

La complessa comparazione tra testamento biologico, rappresentanza e amministrazione di sostegno

di ROBERTA TRAVIA

Altro istituto cui è possibile, in modo più o meno condivisibile, accostare il testamento biologico, è la procura.

La procura è un negozio unilaterale e recettizio¹, che conferisce il potere di rappresentanza² senza far discendere alcun obbligo (ma solo un potere) per il rappresentante. Proprio in ragione del difetto di obligatorietà, la procura si perfeziona con la sola dichiarazione unilaterale del suo autore, a differenza del mandato che è un contratto e che obbliga il mandatario al compimento di una determinata attività, e, dunque, richiede il consenso di entrambi i soggetti in causa.

La procura, per sua natura, è un negozio revocabile, in quanto l'elemento personalistico è molto pregnante e la fiducia su cui poggia il conferimento della stessa deve permanere per l'intera durata del rapporto che, infatti, è continuamente soggetto alla volontà del rappresentato, il quale può sempre modificare, avocare a sé o revocare la procura.

¹ M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, p. 601, la quale, al riguardo sottolinea "(...) Del carattere recettizio della procura si è recentemente dubitato, in base alla considerazione che gli effetti della rappresentanza si produrrebbero ugualmente anche se il rappresentante agisse senza che il dominus gli avesse dato comunicazione della procura (...)"; come confermato da L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, p. 113 ss., il quale "(...) nei limiti fissati dalla procura, l'attività negoziale che il rappresentante svolge in nome del rappresentato produrrà gli effetti nella sfera giuridica di costui senza che il rappresentato nulla possa fare per evitare tali effetti (...)"; a conferma, invece, della recettività della procura si vedano U. NATOLI, *La rappresentanza*, p.51-56; L. BIGLIAZZI GELI, voce *Procura*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 1000; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, p.375; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, p.691; G. DE NOVA, *La rappresentanza*, p. 430; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 579.

² Sulla rappresentanza esiste una cospicua letteratura: al riguardo, v. almeno S. DELLE MONACHE, *La "contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001; M. GRAZIADEI e R. SACCO, *Sostituzione e rappresentanza*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, XVIII, Torno, 1998, p. 616 ss.; G. VISENTINI, *Della rappresentanza*, in *Comm. cod. civ.* (A. Scialoja e G. Branca) a cura di F. GALGANO, *Artt. 1372-1405*, Bologna- Roma, 1993; P. D'AMICO, *Rappresentanza*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991; P. Papanti-Pelletier, *rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1983; U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977; W. D'AVANZO, *Rappresentanza (Diritto Civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 800 ss. S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; Per una più agile consultazione, v. pure F. Gazzoni, *Manuale*, p. 1043 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 71 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile, Fatti e Atti giuridici*, Torino, 1987, p. 551 ss.

Sarebbe, quindi, ipotizzabile l'inquadramento del testamento biologico nell'alveo della procura in quanto le similitudini strutturali sono evidenti, sebbene, dopo aver evidenziato i punti di contatto tra le due fattispecie è doveroso analizzare le criticità prospettabili.

Innanzitutto ci si interroga sulla suscettibilità della procura di attribuire poteri rappresentativi vertenti su diritti personalissimi³ in cui anche autodeterminazione e autonomia del titolare sono di dubbia ampiezza⁴; in secondo luogo bisogna chiedersi chi debba intendersi per soggetto rappresentante.

Quanto al primo profilo evidenziato, non può non osservarsi che l'istituto della procura si ritiene configurabile esclusivamente in relazione ad atti di natura patrimoniale riguardanti diritti ed interessi disponibili, mentre la materia oggetto di indagine riguarda diritti personalissimi in cui autodeterminazione del titolare e disponibilità degli stessi sono caratterizzati da confini labili e di dubbia portata.

In merito alla seconda questione, si potrebbe individuare il rappresentante nel medico che al momento del bisogno si prenderà cura del dichiarante, oppure, invece, sulla scia dell'attuale approvazione della legge⁵, che disciplina e introduce la figura del fiduciario del "testatore", individuare il rappresentante proprio nel soggetto che potrebbe essere

³ La Dottrina si è, a più riprese, posta il problema circa la liceità della rappresentanza, o degli altri meccanismi sostitutivi di interposizione, per gli atti giuridici in senso stretto e, quindi, per ogni atto non negoziale. È da ritenere ragionevole di non restringere la rappresentanza ai soli meccanismi sostitutivi nell'attività negoziale in quanto non importa, essendo irrilevante a tal fine, se si tratti di atti nei quali la volontà è determinante del fatto o, anche degli effetti.

⁴ In merito all'oggetto, ai limiti ed ai poteri del rappresentante legale dell'incapace l'evoluzione ermeneutica ha portato ad una tendenziale apertura tesa a ricomprendervi i diritti c.d. personalissimi di competenza dell'incapace (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. Dir., cit.*, p.133), la quale recita "il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire della prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta ad un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve 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, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche".

⁵ La rassegna dei lavori parlamentari si conclude il 14 dicembre 2017 al Senato con l'approvazione della c.d. legge sul bio-testamento: "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento sanitario*".

indicato nel testamento biologico quale persona tenuta a fare le veci del malato, non più cosciente, nei rapporti con il personale medico.

In dottrina, da sempre, si sottolinea l'importanza della figura del fiduciario nel testamento biologico e vi è chi scorge in essa una parte fondamentale del documento: si è osservato che, così come assume un ruolo significativo l'esecutore testamentario nel diritto successorio, anche il testamento biologico «deve affidarsi (...) in termini di sicura opportunità e forse di insuperabile necessità, alla relazione fiduciaria con soggetti che ``eseguano" o siano in grado di vigilare sulla ``esecuzione" delle direttive»⁶.

Tentando di analizzare giuridicamente la figura del c.d. fiduciario, non può sottacersi il fatto che il soggetto in questione debba limitarsi a comunicare al personale medico le volontà espresse dal paziente non più in grado di interloquire, ponendo in essere, dunque, atti meramente materiali e non giuridici, alla stregua di un qualsiasi *messenger*⁷, finendo per concretarsi in un mero mezzo di trasmissione della volontà del testatore.

Un ruolo più attivo del fiduciario si rende necessario quando non c'è corrispondenza tra l'eventualità prevista nel testamento biologico e la situazione concreta del paziente, oppure nel caso in cui le direttive anticipate avessero un contenuto eccessivamente generico.

In ogni caso il compito preminente del fiduciario è rappresentato da quello di contribuire alla ricostruzione dell'identità della persona e della sua volontà rispetto al proprio destino terapeutico, facendo emergere l'universo valoriale del malato alla luce

⁶ P. Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, cit., 17. Dello stesso tenore sono le considerazioni espresse nel documento intitolato ``*Riflessioni su alcuni punti di discussione*", 2, pubblicato nel sito <http://undirittogentile.wordpress.com> (consultato il 12-11-2013) a cura di P. Zatti, in cui si legge: «In una dichiarazione anticipata di trattamento, redatta in termini di documento rispondente a un modello proposto dalla legge, l'indicazione di un fiduciario sembra imprescindibile. A tal fine si potrebbe costruire un modello articolato in due parti: una concernente le disposizioni vere e proprie, l'altra concernente la nomina del fiduciario. Anche il medico di base potrebbe validamente essere nominato fiduciario per la salute (si pensi ai casi in cui il paziente è ``solo"), come la *personne de confiance* nel modello francese». Cfr. anche G. Spoto, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, EDP, 2005, 182.

⁷ L. MOSCO, op. cit., p. 83-84; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, p. 277 ss.; A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1997, p. 29-30; G. MIRABELLI, op. cit., p.364

del quale dovranno essere lette e interpretate le disposizioni anticipate. In quest'ottica, il fiduciario «non decide mai al posto dell'incapace, né per l'incapace, ma con l'incapace».

È di tutta evidenza che una simile funzione del fiduciario potrebbe apparire giuridicamente irrilevante dal momento che il testamento biologico assurge ad atto connotato da “ufficialità” e obbligatorietà, per quanto attiene alla sua necessaria consultazione, in quanto il palesamento della volontà del dichiarante è la prima funzione specifica e propria del bio-testamento in sé considerato, rischiando, pertanto, di metterne in dubbio la concreta utilità del fiduciario.

Invero, potremmo individuare il rappresentante nel medico che si troverà a dover somministrare le proprie cure al dichiarante.

In tal caso, a differenza delle conseguenze della teoria poc'anzi analizzata, il medico-rappresentante si troverebbe realmente nella condizione di dover porre in essere attività con potenziali riflessi giuridici nell'interesse del malato, e vi sarebbe anche “spazio” per individuare una ratio/collocazione giuridica alla c.d. obiezione di coscienza del personale medico cui si assicurerebbe la facoltà di discostarsi dalla volontà espressa dal paziente che assurgerebbe a raccomandazione-potere (non obbligo) di incidere con un determinato atto sulla sua sfera personale.

Discrezionalità nell'esplicazione dell'atto che non ha alcuna ragion d'essere in relazione all'attività del fiduciario mentre assume enorme valore in riferimento al compito del personale medico, il quale potrebbe avere diverse ragioni personali e tecniche⁸ per discostarsi dalle indicazioni rese dal paziente anche in un tempo cronologicamente molto anteriore.

Per concretare l'accostamento tra le figure in esame bisogna, però, indagare la prospettabilità di una procura conferita in *incertam personam*, in quanto se si volesse

⁸ Ci sembra utile precisare che la ratio sottesa all'obiezione di coscienza del personale medico è da rintracciare, prioritariamente, nel fatto che il progresso scientifico è in continua evoluzione, pertanto le D.A.T. potrebbero non risultare più coerenti con le mutate conoscenze in campo medico.

realmente aderire a tale teoria, ci ritroveremmo nella situazione di ipotizzare un potere rappresentativo conferito ad un soggetto eventuale, futuro ed indeterminato, ossia il medico che concretamente si troverebbe a prestare le sue cure al rappresentato (paziente), in un tempo futuro rispetto al conferimento della procura (redazione del testamento biologico).

L'elaborazione dottrinale ha portato alla creazione della c.d. categoria della rappresentanza innominata, in cui, cioè, uno dei due soggetti del rapporto (rappresentante o rappresentato) non sia determinato a priori.

Si è giunti, ad esempio, ad individuare una forma di rappresentanza eventuale in *incertam personam*⁹ nell'istituto del contratto per persona da nominare in cui è però il rappresentato ad essere incerto, individuabile attraverso *l'electio* amici, non il rappresentante.

Se si riuscissero a superare i due ostacoli evidenziati, ossia la problematica della conferibilità al rappresentante del potere di compiere atti che incidano su diritti personalissimi e non patrimoniali e il problema della configurabilità della categoria della rappresentanza eventuale in *incertam personam*, in cui la persona indeterminata sia il rappresentante e non il rappresentato, si arriverebbe, probabilmente, ad accostare agevolmente le due fattispecie.

Risultano, però, ostative all'interpretazione prospettata le questioni afferenti alla perdita della capacità cognitiva del paziente/rappresentato, in quanto, nella rappresentanza, la perdita della capacità naturale è causa estintiva del rapporto rappresentativo, quindi, ci troveremmo nella concreta difficoltà di far perdurare il fenomeno sostitutivo successivamente alla perdita delle capacità cognitive da parte del dichiarante.

⁹ In dottrina cfr. F. PASSARELLI, *Dottrine*, p. 293; E. BETTI, op. cit., p. 588-589; G. MIRABELLI, op. cit., p. 409; M. PENNASILICO, *Profili della "contrattazione" per persona da nominare*, Napoli, 1995, p. 76 ss.; G. VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare. Art. 1401-1405*, in *Comm. dod. Civ.*, a cura di A. SCIALOIA- G. BRANCA, Bologna-Roma, 1993, p. 345-346. In Giurisprudenza cfr. per tutte, Cass. 21 giugno 1995, n. 7026, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1269; Cass. 10 febbraio 1993, n. 1682, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 275; Cass. 15 dicembre 1987, n. 9301, in *Arch. civ.*, 1988, p. 416.

Non risultano invece di ostacolo all'indagine in oggetto le problematiche questioni riguardanti la sorte della procura dopo la morte del rappresentato¹⁰, in quanto, nel caso *de quo*, il termine di efficacia della procura coinciderebbe con un momento diverso e anteriore rispetto alla morte, e non possono tantomeno riemergere tali questioni laddove si osservasse che dall'atto posto in essere dal rappresentante potrebbe discendere causalmente proprio l'evento morte che a sua volta è causa dell'estinzione del potere rappresentativo.

Ultimo, ma non secondario, problema da evidenziare è che se si ritenesse applicabile al testamento biologico la disciplina della rappresentanza, inevitabilmente, il contenuto delle dichiarazioni in esso racchiuse assurgerebbe a mera raccomandazione, venendo meno ogni forma di vincolatività delle stesse; da un punto di vista giuridico, dalle dichiarazioni in oggetto sorgerebbe un'obbligazione naturale, come tale incoercibile.

Questa assenza di vincolatività è compatibile, come già esaminato, con la figura e la funzione del personale medico che concretamente si prenderà cura del dichiarante, mentre non trova alcuna giustificazione funzionale in relazione al ruolo del fiduciario, in rapporto a quest'ultimo, infatti, la discrezionalità e la possibilità di disattendere il compito attribuitogli paiono del tutto illogiche e non rispondenti ad alcuna ratio.

Aver determinato i profili di efficacia del testamento biologico e i criteri di prevalenza, delle dichiarazioni in esso contenute, rispetto alle altre volontà manifestabili, è stata una questione cruciale anche per eliminare la potenziale responsabilità medica a riguardo¹¹. Infatti, a seguito della novità legislativa, la relazione di cura e fiducia che lega il paziente e il medico è ora valorizzata in maniera totale, dando la massima rilevanza al consenso informato, che costituisce il frutto dell'autonomia decisionale del

¹⁰ P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, p. 492. “La fiducia del rappresentato nella procura del rappresentante, che sta alla base del conferimento della procura, la deve sorreggere anche per tutta la sua durata (se si tratta di procura conferita nell'esclusivo interesse del rappresentato). Ecco perché la procura si estingue di regola alla morte o all'incapacità del rappresentato...”; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2012, p. 228 “La procura, basandosi sulla fiducia personale che il procuratore ispira, cessa, di regola, anche per la morte del rappresentante o del rappresentato”.

¹¹ G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico* p. 7; Per un quadro generale sui principali profili in tema di responsabilità medica si v. A.P. SCARSO-M. FOGLIA, *Medical Malpractice in Italy*, in B.A. Koch (ed.), *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions* (Tort and Insurance Law, vol. 29), de Gruyter, Berlin, 2011, p. 329 ss.

paziente guidata dalla competenza, dall'autonomia professionale e dalla responsabilità del medico. Il rispetto della volontà del paziente diviene per il medico un dovere, dalla cui conseguenza non può discendere per lui alcuna forma di responsabilità, né di carattere civile né di carattere penale.

Sempre con riguardo all'istituto della rappresentanza è bene sottolineare come esso sia sorto per tutelare interessi prettamente, se non esclusivamente, patrimoniali che, pertanto, mal si concilierebbero con le dichiarazioni anticipate di trattamento. Di conseguenza risulterebbe difficoltoso inquadrare nella rappresentanza il rapporto instaurabile tra paziente e medico (destinatario delle direttive anticipate di trattamento) o tra paziente e fiduciario le cui attività non sono connotate affatto dai caratteri tipici dell'istituto a confronto.

Sulle base delle predette conclusioni è opportuno rilevare che alcuni autori hanno tentato di accostare l'istituto oggetto di indagine all'amministrazione di sostegno¹², per quanto attiene al rapporto tra dichiarante e fiduciario.

L'istituto rileva un potenziale ermeneutico ed applicativo di certo rilievo sistematico, che sembra andare al di là dei limiti operativi dettati dalla normativa e che nell'ottica della nostra indagine sembra tracciarne delle linee conclusive.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto con legge n. 6/2004, si pone quale obiettivo quello di affrontare con successo le considerevoli contraddizioni persistenti nel nostro ordinamento con riguardo alla capacità della persona e alla tutela dei soggetti deboli. La finalità, pertanto, è quella di tutelare l'individuo che risulti privo in tutto o in parte dell'autonomia, senza tuttavia "ferire" in alcun modo la sua autodeterminazione residua, ma piuttosto dando impulso e potenziando, entro

¹² La figura dell'amministratore di sostegno è stata introdotta con la legge n. 6 del 2004, la finalità dell'istituto emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 1 della legge citata che la definisce "finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente". L'amministrazione di sostegno è stata egregiamente descritta come "una forma di tutela ampia, non meramente patrimoniale, ma spiccatamente personale; propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata e non astratta, modulabile e non standardizzata, frutto di una concezione di diritti delle fasce deboli orientata ai fini costituzionali di promozione del pieno sviluppo della persona umana", E. Monserrat Pappalettere, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, NGCC, I, p. 37 ss.; Cass., sez. I, 12-6-2006, n. 13584, GCM, 2006.

determinati limiti, tutte le scelte autonome di cui sia ancora capace. La necessità dell'istituto de quo, di unire l'istanza protettiva con quella di autodeterminazione, si rintraccia anche a fondamento delle direttive anticipate perché, come più volte sottolineato nel corso della trattazione, attraverso tale atto l'individuo vorrebbe principalmente gestire i momenti finali della sua vita, "imponendo" regole di cura al personale medico sanitario per il tempo in cui lo stesso avrà perso la sua capacità di agire. Per questo motivo si possono riscontrare necessità di tutela del tutto simili a quelle che emergono per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno. La materia è di fatto stata sviluppata in una visione di promozione dei diritti dei soggetti deboli, non restringendo il campo d'intervento ai soli infermi di mente, ma cercando di agire su una ampia gamma di malesseri esistenziali di ordine più complesso. Tale legge ha compiuto una rivoluzione "copernicana", collocando l'individuo – e non più la patologia fisica o mentale – al centro dell'universo della disabilità. Tutto ciò si concreta nell'ampliamento del campo soggettivo di attuazione delle misure di protezione e nel manifesto riferimento alla "persona", quale soggetto di tutela, anziché alla malattia (infermità mentale), che ne riproduce solo uno dei tanti aspetti.

In tal senso emerge il carattere innovativo dell'amministrazione di sostegno che, superando il riferimento all'incapacità nell'enunciazione dei presupposti per l'applicazione della misura, pone quale condizione subordinata la sussistenza di una malattia o di una menomazione, le quali vengono in rilievo nella misura in cui cagionano una impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Invero, l'istituto dell'amministrazione di sostegno è differente dai precedenti sia in considerazione delle dissimili modalità di attuazione della tutela, sia per una mutata visione di fondo dell'assistenza alla persona non autonoma.

La necessità di porre al centro degli strumenti di protezione la persona affiora anche dalla lettera dell'art. 1 della legge che ne precisa la «finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di

autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Ciò vuol dire, evidentemente, che la misura appena apprestata *de iure condito* incide sulla predetta capacità, attraverso un ventaglio di manifestazioni che “patologicamente” attentano all'idoneità del singolo soggetto considerato alla sua autodeterminazione. I nuovi protocolli di cura delle infermità mentali segnano un superamento di quella logica totalizzante propria dell'interdizione, che determina un'ablazione inflessibile e meccanica della capacità di agire del soggetto, a prescindere da un reale giudizio sulle condizioni di incapacità.

In breve, l'amministrazione di sostegno può essere pertanto rappresentata come «una forma di tutela ampia, non meramente patrimoniale¹³, ma spiccatamente personale; propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata e non astratta, modulabile e non standardizzata, “frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli orientata ai fini costituzionali di promozione di pieno sviluppo della persona umana”»¹⁴.

La disciplina degli artt. 404 ss. c.c., infatti, nel delineare la scomparsa di un impianto normativo che sopravviveva in maniera anacronistica, delinea una protezione *ad acta* nell'ambito di un più ampio processo volto a garantire, attraverso il rifiuto dei concetti di alienazione, di incapacità e di pericolosità sociale, la piena protezione – temporanea o permanente – dei diritti dei soggetti deboli e il loro recupero nella vita di relazione; e ciò mediante la valorizzazione dei residui spazi di autonomia della persona, alla quale viene consentito di esprimere al massimo le possibilità di autodeterminazione¹⁵ in modo da vedere in concreto garantite persona e personalità, nella concezione che vede

¹³ T. Modena, (ord.) 24-11-2004, GI, 2005, 714 per cui «mentre le misure tradizionali tutelavano più che altro i creditori (e perciò, lato sensu, la sicurezza dei traffici giuridici), ovvero la famiglia dell'infermo, in tale secondo caso, impedendo la dilapidazione del patrimonio dell'inabile; la disciplina normativa era quindi rivolta a tutelare il patrimonio del soggetto; viceversa, l'amministrazione di sostegno tende a spostare la prospettiva e l'attenzione, da ragioni di conservazione del patrimonio della persona, alla tutela ed alla protezione di quest'ultima».

¹⁴ E. MONSERRAT PAPPALETTERE, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, NGCC, I, p.37 ss.

¹⁵ C. Cost., 9-12-2005, n. 440, *Famiglia*, 2006, II, 361, che tende, con un'interpretativa di rigetto, a massimizzare l'autodeterminazione del beneficiario della misura di sostegno, non solo con riguardo allo svolgimento delle attività di amministrazione, ma anche in sede di applicazione della misura di sostegno.

nella prima nozione l'aspetto statico, nella seconda il profilo dinamico della soggettività.

A riguardo si è formato un orientamento giurisprudenziale consolidato da cui emerge come lo scopo dell'istituto in oggetto sia quello di assicurare «la massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente posto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia, di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo»¹⁶.

La realizzazione dello scopo predetto viene assicurata attraverso un criterio procedurale graduale nell'attuazione delle misure di protezione – in virtù del quale il giudice tutelare deve individuare, tra gli strumenti che l'ordinamento gli mette a disposizione, quello che realizzi la promozione della personalità del disabile apportando la minore limitazione possibile della capacità del soggetto interessato¹⁷.

Invero, il giudice tutelare potrà discostarsi dall'indicazione enunciata dal soggetto privato esclusivamente in presenza di “gravi motivi”. La dottrina è essenzialmente unanime nel ritenere che l'intento programmatico del soggetto debole possa essere non osservato dall'autorità giudiziaria solamente in casi singolari, riconducibili alle ipotesi in cui la persona investita si provi essere del tutto inadatta all'attuazione dell'ufficio. Il compito del giudice non appare tanto quello di valutare l'adeguatezza della scelta ultimata dal soggetto, quanto invece quello di mettere a disposizione una garanzia più salda ed efficiente all'atto di autonomia, rendendo inefficaci quegli eventi perturbatori che possano in qualche maniera impedirne o svalutarne la realizzazione. In tal senso la valutazione di meritevolezza della scelta individuale, assume un significato meno

¹⁶ Cass., sez. I, 12-6-2006, n. 13584, GCM, 2006.

¹⁷ Il carattere individualizzato della risposta protettiva, speculare alla peculiarità delle specifiche esigenze di protezione di ciascuno, si completa nella previsione per cui al beneficiario dell'amministrazione di sostegno non si applichino gli ulteriori effetti, limitazioni o decadenze che contribuiscono a delineare il regime giuridico dell' incapace, con ciò sancendo anche formalmente il superamento del paradigma bipolare (capacità/incapacità).

specifico e contenutistico, nel senso che il giudice dovrà solamente accertare che la procedura si sia svolta in maniera corretta e che l'atto di autonomia del soggetto sia realmente il risultato di una volizione autentica, istintiva e non condizionata da terzi o da influenze occasionali.

Da una siffatta trama normativa emerge con chiarezza l'intento del legislatore di trovare, soprattutto attraverso l'incarico di valutazione affidato al giudice, un nuovo punto di bilanciamento tra le istanze di libertà e di protezione, tale «da assicurare all'infermo tutta la libertà che è possibile e indispensabile, e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella che è necessaria, [togliendogli invece] quella che è superflua, dannosa o ingiusta»¹⁸.

E' noto come in tale prospettiva, che amplifica la tutela delle scelte esistenziali dei soggetti deboli, si sia paventata l'ipotesi di un intervento dell'amministratore di sostegno volto a dar voce al soggetto – divenuto oramai incapace – circa i trattamenti di fine vita così da valorizzarne l'autodeterminazione, la dignità e l'identità biografica.

Circa il rifiuto ai trattamenti sanitari da parte del paziente e alla opportunità di nomina da parte di questi di un amministratore di sostegno che lo rappresenti qualora giunga inaspettatamente uno stato d'incoscienza o d'incapacità a manifestare al personale medico l'intenzione di sospendere un trattamento sanitario, ha trovato espressione in una nutrita¹⁹, seppure non unanimemente condivisa²⁰, corrente giurisprudenziale.

¹⁸ P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, PD, 1987, 118. In questo senso C. Cost., 9-12-2005, n. 440, cit., 361; C. Cost., 19-1-2007, n. 4, GiC, 2007, 3, 2277 ss.; Cass., sez. I, 12-6-2006, n. 13584, CorG, 2006, 1519, la quale, nel sancire il carattere residuale dell'interdizione – misura da applicare solo in mancanza di altro e diverso strumento idoneo a garantire adeguata tutela al soggetto debole – indica quale profilo di differenziazione tra amministrazione di sostegno e interdizione la maggiore capacità della prima di «adeguarsi alle esigenze del soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità relativa alla procedura applicativa»; Cass., sez. I, 22-4-2009, n. 9628, NGCC, 2009, 10,1, 963.

¹⁹ T. Varese, (decr.) 5-3-2012, FD, 2012, 5, 492 relativo alla nomina di amministratore di sostegno a favore di un beneficiario in stato vegetativo permanente; T. Verona, (decr.) 4-1-2011, CorG, 2011, 9, 1289; T. Firenze, (decr.) 22-12-2010, FI, 2011, 2, 1, 608; T. Palermo, (decr.) 9-12-2009, FD, 2010, 5, 492; T. Cagliari, (decr.) 22-10-2009, FD, 2010, 2, 161; T. Genova, (decr.) 6-3-2009, n. 6058, Banca dati De Jure, 2009; T. Modena, (decr.) 23-2-2009, RC, 2009, 5, 473; T. Modena, (decr.) 26-1-2009, Not, 2009, 3, 250; A. Cagliari, 16-1-2009, GDir, 2009, 55; T. Parma, (decr.) 2-4-2004, GI, 2005, 1839.

²⁰ T. Sassari, (decr.) 16-7-2007, FI, 2007, I, 3025; T. Mantova, (decr.) 24-7-2008, in www.ilcaso.it, 2008; T. Genova, (decr.) 6-3-2009, FD, 2010, 2, 187; T. Roma, (decr.) 1-4-2009, in www.personaedanno.it, 2009; T. Pistoia, (decr.) 1-4-2009, FD, 2010, 1, 51; T. Firenze, (decr.) 8-4-2009, in www.personaedanno.it, 2009; T. Cagliari, (decr.) 14-12-2009, FD, 2010, 2, 161; T. Varese, (decr.) 25-8-2010, GI, 2011, 8-9, 1805; T. Treviso, (decr.) 14-1-2011 e 7-6-2011, in www.personaedanno.it, 2011; T. Reggio Emilia, (decr.) 24-7-2012, in www.personaedanno.it, 2012. Si vedano T. Pistoia,

Specificamente è attraverso vari provvedimenti del Tribunale di Modena²¹ che si è sviluppata una originale forma di dialogo tra la disciplina civilistica dell'amministratore di sostegno con le disposizioni costituzionali riferenti il diritto di autodeterminazione terapeutica, oggi "sigillati" nella nuova legge sul testamento biologico.

In particolar modo, nel provvedimento²² più emblematico di questo filone giurisprudenziale si era riconosciuta la legittimità della «nomina di un amministratore di sostegno per una persona attualmente capace e non affetta da alcuna patologia nota, su designazione della stessa, ai sensi dell'art. 408, 2° co.²³, c.c., allo scopo di sostituirla, qualora intervenga in futuro uno stato di incapacità, nell'espressione del diniego, già manifestato dall'interessato prima della nomina con scrittura privata autenticata, ad eventuali e future terapie invasive, in relazione a possibili malattie terminali o comunque ad uno stato patologico irreversibile. Il giudice, dal momento che «già

(decr.) 8-6-2009, CorM, 8-9, 2009, 841; T. Pistoia, (decr.) 1-4-2009, FD, I, 2010, 52; tali pronunce approssimano il tema lungo un percorso logico differente rispetto a quello dei decreti modenesi, sostenendo, nonostante la presenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, l'applicazione del principio di diritto espresso nella sentenza della Cassazione civile n. 23676/2008 e quindi la necessaria intermediazione del giudice che dovrà valutare, oltre al requisito oggettivo della irreversibilità della condizione clinica, la sussistenza della attualità della volontà precedentemente espressa. Questo accertamento renderebbe pertanto inidonea o quanto meno superflua l'investitura anticipata dell'amministratore di sostegno.

²¹ Rappresentano esempi di una sempre più diffusa pratica di law in action in campo bioetico e sanitario T. Modena, (decr.) 13-5-2008, GI, 2008, 1928 con nota di R. Masoni, *Qualità della vita e morte con dignità grazie all'amministrazione di sostegno*; T. Modena, (decr.) 5-11-2008, FD, 2009, 277, con nota di G. Ferrando, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; G. Casaburi, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita»*, FI, 2009, I, 35 ss.; T. Modena, (decr.) 26-1-2009, Not, 2009, 250 ss.; P. Fimiani, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, GC, 2010, 93 ss.

²² T. Modena, (decr.) 5-11-2008, cit.

²³ G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, RCP, 2008, 9, p. 1825 ss. per cui «La tesi di fondo è che l'articolo 408 c.c., che consente al beneficiario di designare lui stesso l'amministratore di sostegno in previsione della futura incapacità, letto alla luce di una normativa complessiva la cui ratio sarebbe quella di privilegiare la persona, permetterebbe altresì di impartire direttive vincolanti in materia di trattamenti sanitari. L'argomento interpretativo così articolato quantomeno per le modalità con cui è espresso sembra superare con difficoltà il valore di una dichiarazione in forma ottativa (...) E in un sistema di diritto scritto si prova quasi imbarazzo a precisarlo nessuna pretesa ratio legislativa può fare dire ad un testo di legge quello che non è compreso entro la portata semantica delle parole in esso utilizzate. Così come sembra atteggiamento estremamente frettoloso quello che, attraverso la deformazione di un istituto giuridico vigente, pretende di accantonare un vasto dibattito parlamentare e una serie di iniziative legislative volte a dare veste giuridica a uno strumento che, piaccia o non piaccia, ancora non è contemplato dal nostro ordinamento»; F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, DFP, 2009, 1, 288 ss.; contra G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, FD, 2008, 10, 923 ss. secondo cui «Questo provvedimento dimostra, una volta di più, che già esistono nel nostro sistema gli strumenti per dare attuazione ai diritti fondamentali della persona. Il fatto che il Parlamento non riesca a fare (buone) leggi sulle questioni di vita non impedisce ai giudici di utilizzare le risorse già disponibili»; M. PICCINI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, NGCC, 2008, 9, 1299 ss.

esistono il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408, 2° comma, c.c.) e, infine, l'istituto processuale di cui avvalersi (l'amministrazione di sostegno, legge n. 6/2004)» per garantire il rispetto delle volontà in fase di fine vita²⁴, aveva ipotizzato l'inutilità dell'intervento del legislatore volto a disciplinare il testamento biologico.

La novità di tali provvedimenti emergeva dal fatto che la nomina dell'amministratore avvenisse immediatamente nonostante l'inequivocabile condizione di integrità funzionale, intellettuale e fisica dell'amministrato, e nonostante la non imminenza di una circostanza tale da condurre alla situazione necessitante l'attivazione della misura protettiva²⁵. La nomina era quindi immediatamente efficace ai sensi dell'art. 405 c.c., pur essendo sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva, per cui il verificarsi di una specifica circostanza (la patologia e la contestuale incapacità di esprimere autonomamente la propria volontà) avrebbe dato effettivamente inizio allo svolgimento di un incarico teoricamente già avviato con il decreto di nomina.

La possibilità di nominare l'amministrazione di sostegno in previsione di uno stato di incapacità non attuale e meramente eventuale, è stata giustificata, oltre che

²⁴ Già in precedenza T. Modena, (decr.) 13-5-2008, cit. Tale considerazione ha suscitato pesanti critiche: G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, RCP, 2008, 9, 1825 ss. per cui «La tesi di fondo è che l'articolo 408 c.c., che consente al beneficiario di designare lui stesso l'amministratore di sostegno in previsione della futura incapacità, letto alla luce di una normativa complessiva la cui ratio sarebbe quella di privilegiare la persona, permetterebbe altresì di impartire direttive vincolanti in materia di trattamenti sanitari. L'argomento interpretativo così articolato quantomeno per le modalità con cui è espresso sembra superare con difficoltà il valore di una dichiarazione in forma ottativa (...) E in un sistema di diritto scritto si prova quasi imbarazzo a precisarlo nessuna pretesa ratio legislativa può fare dire ad un testo di legge quello che non è compreso entro la portata semantica delle parole in esso utilizzate. Così come sembra atteggiamento estremamente frettoloso quello che, attraverso la deformazione di un istituto giuridico vigente, pretende di accantonare un vasto dibattito parlamentare e una serie di iniziative legislative volte a dare veste giuridica a uno strumento che, piaccia o non piaccia, ancora non è contemplato dal nostro ordinamento»; F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, DFP, 2009, 1, 288 ss.; contra G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, FD, 2008, 10, 923 ss. secondo cui «Questo provvedimento dimostra, una volta di più, che già esistono nel nostro sistema gli strumenti per dare attuazione ai diritti fondamentali della persona. Il fatto che il Parlamento non riesca a fare (buone) leggi sulle questioni di vita non impedisce ai giudici di utilizzare le risorse già disponibili»; M. PICCINNI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, NGCC, 2008, 9, 1299 ss.

²⁵ B. VIMERCATI, *Amministrazione di sostegno e consenso informato: scelte di politica legislativa e case law a raffronto (Parte I)*, RIML, 2011, 1, 134 ss.; M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, cit., 361 ss., specie 404 ss.; A. SCALERA, *L'amministrazione di sostegno e il consenso ai trattamenti medico-chirurgici*, FD, 2011, 7, 745 ss.

dall'esigenza di rendere effettiva la tutela della salute ex art. 32 Cost. , dal regime giuridico introdotto dalla legge n. 6/2004 , nei novellati artt. 404 e 406 c.c. , essendo «la lettera stessa della prima norma (...) a suggerire all'interprete che il legislatore ha individuato l'attualità dello stato di incapacità del beneficiario come presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche come requisito per la sua istituzione»²⁶.

Conseguentemente, come sottolineato da autorevole dottrina²⁷, «non vi sono valide ragioni per intendere il concetto di attualità della volontà in senso meramente e necessariamente cronologico, ovvero come sinonimo di contestualità, salvo che, così opinando, non si intenda contenere aprioristicamente l'ambito operativo del consenso informato. Tanto precisato, l'attualità del consenso va affermata piuttosto in senso logico [piuttosto che cronologico]: attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione»²⁸.

Nella sua essenza, infatti, la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare: in sintesi con la sua dignità²⁹. Pensare quindi che la sola volontà espressa “in flagranza” sia effettiva e vincolante, significherebbe privare il soggetto della propria identità

²⁶ T. Modena, (decr.) 5-11-2008, cit. Come nota G. SAVORANI, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, PD, 2011, 4, 681 «Le norme sull'amministrazione di sostegno – in particolare la possibilità di una designazione anticipata da parte del beneficiario, corredata da indicazioni sulle modalità di svolgimento dell'ufficio – sono state utilizzate come cornice normativa attraverso cui tutelare il diritto all'autodeterminazione del paziente, che rischia di venire azzerato dal sopravvenire dell'incapacità di agire». In senso critico A. PIOGGIA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e amministrazione di sostegno: uno strumento di tutela che rischia di sacrificare l'autodeterminazione del malato*, GiC, 2011, 3, 2591 ss.

²⁷ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., 108 ss.; Id., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, RIDPP, 2001, 380 ss.

²⁸ Sul piano ermeneutico, la parte maggiormente innovativa di tale orientamento giurisprudenziale si ritrova laddove il decreto fornisce una lettura espansiva della normativa di riferimento costituita dal combinato disposto tra gli artt. 404, 406 e 408 c.c. : in particolare si sostiene che il tenore letterale dell'art. 404 c.c. dovrebbe suggerire all'interprete che l'attualità dello stato di incapacità di intendere e di volere sia presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche requisito per la sua istituzione, venendo tale interpretazione confermata non solo dal dispositivo dell'art. 406 c.c. , che attribuisce la legittimazione attiva allo stesso beneficiario, pur se dotato di piena capacità di agire, ma anche dall'art. 408, 1° comma, c.c., che espressamente prevede la facoltà del beneficiario di designare, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità».

²⁹ C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, cit., 546.

biografica, in quanto l'espressione del dissenso terapeutico rappresenta comunque il frutto di un percorso di vita, fatto di esperienze, ricerche, dolore e amore, che portano l'individuo a fare determinate scelte, le quali non possono essere messe tra parentesi in quanto non manifestate in modo attuale³⁰.

Nel perseguire tale finalità, l'istituto introdotto dalla legge n. 6/2004 consente ai giudici di riaffermare la pari dignità anche dell'incapace, che è soggetto morale, a cui va riconosciuto il rispetto delle proprie volontà, come esplicazione di quell'identità narrativa che – citando Ricoeur – mette in racconto gli eventi e le scelte essenziali di un'esistenza (da qui il riferimento, come criterio per ricostruire tale volontà, allo stile di vita, inclinazioni, valori di riferimento e convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche dell'individuo)³¹.

Richiamandosi al combinato disposto tra gli artt. 404 e 408, 2° co., c.c., una parte della giurisprudenza³², premessa la distinzione tra designazione dell'amministratore, attuata

³⁰ In senso analogo si era pronunciato il giudice tutelare del Tribunale di Siena che, con decreto 18-6-2007 (in *www.personaedanno.it*, 2007), ha accolto il ricorso proposto da una signora che stava per sottoporsi ad un intervento medico-chirurgico, nominando, in via d'urgenza, la figlia quale amministratore di sostegno, col compito di esprimere «il consenso ad eventuali trattamenti sanitari o medico-chirurgici ove l'interessata non sia in grado di prestarlo, secondo le indicazioni date dalla medesima in relazione ad intervento di espianto e reimpianto di protesi al ginocchio, nel documento "direttive anticipate relative alle cure mediche" sottoscritto dall'interessata in data 30-5-2007». Il giudice tutelare del Tribunale di Bologna, sez. dist. Imola, con decreto 4-6-2008 (in *www.personaedanno.it*, 2008) ha affermato che: «per il combinato disposto dell'art. 404 c.c. e dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, può provvedersi alla nomina di un amministratore di sostegno per un paziente che non sia in grado di prestare consapevolmente il proprio consenso ai trattamenti sanitari. Allorché l'interessato chieda la nomina di un amministratore di sostegno, dal medesimo designato all'udienza di comparizione avanti al giudice tutelare, al fine di dare attuazione alle direttive anticipate per cure mediche precedentemente redatte e sottoscritte, l'incarico vicariale dovrà essere affidato alla persona designata dall'amministrando, sempreché risulti idonea all'incarico, con il compito specifico di compiere gli atti indicati nelle direttive mediche predisposte e confermate in udienza»

³¹ «Là dove lo schema della consensualità diviene comunque impraticabile [essendo sopravvenuta l'incapacità], si deve valorizzare con propri strumenti il criterio, concorrente e suppletivo, del rispetto assoluto verso l'identità della persona, intesa come convinzioni, concezioni di vita, preferenze comunque manifestate: è più facile per un paziente fare una dichiarazione di identità, che dice in modo semplice qual è il suo criterio di bene e di vita, che non una disposizione anticipata di trattamento». Così P. ZATTI, *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, NGCC, 2011, 3, 149.

³² Da ultimo *Cass.*, sez. I, 20-12-2012, n. 23707, Not, 2013, 2, 137 ss. secondo cui « L'art. 408 c.c. che ammette la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato. Nondimeno, non è legittimata a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in proprio favore la persona che si trovi nella piena capacità psicofisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale d'incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto. Il codice civile stabilisce infatti che l'amministratore di sostegno è nominato dal giudice, per mezzo di apposito decreto, entro sessanta giorni dalla data di presentazione di relativa richiesta. Questa istanza potrà tuttavia essere presentata soltanto nel momento in cui l'evento inabilitante dovesse effettivamente verificarsi, non prima. Tale previsione può essere derogata solo in casi eccezionali di confermata gravità, ipotesi non

da parte dell'interessato tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata, e provvedimento di nomina del giudice, ha sostenuto che, mentre la designazione può essere fatta dall'interessato, anticipatamente, in previsione della propria, eventuale e futura incapacità, invece, per la nomina da parte del Tribunale è necessaria l'attualità dell'impossibilità del soggetto di provvedere ai propri interessi; attualità che si desume sia dall'art. 404, 1° co, c.c. (soggetto che “si trova” nell'impossibilità), sia dall'art. 405, 1° co., c.c., che prevede l'immediata esecutività del decreto di nomina.

Sostanzialmente, quindi, secondo tale orientamento, un soggetto, ancora pienamente capace di intendere e volere, in vista della propria, eventuale, futura incapacità, potrebbe designare, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, un amministratore di sostegno e tale designazione, quale atto unilaterale ad efficacia differita³³, infatti, produrrà effetti a seguito dell'emanazione del provvedimento

integrata nel caso di specie». Su cui M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario*, RDC, 2013, 4, 1023 ss.; A. SCALERA, *Direttive anticipate di trattamento e disabilità*, FD, 2013, 4, 413 ss.; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, NGCC, 2013, 5, 421 ss.

³³ “È lo stesso articolato normativo a richiedere che la condizione di infermità del soggetto beneficiario dalla misura sia attuale. L'attualità è desunta dall'esegesi, specificamente, degli articoli 404 e 407 c.c. La procedura, come evidenziato dalla Corte, implica il manifestarsi della condizione d'infermità o incapacità della persona e l'insorgere coevo dell'esigenza di protezione cui è ispirata la finalità dell'istituto in discorso. La sua introduzione, avvenuta con la Legge n. 6 del 2004, mira infatti ad offrire uno strumento d'assistenza alla persona carente di autonomia a causa della condizione d'infermità o incapacità in cui versa che, calibrato dal giudice tutelare rispetto al grado d'intensità di tale situazione, consente di escludere gli interventi più invasivi degli istituti tradizionali posti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione.

L'intervento giudiziario, in coerenza con questa finalità, non può che essere contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, dunque della situazione d'incapacità o infermità da cui quell'esigenza origina, che, secondo il contesto normativo di riferimento, rappresenta presupposto dello stesso istituto e non già dei suoi soli effetti.

Il giudice di legittimità ha cura di precisare che l'attribuzione della legittimazione alla proposizione del ricorso anche al beneficiario e la facoltà concessa allo stesso interessato di designare l'amministratore in previsione della propria futura incapacità, rispettivamente previste dagli articoli 406 e 408 c.c., operano su piani distinti:

I) la designazione “de futuro”, per la quale è prescritta la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, resta circoscritta nell'ambito di un'iniziativa privata, i cui effetti si dispiegano sul piano privatistico, senza che sia richiesto l'intervento del giudice;

II) la nomina conforme da parte del giudice è il luogo ideale ove si realizzano funzione ed effetti della previa designazione. Il provvedimento di nomina conforme, ovvero il secondo dei due momenti richiamati, tuttavia, è possibile solo al realizzarsi della condizione di incapacità e sempre che il giudice non ritenga ricorrere gravi ragioni che impediscano la nomina ad amministratore della persona designata.

La designazione preventiva di cui si discute mira a valorizzare il rapporto di fiducia tra il designante e la persona scelta che sarà tenuta ad esprimerne le intenzioni, se risultano esternate ad integrazione dell'atto, circa gli interventi di natura patrimoniale e personale che si rendessero necessari all'avverarsi di quella condizione. In tal caso, graverà sul designato il compito di agire non solo nell'interesse del beneficiario, esercitando la funzione di protezione e garanzia tipica della sua investitura, ma con esso, per attuarne il proposito dichiarato. Il giudice tutelare può non soltanto, in presenza di gravi motivi, motivatamente discostarsi dalla designazione, ma altresì, per logico corollario, potrà analogamente discostarsi dalle scelte integrative espresse nell'atto di designazione, laddove se ne renda necessario l'intervento, soltanto se apprezza la sussistenza di gravi motivi”. Cfr. Cass. Civ. Sez. I, n. 23707, 20 dicembre 2012 (con nota di A. Falcone, *Incapacità soltanto futura ed eventuale: non è possibile la nomina preventiva dell'amministratore di sostegno*, in “Filodiritto” (<https://WWW.filodiritto.com>)).

giudiziale che accerterà l'incapacità del dichiarante. Si può, pertanto, asserire che l'amministratore di sostegno ha una competenza sicuramente più vasta ed eterogenea³⁴ del procuratore. Lo stesso, infatti, può assumere non solo tutte le decisioni riguardanti l'amministrazione del patrimonio del soggetto amministrato, ma anche quelle relative alla sua cura.

Sull'ultimo punto rilevato, il Tribunale di Firenze³⁵ con una nota pronuncia aveva statuito la liceità ed ammissibilità della competenza dell'amministratore a negare il consenso per il trattamento medico teso alla prosecuzione dello stato vegetativo nell'amministrato.

E' chiaro, pertanto, che la scelta dell'amministratore di sostegno "avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario". La formula, sintetica ma efficace, accompagna l'intero corpus normativo teso ad assicurare la piena realizzazione del soggetto disabile, non soltanto attraverso l'attenta e vigilata gestione del suo patrimonio ma soprattutto favorendo il completo sviluppo della sua personalità. L'art. 408 c.c. riecheggia, per tale via, le istanze personalistiche e solidaristiche della nostra costituzione dandone attuazione e riaffermando, sia pure implicitamente nei criteri che devono supportare la scelta di chi avrà un ruolo di guida dell'incapace, il primato delle situazioni esistenziali su quelle, diverse e complementari, di matrice patrimonialistica, relegate, all'opposto, ad un ruolo subalterno e vicario e destinate a ricevere tutela se, e nella misura in cui, appaiono funzionali al concreto svolgimento dell'individuo.

³⁴ Trib. Modena, (ord.) 24 novembre 2004, GI, 2005, p. 714 per cui «mentre le misure tradizionali tutelavano più che altro i creditori (e perciò, lato sensu, la sicurezza dei traffici giuridici), ovvero la famiglia dell'infermo, in tale secondo caso, impedendo la dilapidazione del patrimonio dell'inabile; la disciplina normativa era quindi rivolta a tutelare il patrimonio del soggetto; viceversa, l'amministrazione di sostegno tende a spostare la prospettiva e l'attenzione, da ragioni di conservazione del patrimonio della persona, alla tutela ed alla protezione di quest'ultima».

³⁵ Trib. Firenze, 22 dicembre 2010, secondo il quale "Può procedersi alla nomina di un amministratore di sostegno per una persona attualmente capace e non affetta da alcuna patologia nota, su designazione di quest'ultima, allo scopo di sostituirla, qualora intervenga in futuro uno stato di incapacità, nell'espressione del diniego ad eventuali e future terapie invasive, in relazione a possibili malattie terminali o comunque ad uno stato patologico irreversibile, diniego fin d'ora espresso dall'interessato con scrittura privata consegnata ad un notaio".

Il riconoscimento di un primato della persona umana trascorre, così, lungo l'intero dettato della norma e trova la sua massima espressione in quella "designazione in previsione dell'incapacità" che consacra, *apertis verbis*, a livello normativo il fondamentale principio dell'autodeterminazione individuale.

E, dunque, non sembra azzardata la conclusione di accostare l'ultimo istituto in esame con il testamento biologico. In quest'ottica, l'esatta ricostruzione dell'amministrazione di sostegno, in termini di negozio giuridico unilaterale, pur sempre accessorio e complementare al decreto del giudice, trova conferma nel complesso quadro normativo volto alla piena affermazione dell'autodeterminazione individuale, in un contesto in cui si richiede al soggetto non soltanto la volontarietà del suo comportamento quanto, piuttosto, la consapevolezza delle conseguenze della sua scelta. Lo si scorge, chiaramente, nella previsione di una designazione preventiva, pensata e attuata quando la disabilità è soltanto ipotetica, o lontana, o solo avvertita come imminente, quando, cioè, l'incapacità del soggetto è vista soltanto come una fase sfortunata e successiva della precedente condizione di capacità, senza soluzione di continuità. Tale riflessione si estende, pertanto, al tema delle dichiarazioni anticipate di trattamento che se inquadrare all'interno dell'ipotesi di un soggetto capace, che decide in un momento anteriore a quello in cui le direttive saranno attuate, allora la loro natura giuridica sarà riconducibile a quella del negozio giuridico unilaterale atipico in cui la volontà del soggetto è orientata non solo al compimento dell'atto, ma anche alla determinazione dei suoi effetti: un atto che si perfezionerebbe, quindi, con una manifestazione di volontà del soggetto e che sarebbe il frutto dell'elaborazione dell'autonomia privata.

Una tale conclusione conduce anche ad una ulteriore riflessione propriamente teoretica, che non vuole essere sistematica, né al contempo mirare al raggiungimento di certezze incontrovertibili, ma che nasce ed è costituita dalla richiesta fondamentale di conoscere quale sia la consistenza dei diritti dell'uomo, quale è il loro spessore di validità nella coscienza giuridica, come essi prendano forma e si manifestino altresì nella realtà della

legislazione in rapporto alla società. Riflessione, pertanto, che nasce dal quotidiano incontro tra vita e diritto³⁶.

In tale prospettiva, l'approvazione della legge sul testamento biologico rappresenta un enorme progresso volto a valorizzare l'autodeterminazione ed il rispetto della dignità umana. Viene, finalmente, regolata socialmente per legge la volontà ultima dell'uomo quale soggetto giuridico capace di disporre del proprio corpo, in virtù di un diritto oggi considerato originario e naturale. Le norme sul biotestamento rimettono al soggetto decidente ed operante l'assunzione di principi insieme forti e flessibili, validi a soccorrere nella decisione del caso concreto. Questi principi noi li riconosciamo nei diritti umani, che sono scaturiti dalla coscienza civile dell'umanità quando essa è divenuta coscienza comune nell'era planetaria, una novità decisiva nella storia delle specie umana.

³⁶ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 16 ss.