

# L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO: L'ESPERIENZA MODENESE

## 1. Premessa: Dallo status alla persona.

L'istituto dell'amministratore di sostegno (d'ora in poi Ads) è stato introdotto dalla legge n.6 del 9 gennaio 2004, con la finalità di offrire adeguata tutela, limitando il meno possibile la capacità di agire, ai soggetti che, per effetto di infermità o di menomazione fisica o psichica, si trovino nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Le finalità della normativa in questione appaiono dunque chiare:

- a) proteggere gli interessi, personali e/o patrimoniali, della persona debole;
- b) non escluderla dalle attività sociali;
- c) valorizzarne le residue energie psicofisiche.

Per tali motivi si è sottolineato come l'intervento del legislatore sia incentrato non più sul concetto di divieto, caratterizzante i preesistenti istituti dell'interdizione ed inabilitazione, a seguito dei quali il soggetto perdeva una serie, predefinita ed invariabile, di capacità, ma sul concetto di protezione, in modo da consentire all'inabile di rimanere nell'ambito del vivere civile, rinunciando alla propria autonomia soltanto nella misura che venga ritenuta necessaria a tutelarne gli interessi.

Si è quindi realizzata, con questa legge, una vera e propria rivoluzione copernicana nel campo dell'inabilità: non più la protezione della società (intesa come categoria ricomprendente la famiglia, i creditori ed in genere gli aventi causa) dagli atti dell'incapace, ma la protezione del soggetto debole, a causa dei più disparati motivi, al fine di consentirgli la permanenza nella società.

Si è passati dal concetto di "**status**" della persona, la quale subiva una sorta di capitis deminutio più o meno completa nell'ambito di un vero e proprio giudizio contenzioso che si concludeva con sentenza, ad un procedimento di volontaria giurisdizione davanti al Giudice Tutelare, regolato da un decreto, sempre modificabile anche d'ufficio, attraverso il quale si provvede alla **gestione degli interessi personali e/o patrimoniali dei soggetti privi in tutto o in parte di autonomia.**

In quest'ottica ci si chiede quale sia la sopravvivenza degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, tenuto conto della novità, introdotta dall'art.427 c.c., a proposito di questi istituti; è infatti previsto che si possa consentire di attribuire all'interdetto il compimento di *taluni atti di ordinaria amministrazione senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore* e all'inabilitato di compiere *taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza l'assistenza del curatore*.

Si sono quindi da un lato ampliati i margini di autonomia di interdetti ed inabilitati, dall'altro estesi all'amministrazione di sostegno alcuni limiti previsti per i suddetti incapaci.

## **2. Residualità dei vecchi istituti:**

### **a) Corte Costituzionale sentenza n.440/2005**

Il giudice delle leggi ha inteso chiarire, con la sentenza interpretativa di rigetto n.440/2005, che non sussiste alcuna sovrapposizione tra l'ambito di operatività dell'Ads e dei precedenti istituti interdittivi ed inabilitativi, poiché la prima costituisce lo strumento principale e prioritario per la tutela delle persone incapaci, fisicamente e/o mentalmente, mentre l'interdizione va pronunciata soltanto nei casi di infermità di mente totale, in cui sia necessario assicurare adeguata protezione (art.414 c.c.) e l'inabilitazione nei i casi meno gravi di incapacità di intendere e volere (art.415 c.c.).

Secondo la Corte, spetterà al giudice del merito il compito di individuare l'istituto idoneo, da un lato, al fine garantire all'incapace la tutela più adeguata nella fattispecie in concreto, dall'altro allo scopo di limitare il meno possibile la sua capacità.

La residualità delle misure ablative preesistenti emerge dalla considerazione che il giudice deve applicarle soltanto *se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione*, precisando altresì che la residualità suddetta è accentuata dal potere, attribuito al G.T. dall'art.411 c.c., di estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato.

### **b) Corte di Cassazione sentenza 13584 del 12 giugno 2006**

I concetti espressi dalla Corte Costituzionale sono stati ripresi e sviluppati nella sentenza 13584/2006 della Suprema Corte, che si è trovata ad affrontare un caso in cui l'interessato

presentava una patologia tale (encefalite da neurobrucellosi) per cui non poteva in alcun modo manifestare la propria volontà, né interloquire con il giudice e, soprattutto, con l'eventuale amministratore di sostegno.

La Cassazione ha evidenziato che il criterio, che deve guidare il giudice nella scelta della misura più adatta al caso concreto, non è rappresentato dalla quantità di incapacità dalla quale il soggetto da proteggere è affetto, bensì dalla funzionalità della misura a garantire adeguata protezione, precisando che l'Ads è comunque l'istituto di elezione e di primo e pronto impiego per l'apprestamento della tutela della persona inferma o menomata nei suoi interessi, mentre solo qualora tale misura si riveli inadeguata alla concreta situazione, potrebbe farsi luogo a quella più radicale della interdizione.

In altre parole dopo l'entrata in vigore della L.6/2004 il giudice deve porsi quale principale obiettivo quello di salvaguardare nella misura maggiormente possibile l'autodeterminazione della persona in difficoltà, di prestare la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze.

Prova né è, secondo la S.C., il fatto che l'art.414 c.c. sia stato modificato dalla L.6/2004, nel senso di rendere non più obbligatoria la misura dell'interdizione anche per le persone in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai proprio interessi, ma di subordinarla alla necessità di assicurare loro adeguata protezione.

L'interdizione va quindi considerata come misura destinata a collocarsi quale *extrema ratio*, cui ricorrere in casi limite ed in via del tutto residuale, riservandola alle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura.

La sentenza individua, quali situazioni in cui sarebbe ancora possibile astrattamente applicare le misure ablative della capacità, sia quelle in cui l'infermo abituale debba gestire un'attività di una certa complessità, sia quelle in cui appare necessario impedire al soggetto da tutelare di compiere atti pregiudizievoli per sé, perché ancora in grado di mantenere un minimum di vita di relazione che lo porti ad avere contatti con l'esterno.

Da ciò discende che, oggi giorno, non sarebbe più possibile interdire né i soggetti con invalidità fisica totale, ma capaci di intendere e volere, né i soggetti totalmente infermi di mente, qualora non siano di fatto in grado di compiere atti a sé pregiudizievoli, perché grazie

all'Ads, il giudice individua di volta in volta gli atti che il beneficiario può compiere da solo e quelli che sono attribuiti all'amministratore di sostegno, in sostituzione o in affiancamento del beneficiario, tenendo presente il tipo di attività che deve essere compiuta.

### **3.L'esperienza del Tribunale di Modena.**

#### **Aspetti organizzativi**

Con decreto 1 febbraio 2005 il Presidente del Tribunale di Modena ha disposto l'assegnazione dei giudizi di interdizione ed inabilitazione al magistrato che svolgeva le funzioni di Giudice Tutelare e che, come tale, già si occupava dei procedimenti di amministrazione di sostegno.

Non solo i nuovi giudizi, ma anche quelli già pendenti a quella data davanti ai vari giudici delle sezioni civili, sono stati trasmessi al magistrato sopra indicato in forza dell'art.418 c.c., ai sensi del quale se, nel corso del giudizio d'interdizione o inabilitazione, appaia opportuno applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice, anche d'ufficio, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare.

Da tale momento il Tribunale di Modena non ha più pronunciato una sentenza di interdizione o d'inabilitazione; ha aperto, in compenso, negli anni successivi all'entrata in vigore della legge, più di mille procedimenti di Ads, a fronte di una pendenza di circa 350 interdizioni e di 87 inabilitazioni.

Al contrario, la seconda sezione civile ha pronunciato la revoca di una sentenza di inabilitazione a seguito di ricorso di parenti dell'inabilitato che ne lamentavano l'aggravamento delle condizioni fisiche e soprattutto cognitive e chiedevano l'apertura di Ads al fine di meglio proteggere l'interessato.

Il Giudice Istruttore, dopo avere proceduto all'esame dell'inabilitato e constatato la perdita pressoché completa di autonomia e di autogestione, ha ritenuto non dover applicare la misura -più ablativa- dell'interdizione, proprio in considerazione dell'impossibilità da parte del soggetto di compiere la maggior parte degli atti giuridici e comunque di atti pregiudizievoli, ma ha revocato l'inabilitazione e trasmesso gli atti al Giudice Tutelare affinché procedesse alla nomina di amministratore di sostegno.

Non si è, invece, ancora verificata l'ipotesi opposta, disciplinata dall'art.413 c.c., che prevede la possibilità di pronunciare la cessazione dell'amministrazione di sostegno, allorché la stessa

si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario, contemplando la possibilità che il giudice tutelare informi il Pubblico Ministero, affinché vi provveda.

Neppure si è registrata un'applicazione al beneficiario dell'amministrazione di sostegno dell'art.411 ultimo comma c.c., a norma del quale è possibile estendere al suddetto le norme relative all'interdetto o inabilitato, tra cui in particolare il divieto di matrimonio, di fare testamento, etc.; non si è cioè mai strutturato un provvedimento di nomina di Ads in maniera tale da produrre effetti omogenei rispetto all'interdizione, in tale maniera conformando il nuovo istituto a quelli precedenti, più arcaici e stigmatizzanti.

### **Aspetti processuali**

Il favore legislativo nei confronti del nuovo istituto dell'Ads. rispetto ai preesistenti istituti si manifesta, oltre che per la particolare ampiezza delle ipotesi applicative, che spaziano dall'infermità fisica e psichica totale e permanente alla semplice condizione di debolezza per vecchiaia o mancanza di autonomia, anche nella semplicità del procedimento, che trova espressione sia nella libertà delle forme, sia nella flessibilità del provvedimento.

Il carattere rivoluzionario della disciplina processuale dell'Ads si coglie, infatti, anche nella forma del provvedimento: non più una sentenza, soggetta soltanto a revoca ai sensi dell'art.427 c.c., pronunciata dal Tribunale in composizione collegiale, bensì un **decreto adottato dal giudice tutelare a seguito di audizione dell'interessato, sempre modificabile, anche d'ufficio e anche all'esito del reclamo pronunciato dalla Corte d'Appello e del ricorso per Cassazione.**

Per quanto riguarda i contenuti del provvedimento, è noto che i poteri che il Giudice Tutelare può conferire all'amministratore di sostegno non sono predeterminati dal legislatore, ma sono tagliati su misura del beneficiario, nel senso che andranno ad interessare solo ed unicamente gli ambiti in cui costui si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

In questa sede interessa sviluppare qualche profilo medico-legale dell'argomento, insistendo sulla profonda novità introdotta dall'istituto di cui si discute, rappresentata dalla necessità di tutelare l'autodeterminazione della persona e non più il patrimonio e la collettività.

Ciò impone di ridiscutere:

- il ruolo del giudice, che deve svolgere sempre più un'attività interdisciplinare, spaziando dalle nozioni di medicina, soprattutto nell'area psichiatrica, a quelle di economia aziendale;
- la funzione del medico-legale, che, abbandonato il binomio capacità/incapacità, appartenente alle categorie dell'interdizione/inabilitazione, deve ora fare i conti con vari tipi di disabilità, spesso con risvolti psicologici.
- l'opera dell'avvocato, che qualora, come spesso accade, venga chiamato ad assumere il compito di amministratore di sostegno, deve affrontare, più che l'esigenza di gestire un patrimonio cospicuo o risolvere intricate questioni debitorie, successorie o societarie, quella di disciplinare gravi contrasti familiari con dannose ricadute sulla persona debole oppure i rapporti con le autorità sanitarie.

#### **4. Fattispecie ricorrenti**

Nel corso dell'applicazione della legge si sono presentate principalmente le seguenti fattispecie, senza alcun valore esaustivo, ma di mera esemplificazione.

##### **Ipotesi A)**

Nella maggior parte dei casi l'intervento del giudice riguarda soggetti del tutto impediti -a causa della patologia di affezione- a compiere i negozi giuridici più frequenti, in genere riconosciuti invalidi civili, non dotati di grossi patrimoni, ma per lo più di pensioni di invalidità ed eventuali indennità di accompagnamento, al più intestatari dell'immobile nel quale abitano.

Nell'ipotesi indicata il provvedimento del giudice tutelare attribuisce, generalmente, all'amministratore di sostegno poteri sostitutivi nel compimento delle attività riguardanti la riscossione e l'utilizzo delle rendite del beneficiario nell'interesse del medesimo, la presentazione di istanze a fini fiscali, sanitari, amministrativi, in genere atti di amministrazione ordinaria, in tal modo legittimando, ma nello stesso tempo sottoponendo al controllo giudiziario, quella che era la gestione già in atto dei diritti patrimoniali dell'inabile.

La nomina ricade in questi casi per lo più su un parente stretto del beneficiario, che viene considerato il soggetto più idoneo ad occuparsi anche della cura della persona ed a svolgere il suo compito, tenendo sempre in considerazione le esigenze del beneficiario e cercando di valorizzarne le residue capacità.

In tale ipotesi l'intervento del medico-legale risulta spesso superfluo, in quanto la documentazione sanitaria, proveniente per lo più dalle commissioni mediche o comunque da strutture sanitarie pubbliche, è sufficiente per la valutazione delle disabilità da parte del giudice, che ha cura di verificarle nel corso dell'audizione dell'interessato.

Se in questi casi si ritornasse a pronunciare sentenza d'interdizione, nel tempo si rischierebbe di riprodurre lo scenario precedente all'introduzione dell'ADS, in quanto molti dei parenti del soggetto inabile si rifiuterebbero di portarlo davanti all'autorità giudiziaria a causa della portata stigmatizzante e fortemente limitativa della pronuncia interdittiva.

Negli uffici giudiziari in cui si fa ancora grande uso dell'interdizione si nota, infatti, una percentuale molto inferiore sia di pendenze complessive dei procedimenti davanti al Giudice Tutelare, sia delle procedure di Ads.

### **Ipotesi B)**

Si tratta dei casi in cui l'interessato entra nella fase crepuscolare dell'esistenza, cioè conserva ancora facoltà intellettive discrete, ma incomincia a perdere autonomia e lucidità nella gestione del patrimonio, che invece appare ancora di una certa consistenza e bisognoso come tale di accurata amministrazione.

Il caso limite che mi è capitato di affrontare in questi anni è rappresentato dall'imprenditore con inizi di demenza, che stava per rovinare la costruzione di una villa e la sorte delle maestranze. Simili vicende arrivano alla ribalta dei tribunali o perché s'intende tutelare il beneficiario negli atti dispositivi, o per la conflittualità tra i parenti; appare opportuno, in questi casi, affiancare il parere medico-legale alle impressioni suscitate nel giudice in sede di esame dell'amministrando, spesso essendo del tutto insussistente adeguata documentazione sanitaria.

La consulenza tecnica per lo più serve ad evidenziare che il periziando risulta affetto da patologie non particolarmente incisive sulla sfera psichica ed intellettuale, ma maggiormente sull'ambito emotivo-relazionale; tale strumento potrà fornire elementi utili per l'individuazione sia del soggetto da nominare quale amministrazione di sostegno, sia dell'ambito cognitivo e volitivo più debole, sia della migliore sistemazione abitativa del beneficiario, etc.

### **Ipotesi C)**

Costituiscono evenienze sempre più frequenti quelle riguardanti soggetti, anche giovani, che presentano problemi psichiatrici o comportamentali di tipo ossessivo-compulsivo o rientranti nell'ampia categoria della depressione.

Si pensi alle alcooldipendenze o alle ludopatie.

In siffatte circostanze il provvedimento del giudice cercherà di contemperare le opposte esigenze di non privare il soggetto della sua autodeterminazione, lasciandogli poteri di amministrazione ordinaria minima, stabilendo tetti di spesa nell'ordine delle poche centinaia di Euro mensili, e nello stesso tempo di salvaguardarlo dal rischio di esporsi patrimonialmente in misura superiore alle sue possibilità, nominando l'amministratore di sostegno, eventualmente con poteri di tipo solo assistenziale, per gli atti che comportino una spesa superiore a quella consentita all'amministrato e per quelli di straordinaria amministrazione.

Anche in questi casi l'apporto medico-legale potrà servire a integrare eventuali insufficienze nella certificazione prodotta, soprattutto al fine di formulare una corretta diagnosi, oppure a fornire strumenti utili per la perimetrazione delle sfere di operatività rispettivamente del beneficiario e dell'amministrazione di sostegno.

#### **Ipotesi D)**

Vi sono poi alcuni ricorsi in cui è lo stesso beneficiario a chiedere l'intervento del Giudice Tutelare per essere sostenuto in decisioni importanti, rispetto alle quali il ricorrente è consapevole della propria debolezza, come nel caso della madre che non sapeva rifiutare le richieste economiche del figlio che dilapidava il patrimonio, o dell'artrosico che non camminava più, ma non aveva il coraggio di acconsentire all'operazione e chiedeva al Giudice di aiutarlo nella decisione relativa alla prestazione del consenso per l'intervento.

#### **Ipotesi E)**

Appartiene a detta ipotesi quella in cui il soggetto, apparentemente normale, non riconosce la propria incapacità di dare il consenso di fronte a trattamenti sanitari necessari, se non per la sopravvivenza, quanto meno per il miglioramento delle condizioni di salute del medesimo.

Si apre in tali occasioni lo scenario in cui l'istituto dell'ADS si interseca con le questioni in tema di consenso e trattamenti sanitari, nonché con le ipotesi di dichiarazioni anticipate di trattamento (cosiddetti D.A.T.).



## **Consenso e trattamenti sanitari.**

In materia negli ultimi anni sono stati scritti fiumi di parole, ma per comprendere appieno il cambiamento di rotta nel pensiero filosofico e giuridico in tale ambito occorre prendere le mosse dalle decisioni assunte nel caso Englaro dalla Suprema Corte e da quelle successive dei giudici di merito.

Per quanto interessa in questa sede, in cui la platea è composta da medici, occorre premettere che la vicenda della famiglia di Eluana Englaro è iniziata nel 1999 con un ricorso davanti al Tribunale di Lecco per ottenere un provvedimento che consentisse l'interruzione dell'alimentazione forzata; in primo grado l'istanza fu rigettata e la decisione fu confermata dalla Corte d'Appello di Milano.

Giunta in Cassazione, dapprima nel 2005, la questione venne dichiarata inammissibile per ragioni squisitamente processuali, mentre la seconda volta venne decisa con la sentenza n.21748/2007, quando già aveva incominciato a dispiegarsi il nuovo istituto introdotto con la legge del marzo 2004 e quindi i tempi si rivelavano maturi perché si aprissero nuovi orizzonti culturali.

Dice la S.C.: *In tema di attività medico-sanitaria, **il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.** Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'"alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto esprime*

piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale.

**Il consenso informato costituisce quindi legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.** Esso ha come correlato la **facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.**

Per quanto riguarda la soluzione data al caso di specie si è detto che *in tema di attività medica e sanitaria, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere "incondizionato" di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a 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.*

La Cassazione ha quindi annullato la sentenza impugnata e rinviato al giudice di merito, stabilendo che quest'ultimo - fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente - può autorizzare il tutore alla disattivazione del presidio sanitario (nella specie PEG), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) 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 b) 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. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo 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.

Ecco che per la prima volta viene affermata dal massimo organo giurisdizionale la **necessità di attuare o ricostruire in tutti i casi in cui è possibile la volontà del soggetto**, per cui, quando la persona si trova in condizioni normali, gode della piena libertà di autodeterminazione, mentre quando versi in condizioni in cui non può più esprimere autonomamente la sua volontà, deve essere in grado di esprimerla mediante la nomina di un soggetto che lo faccia in sua vece.

Del resto la legge istitutiva dell'ADS ha quale scopo principale proprio la cura della persona disabile, secondo le sue esigenze ed i suoi bisogni nonché i suoi desideri e in termini più specifici nelle scelte, proprio come prevede la Convenzione New York del 2006 ratificata con L.18/2009, convenzione che impone in ogni campo dell'esistenza di promuovere, proteggere e

garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte di persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità, assicurando che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona e rimuovendo gli ostacoli che impediscano l'esercizio delle libertà di autodeterminazione.

Nell'ambito dell'attività terapeutica si afferma che **il consenso del paziente debba essere informato, consapevole e cosciente; a tal fine 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 la finalità dell'attività medica** (art.5 Convenzione di Oviedo e art.3 Carta di Nizza, nonché art.35 Codice Deontologia Medica; Corte Cost. 438/2008).

In relazione alla prestazione del consenso, nell'ipotesi in cui la persona abbia espresso le sue determinazioni in tema di trattamenti sanitari prima di entrare in stato di incapacità, sono sorti problemi di natura pratica, perché nelle soluzioni adottate non è chiara la **forma** che si deve ritenere necessaria per la manifestazione di tale volontà.

Infatti, nonostante le inequivoche indicazioni fornite dalla Suprema Corte nella sentenza illustrata, in altra decisione (n.23676/2008) il medesimo organo ha considerato non sufficiente la manifestazione della negazione del consenso alle trasfusioni espressa dal Testimone di Geova, che recava il cartellino NO SANGUE.

Dopo aver premesso che va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto insindacabile di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al sicuro rischio di morte, si è detto però *necessario che il non consenso-rifiuto sia contenuto in una articolata, puntuale, esplicita, chiara ed informata dichiarazione dalla quale senza alcun dubbio emerga la volontà di non sottoporsi a determinate pratiche, affinché i medici possano astenersi dal somministrare al paziente in stato di incoscienza le cure dalle quali egli nettamente dissente.*

La sentenza, criticata per la sua contraddittorietà intrinseca, dischiude tuttavia uno spazio di operatività per le famigerate **dichiarazioni anticipate di trattamento**, che hanno trovato pieno riconoscimento nei provvedimenti del giudice tutelare modenese e che, con riguardo alla PEG, sono in linea con l'**art.51 del codice deontologia medica**, il quale 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 e non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale.*

Com'è noto l'art.9 della Convenzione di Oviedo stabilisce che le DAT hanno la funzione di fornire al medico elementi di valutazione per orientarsi nelle scelte terapeutiche da compiere precipuamente nell'interessi del paziente in stato d'incoscienza o di ottundimento mentale.

Orbene, nei decreti del maggio 2008 il G.T. di Modena affermava che *può procedersi alla nomina di un amministratore di sostegno per persona attualmente capace, ma affetta da un gravissimo morbo progressivo, allo scopo di sostituirla - una volta sopravvenuto uno stato di incapacità - nell'espressione del diniego ad eventuali e future terapie rianimatorie invasive (nella specie; la ventilazione forzata con tracheotomia), espressamente fin d'ora rifiutate dal paziente*

Nell'anno successivo il medesimo magistrato precisava che l'amministrazione di sostegno è, attualmente, l'istituto giuridico appropriato che consente di esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari, sicché non sussistono ostacoli all'accoglimento della domanda del beneficiario per l'attribuzione all'amministratore in carica del potere-dovere di pretendere dai sanitari, per le ipotesi in cui perda irreversibilmente la capacità di intendere e di volere a causa della evoluzione della malattia, la sospensione di qualsiasi mezzo di supporto vitale.

Sul tema si registrano tuttavia posizioni contrastanti, in quanto altra parte della giurisprudenza di merito nega la ammissibilità dell'apertura della procedura per mancanza di interesse ad agire, in tutti i casi in cui manchi l'attualità della situazione di infermità psichica o fisica di provvedere ai propri interessi, ferma restando la possibilità per l'interessato di depositare nei modi e nelle forme di cui all'art.408 c.c., cioè mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, la manifestazione di volontà di designare un amministratore di sostegno *in previsione della propria eventuale futura incapacità*, fatta salva la possibilità per il giudice, in mancanza di tale designazione o comunque per gravi motivi, di nominare persona diversa da quella indicata.

Per il caso quindi di sopravvenuta incoscienza del soggetto, si possono quindi verificare due ipotesi:

- 1) il paziente ha lasciato le DAT o comunque ha manifestato in maniera univoca le sue convinzioni in proposito, per esempio se trattasi di Testimone di Geova;
- 2) il paziente non ha manifestato nulla.

Nelle ipotesi, peraltro di gran lunga più frequenti, in cui il beneficiario nulla abbia manifestato ai propri familiari circa i trattamenti sanitari da praticargli, prima di entrare in stato di incapacità più o meno totale, né sia possibile ricostruire alcuna volontà, oppure non sia possibile per i medici ottenere il consenso informato, a causa dell'infermità mentale che non permette di considerare consapevole la manifestazione di volontà, non resta che fare ricorso alla nomina di amministratore di sostegno, a meno che non si tratti di un effettivo stato di necessità.

Quest'ultimo dovrà prestare il consenso agendo nell'esclusivo interesse dell'incapace, valutando il beneficio dell'intervento terapeutico per la salute del malato e/o il miglioramento della qualità della vita, avendo cura di individuare se le conseguenze del mancato intervento siano migliori o peggiori di quelle attuali.

Quanto all'ipotesi del Testimone di Geova, un decreto del Giudice Tutelare bolognese (sez. Imola 4 giugno 2008) ha nominato un ads, affinché nel corso dell'intervento chirurgico cui il beneficiario dovrà essere sottoposto, esprimesse il diniego alla pratica delle trasfusioni ematiche, mentre nella sentenza di Cassazione sopra riportata era stato ritenuto invalido il dissenso espresso mediante il solo cartellino NO SANGUE appeso al collo.

Qui entra in gioco l'intervento del medico legale e/o dello psichiatra, che dovrà verificare le capacità cognitive del paziente, la sua residua volontà di autodeterminazione, mentre al giudice tutelare è rimesso il controllo della mera regolarità formale e della congruenza logica delle conclusioni del perito alla luce delle informazioni assunte nel corso dell'audizione dell'interessato o del materiale probatorio raccolto nel corso del procedimento, tra cui rileva ogni eventuale ripensamento da parte del beneficiario per quanto riguarda le DAT, anche alla luce degli eventuali progressi della scienza medica.

In conclusione quindi con riguardo agli atti terapeutici, l'ADS deve:

- comunicare la volontà del beneficiario, ove questi sia impossibilitato a farlo;

oppure

-sostenere il beneficiario nelle scelte di cura, ove questi non sia del tutto in grado di determinarsi;

oppure

- interpretare la volontà presunta del beneficiario, ove questi non sia attualmente in grado di manifestarla e non abbia avuto modo di farlo espressamente

oppure

- attuare le volontà espresse nelle DAT, salvo che si verifichi un effettivo stato di necessità, nei limiti dei poteri attribuitigli dal Giudice Tutelare.

A cura della Dott.ssa Carolina Gentili, Giudice