

TI_GERICHTE 9.2020.159 vom 3. Mai 2021

TI Tribunale d'appello, 2021-05-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_9.2020.159

FR: TI_GERICHTE 9.2020.159 du 3 mai 2021

IT: TI_GERICHTE 9.2020.159 del 3 maggio 2021

Regeste

Convalida del mandato precauzionale; riconoscimento della capacità di discernimento dell'interessato al momento della redazione dell'atto

Erwägungen

E. 1

Le decisioni delle Autorità regionali di protezione concernenti maggiorenni sono impugnabili mediante reclamo alla Camera di protezione del Tribunale di appello, nella composizione di un giudice unico (art. 450 CC; art. 2 cpv. 2 della Legge sull'organizzazione e la procedura in materia di protezione del minore e dell'adulto [LPMA]; art. 48 lett. f n. 7 LOG). Riguardo alla procedura applicabile, per quanto non già regolato dagli art. 450 segg. CC occorre riferirsi, in via sussidiaria, alla Legge sulla procedura amministrativa, in particolare alle norme concernenti le azioni connesse con il diritto civile di competenza dell'autorità amministrativa (art. 99 LPAm; cfr. Messaggio del Consiglio di Stato n. 6611 del 7 marzo 2012 concernente la modifica della LTut, pag. 8) e, in via ancora più sussidiaria, alle disposizioni del diritto processuale civile (CPC; v. art. 450f CC).

E. 2

L'avv. RE 1 contesta la decisione di non convalidare il mandato precauzionale redatto dal padre PI 1.

E. 2.1

Nella decisione impugnata, l'Autorità di protezione ha accertato l'esistenza di un mandato precauzionale datato 28 settembre 2019, redatto per atto olografo e sottoscritto da PI 1, che soddisfa le esigenze formali previste dalla legge (pag. 6-7). L'Autorità di protezione ha tuttavia rimarcato, sulla scorta degli approfondimenti medici agli atti, “ che già al momento della redazione del mandato precauzionale (28 settembre 2019) la situazione clinica del signor PI 1 presentava una diminuzione delle sue funzioni cognitive e inficiava la sua capacità di provvedere ai propri interessi ” (decisione impugnata, pag. 8). Secondo l'autorità di prime cure, “ sebbene al momento della costituzione del mandato precauzionale il signor PI 1 non fosse già a beneficio di misure di protezione, la sua incapacità di provvedere autonomamente alla propria gestione amministrativa e alla sua situazione personale era già nota ”, ragion per cui “ l'incapacità di discernimento dell'interessato deve essere ammessa almeno parzialmente già solo per effetto della legge (art. 16 CC) ” (decisione impugnata, pag. 8). Inoltre, nella decisione impugnata viene rilevato che il mandato precauzionale in oggetto “ comprende numerosi termini giuridici e complessi e, considerato che i medici hanno attestato una povertà lessicale e di linguaggio (scritto e orale) già accertata nel luglio del 2019, non si può ritenere senza dubbi che PI 1 abbia

compreso integralmente la portata dell'atto e l'abbia quindi costituito con piena cognizione ” (pag. 8-9). Nella fattispecie non si tratterebbe di sapere se l'interessato “ possa esser stato aiutato nella redazione del mandato precauzionale ”: per contro, l'Autorità di protezione “ non deve dubitare sulle capacità dell'interessato, al momento della redazione, di comprendere l'integralità di quanto scritto e la portata dell'atto ”, certezza non data nel caso di specie (decisione impugnata, pag. 9). Inoltre l'Autorità di protezione ha considerato che neppure quando era ancora pienamente capace di discernimento PI 1 ha mai delegato al figlio RE 1 la sfera concernente la cura della persona, ragion per cui non si può “ nemmeno desumere e interpretare che il contenuto del mandato precauzionale corrisponda alla volontà e alla reale intenzione di PI 1 esistenti al momento in cui era ancora pienamente capace di discernimento ” (decisione impugnata, pag. 10). In tali circostanze l'Autorità di protezione ha concluso di dover “ ragionevolmente dubitare delle capacità di PI 1 in relazione con il mandato precauzionale ” e ne ha quindi rifiutato la convalida (decisione impugnata, pag. 10).

E. 2.2

Nel suo reclamo l'avv. RE 1 contesta le motivazioni addotte dall'Autorità di protezione. A suo parere, i certificati medici specialistici presentati (20 settembre 2019 e 15 aprile 2020) attestavano “ una preservata capacità di discernimento ” di PI 1 (“ che era in grado di poter costituire con la necessaria capacità critica e di giudizio un mandato precauzionale ” reclamo, pag. 4). Non vi era dunque alcuna necessità di chiedere un'ulteriore delucidazione ai medici, peraltro chiedendo se l'interessato “ era pienamente capace di discernimento, concetto giuridico, che non spetta desumere dalla medica, ma al giurista, e se fosse stato in grado di redigere «personalmente » (non era contestato che il Sig. PI 1 non lo avesse personalmente manoscritto) ed «in autonomia » (ingannevole: è ammesso che l'anziano può essere aiutato) ” (reclamo, pag. 6). Ad ogni modo – nonostante l'irritualità del procedere dell'autorità di prime cure – secondo il reclamante il referto ulteriormente reso “ attesta ancora una volta che il Sig. PI 1 era al momento della scrittura del mandato in grado di comprenderne la portata ed il suo contenuto e quindi lo stesso rispetta pienamente le proprie volontà ” (reclamo, pag. 6). Inoltre, il mandato precauzionale “ non era altro che il prosieguo di quello che l'avv. RE 1 già faceva da tempo per il Papà ”, di cui era incaricato “ per tutte le questioni personali ”, come dimostrato dalle svariate procure e testimonianze agli atti (reclamo, pag. 7). Il reclamante ritiene quindi che l'Autorità di protezione abbia erroneamente applicato la legge e valutato le prove acquisite, giungendo a conclusioni sbagliate (reclamo, pag. 8). Chiede dunque che, nel rispetto del principio di autodeterminazione sancito dalla legge e dalla Costituzione, il mandato precauzionale del padre venga convalidato.

E. 2.3

Ai sensi dell'art. 360 cpv. 1 CC chi ha l'esercizio dei diritti civili può incaricare una persona fisica o giuridica di provvedere alla cura della propria persona o dei propri interessi patrimoniali o di rappresentarlo nelle relazioni giuridiche, nel caso in cui divenga incapace di discernimento. Se esiste un mandato precauzionale, l'autorità di protezione verifica se esso è stato validamente costituito (art. 363 cpv. 2 n. 1 CC). Oltre alla validità formale dell'atto (art. 361 CC), l'autorità verifica se il mandato emana da una persona capace di discernimento (STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1; Messaggio concernente la modifica del CC [Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione], FF 2006 pag. 6391, pag. 6415; Steinauer/Fountoulakis, Droit des personnes

physiques et de la protection de l'adulte, 2014, n. 835 pag. 368; Rumo-Jungo , in: BSK Erwachsenenschutz, 2012, ad art. 360 CC n. 20; Geiser, in: CommFam Protection de l'adulte, ad art. 363 CC n. 6). La capacità di discernimento del mandante deve sussistere al momento in cui viene adottato: che non sia stato capace prima o non lo sia più immediatamente dopo non cambia nulla (DTF 134 II 235 consid. 4.3.2; Meier/Lukic, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Ginevra 2011, pag. 94, n. 206; Rumo-Jungo , in: BSK Erwachsenenschutz, ad art. 360 CC n. 22). Giusta l'art. 16 CC è capace di discernimento qualunque persona che non sia priva della capacità di agire ragionevolmente per effetto della sua età infantile o di disabilità mentale, turba psichica, ebbrezza o stato consimile. Il discernimento così definito comporta due elementi: un elemento intellettuale, ovvero la capacità di apprezzare il senso, l'opportunità e gli effetti di un determinato atto, e un elemento volontario, ossia la capacità d'agire in funzione di tale ragionevole comprensione, secondo la libera volontà (DTF 144 III 264 consid. 6.1.1 ; DTF 134 II 235 consid. 4.3.2; STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1). La capacità di discernimento è inoltre relativa: non deve cioè essere apprezzata in astratto ma in concreto, in relazione quindi ad un atto determinato, in funzione della sua natura e della sua importanza, ritenuto che le richieste facoltà devono sussistere al momento dell'atto stesso (DTF 144 III 264 consid. 6.1.1; STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1). Dal punto di vista processuale la capacità costituisce la regola ed è dunque presunta sulla base dell'esperienza generale della vita, per cui l'onere della prova circa la sua mancanza incombe di principio a colui che allega tale circostanza (DTF 134 II 235 consid. 4.3.3; STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1). Tale presunzione tuttavia decade, e l'onere della prova subisce così un'inversione, in presenza di una persona colpita da infermità o debolezza mentale, poiché in tal caso, secondo l'esperienza generale della vita, è l'incapacità di discernimento ad essere presunta (STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1). Non ogni lesione alla salute mentale permette tuttavia di presumere l'incapacità di discernimento: essa deve creare un degrado durevole e importante delle facoltà mentali (STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1). Il grado probatorio richiesto alla parte gravata dell'onere della prova –che si tratti di provare la capacità oppure l'incapacità di discernimento – è almeno quello della verosimiglianza preponderante (STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1; S TF 5A_748/2008 del 16 marzo 2009 consid. 5.2). Questi principi valgono anche quando si tratta di esaminare la validità di un mandato precauzionale: se anche in tale ambito esiste la presunzione di capacità , vi può essere un'inversione della presunzione in base alle circostanze, segnatamente in presenza di una infermità o debolezza mentale (STF 5A_905/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 3.2.1; S TF 5A_859/2014 del 17 marzo 2015, consid. 4.1.2; Rumo-Jungo , in: BSK Erwachsenenschutz, ad art. 360 CC n. 21). Per valutare la capacità di discernimento al momento della costituzione del mandato, l'Autorità di protezione può fare appello a un esperto medico (con una perizia a posteriori , art. 446 cpv. 2 CC). La verifica può fondarsi anche su attestazioni mediche eventualmente redatte al momento della costituzione del mandato precauzionale (Meier/Lukic, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, pag. 95, n. 209 e pag. 101, n. 222; Rumo-Jungo , in: BSK Erwachsenenschutz, ad art. 360 CC n. 22). Il parere richiesto al medico fornisce all'autorità giudicante le conoscenze professionali di cui ha bisogno per comprendere alcuni fatti giuridicamente rilevanti ed essere in grado di giudicare . Ad un esperto possono essere sottoposte unicamente valutazioni fattuali e non questioni giuridiche, la cui risposta incombe all'autorità giudicante e non può essere delegata a terzi (STF 5A_859/2014 del 17

marzo 2015, consid. 4.1.3.1). Le constatazioni relative allo stato di salute mentale di una persona, la natura e l'entità di eventuali disturbi nella sua attività mentale, il fatto che sia in grado di rendersi conto delle conseguenze dei suoi atti e che potrebbe opporre la propria volontà a coloro che cercano di influenzarlo rientrano nell'ambito dell'accertamento dei fatti. Per contro, la conclusione che ne trae l'autorità giudicante in merito alla capacità di discernimento è una questione di diritto (STF 5A_859/2014 del 17 marzo 2015, consid. 4.1.4) .

E. 2.4

Nella fattispecie non è in discussione la validità formale del mandato precauzionale, bensì la capacità di discernimento di PI 1 al momento della confezione dello stesso. Tale presupposto è stato negato dall'Autorità di protezione ed è invece considerato comprovato dal reclamante. In data 20 settembre 2019, otto giorni prima della redazione del mandato redazionale, il Servizio _____ di Geriatria dell'Ospedale _____ ha reso un referto concernente la valutazione delle capacità cognitive di PI 1. La diagnosi dei medici indicava un “ disturbo neurocognitivo di grado lieve (CDR staging 1) di probabile origine neurodegenerativa primaria di tipo Alzheimer con componente vascolare ” (pag. 1). La valutazione delle capacità cognitive era motivata dall'insorgenza di disturbi della memoria sempre più ingravescenti, in peggioramento nell'ultimo anno e “ una chiara compromissione ” della sua autonomia nei lavori più complessi (“ gestione finanziaria caratterizzata da dimenticanze nel pagare le fatture che ha richiesto l'intervento del figlio, necessità di aiuti esterni per l'assunzione di medicinali ”, pag. 2). Se da tale diagnosi può risultare comprovata l'esistenza di una lesione alla salute mentale di PI 1, ancora non si può affermare che la stessa – definita di grado lieve – provocasse già all'epoca un degrado importante delle facoltà intellettive dell'interessato, come richiesto dalla giurisprudenza per considerare data un'incapacità di discernimento. Al contrario, dalle delucidazioni chieste a posteriori dall'Autorità di protezione ai medici che avevano effettuato la prima valutazione emerge che PI 1, all'epoca di tale esame, “ manteneva ancora preservata la capacità di discernimento per quanto riguarda gli aspetti decisionali riguardanti una curatela amministrativa volontaria da parte di un consanguineo ” (certificato medico 15 aprile 2020). La sindrome dementigena riscontrata, infatti, “ è una malattia con un decorso lento che comporta una perdita progressiva delle facoltà intellettive e cognitive così come gli aspetti di capacità di critica e giudizio ”; nel quotidiano, “ impatta progressivamente la capacità personale di occuparsi delle questioni personali come ad esempio, costituire un mandato precauzionale o redigere delle direttive del paziente ” (certificato medico 15 aprile 2020). Dalla prima valutazione (del 20 settembre 2019) ai referti successivi (del marzo/aprile 2020), la sindrome di cui soffre PI 1 è in effetti peggiorata, passando dal grado lieve (CDR staging 1) al grado moderato (CDR staging 2; il Clinical Dementia Rating arriva fino al grado 5). In quest'ultimo momento, “ non sussistono più sufficienti risorse cognitive tali da permettere al signor PI 1 di essere coinvolto in qualsiasi misura decisionale o amministrativa, per una manifesta incapacità di intendere e di volere ” (vedi certificato medico 24 febbraio 2020; vedi anche referto 10 marzo 2020). Nell'ulteriore rapporto peritale agli atti, datato 15 luglio 2020, i medici del Servizio di psichiatria geriatrica territoriale _____ evidenziano come il degrado cognitivo dell'interessato sia avvenuto in un breve lasso di tempo: ad esempio, il punteggio del MMSE (Mini-mental state examination; vedi <https://www.eoc.ch/dms/site-eoc/documenti/Neurocentro/Neurochirurgia-materiale-sito/Mini-Menta-Test/Mini%20Menta%20Test.pdf> , consultato il 3 maggio 2021) attestato nel settembre 2019 ammontava a 25/30 (considerato un funzionamento

cognitivo generale ancora non patologico), mentre nel giugno 2020 ammontava ad un punteggio di 14/30 (considerata una grave compromissione delle abilità cognitive; cfr. valutazione 15 luglio 2020, pag. 6). Se dagli atti dell'incanto si può dunque considerare comprovata, oggi, un'incapacità di discernimento tale da non permettere più il coinvolgimento dell'interessato nelle decisioni riguardanti la propria persona, derivante dalla progressione della malattia, la stessa conclusione non può essere tratta per l'epoca della redazione del mandato precauzionale, momento in cui la malattia dementigena si trovava ancora ad un primo stadio, definito lieve. È in tal senso che deve essere interpretato, a mente di questo giudice, l'accertamento dei medici quanto ad una capacità di discernimento "preservata" ancora nel settembre 2019. Come visto, a detta degli specialisti, tale facoltà decisionale permetteva ancora a PI 1 di determinarsi sugli aspetti "riguardanti una curatela amministrativa volontaria da parte di un consanguineo". Tale affermazione non deve essere interpretata in senso giuridico rigoroso (come fatto dall'Autorità di protezione, v. osservazioni 22 gennaio 2021, pag. 3), non emanando da esperti in materia, ma deve essere considerata in maniera lata come la facoltà di delegare consapevolmente ad un parente la cura dei propri interessi. Tali accertamenti medici permettono a questo giudice di sussumere – con una verosimiglianza preponderante (mentre l'Autorità di protezione indica "una certezza non data nel caso di specie", decisione impugnata, pag. 9) – una capacità di discernimento dell'interessato al momento della confezione del mandato precauzionale, in particolare permettono di ritenere che a quel momento PI 1 possedesse ancora la capacità di apprezzare il senso di un mandato precauzionale e la capacità di agire liberamente sulla base di tale comprensione, ricopiando a mano il testo e sottoscrivendolo consapevolmente. In via abbondanziale, anche il fatto che già dal gennaio 2019 – momento in cui non vi erano dubbi quanto al discernimento di PI 1 – l'avv. RE 1 beneficiasse di una "procura totale" sottoscritta dal padre ("affinchè si possa occupare, per mio ordine e conto, di tutte le pratiche amministrative, assicurative, bancarie, immobiliari, ed ogni altra pratica, nel mio interesse, con potere decisionale") propende per il riconoscimento della fiducia riposta nel figlio ed è coerente con la volontà che fosse lui a rappresentare i suoi interessi anche in caso di incapacità di discernimento. Tale designazione non deve essere considerata in contrasto con il fatto che precedentemente anche gli altri due figli PI 2 e PI 4 siano stati coinvolti fattivamente nella cura degli interessi di PI 1: essi sono infatti pure esplicitamente nominati nel documento, quali mandatari di sostituzione. La considerazione dell'autorità di prime cure, secondo cui vi sarebbe un'incapacità di discernimento dell'interessato – almeno parziale – derivante dal fatto che "la sua incapacità di provvedere autonomamente alla propria gestione amministrativa e alla sua situazione personale era già nota" (decisione impugnata, pag. 8) non è pertinente, il concetto di bisogno di protezione e quello di capacità di discernimento non essendo sovrapponibili. Gli accertamenti specialistici esperiti ulteriormente dall'Autorità di protezione appaiono per contro poco pertinenti – non avendo a che fare con la capacità di discernimento dell'interessato – e non permettono dunque di inficiare questa conclusione. Poco importa infatti che gli specialisti abbiano indicato come "altamente improbabile il fatto che [il mandato precauzionale] sia stato scritto in maniera indipendente dal paziente", in ragione del "linguaggio altamente specialistico (termini giuridici) e complesso" e del fatto che a PI 1 fosse già stata riscontrata "una «povertà» lessicale e di linguaggio (scritto e orale)" (referto 18 giugno 2020, pag. 1). Se solo si pensa alla reperibilità online di modelli di mandato precauzionale offerti da associazioni, banche etc., ben si comprende che – come per la redazione di un testamento olografo – la questione rilevante non sia quella di sapere se la persona sia in grado di concepire in maniera

autonoma un testo con dei contenuti giuridici ed un linguaggio specialistico (ad esempio, nel caso concreto, di menzionare l'art. 360 CC e di conoscerne il contenuto) – circostanza messa in dubbio dal referto in questione e posta dall'Autorità di protezione alla base del suo giudizio sull'incapacità di discernimento – quanto quella di accertarsi che la persona risulti capace di comprendere l'essenza del documento scritto di proprio pugno, il suo senso e le relative implicazioni. Nella misura in cui PI 1 disponeva ancora della sua capacità di discernimento nel momento in cui ha ricopiato e sottoscritto il testo riguardante il mandato precauzionale, ogni ulteriore considerazione quanto alla paternità del medesimo o alla piena padronanza dei termini giuridici utilizzati risulta fuori luogo nel contesto dell'esame demandato all'Autorità di protezione. Le considerazioni del reclamante sono pertanto condivise da questo giudice, che non vede ragioni per non convalidare il mandato precauzionale sottoscritto da PI 1.

E. 2.5

In conclusione, il reclamo merita accoglimento e la decisione impugnata deve essere riformata, nel senso di convalidare il mandato precauzionale 28 settembre 2019 di PI 1 e di designare il figlio RE 1 quale mandatario precauzionale. L'incarto è dunque retrocesso all'Autorità di protezione affinché conferisca all'avv. RE 1 le credenziali che attestano i poteri conferitigli ex art. 363 cpv. 3 CC e proceda all'avviso dell'Ufficio di esecuzione ai sensi dell'art. 68d LEF.

E. 3

Gli oneri processuali seguono la soccombenza e devono essere messi a carico di PI 3, unico partecipante al procedimento – oltre all'Autorità di protezione, cui tuttavia non possono essere addossate spese ex art. 46 cpv. 6 LPAmM – che si è opposto alla convalida del mandato precauzionale. Non si giustifica di assegnare ripetibili, nella misura in cui il reclamante ha presentato reclamo in prima persona e senza l'ausilio di un patrocinatore.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.