali:

all'art. 10 il principio per cui il diritto alla vita è connesso alla persona umana;

all'art. 17 il principio per cui ogni persona con disabilità ha diritto al rispetto della propria integrità fisica e mentale su base di uguaglianza con gli altri.

L'art. 12 comma 4 della Convenzione, infine, impone agli Stati di assicurare che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani.

Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona e che siano scevre da ogni conflitto di interesse nonché da ogni influenza indebita.

L'art. 3 della Convenzione prevede, poi, che la tutela della dignità della persona disabile passa per la garanzia dell'eguaglianza sostanziale mediante la rimozione degli ostacoli che impediscono l'esercizio della libertà di autodeterminazione.

Gli strumenti che l'ordinamento italiano offre per la rimozione di tali ostacoli sono proprio il potere di cura e l'atto di cura che vengono esercitati dal tutore e dall'amministratore di sostegno ai quali va riconosciuta anche la possibilità di esprimere i contenuti che concretano l'esercizio della libertà di autodeterminazione della persona disabile.

Come poi tale libertà possa essere in concreto esercitata è questione che attiene al significato che si vuole attribuire al termine autonomia e libertà di coscienza. In senso kantiano come capacità della ragione umana di imporre liberamente leggi morali assolute a se stessa (libertà di) o piuttosto in senso liberale come capacità di agire intenzionalmente senza condizionamenti esterni o costrizioni (libertà da).

Ovviamente l'esercizio della libertà di autodeterminazione può assumere contenuti che trovano legittimazione nel contesto storico-culturale in cui si colloca l'atto di cura.

La scelta circa la valenza etica dell'atto non è compito del giudice tutelare che si deve limitare a verificare se vi siano i presupposti di diritti per autorizzare l'atto.

Senza ignorare che le scelte di cura sono, in ogni caso, difficili e delicate.

La scelta residenziale del ricovero, per esempio, si sostanzia spesso in una decisione dalle conseguenze gravissime sull'esistenza della persona che viene di fatto relegata in un limbo senza colore a vegetare.

In ordine agli atti di cura non possono, infine, non ricordarsi che vi sono, soprattutto in dottrina, interpretazioni "restrittive" secondo le quali in base al dato letterale (l'art. 411 c.c. non richiama gli artt. 357, 358 e 371 c.c. ma solo gli artt. 349/353 e 374/388) si esclude che possano essere attribuiti ai poteri di rappresentanza dell'amministratore di sostegno quelli nell'ambito della gestione della persona, di collocazione e di consenso informato: la tutela, secondo tali autori, è l'unico strumento che legittimi una sostituzione al paziente nel consenso a terapie e trattamenti sanitari e chirurgici dal momento che in casi di dissenso del beneficiario è previsto un particolare procedimento (v. art. 410 c.c.) e l'applicazione dell'amministrazione di sostegno nei casi in cui il dissenso del destinatario non può essere superato può declinare verso una incapacitazione di fatto, dove l'unica utilità inseguita diventa quella di non usare l'istituto dell'interdizione e la tentazione sia quella di superare l'eventuale dissenso del beneficiario. Secondo tale interpretazione l'unico titolato a porre in essere interventi menomanti o ablativi sarebbe il giudice tutelare ex art. 405 IV° comma c.c. che lo

facoltizza ad emettere provvedimenti d'urgenza per la cura della persona interessata.

Tale interpretazione, laddove ha preso piede in giurisprudenza, ha portato a ritenere la necessità di procedere all'interdizione anche per il ricovero in struttura residenziale protetta. Ma trattasi di sterile interpretazione letterale sol che si consideri che: a) l'art. art. 405 V° comma c.c. : precisa tra gli elementi che devono essere indicati nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario; b) l'art. 408 c.c. nello stabilire i criteri di nomina e di scelta dell'amministratore di sostegno dispone che detta scelta deve avvenire nell'esclusivo interesse alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario; c) l'art. art. 410 I° comma c.c. chiarisce che nello svolgimento della sua attività l'amministratore di sostegno deve tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario; d) l'art. 44 disp. attuaz c.c. prevede che il giudice tutelare può convocare in qualsiasi momento l'amministratore di sostegno per chiedere informazioni chiarimenti notizie e dare istruzioni inerenti gli interessi morali del beneficiario.

Atti di cura e poteri del giudice

Fatte le premesse di cui sopra occorre ora verificare quali sono gli ambiti entro i quali si muove l'ampia discrezionalità del Giudice tutelare in tema di cura.

2.a – La scelta dell'amministratore di sostegno

Un primo rilevante ambito si rinviene nella scelta della persona alla quale affidare l'incarico. Di notevole rilievo si presenta l'incarico affidato alla persona stabilmente convivente alla quale non sarebbe altrimenti riconosciuta alcuna possibilità di intervento nelle scelte di cura del beneficiario. Tale discrezionalità risulta limitata qualora il diretto interessato abbia in precedenza designato persona di sua fiducia mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata ai sensi dell'art. 408 c.c. Il giudice può, infatti, discostarsi da siffatta designazione solo in presenza di gravi motivi. Meno limitata, dato il diverso tenore del'art. 407 c.c. (il giudice deve tenere conto)

è la discrezionalità giudiziale quando la designazione avviene nel corso del procedimento in sede di audizione diretta dell'interessato.

Ciò perché in corso di giudizio la disabilità è attuale e si presume che la capacità di discernimento possa essere in parte compromessa.

2.b – L'ascolto della volontà del beneficiario

Altro ambito in cui si muove la discrezionalità del giudice tutelare è dato dall'ascolto della volontà del beneficiario e dall'enucleazione di quelle manifestazioni di volontà che possano definirsi libere e coscienti. In tal senso debbono leggersi la previsione dell'art. 407 c.c. e la locuzione "*deve sentire personalmente*" in esso contenuto. Anche se va ricordato che il consenso dell'interessato non è presupposto del provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno in suo favore (corte cost. 4/2007).

Al giudice tutelare spetta inoltre di valutare se l'amministratore di sostegno nominato si sia mosso nel rispetto delle aspirazioni del beneficiario (art 410 c.c.) ed abbia adottato scelte che siano anche oggettivamente conformi al suo interesse.

Il disabile, infatti, non può essere lasciato in totale balia dell'amministratore di sostegno per quanto concerne l'individuazione del luogo di residenza o di cura, il consenso ad un trattamento medico.

3. – Il consenso informato come atto di cura

E' ormai consolidato il principio che ogni attività terapeutica – in assenza dei presupposti che giustifichino un trattamento sanitario obbligatorio – necessita del consenso informato, consapevole e cosciente del paziente (ed affinché il consenso all'atto medico possa dirsi informato consapevole e cosciente bisogna tenere conto delle caratteristiche soggettive del destinatario, della terapia, delle circostanze del caso nonché del rapporto tra i rischi, le controindicazioni, i benefici e le finalità dell'attività medica): è quanto viene sancito, tra l'altro, dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo e dall'art. 3 comma 1 lett. A) dalla Carta di Nizza oltre che dal codice di deontologia medica – art. 35 - ma vedi anche corte cost. 15.12.2008 n. 438 ove si è statuito che "*Al riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario*

proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Numerose norme internazionali, del resto, prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici.

In particolare, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore».

L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato»; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge. La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le

opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione”).

La richiesta e la prestazione del predetto consenso, però, devono essere momenti sostanziali e non meri passaggi burocratici. L'operatore sanitario che violi l'autodeterminazione del paziente, se non sussistono gli estremi di uno “stato di necessità” ex art. 54 c.p., potrebbe incorrere in responsabilità civile e penale pur senza aver cagionato un danno alla salute.

Il consenso, quale **punto di equilibrio dell'alleanza terapeutica**, deve permanere durante tutta la cura ed il paziente può in ogni momento rifiutare la cura anche nella fase terminale (da ultimo cass. pen. 14.3.2008 n. 1133).

Da parte del medico vi è il solo dovere di verificare se il rifiuto sia informato, autentico ed attuale. L'attualità deriva proprio dall'essenzialità dei diritti sui quali il rifiuto è destinato ad incidere e dal collegamento di tali decisioni a condizioni, anche interiori, mutevoli. (in tal senso cfr. **cass. 15.9.2008 n. 23.676** che ha affermato che il rifiuto di trattamenti medici, per essere efficace, **deve risultare da una manifestazione espressa inequivoca, informata ed attuale che quindi segua e non preceda l'informazione** - di qui l'irrelevanza del cartellino portato dal paziente con la scritta “niente sangue” ma da epoca ben precedente l'evento patologico che giustifica la trasfusione. Infatti, secondo il supremo collegio, tale cartellino **espressione di una scelta ideologica e di fede non è reale espressione di un consenso informato** a quella trasfusione. Anche se poi la corte afferma a livello di obiter che il consenso può essere espresso in caso di attuale incapacità dell'interessato da un suo rappresentante ad acta che possa confermare il dissenso al trattamento medico.)

Allorché il rifiuto abbia tale connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome **di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico** (Cass. civ. 15.9.2008 n. 23676 e Cass. Pen. 30.9.2008 n. 3077 ma vedi anche in senso conforme il parere del Comitato Nazionale per la bioetica del 24 ottobre 2008).

Nessuna discussione è sorta nel caso della donna che ha rifiutato l'amputazione della gamba ed è deceduta come nessun problema potrebbe sorgere nel caso in cui un malato colpito da metastasi interrompa la chemioterapia decedendo.

Quasi più nessuno ormai in nome dell'indisponibilità del diritto alla vita costringerebbe un soggetto malato a rischio di vita a sottoporsi a terapia medica. La coscienza civile sul punto è molto sensibile. (cfr. anche Cass. Pen. 11335/08, "Huscer" "...il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario...");

Solo taluno in nome della sacralità della vita e dell'indisponibilità dell'integrità fisica e della vita (l'art. 5 cod. civ., in tema di atti dispositivi del proprio corpo, e gli artt. 575, 576, 577, 579, 580 cod. pen., in tema di omicidio, dovrebbero imporre all'Autorità giudiziaria di concludere che nel nostro ordinamento vige «un principio ispiratore di fondo che è quello della indisponibilità del bene della vita», tutelato dall'art. 2 della Costituzione,¹⁾ ritiene che il medico avrebbe il dovere/diritto di salvare il paziente indipendentemente dal suo consenso. Ma ciò, nonostante si tratti di principio adottato in non recenti arresti anche dal supremo collegio, appare in evidente contrasto con i principi costituzionali: la vita è un diritto e non un obbligo, il dovere di curarsi può scaturire da obblighi morali, responsabilità verso altre persone o che può attingere a valori trascendenti ma non si traduce in un obbligo giuridico di preservare ad ogni costo la propria vita essendo prevalente il rispetto della libertà della persona e della dignità.

¹⁾ L'archetipo e la ratio di norma precostituzionale dell'art. 5 c.c., si saldavano all'esigenza di circoscrivere il diritto dell'individuo di poter fare illimitato "mercimonio" del proprio corpo. E' infatti significativa, a tal proposito, la circostanza che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 471 del 1990, nella quale ebbe a dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 696, primo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui non consentiva di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante, ebbe a fornire una ricostruzione del valore costituzionale dell'inviolabilità della persona come "libertà", nella quale è postulata e attratta la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. Il che ha consentito alla dottrina di desumere che l'entrata in vigore della Carta costituzionale avrebbe prodotto "modifiche tacite" all'art. 5 cod. civ., in particolare **attraverso la sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute, di cui all'art. 32 Cost.**, riconducendo, poi, il concetto ed il limite dell'ordine pubblico ai principi generali dell'ordinamento, come tali non superabili dal singolo, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale. Con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermarsi del principio personalista ivi enunciato, la quaestio relativa alla portata dell'art. 5 del codice civile non andrebbe più impostata in termini di "potere" di disporre, ma di "libertà" di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo.

Per la teoria che propugna la sacralità della vita sarebbe scorretto ricondurre il riconoscimento del “diritto di morire” al principio di autodeterminazione - dato che se quel principio impone il mutuo rispetto tra gli esseri umani, quali soggetti morali dotati di autonomia, appare del tutto contraddittorio giustificare in base a tale principio l'intento di vedere realizzata la soppressione del proprio esistere in quanto soggetto morale e con ciò della propria autonomia.

A tale posizione si può agevolmente replicare che se è vero che ammessa la disponibilità del bene vita nell'ambito del rapporto medico diviene labile il confine con logiche di eutanasia tout court involontaria é anche vero, per contro, che esasperare il principio di prevalenza comunque della vita sull'autonomia si rischia di imporre sempre coattivamente terapie mediche invasive ad un soggetto in nome della tutela della vita di quel soggetto secondo criteri stabiliti da terzi: e ciò in contrasto con l'art. 32 Cost..

Tra l'altro la situazione di urgenza giustifica l'intervento del medico su paziente inconsapevole ma non autorizza il medico ad intervenire nonostante il rifiuto espresso in modo consapevole.

Insomma il medico deve attivarsi in modo risoluto ma la sua azione non può sfociare in un'azione impositiva contro la volontà della persona ammalata (Cass. Pen. 21.10.2005 n. 38852): il medico non ha un generale diritto a curare a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato (Cass. 14.3.2008 n. 11.335). E anche recentemente la corte di cassazione ha ribadito che solo specifiche esigenze di interesse pubblico possono fare cadere l'obbligo del consenso (v. Cass. civ. 30 gennaio 2009 n. 2.468).

A questo proposito va ricordato che **l'articolo 51 del Codice italiano di deontologia medica** recita: «*Quando una persona, sana di mente, rifiuta volontariamente e consapevolmente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle possibili conseguenze della propria decisione. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale*». Se dunque una persona, in piena consapevolezza, è libera di rifiutare la nutrizione artificiale, non è possibile sottrarre alla medesima persona la libertà di esprimere lo stesso rifiuto nelle disposizioni anticipate.

Vi è, poi, la questione del paziente cosciente ma che abbisogna dell'aiuto di un terzo (generalmente un medico) per porre termine alla cura in corso (caso Welby).

Qui vi è il problema di valutare se l'azione del medico che interrompa la cura rifiutata dal paziente vada interpretata come azione volta a determinare un esito letale attraverso la rimozione degli effetti del trattamento già instaurato (omicidio del consenziente) o invece come mera desistenza dalla condotta attiva di somministrazione di quel trattamento in quanto non più sorretto dal consenso del paziente (con estinzione dell'obbligo di garanzia in capo al medico e limitazione del medico a non impedire più l'inesorabile decorso di una patologia seppur sino all'esito letale per il malato ed eventuale illiceità della condotta volta alla protrazione della cura senza il consenso del paziente).

(Vi sono anche problematiche penalistiche in relazione alla esatta qualificazione – ovverossia se omissiva o commissiva - nel caso di interruzione della cura. A titolo di esempio si ricorda che la condotta omissiva del medico che non impedisce il decorso naturale della patologia in ottemperanza al volere del paziente – eutanasia passiva – non potrà mai essere qualificata come causa del decesso essendo la malattia la causa del decesso. Tuttavia secondo alcuni autori l'intervento del medico sarebbe sempre concausa della morte - cfr. Gazzoni – anche se non può non rilevarsi che il medico agirebbe nell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p. perché esiste nell'ordinamento una norma prevalente su quella incriminatrice in particolare l'art. 32 Cost che considera doverosa la condotta contestata: la responsabilità del medico sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando il paziente rifiuta la terapia).

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che dal diritto alla vita sancito dalla Convenzione di Roma non può ricavarsi un opposto diritto a morire (Corte Europea Dir. Uomo 29 aprile 2002) Per altro verso il diritto alla vita pur se irrinunciabile come diritto, per restare un diritto deve essere libero nei suoi atti di esercizio: questi non possono che essere rimessi alla libera determinazione del suo titolare che potrà scegliere anche di rifiutare i trattamenti salva vita.

Laddove il paziente rifiuti la cura salvavita ma richieda cure palliative (es. terapia del dolore – da ultimo v. L. 15 marzo 2010 n. 38, in vigore dal 4 aprile 2010 intestata “Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative ed alla terapia del dolore”) non può certo parlarsi, come vorrebbe taluno, di atteggiamento latamente eutanasico, in quanto il codice di deontologia medico attribuisce esplicitamente al medico il compito non solo di prestare cure atte a procurare al malato ove possibile la guarigione ma anche di dargli sollievo nella sofferenza che termina con la morte naturale sebbene ciò possa comportare l'impiego di trattamenti (es. uso di droghe) che

indirettamente sono tali da anticipare il momento del decesso (v. artt. 18 e 3 cod. deontologico medico).

3.1. - Il consenso al trattamento medico con riguardo al paziente incapace

Se ora trasferiamo i suddetti principi al caso del paziente incapace va subito qualificato giuridicamente il concetto di scelte di cura.

Secondo taluni (tra i quali Cass. 16 ottobre 2007 n. 21.748) trattasi di atti personalissimi senonché tale definizione esige una spiegazione.

3.1.a - Definizione di atto personalissimo

Infatti l'atto personalissimo è quell'atto che non può essere compiuto da altri se non dal diretto interessato e in diritto la natura personalissima di un atto nega la possibilità di attribuire il potere di compierlo ad un rappresentante.

Non si dimentichi, del resto, che nel caso Englaro il Trib. di Lecco (provvedimento 2.2.2006) ebbe a pronunciarsi per l'inammissibilità del ricorso in quanto reputò che né il tutore né il curatore speciale avessero la rappresentanza sostanziale e quindi processuale dell'interdetta precisando che la domanda *“coinvolge diritti personalissimi per i quali non sono ammesse forme di rappresentanza al di fuori dei casi previsti dalla legge che nella specie non ricorrono”*.

La legge prevede espressi divieti di compimento da parte di terzi in tema di atti personalissimi con esclusivo riferimento ad atti giuridici quali il matrimonio (art. 85 c.c.), il riconoscimento di figlio naturale (art. 266 c.c.), il testamento (art. 591 c.c.) la donazione (art. 774 c.c.), la confessione (art. 2731 c.c.) il giuramento (art. 2737 c.c.) definiti atti personalissimi.

Non è dato, inoltre, rinvenire nell'ordinamento alcuna norma di legge che attribuisca ovvero che autorizzi il giudice tutelare a conferire a terzi un potere in bianco di sostituzione di un soggetto incapace nell'esercizio dei diritti personalissimi né un valido fondamento della tesi contraria può trarsi dal carattere polisemico del lemma “cura della persona” “riprodotto in diverse disposizioni della l. 6/2004.

Anzi, a ben vedere, nell'ordinamento si rinvencono norme che escludono esplicitamente il potere di rappresentanza dell'incapace (art. 777

c.c. l'amministratore di sostegno ed il tutore non possono fare donazioni per la persona incapace) art. 2731 c.c. (la confessione resa da un rappresentante è efficace solo se fatta entro i limiti e nei modi in cui questa vincola il rappresentato).

Le uniche ipotesi – da ritenersi eccezionali e dunque non estensibili a fattispecie diverse in via analogica – in cui la legge conferisce al rappresentante legale il potere sostitutivo dell'incapace nel compimento di atti cd. personalissimi hanno per oggetto:

** l'impugnazione di nullità del matrimonio – (art. 119 c.c.)

** la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità (art. 245 c.c.)

** l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento di filiazione naturale (art 264 c.c.)

** l'azione di accertamento giudiziale della paternità-maternità naturale nell'interesse dell'incapace (art. 273 c.c.)

Carattere di specialità presenta invece la disposizione dell'art. 13 l. 194/1978 che con riferimento alla donna interdetta per infermità di mente prevede una legittimazione concorrente della stessa interdetta, del tutore e del marito non legalmente separato ai quali ultimi tuttavia non è riservato alcun autonomo potere decisionale in nome e per conto altrui in quanto l'istanza presentata dagli stessi deve essere confermata dalla donna interdetta.

Inoltre va aggiunto che Cass. 21.7.2000 n. 9582 dopo aver ribadito l'assenza in capo al tutore dei poteri sostitutivi dell'incapace in tema di atti personalissimi ha ritenuto, con interpretazione costituzionalmente orientata, che la regola stabilita nel caso di interdetto convenuto vale anche nel caso che l'interdetto per infermità di mente voglia proporre domanda di divorzio: occorre la nomina di un curatore speciale.

A tal proposito va segnalato che la richiesta della nomina di un curatore speciale si fonda sull'assiomatica prospettazione di un potenziale conflitto di interessi tra tutore ed incapace. Ma ciò è possibile solo se l'ufficio di tutore sia rivestito dal coniuge non incapace non nel caso in cui l'ufficio sia conferito ad un estraneo alla famiglia.

Ne consegue che per taluni giudici tutelari l'amministratore di sostegno potrebbe ben svolgere la funzione di curatore speciale che l'art. 4 l. 898/1970 prevede nel giudizio di divorzio dell'interdetto.

(Riguardo, poi, a quegli atti personalissimi il cui contenuto consiste nel disporre del proprio patrimonio (v. **testamento** e **donazione**), secondo parte

della dottrina nulla impedisce che il giudice tutelare affianchi al beneficiario l'amministratore di sostegno nelle fasi che accompagnano la decisione e la formazione dell'atto di ultima volontà o di liberalità.

La possibilità di fare il testamento o la donazione resta, così, nella esclusiva titolarità del beneficiario; tuttavia, l'amministratore di sostegno lo assiste ed accompagna nel compimento dell'atto, potendo, peraltro, segnalare al G.T. un'eventuale condizione di totale incapacità di intendere e di volere che si trovi a riscontrare, in capo al beneficiario.

Soltanto a questo punto, e previa ogni necessaria verifica medico-legale, il G.T. potrebbe applicare la previsione limitativa dell'art. 411 c.c.

La soluzione dell'assistenza da parte dell'amministratore di sostegno non risulta, però, unanimemente condivisa dalla dottrina legata alla tradizionale impostazione della distinzione tra capacità/incapacità in termini di aut aut, la quale ha ravvisato nell'assistenza una forma di consenso all'atto del beneficiario, alla stregua della disciplina dell'inabilitazione.

Ma, la considerazione della *ratio legis* consente, ancora una volta, di accogliere favorevolmente la soluzione dell'affiancamento/assistenza dell'amministratore, come attività di ausilio e aiuto in un processo che tuttavia deve rimanere essenzialmente di autodeterminazione (così Balestra, in *Familia*, 2005, 659).

Peraltro, qualora l'amministratore di sostegno dovesse riscontrare, durante l'espletamento della funzione, il sopravvenire di una totale incapacità di intendere e di volere del beneficiario, spetterebbe al medesimo – in relazione all'eventuale atto personalissimo da compiersi – sollecitare il G.T. ai fini dell'assunzione di una misura limitativa *ex art. 411 c.c.*)

- segue: il problema della responsabilità parentale

Si ritiene che la nomina dell'amministratore di sostegno senza determinazione dell'incapacità legale non abbia ripercussioni sull'esercizio della potestà parentale.

Ma è possibile nel decreto che il giudice tutelare determini un'attenuazione della capacità legale del beneficiario quale per esempio la sospensione della potestà?

Ex art. 411 c.c. è possibile applicare l'art. 317 c.c. che prevede che nel caso di incapacità (interdizione) il genitore non può più esercitare la potestà genitoriale.

Quindi il giudice tutelare può togliere la potestà genitoriale. Ma, a questo punto, ci si deve chiedere se il giudice tutelare può indicare l'amministratore di sostegno come rappresentante e la risposta è negativa in quanto non vi può essere rappresentanza su un potere tolto.

E nel caso in cui il giudice tutelare non tolga la potestà genitoriale è possibile una limitazione della stessa con conferimento all'amministratore di sostegno di un compito di assistenza?

In punto il Tribunale di Lodi (30 luglio 2008 GT Gentile) ha risposto affermativamente osservando che il giudice tutelare deve *“Fornire ausilio per l'esercizio della potestà di genitore sul figlio minore consigliando decisioni pertinenti e congruenti all'interesse del minore se del caso fornendo ausilio a tenere rapporti con gli insegnanti, con il pediatra e con tutti gli altri soggetti pubblici o privati che interagiscono con il minore nell'interessi di questi”*.

Vi sono, però, dubbi sulla possibilità di un'assistenza ufficializzata in tema di potestà genitoriale .

Infatti l'amministratore di sostegno può aiutare ma non assistere nel senso giuridico del termine in quanto ciò andrebbe in contrasto con tutti gli istituti a tutela del minore; inoltre non bisogna dimenticarsi - se non si vuole elevare il mezzo a fine - che l'assistenza all'incapace non può incidere negativamente sul diritto al minore ad avere persone che siano in grado di accudirlo e che la potestà genitoriale è un diritto funzionale ossia un diritto attribuito ai genitori in funzione della migliore attuazione e tutela del corrispondente .e non contrapposto diritto del minore.

E', invece, certamente possibile l'assistenza in relazione agli atti patrimoniali concorrenti l'esercizio della potestà parentale.

segue - Conclusione

Insomma, volendo riassumere quanto fin qui esposto si può affermare che l'intervento dell'amministrazione di sostegno è del tutto escluso con riguardo a quegli atti che non ammettono alcuna forma di sostituzione nella realizzazione e che perciò possono essere definiti personalissimi in senso stretto come il matrimonio, il riconoscimento di figlio naturale, la scelta del credo religioso in relazione ai quali non possono venire in evidenza ragioni di opportunità giacché è insita nella scelta in sé la realizzazione della persona umana (in effetti con riferimento a questi atti se riferita all'opportunità

risulterebbe fuori luogo perfino una valutazione da parte dell’Autorità Giudiziaria la quale non a caso, ove ammessa, è in funzione della verifica dell’esistenza di quella maturità di giudizio necessaria per assumere una decisione pienamente consapevole - es. art. 84 che disciplina il matrimonio del minore ultrasedicenne; appare, altresì, improponibile nei casi in scrutinio la cd. prospettiva dinamica dell’autonomia dei soggetti incapaci in quanto o il soggetto è in grado di porre in essere l’atto o non lo è: diversamente non può ipotizzarsi che via sia una scelta cd. realizzativa della persona incapace se effettuata da un terzo anche laddove il terzo abbia accompagnato l’incapace nella decisione perché, comunque, sarebbe pur sempre una decisione di un terzo o determinata dalla volontà di un terzo) mentre è ipotizzabile laddove l’atto, pur non essendo di natura patrimoniale comunque si presta ad essere oggettivamente valutato sotto il profilo della convenienza in relazione agli interessi del beneficiario. Si pensi all’esercizio del cd. diritto morale d’autore, alle domande di divorzio o di separazione ed al consenso al trattamento sanitario (atti personalissimi in senso lato).

A quest’ultimo proposito, tra l’altro, non può non evidenziarsi che l’atto di cura, a ben vedere, non presuppone il conferimento di poteri di rappresentanza di interesse.

Con particolare riguardo al consenso informato ad atti terapeutici l’amministratore di sostegno, infatti:

- 1) ha il compito di comunicare la volontà del beneficiario ove quest’ultimo sia nell’impossibilità di farlo ovvero
- 2) deve sostenere il beneficiario nelle scelte di cura ove quest’ultimo non sia del tutto in grado di autodeterminarsi ovvero
- 3) deve interpretare la volontà presunta del beneficiario ove quest’ultimo non sia attualmente in grado di manifestarla e non abbia avuto in precedenza occasione di farlo espressamente.

La capacità di esprimere il consenso ai trattamenti sanitari a volte può essere assistita, non sostituita, da quella di un terzo: ad es. al requisito della maggiore età è spesso da preferire – in armonia con il diritto internazionale pattizio ed il diritto comunitario in materia di minori (es. art. 12 Convenzione O.N.U. sui Diritti del Fanciullo) – la capacità di intendere e di volere oppure al capacità di discernimento: così come a rafforzare la volontà di un soggetto debole – un minore ma anche un anziano o un malato di mente – può intervenire il genitore o l’amministratore di sostegno o il tutore.

3.1.b – Il consenso informato riguardo alla persona che ha perso la coscienza

... Le direttive anticipate

Nell'ipotesi in cui una persona perda la propria capacità il problema della scelta tra più alternative si risolve in quello del ruolo da attribuire alle cd. direttive anticipate di trattamento o al testamento biologico (neologismo giuridicamente errato e fonte di confusione : infatti il testamento contiene disposizioni da far valere dopo la morte della persona mentre qui si parla di decisioni su trattamenti su persona vivente).

Ovviamente è escluso il caso in cui si sia verificato **un effettivo stato di necessità** nei confronti di paziente che non abbia espresso alcuna volontà in ordine all'ipotesi che si rendano opportuni nei suoi confronti determinati trattamenti sanitari oppure quando sebbene egli abbia impartito talune direttive prima di perdere le facoltà intellettive le sue condizioni appaiano diverse ed in particolari più gravi o bisognose di interventi imprevisi rispetto a quelle considerate al momento in cui ha maturato ed esternato i propri intendimenti.

La funzione delle direttive sanitarie anticipate consiste nel fornire al medico - in conformità all'art. 9 della convenzione di Oviedo – elementi di valutazione per orientarsi nelle scelte terapeutiche da compiere precipuamente nell'interesse di un paziente in stato di incoscienza o di ottundimento mentale.

Giova domandarsi, a questo punto, se l'interessato all'amministrazione di sostegno possa altresì indicare, accanto alla designazione, compresa quella in sostituzione, le linee-guida che l'amministratore di sostegno – il quale, giova rammentarlo, è nominato dal giudice tutelare, ché la designazione non raggiunge da sola, automaticamente, nell'attuale previsione normativa, l'èsito sperato – dovrà seguire in ordine al compimento di alcune, determinate, scelte, verosimilmente quelle di maggiore importanza, attinenti sia alla *cura personae*, sia alla *cura patrimonii* del beneficiario di amministrazione di sostegno.

All'interrogativo posto, mi pare che la risposta non possa che essere positiva, sicché si può ritenere che il notaio rogante l'atto pubblico, al quale sia affidata la designazione dell'amministratore di sostegno, debba ricevere, altresì, la volontà del designante circa la linee-guida, che dovrà seguire l'amministratore di sostegno nello svolgimento del suo incarico.

Occorre verificare, nondimeno, successivamente, il grado di vincolatività del voluto, ché l'art. 408, 1° co., c.c. rende sì possibile la

designazione dell'amministratore di sostegno, e, senza difficoltà, può ritenersi consentita, altresì, la designazione del chiamato in sostituzione, ma è silente in ordine all'interrogativo in esame.

L'atto di designazione mi pare possa avere un contenuto ben più ricco, di quanto non appaia dal testo della norma che lo governa, che si limita a contemplare la scelta dell'amministratore di sostegno.

A titolo puramente esemplificativo, può ricordarsi, riguardo alla *cura patrimonii*, che il designante potrà esprimere la volontà che l'amministratore di sostegno non proceda ad investimenti azionari, o, quanto meno, non acquisti azioni di date società, o di società esercenti determinate attività.

Ancora: può racchiudere la previsione, in virtù della quale l'amministratore di sostegno non debba alienare gli immobili, oppure – ove sia proprio necessaria l'alienazione, onde siano acquisiti i mezzi di sostentamento, e di cura, del beneficiario di amministrazione di sostegno – la volontà che sia lasciato per ultimo un dato bene, caro al beneficiario o dallo stesso destinato, in via testamentaria, ad una persona, cui è legato da particolare affetto.

Analogamente può sostenersi riguardo ai beni mobili, specie ove si consideri che può ben essere che una data tela, una scultura, un certo mobile, una biblioteca o una collezione di monete, *etc.*, riveli un particolare interesse d'affezione del suo proprietario, o il cui godimento lo allieti.

Si può pensare, inoltre, all'indicazione circa l'opportunità che l'amministratore di sostegno si attivi al fine di dar vita ad un trust nell'interesse dello stesso beneficiario di amministrazione di sostegno, o di una persona cara.

Quanto alla *cura personae*, possono essere le più varie, le indicazioni affidate all'atto, e può ben essere che l'interessato all'amministrazione di sostegno s'induca a verbalizzarle, temendo di non essere in grado, successivamente, di palesare adeguatamente la propria volontà, e, soprattutto, che l'amministratore di sostegno finisca per essere una persona estranea al suo ambiente, ché può ben essere che il designato all'ufficio, o i designati in sostituzione, per le più varie ragioni, rischino di non poterlo assumere. Può non essere inutile, pertanto, che l'interessato all'amministrazione di sostegno prescriva di non essere portato in vacanza nel mese d'agosto, o in un dato luogo, ché lo riporta a pensieri dolorosi; di non essere abbigliato in un determinato modo; di mantenere un particolare regime alimentare, quale può essere quello vegetariano; di svolgere periodicamente, o di non svolgere, date funzioni religiose; *et similia*.

Riguardo alla *cura personae*, si può pensare, altresì, a quelle decisioni, indicazioni, scelte, che attengono alla possibile malattia del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, e che ben potrebbero costituire oggetto del così detto testamento per la vita.

In ordine all'interrogativo posto, va ricordato come alcuni interpreti, relativamente alla proposta di legge sull'amministrazione di sostegno, che non ha subito, al riguardo, sostanziali modifiche, abbiano messo in luce che l'atto di designazione non può essere confuso con l'istituto, di diritto francese, del mandato che elegga il soggetto destinato a curare gli interessi del mandante, allorché questi non ne sarà in grado, dettando, altresì, precise direttive.

La nostra norma, infatti, prevede soltanto il potere di designare colui il quale svolgerà la funzione di amministratore di sostegno, la cui nomina, si badi, spetta al giudice tutelare, ed i cui poteri non sono punto prestabiliti, come avviene attraverso l'istituto del mandato, essendo fissati dallo stesso giudice, il quale, pertanto, ha un considerevole potere decisionale, anche sotto il profilo contenutistico.

Ne discende che, se è vero che non si può escludere che il soggetto interessato affidi, all'atto di designazione, non soltanto la scelta di colui il quale svolgerà la funzione di amministratore di sostegno, ma, altresì, le "direttive", che questi sarà tenuto a seguire nello svolgimento del proprio compito, è anche vero che il giudice tutelare, stante la norma vigente, non ha punto l'obbligo di farle proprie nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, in cui deve anche indicare i poteri affidati a quest'ultimo.

L'utilità della previsione delle dette direttive, nondimeno, può cogliersi, almeno, nell'auspicio che il giudice tutelare le faccia proprie, o, quanto meno, ne tenga conto. Esse, in definitiva, valgono almeno come indicazione da valutare alla stregua d'ogni altro elemento di fatto.

In buona sostanza si può ritenere che il giudice, ove si tratti di direttive sensate, convincenti, adatte ad un sereno svolgimento dell'attività dell'amministratore di sostegno, le faccia proprie senza indugio, ché esse concorrono alla realizzazione dell'interesse del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, che costituisce il fine della normativa in esame, reso esplicito, peraltro, in più luoghi normativi. Il giudice tutelare, pertanto, calerà codeste direttive nel provvedimento istitutivo dell'amministrazione di sostegno, o ne terrà conto, successivamente, nella fase in cui, ad esempio, debba autorizzare l'amministratore di sostegno al compimento d'un dato atto, quale può essere l'alienazione d'un determinato bene, o l'attuazione d'un investimento.

Alle considerazioni svolte, che danno risalto, almeno, agli spiragli d'efficacia delle direttive considerate, non può non aggiungersi il rilievo, che è indubbio che il legislatore si sarebbe dovuto preoccupare di offrire maggiore smalto alla volontà del possibile interessato all'amministrazione di sostegno, altresì in ordine alle direttive in esame, al più lasciando spazio al giudice tutelare, nel senso di disattenderle o di correggerle parzialmente, ove «giusti motivi» lo richiedano. Del resto, la stessa designazione dell'amministratore di sostegno può essere che non vada ad èsito, ché è fatta salva, appunto, in capo al giudice tutelare, la possibilità di distaccarsi dalla scelta operata dall'interessato all'amministrazione di sostegno, nel caso in cui il giudice tutelare invochi, motivatamente, la presenza di «gravi motivi», che lo inducono alla nomina dell'amministratore di sostegno in una persona differente da quella eletta dall'interessato all'amministrazione di sostegno, anche se non può non dirsi sicuro, che il giudice tutelare dovrà interpretare con accuratezza la richiamata espressione normativa.

Si comprende, infatti, che altro è l'auspicio che il giudice tutelare, nel confezionare il provvedimento d'attivazione dell'amministrazione di sostegno, o quelli adottati successivamente, tenga conto delle direttive impartite dall'interessato all'amministrazione di sostegno, e altro è, invece, l'obbligo di darvi seguito, fatta salva, al più, la possibilità di disattenderle, ove siano invocabili giustificanti motivi.

Mi pare si possa auspicare, dunque, che il legislatore, rimeditando la normativa vigente sull'amministrazione di sostegno, colga, altresì, l'occasione per offrire nuovo, accresciuto, spazio all'autonomia della persona, la quale deve potersi esprimere anche riguardo alle direttive, che vuole governino l'agire dell'amministratore di sostegno.

D'altro canto, se il legislatore avesse realmente inteso assegnare efficacia vincolante alle direttive anticipate, avrebbe utilizzato una formula più netta, come peraltro aveva fatto nella prima stesura della Convenzione di Oviedo, ove si definivano «determinanti» i desideri precedentemente espressi dal malato.

...segue - i principi esposti dalla cassazione nella sentenza n. 21.748 del 2007.

La Suprema Corte nella sentenza citata:

** a) ha fatto, in premessa, riferimento al principio del "consenso informato", che sta "alla base del rapporto medico paziente" e costituisce

"norma di legittimazione del trattamento sanitario" (altrimenti illecito), secondo il consolidato orientamento delle Sezioni civili e penali di questa Corte [Sez. III civile, nn. 10014/94; 364/97; 5444/06; sez. IV^A penale 3/x/2001, *ex plurimis*], quale elaborato in sede interpretativa delle numerose leggi speciali, regolatrici della materia, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (1. 23 dicembre 1978 n. 833, in particolare art. 33), e che trova consonanza nelle fonti sovranazionali [Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata a Nizza il 7 dicembre 2000] e nel codice di deontologia medica del 2006 (art. 35), oltretutto «sicuro fondamento costituzionale».

In particolare: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo" (Corte costituzionale, sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge e sempre che il provvedimento sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno a quella degli altri (così Corte Costituzionale, sentenza nn. 258/94 e 118/96);

** b) ha posto poi in rilievo l'innegabile correlazione del "consenso informato" con la "facoltà del paziente non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale".

** c) ha affrontato, quindi, il problema che si presenta nel caso in cui il soggetto (adulto) non sia, come nella specie, in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza. Ed in coerenza, anche per tal profilo, all'esigenza di tutela dei valori di libertà e dignità della persona realizzabili, in tal caso, in combinato contesto con la normativa codicistica posta a presidio dell'incapace (artt. 357 ss., 424 c.c.) e con equo bilanciamento con il valore della vita - è pervenuta (la citata sentenza n. 21748) alla conclusione che "all'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato

vegetativo permanente, **abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale"**. Con la necessaria precisazione che *"la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consenta di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi"*.

Nel senso che, nel consentire al trattamento sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli, dovendo egli *"innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, dovendo decidere non al posto dell'incapace né per l'incapace, ma con l'incapace, quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza"*.

Per cui, al Giudice [cui non può essere richiesto di *ordinare* l'interruzione di un trattamento sanitario, non costituente forma di accanimento terapeutico, come quello che si risolve nell'alimentazione artificiale tramite sondino nasogastrico] spetta propriamente ed unicamente il *"controllo della legittimità della scelta (interruttiva) operata (dal tutore) nell'interesse dell'incapace"*;

** d) ha così conclusivamente enunciato - in risposta ai quesiti formulati dai ricorrenti - il principio di diritto per cui *"Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino naso-gastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti:*

(1) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un

qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e

(2) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ed, ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, **dovento allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa**".

Le indicazioni date dalla Corte di cassazione impongono, però, alcune valutazioni critiche.

La corte di cassazione, infatti, in detta sentenza sembra aver considerato per acquisito un dato in realtà ancora dubbio: ossia il carattere vincolante delle direttive anticipate.

Le direttive anticipate pongono anche l'esigenza di temperare l'autodeterminazione del paziente con l'attualità e l'informazione.

Secondo taluni la perdita della capacità di intendere e di volere di per sé determinerebbe l'inattualità e, pertanto, l'irrilevanza delle direttive precedentemente impartite (dalle quali il medico potrebbe essere totalmente svincolato) in quanto deve presumersi che il paziente in tutti i casi di incapacità preferisca accettare la sottoposizione ad ogni trattamento sanitario. Il requisito dell'attualità della volontà è, in tal caso, inteso come necessaria stretta contestualità.

Secondo altri il principio consensualistico deve rimanere anche nei confronti di un paziente incosciente perché non si può affermare che un interesse cessa di essere tale nel momento in cui il titolare non ne avverta più sensorialmente la consistenza, altrimenti si finirebbe con il riconoscere nell'uomo privo di conoscenza una non persona sfornita di qualsiasi garanzia giuridica. In buona sostanza, secondo tale dottrina, l'amministratore di sostegno ed il tutore diventano lo strumento attraverso il quale il soggetto esercita il suo "*droit à compensation*" e si affranca dall'isolamento e alla istituzionalizzazione in cui la sua condizione rischia di gettarlo.

Ora il vero problema non è tanto legato all'astratta ammissibilità dell'istituto bensì alla sua vincolatività perché la volontà del paziente, in

quanto espressa anteriormente alla patologia, mancherebbe o potrebbe mancare di alcuni requisiti del consenso informato: libertà di revoca una volta sopravvenuta l'incapacità; adeguata informazione poiché solo con riferimento ad una data concreta situazione di fatto e al processo evolutivo di una determinata patologia possono essere forniti precisi elementi in grado di condurre ad una scelta ponderata con conseguente difetto di specificità e di attualità senza tenere conto poi del progresso sopravvenuto della scienza medica.

Nelle disposizioni legislative che prevedono tali direttive significativamente si prevede che le stesse non hanno natura assolutamente vincolante perché il personale sanitario adeguatamente motivando, può disattenderle quando non siano espresse in modo certo, documentato ovvero difettino di uno dei requisiti sopra indicati.

La stessa Corte di Cassazione nella sentenza 23 febbraio 2007 n. 4211 ha giudicato non censurabile la sentenza di secondo grado che considerando non più attuale il precedente e cosciente rifiuto espresso da un testimone di Geova di essere sottoposto a trasfusione di sangue aveva ritenuta fondata la scelta dei sanitari di effettuare la trasfusione di sangue resa necessaria da un quadro clinico imprevedibilmente mutato con imminente pericolo di vita: la circostanza che il paziente prima dell'operazione avesse chiesto ai medici di essere trasferito in ospedale attrezzato per l'autotrasfusione, qualora questa si fosse resa indispensabile era stata interpretata come desiderio implicito di essere curato. La cassazione, in particolare, ha rilevato come il diritto all'identità personale può mutare nel tempo e che l'individuo può trasmettere convinzioni diverse da quelle che lo contraddistinguono ma soprattutto che il procedimento fondato su presunzioni di volontà male si adatta ai diritti extrapatrimoniali di talché ha espressamente statuito che *“Il paziente che, per motivi religiosi (o di diversa natura), intendesse far constare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche, per l'ipotesi in cui dovesse trovarsi in stato di incapacità naturale, ha l'onere di conferire ad un terzo una procura "ad hoc" nelle forme di legge, ovvero manifestare la propria volontà attraverso una dichiarazione scritta che sia puntuale ed inequivoca, nella quale affermi espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita ...”*. (ma in punto v. anche in senso conforme Cass. 15 settembre 2008 n. 23676 *“.. la volontà di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza di doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso”*.).

In questo assente quadro normativo e nella costante affermazione del carattere non vincolante di eventuali direttive anticipate espresse dal paziente prima di cadere in stato di incoscienza la Cassazione nel caso Englaro non solo ammette la ricerca nel passato di quella volontà non espressa ma consente, altresì, che tale volontà sia ricostruita anche con facili strumenti presuntivi.

a) Anzitutto **non richiede alcun formalismo** (sarebbe opportuno de iure condito un sistema pubblicitario di registrazione e un limite di efficacia contenuto che ne garantiscano l'attualità) e ciò male si concilia con il fatto che il rifiuto delle cure deve essere, informato, specifico e consapevole dello stato vegetativo permanente, dei protocolli medici e delle conseguenze della mancanza di terapia), manifestato in modo chiaro ed in equivoco nonché libero ed attuale dovendosi anche dimostrare che non è sopravvenuto alcun mutamento dell'opinione in precedenza manifestata.

Si pensi alla distonia ordinamentale ove in una fattispecie meno grave, l'art. 408 c.c. consente la designazione in via anticipata dell'amministratore di sostegno ma con la forma dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata. In verità si sarebbe dovuta pretendere almeno la scrittura, se si considera che non solo le disposizioni testamentarie a contenuto patrimoniale, ma anche quelle c.d. atipiche (art. 587² c.c.) pretendono tale formalità minima. Di qui l'assurdità che per chiedere di poter morire è sufficiente un comportamento che esprima anche solo idealità, mentre se si vuole essere certi, quanto al cadavere, che la propria volontà in ordine, ad esempio, alla cremazione o ad una data scelta del sepolcro o alla c.d. donazione degli organi sarà rispettata è necessario esprimerla per iscritto, essendo altrimenti la decisione presa da terzi in piena libertà.

E poi è agevole rilevare che in materia di diritto di famiglia e delle persone, in particolare per quel che riguarda i temi della vita e della morte, il diritto altro non è se non l'espressione o meglio la sintesi del diverso modo di essere e della prevalenza di taluni valori su altri nelle diverse società civili, onde l'impossibilità di argomentare dall'una quel che dovrebbe valere per l'altra.

b) Ma di più: **da una presunta volontà si passa, addirittura, ad una volontà solo ipotetica** in quanto fondata non più neppure su dichiarazioni (anche non formali) del paziente ma semplicemente sulla personalità, sullo stile di vita, e sui convincimenti del medesimo: a seguire la Corte sarebbe sufficiente presumere sulla base di elementi per nulla gravi, precisi e concordanti la volontà passata di sospendere le cure per poi presumere una seconda volta che tale volontà sia ancor presente. Una volontà ricostruita in base ad opinioni e dichiarazioni fornite da terzi oggetto inevitabilmente di

interpretazione soggettiva e difficilmente verificabili. E' pericoloso rimettere la decisione alle sensibilità altrui tanto più che talvolta gli altri consociati non riescono a cogliere in maniera compiuta al complessità della persona.

c) La cassazione, poi, sembra contraddirsi anche laddove richiede una ricostruzione della presumibile volontà del soggetto in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti : e tali non sono certo né la prova della personalità del paziente caratterizzata da indipendenza, intolleranza delle regole, amore per la libertà e fermezza nelle proprie decisioni; né la prova che precedentemente il malato di fronte a casi simili occorsi a terzi aveva manifestato il rifiuto di quei trattamenti medici in quanto è profondamente diverso esprimersi riguardo agli altri e a titoli discorsivo dall'esprimersi per se stessi quando le conseguenze delle proprie affermazioni sono immediate e drammatiche.

che anche laddove vi siano state delle indicazioni vi possono essere diverse interpretazioni delle stesse lo dimostra lo stesso caso Englaro ove quegli indizi ritenuti chiari, in equivoci e convincenti nell'evidenziare una volontà sicura dell'incapace dalla seconda ordinanza della Corte di Appello di Milano non furono ritenuti tali nella prima ordinanza della Corte di Appello di Milano.

Il profilo dove il giudice del rinvio si è discostato dalla prima ordinanza della Corte di Appello di Milano è stato proprio quello dell'attualità: per il giudice del rinvio la concezione della vita era così radicata da apparire non soggetta facilmente a ipotetici ripensamenti.

In ogni caso non può dimenticarsi che la stessa corte di cassazione ha esplicitamente statuito che la mancanza della possibilità di ricostruire la volontà presunta comporta sempre la prevalenza del diritto alla vita.

... segue. - La legittimazione dei terzi ad assumere determinazioni concernenti la salute o la vita dell'incapace

Ma l'incapacità originaria o sopravvenuta di un persona quando non sia superabile con interventi di sostegno induce ad interrogarsi sulle possibilità che un terzo (non insieme bensì per conto dell'interessato) assuma determinazioni che riguardano la vita o la salute dell'interessato (v. sopra in tema di definizione di atti cd. personalissimi).

Il caso Englaro è emblematico di una iniziale inclinazione restrittiva dei giudici – gli atti personalissimi non possono essere posti in essere dal tutore e da terzi (il tutore può ed anzi deve sostituirsi all'incapace quando si tratta di salvare la sua vita, nessun potere sostitutivo può essergli riconosciuto quando si tratta di decidere sulla sua morte) – e di una successiva lente e progressiva inversione di tendenza tanto che la cassazione da ultimo dopo aver riconosciuto in capo al tutore e all'A.d.S. un potere di cura nei confronti dell'incapace e come il carattere personalissimo del diritto alla salute comporti solo che il rappresentante non possa essere attribuito un potere incondizionato di disposizione di quel bene in nome del rappresentato, **ha statuito che il rappresentante sotto il controllo giudiziale possa domandare sia pure in casi estremi l'interruzione delle terapie necessarie a mantenere in vita il paziente purché ciò avvenga in conformità all'identità personale dell'interessato.** In tal modo una persona in SVP non perde i diritti che spettano a chiunque sia seniente.

Ma vi sono alcune perplessità:

- a) quali opzioni devono rimanere appannaggio della deontologia professionale o della coscienza personale di cui si occupa della cura dell'infermo
- b) quando è opportuno l'intervento dell'Autorità Giudiziaria nella decisione sul compimento dell'atto;
- c) quale ruolo gioca l'irreversibilità delle conseguenze di una scelta;
- d) **la vantaggiosità dell'atto deve essere manifesta o basta che sia probabile**

Ora la rappresentanza ovviamente spazia

**** dalla rappresentanza di interesse** – che legittima il rappresentante ad agire secondo una valutazione obiettiva in funzione del miglior interesse del soggetto disabile **in base al comune apprezzamento** (teoria cd. del best interest oggettivo quale criterio, da utilizzare come dirimente **fattore diacritico, in via surrogatoria, per una decisione di interruzione del trattamento**)

**** ad una rappresentanza attributiva** che legittima il sostituto ad attuare la scelta che ragionevolmente sarebbe stata adottata dall'incapace qualora fosse capace di intendere e volere (teoria del substituted judgement – o best interest soggettivo) .

Secondo alcuni autori (Gazzoni) quello che deve essere preso in considerazione è il best interest oggettivo ma occorre replicare che **anche il cd. best interest oggettivo si fonda sulla presunzione che la scelta migliore da assumere per conto altrui sia quella conforme al comune apprezzamento** e, posto che tra **due ragionamenti egualmente presuntivi** dovrebbe essere privilegiato quello che si avvalga degli elementi di giudizio più gravi, precisi e concordanti, e la rappresentanza attributiva ispirata alla salvaguardia dell'identità dell'incapace sembrerebbe criterio di scelta maggiormente affidabile.

Certo si potrebbe obiettare che il criterio di scelta fondato sullo stile di vita e sul modo di essere dell'incapace in mancanza di sue precedenti dichiarazioni anche solo verbali appare **difficilmente conciliabile con la più significativa delle peculiarità di quell'identità personale** che si intende tutelare ossia la sua mutevolezza la quale comporta che nel corso del tempo l'individuo sia libero di cambiare idea e finanche contraddirla.

Ma l'alternativa a tale obiezione è un immobilismo che, ancora una volta, lascia prevalere un'astratta eventualità sulla ben più corposa probabilità che il disabile, se potesse, sceglierebbe in conformità a come la propria identità si è atteggiata di recente giacché è raro un repentino cambio di mentalità. Anche le volontà esplicite proferite ora per allora dovrebbero subire la medesima sorte.

La cassazione nel caso Englaro ha ritenuto preferibile la rappresentanza attributiva ma non si è avveduta dei limiti della stessa.

In primo luogo occorre considerare il lasso temporale intercorrente tra il momento in cui è emersa una certa volontà (sia pur generica o presunta) della persona non ancora capace ed il momento in cui quella volontà dopo l'intervenuta incapacità dovrebbe essere applicata (es. validità triennale o quinquennale delle direttive anticipate)

In secondo luogo la decisione da assumere potrebbe concernere una persona che non ha avuto occasione di esprimere qualsivoglia preferenza (né specifica né generica) oppure delle convinzioni (magari evincibili dal suo stile di vita) che il rappresentante possa valorizzare in sede di giudizio sostitutivo, ad esempio perché si tratta di un disabile che non è mai stato capace di intendere e di volere.

In questa ultima evenienza la Corte di Appello di Milano ha espressamente spiegato che nulla impedisce al tutore di adire l'Autorità Giudiziaria quando ritenga e riesca a dimostrare che il trattamento medico in concreto erogato sia oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo e quindi di qualunque malato incapace o che sia aliunde

non proporzionato e come tale una forma di non consentito accanimento terapeutico e, quindi, in ogni caso contrario al best interest del rappresentato quale criterio ultimo da utilizzare.

Ad ogni modo non può non rilevarsi che il rappresentante dovrà sempre agire nell'esclusivo interesse dell'incapace sebbene la chiarezza teorica di tale criterio non si abbini affatto alla semplicità delle sue applicazioni pratiche.

In terzo luogo, la corte di cassazione fonda tale rappresentanza attribuita sull'art. 5 d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211 in tema di sperimentazione di medicinali per uso clinico e sull'art. 6 della Convenzione di Oviedo ma in nessuna delle fonti legislative citate dalla corte di cassazione il legale rappresentante deve svolgere la funzione di mero *nuncius* e ciò ben si spiega con il fatto che **la legittimazione dei genitori, del tutore, dell'amministratore di sostegno dipende non già da una loro rappresentanza nell'esercizio di un diritto personalissimo dell'incapace, bensì dalla cura della sua persona contro atti invasivi della sua sfera psico-fisica e della sua dignità.**

In buona sostanza il potere decisionale del rappresentante scaturisce proprio dall'esigenza di tutela della dignità umana che si manifesta in tutta la sua portata quando dal trattamento non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita e tale potere deve essere rafforzato in assenza di una diversa e documentata volontà del paziente: il limite che non esiste, invece, per il malato capace è dato, quindi, dalla presenza di un accanimento terapeutico nella prosecuzione della terapia anche di sostegno vitale.

[Quanto alla definizione di accanimento terapeutico trattasi di clausola generale che, nell'assenza di una definizione da parte del legislatore (il Consiglio Superiore di Sanità parere 20 dicembre 2006 definisce accanimento terapeutico la somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado di assicurare al paziente una più elevata qualità della vita residua in situazioni in cui la morte si preannuncia immediata e inevitabile e la cassazione ha pur aggiunto un elemento soggettivo, ossia che nell'imminenza della morte l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o sopraggiunga uno stato di intolleranza clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione) andrà individuata dal Giudice nel suo contenuto tenendo conto, per le ragioni già esposte, dei criteri indicati dal codice deontologico ma che per questo non può dirsi indeterminata anche se è auspicabile un intervento legislativo].

In ogni caso al Giudice è rimesso il controllo di mera regolarità formale (congruenza logica) della emersione, alla stregua del criterio della argomentazione presuntiva compiuta dal tutore del contenuto positivo o negativo della volontà dell'incapace diretta al compimento dell'atto personalissimo che il tutore o l'amministratore di sostegno intende comunicare al terzo. In caso di accertamento positivo il giudice tutelare verrebbe quindi ad emettere una autorizzazione formale dunque più correttamente un nulla osta in luogo della più penetrante autorizzazione sostanziale prevista per gli atti di straordinaria amministrazione di natura patrimoniale che richiede una valutazione di merito inerente la necessità e l'utilità evidente dell'atto.

segue : ulteriori applicazioni del principio della rappresentanza attributiva

Il principio della rappresentanza attributiva deve trovare applicazione anche in tutti quei casi in cui è possibile la rappresentanza in atti personalissimi ove, pertanto, occorre sempre verificare la volontà del beneficiario (es. chiedere lo scioglimento del matrimonio: in punto il Trib. Roma 10.3.2009 usa una terminologia dubbia: *“Autorizza l’A.d.S. ad agire quale nuncius dell’amministrato proponendo il ricorso giudiziale o congiunto volto ad ottenere la pronunzia dello scioglimento del matrimonio sottoscrivendo l’atto introduttivo e rilasciando la procura alle liti ma vedi anche, in senso conforme, con riguardo a persona che aveva più volte espresso la volontà di non subire trasfusioni di sangue, Trib. Modena 1 dicembre 2008 G.T. Stanzani – ma, contra, v. Trib. Genova 6 marzo 2009 G.T. Parentini il quale ha espressamente rilevato che essendo l’amministrazione di sostegno un istituto ispirato all’esigenza di tutela complessiva della persona i desideri del beneficiario e le sue profonde convinzioni ideologiche e religiose non possono prevalere sull’esigenza di tutela del diritto alla salute ex art. 408 c.c. ove si prevede che la scelta dell’amministrare avviene con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi del beneficiario sicché è possibile incaricare l’amministratore di sostegno della rappresentanza dell’amministrato nell’esprimere il consenso informato inteso come consenso espresso rispetto a scelte terapeutiche ma non è possibile incaricare l’amministratore di sostegno di esprimere un dissenso al trattamento terapeutico sulla base di una precedente scelta del tutto personale del titolare del diritto di anteporre il proprio convincimento religioso al bene della vita)*

- segue: caso pratico.

In caso di donna che abbia ritualmente espresso la volontà di interrompere al gravidanza prima dell'improvvisa infermità – una volta trascorsi i sette giorni è possibile chiedere al G.T. la nomina di un amministratore di sostegno che esprima la scelta abortiva?

Per il Trib. Como (12.11.2007 G.T. Croci) non è possibile perché la donna si è già espressa e l'espressione "*presentarsi dopo sette giorni*" prevista dalla legge non vuole dire necessariamente presentarsi sulle sue gambe.

Ma tale principio non pare condivisibile: piuttosto sarebbe stata opportuna la nomina dell'amministratore di sostegno per tutte le eventuali possibilità di intervento medico e terapeutico che può comportare un aborto tenendo conto dei principi indicati dalla cassazione nella famosa sentenza Englaro.

Per inciso alla luce delle considerazioni sopra illustrate si pone il quesito se i principi della rappresentanza attributiva valgano anche per gli atti patrimoniali come, per esempio, nel caso di valutare la rinuncia all'azione di riduzione da parte dell'amministratore di sostegno stante la prova della volontà manifestata dalla beneficiaria di non voler agire contro l'erede nominato.

... segue: la formula dell'autorizzazione

Tornando, però, agli atti di cura, va osservato che la formula di autorizzazione più corretta dovrebbe prevedere l'obbligo per l'amministratore di sostegno di informare il giudice tutelare dell'evolversi della situazione con segnalazione dei mutamenti che comportano l'esigenza di eventuali provvedimenti.

In ogni caso occorre distinguere a seconda del tipo di intervento sanitario da attuarsi, seguendo, tendenzialmente, le seguenti direttrici:

** - non attribuire mai all'amministratore di sostegno, fin dall'inizio, una **delega multi-sanitaria**, tranne che per le cure per così dire ordinarie (ad esempio, la visita dal dentista, dall'oculista, le cure termali, le cure fisioterapiche, e via dicendo);

** - prevedere, per le cure più complesse (un intervento chirurgico, un intervento diagnostico invasivo, etc.) un nulla osta ad hoc, da parte del giudice;

** - se, poi, la scelta da compiersi in campo sanitario si riveli delicata e a rischio il nulla osta del G.T. dovrebbe essere preceduto ed accompagnato dal parere di una commissione medica appositamente nominata dal giudice stesso.

3.1.c – Il consenso informato riguardo alla persona che riesca ad esprimere una sua determinazione ma questa deve ritenersi viziata a causa della patologia che la affligge e alla persona che ha capacità di autodeterminazione o di espressione solo parzialmente compromesse.

3.1.c.a. Il caso della persona che riesce ad esprimere una determinazione ma viziata dalla patologia che l'affligge

In questo caso la problematica principe è quella della sottoposizione coattiva dell'amministrato a terapia sia essa di recupero che riabilitativa.

Alcuni ritengono sia possibile procedere al ricovero coatto.

In tal senso si è espresso il tribunale di Bari che dopo averla indicata come unica soluzione percorribile ha l'amministratore di sostegno ad esprimere il consenso all'inserimento coatto in struttura sanitaria ospedaliera o residenziale con divieto di contatti telefonici con i componenti del suo nucleo familiare e, ex art. 344 c.c., ha disposto che i carabinieri prestino prontamente ogni opportuna collaborazione all'amministratore di sostegno per l'inserimento coatto in idonea struttura di accoglienza della beneficiaria la quale ultima in caso di allontanamento non autorizzato dall'amministratore di sostegno e/o dai sanitari responsabili sarà ivi prontamente ricondotta a cura dei Carabinieri (Trib. Bari 27.12.2006 ma anche Trib. Cosenza 28 ottobre 2004).

Taluni autori e arresti giurisprudenziali, invece, ritengono che nel caso di attitudine del soggetto protetto a porre in discussione i risultati dell'attività di sostegno nei suoi confronti si deve procedere all'interdizione: senonché resta sempre il problema.

In punto va precisato che il giudice tutelare non ha il potere di disporre in alcun modo e per nessun caso neanche in via d'urgenza provvedimenti terapeutici contro la volontà del paziente.

Occorre rilevare che, peraltro, una attribuzione in condizione al tutore/amministratore di sostegno del potere di esprimere il consenso informato - in nome e per conto dell'incapace affetto da patologia psichiatrica - al fine di conseguire coattivamente il ricovero o la somministrazione del trattamento farmacologico sembra trovare insormontabile ostacolo nell'art. 32 cost. e nei ristretti limiti previsti per l'applicazione del trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O. art. 34 l. 833/1978) nei confronti di persone affette da malattie mentali (Trib. Roma 10.3.2009 G.T. Olivieri; nonché Tribunale di Catanzaro 9 aprile 2009 G.T. dott.sa Gioia con riferimento al caso di sottoposizione a cure mediche coatte di un alcolista che esponeva il nucleo familiare a seri pregiudizi): le misure di amministrazione, infatti, si osserva devono essere fruite e non subite e, in ogni caso, l'autodeterminazione terapeutica dell'incapace non sarebbe soltanto **compresa ma addirittura espropriata**.

Anche Tribunale di Torino 26 febbraio 2007, (in Famiglia e Diritto, 2007, pag. 721), ha precisato che "*..., pena un'evidente violazione dei principi costituzionali indicati in materia di libertà personale e volontarietà della cura e dei trattamenti sanitari, la non estensione all'amministratore di sostegno del disposto di cui agli artt. 357, 358, 371 c.c. comporta l'impossibilità non solo per l'amministratore, ma anche per il giudice tutelare (in quanto non legittimato dalla norma) di autorizzare atti invasivi della sfera personale senza il consenso del beneficiario, sia in ordine alla collocazione (es. residenziale) sia in ordine al consenso ad interventi e trattamenti sanitari...*"

E ciò in ossequio a quel principio liberale che Stuart Mill ha ben espresso "*Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano*".

Ma la convenzione di Oviedo statuisce che il coinvolgimento del disabile nel consenso informato deve essere nei limiti del possibile (l'art 6 comma terzo così recita: - *Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso - 3. Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione*").

E il consenso va dato nell'esclusivo e diretto beneficio della persona autonoma sicché nella concreta e quotidiana esperienza giurisprudenziale le soluzioni sono state meno rigorose e forse più consonanti con il Tribunale di Bari perché laddove il soggetto non è in condizioni di esprimere una valutazione critica della situazione patologica e di percepire le conseguenze che deriverebbero dal non prestare il consenso sarebbe eccessivamente rigoroso e formale escludere che l'amministratore di sostegno possa essere autorizzato a prestare il consenso informato al trattamento terapeutico o a stipulare il contratto di ricovero in struttura sanitaria, casa di riposo o di cura scegliendo il luogo più idoneo alle condizioni del beneficiario secondo il best interest oggettivo (v. sopra e, in senso conforme, Cass. 18 dicembre 1989 n. 5652 in Nuova Giur. Civ. comm. 1990, 512).

Ovviamente laddove il beneficiario dovesse dissentire l'intervento del giudice garantirebbe quelle condizioni di protezione previste dalla Convenzione di Oviedo laddove in caso di persona che soffre di grave disturbo mentale si prevede la possibilità, quando l'assenza di un trattamento sanitario rischia di essere gravemente pregiudizievole alla salute della persona, di sottoporre la stessa persona a intervento sanitario *“sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge e comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso”* (contra, secondo taluni autori – cfr. Rossi Rita in Famiglia e Diritto 3/2010 la Convenzione di Oviedo sembrerebbe escludere il ricovero coatto diverso dal ricovero ospedaliero ex art. 34 L. 833/1978: ma trattasi di posizione fondata sulla miope e strenua difesa di un principio di autodeterminazione inteso in modo formale e che conduce a conseguenze esiziali per il malato psichico).

... segue: casi concreti.

Giudice tutelare Brescia - 5 novembre 2008 - giudice Ondei:

Giovane incosciente della sua malattia che passava da un T.S.O. all'altro e bastava una cura specifica per tranquillizzarlo e permettergli un'esistenza meno afflittiva. Si è tentato in tutti i modi sia con le lusinghe che con le minacce e con l'ausilio di un C.T.U. di indurlo a seguire la cura prescrittagli ma persisteva nel rifiuto dando giustificazioni deliranti.

Alla fine, di fronte alla disperazione dei genitori e alle rassicurazioni dei medici dopo che per un anno si è tentato in tutti i modi di fare capire la situazione al giovane il giudice tutelare ha utilizzato la categoria del best interest e ha autorizzato l'amministratore di sostegno a dare il consenso al

ricovero coatto ed alle cure coatte. Il giovane successivamente dopo tre mesi ha migliorato la sua vita, ora si sottopone alle cure con maggior docilità e da un anno non subisce più T.S.O. Il nucleo familiare si è ricompattato nel prestare le cure e l'affetto al giovane.

Giudice tutelare Brescia - 7 ottobre 2009 - giudice Ondei

Persona anziana sola e delirante che non voleva essere ricoverata e sottoporsi alle cure ritenute dai medici necessarie per ristabilire quantomeno una sorta di serenità di vita e per curare il grave diabete che aveva: tale persona voleva a tutti i costi vivere da solo promettendo che avrebbe assunto i medicinali e avrebbe seguito una dieta compatibile con il suo grave stato di salute.

I familiari – un fratello e la cognata – non venivano ascoltati dal beneficiario e gli stessi medici segnalavano la pericolosità della situazione nel caso in cui lo stesso fosse andato a vivere da solo anche perché tra l'altro non avrebbe nemmeno assunto i medicinali come era già capitato.

In un primo tempo il giudice tutelare ha monitorato la situazione convincendo il beneficiario a provare a vivere in una struttura protetta ma all'udienza di verifica lo stesso riferiva di non voler più rimanere in quella struttura e voleva andare a vivere da solo. Il beneficiario è stato trasferito in altra struttura ma si è ripetuta la scena.

Anche in questo caso il giudice tutelare ha autorizzato il fratello – nominato amministratore di sostegno - a dare il consenso al ricovero coatto.

Giudice tutelare Piacenza

E' stato autorizzato l'amministratore di sostegno a disporre un ricovero coatto di giovane tossicodipendente incinta attesa la sua attuale impossibilità di effettuare scelte consapevoli alla salute propria e del nascituro e ciò fino alla nascita del concepito.

Giudice tutelare Modena - 26.11.2008 - giudice Stanzani.

Nel caso di soggetto delirante cronico affetto da una forma grave di diabete l'amministratore di sostegno è stato autorizzato a porre in essere in nome e per conto del beneficiario tutte le iniziative necessarie al fine di attuare l'inserimento dello stesso in un struttura protetta ove il medesimo possa proseguire le cure e le terapie anche alimentari e ad esprimere il consenso ai trattamenti medici e terapeutici proposti da medici.

Giudice tutelare Perugia.

Ha autorizzato l'amministratore di sostegno a presentare, in luogo del beneficiario tossicodipendente refrattario, la richiesta di ricovero in comunità terapeutica ed a prestare il consenso ai trattamenti medico sanitari ritenuti necessari dai medici.

Giudice tutelare Modena - 26.1.2009 - giudice Stanzani.

Caso di sig.ra di 43 anni, laureata, che negli ultimi anni si dedicava in modo maniacale alla alimentazione macrobiotica e che nel frattempo aveva una forma ingravescente di sclerosi multipla con comportamenti al limite di incontrollati deliri. Tale signora non voleva sottoporsi ad alcuna cura: il giudice tutelare ha aperto la amministrazione di sostegno per 12 mesi dando all'amministratore di sostegno i poteri di individuare e scegliere le terapie ritenute più idonee per la tutela e la cura della salute sia fisica che psichica e a chiedere con proposte motivate ex art. 371 c.c. autorizzazioni per la collocazione in strutture ove vengono praticate le terapie prescelte.

Giudice tutelare Varese - 10 marzo 2010 - giudice Buffone

Qui si è assunta una posizione più sfumata senza affrontare il problema.

Si valorizza, correttamente, lo spazio di consapevolezza e lucidità dell'interessata, ed altresì l'insegnamento della Cassazione rilevando che non deve guardare a quanto sta male la persona, ma alle attività da compiersi.

Tra l'altro la non imprescindibilità del consenso dell'amministrando, così bene sottolineato dall'ultima pronuncia di legittimità (Cass. 1 marzo 2010, n. 4866) rafforza ulteriormente il convincimento del G.T. lombardo, circa la possibilità di mettere in campo l'amministrazione di sostegno.

L'interdizione, tuttavia, fa capolino nel decreto istitutivo, come spauracchio, minaccia a fin di bene, rivolta cioè all'interessata per indurla a ricercare un aiuto sul piano terapeutico. Così, i seguenti passaggi: - *“il giudice tutelare (...) ha rappresentato a questa, con estrema chiarezza, i rischi cui la stessa andava incontro con la propria condotta; e cioè il rischio di una inevitabile interdizione”*;

- *“se, in quest'anno, vi saranno stati successi, l'amministrazione potrà essere rimossa o prorogata; in caso di insuccesso, l'ufficio sarà costretto a valutare la improcrastinabile necessità di una misura di protezione più grave ed incisiva”*.

3.1.c.b. Il caso della persona che ha una limitata capacità di autodeterminazione o di espressione

In tal caso la disabilità non impedisce all'interessato di partecipare alla scelta di collaborare con chi ha il compito di proteggere il suo benessere e l'amministrazione di sostegno si rivela particolarmente idonea a promuovere la finalità di rimuovere gli ostacoli che impediscono alla persona disabile di esprimersi.

Qui si presentano, in primis, gli stessi problemi di cui sopra con un aggiuntivo ossia il problema delle malattie intermittenti – es. epilessia - ove vi sono ampi periodi nei quali il soggetto ha una completa capacità.

Con riguardo a tali patologie occorre sottolineare come eccessivo il ricorso all'interdizione ed all'amministrazione di sostegno. Il criterio di giudizio è la comparazione dei criteri di integrità e di quelli di incapacità psichica in una determinata unità temporale ipotizzandosi di non aprire alcuna procedura di amministrazione di sostegno laddove si è in presenza di periodi di infermità non continua e così temporalmente ridotti da escludere l'abitudine dell'infermità. (Ricordiamoci che il poeta latino Lucrezio avrebbe scritto il suo poema *De rerum natura* “*per intervalla insaniae*”)

3.2 – Il caso della persona capace di intendere e di volere e non impossibilitata a curare i propri interessi

Il giudice tutelare di Modena (Trib. Modena - 5 novembre 2008 - G.T. Stanzani) ha dichiarato aperta l'amministrazione di sostegno nel caso di persona non inferma e in quel momento in grado di gestire i propri interessi.

Senonché l'art. 404 c.c. è chiaro nel richiedere ai fini dell'apertura dell'amministrazione di sostegno l'attualità della condizione di disagio.

Si tratta, allora, di interpretare il termine attualità.

Sicuramente non è possibile dichiarare aperta l'amministrazione di sostegno di colui che attualmente sta bene come non è possibile dichiarare aperta l'amministrazione di sostegno a favore di colui che ha una malattia che può degenerare ma che attualmente non sta degenerando e potrebbe non degenerare.

Invece parrebbe più opportuno essere meno rigorosi nel caso di soggetto che sicuramente a breve sarà “inabile” (es. chi deve sottoporsi a grave intervento chirurgico con necessità di rimanere in coma farmacologico

per giorni dopo l'intervento o colui che ha una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione ove è già iniziata la fase degenerativa senza che la medesima, però, impedisca al soggetto di curare in quel momento la propria persona). In tali casi, infatti, si potrebbe interpretare il termine "attualità" rifacendoci alla teoria aristotelica e dire che vi è un'inabilità in potenza che, però, porta in sé già concretamente l'atto - ossia quella malattia che porterà all'inabilità, tanto che la stessa malattia è conosciuta e ha già avuto un principio di attuazione.

E del resto lo stesso legislatore ha previsto la possibilità di aprire la amministrazione di sostegno a favore di minore prima del compimento della maggiore età – ossia al compimento di un fatto certo ed inevitabile - anche se la decorrenza è dal compimento della maggiore età).

Il problema, allora, è l'indicazione esatta del termine da quando deve iniziare l'amministrazione di sostegno.

Infatti nel caso di intervento chirurgico é agevole ma nel caso di malattia degenerativa è più difficile: nella specie si potrebbe iniziare con l'assistenza o poi con la rappresentanza o con l'amministratore che segnala al giudice la degenerazione e l'esigenza di modificare il decreto di amministrazione di sostegno.

3.3. Il caso del soggetto che ha bisogno di aiuto ma non necessita di un intervento che si ripercuota sulla validità degli atti da lui realizzati.

Taluni giudici tutelari hanno aperto l'amministrazione di sostegno nei confronti di soggetti senza attenuare la capacità legale degli stessi limitandosi a dare una copertura gestorio / consulenziale.

In merito vi sono parecchi dubbi dato che appare arduo giuridicamente aprire una procedura di amministrazione di sostegno – che è una figura giuridica – solo perché il beneficiario possa avere una persona che svolga lavori e incarichi spettanti al beneficiario ma senza alcuna forma di rappresentanza o di ausilio in senso giuridico: in punto basterebbe l'intervento della rete di protezione sociale (es. Servizi Sociali o volontari).

Tra l'altro, a conforto della conclusione sopra raggiunta deve segnalarsi l'esperienza dell'ordinamento tedesco che esclude la possibilità di nomina di un **Betreuter** nelle ipotesi in cui la gestione degli affari di un soggetto di maggiore età potrebbe essere affidata ad un procuratore:

analogamente in Austria è vietata la nomina del **Sachwalter** se l'interessato è in grado di conferire procura o di occuparsi con l'aiuto della propria famiglia o di istituzioni pubbliche o private della gestione dei propri interessi.

4. – Il consenso informato e la sperimentazione medica sulla persona incapace.

L'affermazione del principio di uguaglianza sostanziale in materia di salute è particolarmente rilevante in un settore come quello della sperimentazione clinica e va, dunque, ad integrare i principi affermati dalla Convenzione di Oviedo aprendo nuovi orizzonti per l'accesso delle persone disabili alla sperimentazione.

Significativo appare il contenuto dell'art. 4 del D.lg. 24.6.2003 n. 211, che è stato emanato in attuazione della direttiva 2001/27/CE ove si richiede che nel caso di adulti incapaci occorre ottenere il consenso del legale rappresentante sempre che l'incapace non abbia dato o abbia rifiutato il consenso informato prima che sorgesse l'incapacità.

L'art. 7 della Convenzione di Oviedo, poi, così recita: – Tutela delle persone che soffrono di un disturbo mentale - *La persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso).*

Vi sono pazienti – soprattutto quelli affetti da malattia di Alzheimer - che presentano patologie che non conoscono attualmente terapie efficaci e, d'altro canto, la sperimentazione e la ricerca cliniche possono sortire i loro migliori risultati proprio se svolte su persone che già presentano una condizione di deficit mentale.

La questione del consenso informato riguarda, specificamente, l'uso di farmaci cd. *off label* ossia di farmaci che sono in commercio per la cura di altre patologie (es. si prescrivono degli antipsicotici di seconda generazione per la cura della demenza).

Ora se il paziente ha deficit cognitivi che aumentano progressivamente, per cui esistono stadi iniziali della malattia in cui la disabilità non incide in senso totalmente menomativo sul processo volitivo e

decisionale, compito primario del sanitario per tali pazienti è quello di persuaderli ad esprimere, quanto prima possibile, la loro volontà al riguardo alla sperimentazione clinica indicando loro le modalità previste oggi dall'ordinamento. Per contro in caso di stadio avanzato della malattia il compito del sanitario è quello di indirizzare i familiari a richiedere la nomina di un amministratore di sostegno.

Il giudice tutelare a sua volta, ha l'obbligo di valutare quale sia il grado di disabilità non tanto a fini formali – visto che l'istituto dell'amministrazione di sostegno non ha funzione incapacitante sotto il profilo legale - quanto piuttosto ai fini sostanziali per decretare nel singolo caso quali siano gli atti che la persona è o non è in grado di compiere autonomamente per raccogliere le espressioni di volontà che possano ritenersi libere e coscienti eventualmente ricorrendo all'ausilio del C.T.U..

In breve, con riguardo, al consenso dei pazienti alle terapie sperimentali vanno distinti quattro casi:

a) pazienti con diagnosi precoce di malattia che hanno la possibilità di esprimere il consenso ai sensi dell'art. 408 c.c. nell'atto pubblico o nella scrittura privata autenticata in cui designano la persona che desiderano sia chiamata all'incarico di amministratore di sostegno per il caso di sopravvenuta incapacità;

b) pazienti in fasi intermedie della malattia. Per tali soggetti potrà essere proposto immediato ricorso per la nomina di amministratore di sostegno indicando le ragioni della domanda, la necessità di ottenere un valido consenso informato a terapie sperimentali con l'accortezza di allegare al ricorso la documentazione dei risultati dei test neuropsicologici effettuati presso il centro demenze affinché il giudice sia già in grado di conoscere quali sono le capacità residue della persona.

c) pazienti con diagnosi in fase avanzata accompagnati da familiari e conoscenti che hanno consuetudine di vita con loro. Per costoro il consenso informato potrà essere prestato dall'amministratore di sostegno se ed in quanto autorizzato dal giudice tutelare in base all'accertata volontà favorevole dell'interessato ricostruita nel corso del procedimento previa istruttoria sulle convinzioni etico religiose e sullo stile di vita dell'interessato stesso in epoca antecedente l'insorgenza dello stato di incapacità (in senso conforme cfr. Trib. Roma 24 marzo 2010 G.T. Serrao)

d) Pazienti con diagnosi in fase avanzata ma che sono privi di significative relazioni affettive. Non è possibile ricostruire la volontà presunta e tendenzialmente in questi casi va esclusa la possibilità di autorizzare l'amministratore di sostegno a prestare il consenso informato alla

sperimentazione a meno che sia provato che la terapia presenta un beneficio reale e diretto per la loro salute con un rischio minimo, documentati e certificati da medico qualificato.

A ciò si aggiunga che l'amministratore di sostegno che presta il consenso su autorizzazione del giudice tutelare rimuove solo uno degli ostacoli previsti dalla convenzione di New York. Il giudice tutelare valuta se ricorrono la condizione di disabilità ed il presupposto della volontà favorevole (espressa o presunta) dell'interessato; rimane esclusa dalla competenza del giudice tutelare ogni valutazione circa la sussistenza di metodi alternativi alla ricerca sugli esseri umani o sulle persone incapaci circa la proporzione tra rischi e potenziali benefici circa l'approvazione amministrativa del progetto.

Un margine di potere decisionale potrebbe tuttavia riconoscersi all'autorizzazione giudiziale con riguardo all'accesso alla sperimentazione nel caso in cui non sia certo ed evidente il beneficio diretto per il paziente quando si richieda il consenso informato ad una specifica sperimentazione e la volontà favorevole del paziente sia stata solo genericamente espressa.

Ovviamente l'autorizzazione va intesa in ogni caso con riferimento al concreto trattamento sanitario che si rendesse opportuno contrastando con la funzione di vigilanza del giudice tutelare la preventiva attribuzione in materia di un generale potere di scelta all'amministratore di sostegno.

5. – Brevi cenni sulla responsabilità dell'amministratore di sostegno per gli atti di cura.

L'art. 412 c.c. stabilisce che gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di legge o in eccesso all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice tutelare possono esse annullati su istanza dello stesso amministratore di sostegno o del pubblico ministero e del beneficiario e dei suoi eredi o aventi causa. L'azione si prescrive in 5 anni dal momento in cui è cessata la amministrazione di sostegno.

Ma sono annullabili anche gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione dell'obbligo di tenere conto delle aspirazioni e dei bisogni del beneficiario ex art. 410 c.c. e di fornirgli tempestiva informazione ex art. 410 comma 2 c.c.?

Secondo alcuni sarebbe devastante l'ammissibilità perché influirebbe sulla certezza dei traffici e, in caso di atti di cura, creerebbe il dubbio dei

sanitari ai quali non si può certo imporre pure l'obbligo di verificare se l'amministratore di sostegno ha avuto uno scambio di vedute con il beneficiario.

Piuttosto nei casi in esame - al di là della possibilità di intervento del giudice tutelare il quale potrà adottare gli opportuni provvedimenti (art. 410 II comma c.c.) pare più corretto ipotizzare una residua responsabilità dell'amministratore di sostegno verso il beneficiario ex art. 2043 c.c. se non addirittura - e *rectius* - una responsabilità contrattuale nel senso inteso da Cass. S.U. 26 giugno 2007 n. 14.712 avendo l'amministratore di sostegno un obbligo di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto), operante nei confronti del beneficiario (v. testo Cass. S.U. *“È opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. In tale contesto la qualificazione "contrattuale" è stata definita da autorevole dottrina come una *sineddoche* (quella figura retorica che consiste nell'indicare una parte per il tutto), giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma senza che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire. Pur non senza qualche incertezza, in un quadro sistematico peraltro connotato da un graduale avvicinamento dei due tradizionali tipi di responsabilità, anche la giurisprudenza ha in più occasioni mostrato di aderire a siffatta concezione della responsabilità contrattuale, ritenendo che essa possa discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento”), che può riguardare anche il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale come recentemente spiegato da Cass. S.U. 11 novembre 2008 nn. 26972, 26973, 26974 e 26975).*

Infine va rilevato che l'amministratore di sostegno il quale esercita un potere di cura sulla persona del beneficiario non ha – di per sé – alcun compito di vigilanza o sorveglianza rilevante ex art. 2047 c.c. sicché non risponderà del danno cagionato dal beneficiario (incapace di intendere e di volere) a terzi sempre che la responsabilità ex art. 2047 c.c. non sia insita nel ruolo di fatto rivestito dall'amministratore di sostegno (familiare o meno)

nell'effettivo "controllo" del beneficiario (es. quale genitore o parente presso cui si trovi il beneficiario, o responsabile di servizi o strutture che lo ospitano permanentemente e continuativamente o temporaneamente e con limitazioni di giorni o di ore).

E, in punto, va ricordato che l'art. 2048 c.c. prevede la responsabilità del tutore per il danno cagionato da fatto illecito delle persone sottoposte alla tutela solo nel caso in cui queste ultimo che abitino con il medesimo.

La presunzione di responsabilità di cui all'art. 2047 cod. civ., posta a carico di chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, in ogni caso, non è applicabile al caso di danni che l'incapace abbia causato a se stesso (cfr. Cass. 18.7.2003 n. 11.245) anche se nella specie la corte di cassazione ha sempre riconosciuto una responsabilità contrattuale del sorvegliante che, però, in caso di amministrazione di sostegno non può trovare applicazione proprio perché l'amministratore di sostegno non è un sorvegliante.

6. – Conclusione

Ma al di là delle algide note tecniche di responsabilità civile innanzi illustrate vorrei concludere riportando l'attenzione sulla grande importanza della funzione degli atti di cura dell'amministratore di sostegno ossia della funzione del prendersi cura.

Come sottolineava M. Heidegger in *Essere e Tempo*, il prendersi cura è strutturale all'esperienza umana ed è situata esistenzialmente -apriormente, prima di ogni situazione.

La struttura relazionale della persona consente all'umano di definirsi umano grazie alla capacità di prendersi cura, di sentirsi cioè sollecitato, impegnato, coinvolto, responsabilizzato dalla presenza dell'altro. La strutturale natura dialogica dell'essere umano ne fa un essere partecipativo chiamato fin dall'inizio ad inserirsi nel circuito comunitario attraverso la struttura del linguaggio.

Nella sua radice di derivazione latina il termine cura può esprimere il concetto di attenzione, premura, vigilanza, sollecitudine ma anche travaglio, affanno, preoccupazione, sentimenti che accompagnano sempre il coinvolgimento affettivo, l'amore per l'altro.

Il prendersi cura diventa così una modalità dell'essere al mondo in una prospettiva non più da soggetto a oggetto, ma da soggetto a soggetto, dove l'essere è valore, simbolo che rimanda alla realtà originaria.

Così come “Cura”² ha modellato l’essere umano con tenerezza, dedizione, sentimento e si è assunta la preoccupazione della responsabilità e di starle accanto tutta la vita, così queste dimensioni sono diventate costitutive dell’essere umano.

Etica del prendersi cura significa allora priorità della persona e dei suoi valori, rifiuto della oggettivizzazione, preoccupazione per le relazioni umane e promozione della prospettiva simbolica che caratterizza l’esistenza di ogni uomo: il tutto in un contesto ove l’incapace non può mai essere considerato uomo “*pàlai peproménos aise*” ossia uomo già consegnato al destino (secondo la celebre espressione contenuta nell’Iliade con la quale Atena ebbe a definire Ettore nell’intento di dissuadere Zeus dal salvarlo).

Le vite dei “beneficiari” sono spesso silenziose, ma non sono mute: chiedono a noi, giudici tutelari ed amministratori di sostegno, la capacità di varcarne la superficie, di andare oltre la loro materialità; chiedono a noi di cogliere, fuori dal chiasso delle ideologie e dal frastuono dell’affannarsi quotidiano, la loro voce segreta, eco dell’anima e di ciò che è Altro, del mistero dell’Essere che è in noi e che ci avvolge.

² La storia dei miti fa risalire quello di Cura al I secolo a. C. , giunto fino a noi attraverso uno scritto di Igino. “Mentre Cura stava attraversando un certo fiume, vide del fango argilloso. Lo raccolse pensosa e cominciò a dargli forma. Ora, mentre stava riflettendo su ciò che aveva fatto, si avvicinò Giove. Cura gli chiese di dare lo spirito di vita a ciò che aveva fatto e Giove acconsentì volentieri. Ma quando Cura pretese di imporre il suo nome a ciò che aveva fatto, Giove glielo proibì e volle che fosse imposto il proprio nome. Mentre Giove e Cura disputavano sul nome, intervenne anche Terra, reclamando che a ciò che era stato fatto fosse imposto il proprio nome, perché essa, la Terra, gli aveva dato il proprio corpo. I disputanti elessero Saturno, il Tempo, a giudice, il quale comunicò ai contendenti la seguente decisione: - Tu, Giove, che hai dato lo spirito, al momento della morte riceverai lo spirito; tu, Terra, che hai dato il corpo, riceverai il corpo. Ma poiché fu Cura che per prima diede forma a questo essere, finché esso vive, lo custodisca. Per quanto concerne la controversia sul nome, si chiami homo poiché è stato tratto da humus-”.

Il racconto affascina; dice tutto il travaglio dell’uomo, di ogni tempo e di ogni luogo, di fronte ai grandi interrogativi della vita ma apre, anche, con forza, una riflessione sul comportamento umano.

Il prendersi cura, infatti, ci fa pensare alla capacità di stabilire relazioni significative tra persone, a relazioni che vadano ben oltre la superficie dell’apparenza o della formalità. Ci porta alla considerazione dei legami e delle relazioni che teniamo con l’altro, il nostro simile, chiunque sia.