

Gli atti personalissimi dell' incapace

Previsioni normative:

Art. 85 c.c. in cui si prevede che l' interdetto non possa contrarre matrimonio

Art. 266 c.c. in cui si prevede che il riconoscimento possa essere impugnato se proveniente dall' incapace

Art. 591 c.c in cui si prevede l' incapacità di testare per gli interdetti

Art. 777 c.c. in cui si prevede che padre e tutore non possano fare donazioni per conto dell' incapace

Perché il legale rappresentante non può agire in nome e per conto dell' incapace nei suddetti atti?

Si tratta di atti per i quali non è possibile concepire il meccanismo della sostituzione, perché non si può prescindere dalla volontà del diretto interessato.

Si tratta di atti che coinvolgono la sfera esistenziale e la fisicità del soggetto che ne è titolare.

I diritti personalissimi o della personalità

Quali sono?

Vita, salute, sessualità

Libertà e dignità

Nome, immagine

Onore, riservatezza/segretezza

Domicilio

Quali caratteristiche hanno:

- il contenuto ha natura personale e coinvolge sfere psicologiche, affettive, etiche e morali;
- sono atipici, alcuni di creazione giurisprudenziale
- sono indisponibili e imprescrittibili
- il loro esercizio presuppone la coscienza per l' autodeterminazione.

Sono previsti dalla Costituzione e/o dalla Convenzione europea sui diritti dell' Uomo.

La tutela: prevalentemente successiva (inibitoria e risarcitoria).

Quali atti di esercizio dei suddetti diritti possono essere compiuti dal legale rappresentante?

Gli atti a contenuto patrimoniale (la richiesta di risarcimento per lesioni ecc...)

Ma i contratti aventi ad oggetto l' uso del nome o dell' immagine dell' incapace?

Gli atti a contenuto personale?

L' incapace non è in grado di autodeterminarsi in nulla; allora tre possibili atteggiamenti:

- il legale rappresentante può esercitare nel suo interesse i diritti personalissimi;
- l' incapace ha perduto questi diritti;
- ammettiamo che permanga una parziale capacità di autodeterminazione per particolari atti (interpretazione evolutiva nell' ambito insopprimibile della libertà personale).

I casi

l' esercizio del diritto alla sessualità: GT presso Tribunale di Varese 24 ottobre 2011

l' esercizio del diritto al divorzio:

Cass. 21 luglio 2000 n. 9582; Tribunale di Roma 10 marzo 2011;

Tribunale di Modena, 8 novembre 2007; Tribunale di Cagliari 10 giugno 2010

L' esercizio del diritto alla salute e alla libertà dei trattamenti sanitari:

fonti normative: Convenzione di Oviedo, prevede che il consenso al trattamento sanitario possa esser fornito dal legale rappresentante;

art. 13 legge n. 194/1978 disciplina l' interruzione volontaria di gravidanza da parte della donna incapace;

art. 4 Dlgs n. 211/2003 sulla sperimentazione clinica

Problema: il conflitto tra il legale rappresentante e l' incapace come si risolve?

La giurisprudenza

Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748

Sul presupposto di fatto: stato vegetativo permanente; conseguente incapacità di rapportarsi al mondo esterno

indica quali requisiti debbano sussistere perché il Giudice possa autorizzare la interruzione del trattamento sanitario):

- a) che la condizione vegetativa sia irreversibile e non vi sia possibilità di recupero della coscienza;
- b) La richiesta (da parte del tutore in contraddittorio con il curatore speciale) sia espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, tratte dalle precedenti dichiarazioni del malato ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita o dai suoi convincimenti, della sua identità e del suo modo di concepire la dignità della persona.

[Caso Englaro]

Corte d' Appello di Milano 9 luglio 2008

Cass. 13 novembre 2008 n. 27145

Tar Lombardia 28 gennaio 2009

Corte Cost. ordinanza 8 ottobre 2008 n. 334

*1. Può un soggetto capace dare disposizioni relative a trattamenti sanitari
in previsione del venir meno della propria capacità?*

Il tema va sviluppato, rispondendo alle seguenti domande:

- 1) chi sia il soggetto legittimato a ricevere tali dichiarazioni di volontà;
- 2) quale sia lo strumento più sicuro ed efficace attraverso il quale addivenire a tale risultato;
- 3) quale possa essere il contenuto con cui arricchire tale atto;
- 4) quale sia l'efficacia di tale atto;
- 5) quali siano ancora le criticità persistenti.

2. Chi è il soggetto legittimato a ricevere tali dichiarazioni di volontà?

In assenza e nelle more di una disciplina legislativa sul testamento biologico, *l'unico soggetto legittimato a ricevere una dichiarazione di volontà relativa alla futura sottoposizione a trattamenti terapeutici sia il Notaio.*

Unica alternativa potrebbe essere il medico, argomentando con il richiamo al fatto che egli è soggetto legittimato a ricevere il consenso informato in ordine al singolo intervento o alla particolare cura. Ma sussiste l' esigenza di custodia e di attribuzione all' atto della pubblica fede.

Il Notaio è ancora oggi, nella nostra società e nel sentire comune delle persone, specie se appartenenti alle classi sociali più semplici e meno istruite, il professionista al quale si è soliti manifestare più liberamente e analiticamente la propria volontà e cui raccontare le proprie vicende personali di qualunque natura esse siano, non solo quindi di carattere patrimoniale; è il Notaio il soggetto che da sempre è abituato a indagare la volontà dei soggetti privati e a ridurla in iscritto con chiarezza, semplicità e precisione. Soprattutto è soggetto per il quale sono dettate regole per la custodia e la pubblicità degli atti.

3. Qual è lo strumento più sicuro ed efficace attraverso il quale addivenire a tale risultato?

Per permettere al soggetto sano e capace di dettare vere e proprie direttive anticipate sia l'atto di designazione di amministrazione di sostegno come disciplinato dall'art. 408 c.c.: "l' amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata..." .

(si ricorda che questa regola opera anche per la nomina del tutore e del curatore, in forza del richiamo operato dall' art. 424 c.c.)

Ogni individuo ha la possibilità di scegliere preventivamente la persona che egli desidera assuma la gestione del proprio patrimonio e la cura della propria persona in caso di sopravvenuta incapacità naturale e d'agire. La previsione di cui all' art. 408 rappresenta certamente una assoluta novità, introdotta dal legislatore del 2004, nel sistema di protezione dei soggetti deboli. Essa costituisce il massimo riconoscimento che il legislatore attribuisce all' autonomia dei privati nella gestione della propria (futura) incapacità, permettendo al singolo di incidere considerevolmente con le sue scelte nella concreta organizzazione dello strumento di protezione che l' Autorità giudiziaria sarà chiamata ad aprire.

Riferimenti normativi precedenti alla riforma del 2004:

Art. 348 c.c. che legittima l'ultimo genitore esercente la potestà sul minore a designare, a mezzo di testamento o scrittura privata autenticata, la persona che il Giudice debba nominare come tutore del proprio figlio.

Art. 356 c.c. che attribuisce invece il potere al donante o al testatore di nominare, nell'atto di donazione o nel testamento con cui attribuisca determinati beni ad un beneficiario minore ancorché soggetto alla potestà dei genitori, un curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati.

Breve analisi dell'atto di designazione

atto tipico o, più correttamente, un atto nominato;

atto unilaterale non recettizio

atto a contenuto non patrimoniale (e conseguente esclusione dell' applicabilità dell' art. 1324 c.c.)

Devono sussistere in capo al designante contemporaneamente la capacità d' agire e quella naturale.

L' atto di designazione è sottoposto inevitabilmente alla disciplina generale dei vizi del consenso; la volontà del designante non dovrà, pertanto, essere viziata da errore, dolo o violenza. In relazione all'errore, si può ritenere che la fattispecie tipica che possa riscontrare una maggiore applicazione pratica sarà quella di cui al n. 3 dell' art. 1429: errore che cade sull' identità o sulle qualità della persona designata, che è lecito presumere siano state determinanti del consenso.

Più complessa appare invece la possibilità di affidare ad un terzo, di fiducia, la designazione del proprio futuro amministratore di sostegno.

4. Qual è il contenuto dell' atto di designazione?

Contenuto tipico:

la sola individuazione soggettiva del proprio futuro amministratore di sostegno/tutore.

La designazione plurima è parsa alla dottrina come pienamente legittima, con riferimento a nomine sottoposte a termine ovvero sottoposte a condizione.

Quanto invece alla *designazione plurima per materie*, sussistono varie posizioni dottrinali.

La giurisprudenza ritiene legittima la contemporanea sussistenza di più amministratori con poteri concorrenti (*Tribunale di Modena, 24 ottobre 2005*).

La mera designazione *in negativo*, è stata ritenuta dalla dottrina pienamente legittima.

Contenuto atipico e spazi di autonomia:

E' possibile arricchire l' atto di designazione di *direttive da seguire nello svolgimento dell' ufficio del nominando amministratore e, successivamente e più in particolare, di vere e proprie "direttive anticipate" in ordine a trattamenti sanitari?* La legge non dice nulla in merito alla legittimità ed all' efficacia di direttive specifiche di carattere oggettivo contenute nell' atto di designazione. In particolare: il contenuto oggettivo dell'atto di designazione possa essere esteso alle vere e proprie "direttive anticipate", indicazioni inerenti proprio la fine vita, il consenso a eventuali trattamenti terapeutici.

5. Qual è l'efficacia di tale atto di designazione?

Opinione unanimemente condivisa *che non si tratti di una nomina diretta; il potere di nominare l'amministratore di sostegno o il tutore resta pur sempre una prerogativa assoluta dell'autorità giudiziaria.* Isolata è rimasta l'opinione di pensiero volta a ritenere ammissibile, alla luce della novella legislativa, una vera e propria procura di sostegno, con la quale un soggetto possa nominare direttamente, senza il tramite del giudice tutelare, il proprio amministratore di sostegno.

L'atto di designazione è quindi rivolto direttamente all'autorità giudiziaria (giudice tutelare per l'amministrazione di sostegno e tribunale in composizione collegiale per la tutela e la curatela), il cui intervento, allo stato attuale della normativa, rimane imprescindibile per la nomina di un qualsiasi amministratore che sia legittimato a rappresentare o assistere un soggetto legalmente incapace.

L'autorità giudiziaria ha, però, il preciso obbligo di attenersi all'indicazione del designante: si tratta di un canale privilegiato per l'individuazione dell'amministratore, distinto dalla generica proposta che ogni soggetto può formulare nel ricorso.

Solo la presenza di “*gravi motivi*” esimerebbe il Giudice da questo obbligo, legittimandolo a provvedere ai sensi dell'art. 408 e quindi scegliendo uno dei soggetti indicati da tale articolo, disattendendo la designazione effettuata. *Scarsa è la giurisprudenza in merito (Corte d'Appello di Bologna, in data 13 luglio 2005).*

Stretta connessione tra l' esame del beneficiario e l' atto di designazione: rappresentano i due momenti nei quali si esplica l' autonomia del singolo soggetto diretta ad " integrare" la procedura e la regolamentazione da parte del giudice dello strumento di protezione da questi prescelto. Tale integrazione appare di una rilevanza estrema in quanto, proprio dalle risultanze dell' esame come da quelle di un eventuale atto di designazione, il giudice potrà valutare quale strumento di protezione adottare e quanto incidere sulla capacità residua da conservare in capo al soggetto debole.

Nella misura in cui si accolga la tesi sostenuta della ricevibilità di un atto di designazione portante delle direttive di carattere oggettivo in merito alla gestione della persona e del patrimonio del beneficiario, appare ancora più evidente come tale atto di designazione rappresenti una sorta di " esame anticipato" , munito di forma autentica, nel quale il soggetto si protegge dall' ipotesi di non poter essere pienamente lucido e capace al momento dell' apertura del procedimento di protezione.

La stretta connessione tra esame e atto di designazione evidenziata impone di affrontare il delicato problema della efficacia e del *valore più o meno rilevante delle indicazioni espresse* dall' esaminato.

L' esame del beneficiario ha certamente un valore alquanto significativo; il capoverso dell' art. 407 codice civile infatti impone al giudice di "*tenere conto*", compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione dell' interessato all' amministrazione di sostegno, delle "*richieste*" del soggetto interessato stesso.

Giurisprudenza sul punto: Giudice tutelare presso il *Tribunale di Roma* emesso in data *12 febbraio 2005*; Giudice Tutelare presso il *Tribunale di Modena* emesso in data *22 febbraio 2005*; Giudice tutelare presso il *Trib. Genova* emessa in data *1 marzo 2005*; Giudice Tutelare presso il *Trib. Pinerolo* emesso in data *13 dicembre 2005*.

6. Sussistono ancora alcune criticità all'utilizzo dell'atto di designazione in chiave di testamento biologico?

L'atto con cui si indica preventivamente un amministratore di sostegno non consente ancora di soddisfare in pieno le esigenze del soggetto che intende predisporre un effettivo ed efficace testamento biologico.

Prima criticità: l'urgenza.

I tempi della procedura potrebbero impedire un intervento immediato. Si supera configurando l'atto di designazione come vera e propria procura e quindi come fonte di potere rappresentativo volontario che non necessita di alcun intervento giudiziario. Ma è ammissibile la rappresentanza volontaria per atti quali il consenso al trattamento medico che potrebbe non rientrare nella categoria degli atti non negoziali?

Seconda criticità: il rischio della mancanza di attualità del consenso.