

Amministrazione di Sostegno in previsione di un'eventuale futura incapacità e testamento biologico

In futuro potrebbero non più esistere casi come quello di Eluana Englaro

Commento al Decreto Giudice Tutelare di Modena 5 Novembre 2008

Esordisco affermando che mi imbatto nell'analisi di un tema tanto complesso quanto controverso.

Un tema, però, al quale sono legato da anni di studi, letture, approfondimenti, dubbi, cambiamenti di vedute, evoluzioni. Un tema sul quale continuo ad ascoltare ed a voler imparare.

Compio una doverosa premessa: il tema suscita nel lettore diverse interpretazioni e diverse opinioni. Sul tema del "fine vita" (*latu sensu* inteso), della prevalenza del diritto alla vita o del principio di autodeterminazione, delle manifestazioni di volontà da parte di soggetti incapaci e del loro consenso/dissenso informato, del testamento biologico, etc... si frappongono infiniti sentimenti (paura, ritrosia, scetticismo, colpevolismo...) e diverse scienze umane (giuridiche, mediche, sociali, religiose, etiche, morali...) ognuna di esse aventi pari dignità e pari rispetto. Non possedendo, però, né la capacità né la presunzione di analizzarle ognuna o di innestarle tra di loro, mi limiterò all'analisi giuridica di alcuni pronunciamenti.

Prima di commentare il Decreto del Giudice Tutelare di Modena del 5 Novembre 2008¹, risulta necessario analizzare alcuni precedenti pronunciamenti.

Quando fu pubblicata la sentenza Cass. Civ. 16 ottobre 2007 N° 21748², mi premurai di leggerla. Una cosa mi colpì particolarmente (forse anche di più ed al di là del principio di diritto in essa espresso): che la Corte di Cassazione era giunta alle conclusioni attraverso un ragionamento logico-giuridico fondato anche sull'introduzione nell'ordinamento giuridico delle norme sull'amministrazione di sostegno.

Insomma, una più chiara e pressante volontà del legislatore ad avere a riferimento anche la "cura della persona tutelata" e non solo il suo patrimonio.

Ricordo che la sentenza Cass. Civ. 16 ottobre 2007 N° 21748 è il primo pronunciamento della Cassazione³ sul noto caso Eluana Englaro⁴.

Con questa sentenza, la Cassazione, statù per la prima volta il principio di diritto secondo cui *«nell'ipotesi in cui il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (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*

¹ Presente in Allegato .pdf

² La sentenza per esteso è leggibile, tra gli altri siti online, su <http://www.grusol.it/informazioni/25-10-07.PDF>

³ Al momento che scrivo attendiamo un possibile secondo (e definitivo) pronunciamento della Corte di Cassazione sul caso Eluana Englaro.

⁴ Per una completa e toccante lettura del caso, invito alla lettura del testo "Eluana. La libertà e la vita" di Beppino Englaro e Nave Elena, Rizzoli Editori 2008.



Studio Legale
MARCELLINO

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».

Come spesso accade nel nostro Paese, il deposito di questa sentenza determinò dibattiti nel mondo scientifico, ma modesto fu l'impatto sull'opinione pubblica e sui mezzi di comunicazione.

La Cassazione infatti, emetteva il principio di diritto e rinviava la trattazione della causa a una diversa Corte d'Appello di Milano.

Quando, però, la Corte d'Appello di Milano⁵ si pronunciò in ossequio del principio della Cassazione, il clamore, lo stupore, lo sconforto, i dissensi, i dubbi furono tutti manifestati anche a mezzo dei *mass media*, quasi così da sollevare un sussulto popolare di non condivisione dei pronunciamenti espressi dai diversi ordini e gradi di Giudici Italiani.

In Italia i Giudici avevano deciso che poteva “staccarsi la spina”. Si semplificò, così.

E' da dire, però, che alla luce del principio di diritto enunciato dalla Cassazione dell'Ottobre del 2007, non era affatto ipotizzabile un diverso tenore del decreto successivamente emesso dalla Corte d'Appello di Milano, non si comprende⁶, quindi, il perché del “clamore ritardato”, solo quando il giudice di merito determinò l'applicazione del principio di diritto pronunciato dalla Corte di Cassazione.

Una precisazione: il linguaggio giornalistico, spesso semplifica (alle volte anche “strumentalizza”) determinati fatti. Le scienze mediche e le scienze giuridiche – pur con mille difficoltà e pur con ampi dibattiti – sono forse ormai capaci di compiere adeguate distinzioni tra le condotte di eutanasia, accanimento terapeutico ed “esito naturale del decorso della vita”. Forse, invece, gli organi di stampa – ovviamente semplificando in buona fede per rendere leggibile la notizia da parte di tutti – estremizzano la semplificazione, involontariamente deformandone il contenuto.

Da ciò che si legge negli atti giuridici sul caso Eluana Englaro, la battaglia giuridica di dignità⁷ posta in essere dal Padre è stata sempre e solo finalizzata a far riconoscere valore giuridicamente rilevante alla precedenti dichiarazioni della figlia, volte ad un “esito naturale del decorso della vita”, non ostacolando, invece, con il compimento di terapie e/o attività che “*solo teoricamente risultavano essere salvifiche e che, invece, di fatto, soltanto post-pongono la morte biologica*”.

Nel caso di Eluana Englaro, oltre le diatribe della scienza medica (e giuridica) sulla irreversibilità (o meno) e/o sulla definizione/condizione di stato vegetativo (rilevante quale condizione di vita umana, oppure no), si sono più volte intersecate perplessità sulla rilevanza giuridica (nonché sulla prova) delle precedenti dichiarazioni di volontà ovvero sulla “superiorità giuridica” di tale autodeterminazione sul c.d. “diritto alla vita”.

Essendo ormai precluso (e, forse, non più controverso) “*al medico di eseguire trattamenti sanitari se non acquisisca quel consenso libero e informato del paziente che è presupposto*

⁵ Alcune parti della sentenza sono leggibile su http://download.repubblica.it/pdf/2008/sententa_englaro.pdf

⁶ Ovviamente lo si comprende, ma no lo si giustifica.

⁷ Così rivendicata.



Studio Legale
MARCELLINO

*espressivo del suo diritto primario di accettazione, rifiuto e interruzione della terapia*⁸, si ritenne così risolta l'ipotesi in cui il paziente, autonomamente, liberamente e coscientemente manifesti dissenso ad attività terapeutiche – potendo così giungere anche al riconoscimento di un “*diritto di non curarsi, anche se tale condotta esponga al rischio stesso della vita*” (così Cass. 15 settembre 2008). Rimane, però, da risolvere il problema della validità giuridica della precedenti dichiarazioni manifestate da un soggetto capace di intendere e di volere al momento della esternazione e che, però, siano state manifestate verbalmente e non trovino riscontro in alcun documento (ad esempio, il c.d. “testamento biologico”⁹).

E la Cassazione, proprio con la sentenza del 16 ottobre 2007¹⁰, cercò di dare risposta a questa esigenza, limitandola a dei canoni ed alla ricerca di riscontri ben precisi.

La situazione, però, si evolve considerevolmente allorché il legislatore (mi chiedo con quanta consapevolezza) promulgando la legge sull'amministrazione di sostegno, prevede all'art. 408 c.c. che: “*L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata*”.

Insomma, l'amministratore di sostegno (al contrario del tutore) può essere designato dallo stesso interessato anche **prima** dell'evento che giustifica l'insorgere dell'istituto di tutela. Nell'ipotesi in cui, così, un soggetto, pienamente capace di intendere e di volere, **teme per il futuro un'eventuale futura incapacità**, potrà indicare il nome – mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata – di chi desidera che si prenda cura di lui.

Questo è certo ed assolutamente aderente con il dettato normativo.

Quando studiai la sentenza del 16 ottobre 2007, mi accingevo a fare una lezione per un corso sull'amministrazione di sostegno. Fu una naturale deduzione unire il dettato dell'art. 408 c.c. (nella parte in commento) con il disposto e precedente giurisprudenziale della sentenza 16 ottobre 2007. Il risultato è lapalissiano: se lascio delle precedenti dichiarazioni di volontà sulle attività da compiere, sul consenso e/o dissenso libero ed informato a determinati trattamenti terapeutici e, inoltre, in previsione di questa eventuale futura incapacità designo il possibile amministratore di sostegno, costui ed il giudice tutelare dovranno tenere conto e prodigarsi nel compimento delle volontà precedentemente manifestate.

Tutto sembra lineare. Fu altrettanto lineare lo sgomento ed i dubbi manifestati dai corsisti a quelle evidenti conseguenze.

E il discorso è ancor più lineare se, soffermandoci a leggere la Convenzione di Oviedo¹¹, analizziamo diverse norme tra cui: art. 6 “*Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso*” e l'art. 9 “*desideri precedentemente espressi*”.

Il tutto, così, sembrerebbe rendere persino superflui anche i disegni di legge in tema di testamento biologico¹². A tal proposito, però ritengo opportuno un intervento organico del legislatore, per le ragioni che dirò più avanti, ma sostenendo sin d'ora che urge un dialogo parlamentare serio e proficuo magari partendo dal disegno di legge in tema di “*rafforzamento dell'amministrazione di sostegno ed abrogazione dell'interdizione ed inabilitazione*” (proposta C.510).

⁸ Così il Decreto 5 novembre 2008 in commento

⁹ E da qui, anche tutti i discorsi sull'eventuale validità nel nostro ordinamento giuridico di un atto che disponga in qualche modo del nostro corpo o della condizione di salute e della qualità di vita di esso.

¹⁰ Come riferito leggibile per esteso su <http://www.grusol.it/informazioni/25-10-07.PDF>

¹¹ Leggibile su <http://www.portaledibioetica.it/documenti/001306/001306.htm>

¹² Si veda, tra gli altri, l'ottimo testo sostenuto dal Senatore Ignazio Marino leggibile su [http://www.ignaziomarinio.it/Archivio/2/ddl_testamento_biologico\(1\).pdf](http://www.ignaziomarinio.it/Archivio/2/ddl_testamento_biologico(1).pdf)

Ovviamente per una condivisione di tutto quanto sopra esposto, la premessa dovrebbe sempre essere quella di una riconosciuta prevalenza del principio di volontà ed autodeterminazione sul “diritto alla vita”¹³. Premessa che non è da tutti condivisa.

Il decreto 5 Novembre del Tribunale di Modena, Giudice Dott. Guido Stanzani, risulta così “pratica applicazione” del principio codicistico dell’art. 408 c.c. nonché dell’evoluzione giurisprudenziale sul tema.

Il Tribunale di Modena, così, riceve un ricorso presentato dal futuro potenziale beneficiario, con allegata una scrittura notarile in cui, tra le altre dichiarazioni, sostiene:

“In caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale, irreversibile e invalidante, malattia che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione, chiedo e dispongo di non essere sottoposto ad alcun trattamento terapeutico, con particolare riguardo a rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata e artificiale. Chiedo inoltre formalmente che, nel caso in cui fossi affetto da una delle situazioni sopraindicate, siano intrapresi tutti i provvedimenti atti ad alleviare le mie sofferenze, compreso, in particolare, l’uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero anticipare la fine della mia vita.”

Dopo una meticolosa analisi in diritto – come è apprezzata abitudine del Giudice Dott. Guido Stanzani – si riconosce rilevanza giuridica alle dichiarazioni di volontà che chiedono il **rispetto del percorso biologico naturale e la negazione di attività che possono modificarne il naturale decorso**.

E ciò avviene, non solo facendo ricorso ai principi costituzionali ed alle sentenze della cassazione anche qui richiamate, ma anche a quella **rivoluzione istituzionale** che è stata compiuta dalla legge sull’amministrazione di sostegno¹⁴ che, chiaramente, privilegia la tutela non solo patrimoniale del soggetto, ma anche della cura della persona del beneficiario dell’istituto.

Tutto ciò conduce all’affermazione, riferendosi all’art. 408 c.c. nella parte in commento, secondo cui *“la lettera della disposizione, la sua ratio, l’enunciazione, infine nell’ambito di una disciplina tutta incentrata sulla tutela della persona e delle sue esigenze esistenziali, autorizzano e legittimano la constatazione che l’amministrazione di sostegno è, nell’attualità, l’istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l’ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico”*.

Si afferma, quindi, che **nell’attualità**, l’amministrazione di sostegno a futura memoria è **l’istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitario che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico**.

Personalmente, mi chiedo: era davvero questa l’intenzione del legislatore quando promulgò la proposizione in commento dell’art. 408 c.c.? O, meglio: **era consapevole** il legislatore che la proposizione in commento dell’art. 408 c.c. poteva determinare anche questo tipo di applicazioni e pronunce? O forse, l’intento era solo quello di immaginare e rendere possibile la “designazione” di una persona di fiducia, lasciando solo successivamente al giudice tutelare la nomina definitiva (che deve comunque avvenire con decreto) e, quindi, anche la devoluzione dei compiti? E come e quali compiti avrebbe potuto o dovuto delegare? Solo secondo il prudente apprezzamento e le determinazioni del giudice?

¹³ Generalmente ritenuto un diritto personalissimo e, in quanto tale, un bene indisponibile.

¹⁴ La legge per esteso è leggibile su http://www.edscuola.it/archivio/norme/leggi/I006_04.htm



Studio Legale
MARCELLINO

Personalmente, dico subito, bene ha fatto, comunque ed indipendentemente dalla consapevolezza, il legislatore ad introdurre siffatta proposizione all'art. 408 c.c..

Ma altro dubbio insorge. A cui il decreto 5 novembre 2008 fornisce una risposta.

E' possibile accogliere un ricorso volto alla designazione di un amministratore di sostegno ed al conferimento di compiti che non hanno il carattere "dell'attualità"?

Se è certamente possibile designare un soggetto in previsione di una eventuale futura incapacità con scrittura pubblica o privata autenticata, è altrettanto possibile, sulla base di quest'ultima dichiarazione, e, quindi, prima che l'eventuale incapacità si sia realizzata, depositare ricorso al Giudice Tutelare chiedendo di pronunciarsi in largo anticipo su tale eventualità disciplinandola?

Il Tribunale di Modena risponde sostenendo che:

"La non attualità di questo momento non sembra possa essere elevato, del resto, a circostanza preclusiva della misura protettiva se si riflette sulle peculiarità del diritto coinvolto, sui potenziali pregiudizi dello stesso nonché sul regime giuridico dell'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Quanto al primo aspetto. Vale sottolineare l'incidenza probabilistica di eventi, non preannunciati né prevedibili ma con conseguenze lesive immediate e tali da porre la persona in uno stato vegetativo irreversibile: dall'ictus all'infarto del miocardio, dall'infortunio sul lavoro al sinistro stradale. In tutte queste situazioni la mera esistenza di una scrittura confezionata ai sensi del secondo comma dell'art. 408 c.c. potrebbe essere inidonea, in concreto, a fornire effettiva tutela al diritto, primario e assoluto, della persona che rischierebbe di trovarsi sottoposta, per impossibilità del mandatario di ottenere in tempo reale il decreto di nomina dell'amministratore, alle terapie non volute ma doverosamente praticate dai sanitari, in esecuzione dei propri obblighi professionali e deontologici, in presenza di una situazione di pericolo per la vita.

Per non dire, sul piano ermeneutico, che assumere, nelle fattispecie, l'essenzialità del requisito dell'attualità, produrrebbe l'illogico cortocircuito di un'interpretazione abrogativa, nella più gran parte delle situazioni reali, proprio di quella lettura appropriata della norma che trae sostegno da tutte le considerazioni sin qui esposte.

E non varrebbe opporre che il lasso temporale, che non può escludersi anche notevole, fra il momento delle disposizioni e quello della loro operatività, ne devitalizzerebbe il significato a fronte di eventuali, intervenute evoluzioni della scienza e della tecnica.

L'obiezione non avrebbe pregio perché ciò che rileverebbe, allora, negli stessi termini in cui rileva oggi, sarebbe la presenza del presupposto oggettivo (malattia irreversibile allo stato terminale) enunciato dal disponente e la cui verificata esistenza renderebbe irrilevante qualsiasi evoluzione di scienza e tecnica intervenuta nel frattempo nell'affinamento di terapie volte a prolungare la sopravvivenza del corpo".

Tutto questo – che ha ben evidenti principi di ragionevolezza ed economicità oltre che tempestività – avvicina però, sempre più, l'istituto dell'amministrazione di sostegno a quello del c.d. "testamento biologico". Da ciò ne sorge la necessità che la scienza giuridica si soffermi, da questo decreto in poi e con calma ed obiettività, sulla serena e valida percorribilità di questa strada da parte delle norme sull'amministrazione di sostegno.

Una cosa fondamentale occorre riferirla: l'amministrazione di sostegno (a differenza degli altri vetusti istituti di tutela) si fonda sul principio della delega di atti – in situazione di impossibilità/incapacità a provvedervi autonomamente – con la supervisione del Giudice Tutelare. Sulla base di questo principio non si vedono preclusioni, se non quello dell'analizzare se e quali atti sono eventualmente delegabili (seppur con la supervisione del giudice tutelare) e quali, invece, eventualmente non lo sono in nessun caso. Occorrerebbe, però, anche soffermarsi sull'art. 1 l. 6/04 e sull'art. 404 c.c. ed analizzare se esse richiedono l'attualità della incapacità o consentono anche la



Studio Legale
MARCELLINO

promulgazione del decreto produttivo di effetti futuri a condizione della sussistenza dell'incapacità prevista.

Di certo, un **generale rafforzamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno** – come voluto dal Prof. Cendon – e una più chiara statuizione anche a proposito delle designazioni a futura memoria e della delega degli atti da porre in essere, potrebbe di certo agevolare gli operatori del diritto.

Ma un intervento del Parlamento, forse, lo si chiede anche per un'altra importante questione.

E' noto che il Giudice è sottoposto alla legge. Gli antichi sostengono che il Giudice è la "bocca della legge".

Possono o meno condividersi, criticarsi, commentarsi, gli interventi giurisprudenziali, ma di certo tutti essi trovano (e devono trovare) fondamento nella legge.

Certamente ve ne sono anche di innovativi o certamente si creano anche nuovi orientamenti giurisprudenziali, ma tutti trovano sempre sostegno in quel moto verso cui si dirige il diritto (che non è affatto immobile).

Ma alle volte, tali pronunce, risultano essere condivise (e/o condivisibili) solo da parte degli operatori giudiziari (e ciò non è nemmeno detto!), risultando, spesso, non rispecchiare anche il "comune sentimento" diffuso tra i cittadini. Questi ultimi, infatti, nelle loro valutazioni, nei loro giudizi, non sono soggetti soltanto alla legge, ma a quella molteplicità di emozioni, di sentimenti, di giudizi, di opinioni etiche, religiose, scientifiche, morali... determinata dalla propria formazione e dall'ambiente in cui vivono.

Un chiaro intervento legislativo, così, potrebbe tentare di dare risposta a ciò, evitando che gli organi di stampa – quando giungono particolari pronunce giurisprudenziali – lancino allarmi di eccessive fughe in avanti da parte degli operatori del diritto.

Una cosa, però, risulta evidente: che gli operatori del diritto allorquando vengono chiamati a statuire su domande dei cittadini (come nell'ipotesi di Eluana Englaro e di quella in commento del Tribunale di Modena) sono onerati a fornire una risposta con gli strumenti giuridici in loro possesso e con l'applicazione delle più avvedute scienze.

E l'inerzia del legislatore sul tema, non può determinare un "rimprovero" verso chi – seppur in modo non condiviso – tenta di dare una risposta con i mezzi giuridici di cui ha possesso, ma semmai uno stimolo a legiferare (in qualunque senso lo si ritiene giusto ed opportuno, ma magari in modo organico e partendo dalle leggi vigenti) in una materia tanto complessa quanto, ormai, necessaria.

Il legislatore, ad esempio, potrebbe chiaramente statuire se è condivisibile e tutelabile giuridicamente la richiesta di **rispetto del percorso biologico naturale e la negazione di attività che possono modificarne il naturale decorso** oltre che, ovviamente, la rilevanza e tutela giuridica delle precedenti manifestazioni di volontà.

Il tutto, tra l'altro – a differenza di eutanasia, accanimento terapeutico, etc – non sembra contrastare con i principi costituzionali, potendone persino dare più ampio risalto nella parte in cui si riconosce il **fondamentale diritto dell'individuo alla salute** e, così come "*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*", allo stesso modo **per disposizione di legge taluno può manifestare o disporre che tra la vita e la "morte naturale" non si frappongano interventi terapeutici particolarmente invasivi o invalidanti.**

Avv. Francesco Marcellino

- "**Amministrazione di sostegno in previsione di eventuale futura incapacità e testamento biologico**" (pubblicato il 20/11/08 in vetrina e sul link <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/26869.html>)