

# IL CONSENSO AI TRATTAMENTI SANITARI DELLE PERSONE INCAPACI\*

Di Sivia Brandani

Prof.ssa aggregata di Diritto Privato

e di Gianluce Navone

Prof. aggregato di Diritto Civile

**SOMMARIO:** 1. *Potestà genitoriale e consenso ai trattamenti sanitari sui minori.* – 2. *Segue. Dissacordo tra i genitori esercenti la potestà e tra costoro ed il medico.* – 3. *Segue. Consenso al trattamento sanitario prestato dal minore capace di discernimento.* – 4. *Segue. Ruolo del minore incapace di discernimento nelle decisioni prese dai rappresentanti legali sui trattamenti sanitari che lo riguardano.* – 5. *Il nuovo sistema di protezione della persona adulta priva in tutto o in parte di autonomia: il ruolo centrale dell'amministrazione di sostegno* – 6. *Segue. I poteri dell'amministratore di sostegno riguardo alla cura della persona beneficiaria.* – 7. *Il consenso al trattamento sanitario dell'interdetto* – 8. *Il consenso al trattamento sanitario dell'incapace di intendere o di volere.*

## 1. Potestà genitoriale e consenso ai trattamenti sanitari sui minori.

Il minore di età è un soggetto incapace di agire ai sensi dell'art. 2, 1° comma, cod. civ.

Pertanto egli è sottoposto alla potestà dei genitori fino al compimento della maggiore età (art. 316, 1° comma, cod. civ.) fissata al raggiungimento del diciottesimo anno (art. 2, 1° comma, cod. civ.); i genitori curano la sua persona e lo rappresentano nel compimento di tutti gli atti civili, amministrando i suoi beni (art. 320, 1° comma, cod. civ.).

In materia di trattamenti sanitari il consenso informato deve dunque essere dato dai genitori eser-

centi la potestà, rientrando detto consenso nella nozione di "atto civile" contemplata dall'art. 320 cod. civ.

Ai sensi di tale disposizione normativa gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti disgiuntamente dai genitori mentre quelli di straordinaria richiedono il consenso di entrambi. Si ritiene che tale distinzione, sebbene riferita dal legislatore agli atti patrimoniali, possa essere estesa anche a quelli di natura personale<sup>1</sup>: volendo semplificare

\* Sebbene l'impostazione della ricerca sia il frutto della collaborazione tra gli autori, i paragrafi 1, 2, 3, 4, 7 e 8 sono da attribuire a Silvia Brandani, i paragrafi 5 e 6 a Gianluce Navone.



può dirsi che sono di ordinaria amministrazione le decisioni riguardanti i trattamenti sanitari per malanni di stagione o per quei problemi di salute che rientrano nella normalità della vita di una persona sana. Le decisioni che si collocano al di fuori di tali limiti devono considerarsi di straordinaria amministrazione ed oggetto di consenso congiunto dei genitori<sup>2</sup>.

Stando al sistema delineato dal codice civile, dunque, l'infradiciottenne sembrerebbe escluso da qualsiasi forma di partecipazione alla propria vita in ambito giuridico, non solo patrimoniale ma anche personale, ed in particolare riguardante la sua salute, a prescindere dall'età e dal grado di maturità dello stesso.

Una tale rigidità andrebbe però a discapito del minore capace di discernimento, il c.d. grande minore<sup>3</sup>, in contrasto, tra l'altro, con la Carta costituzionale che agli artt. 2 e 3 tutela la dignità umana e la personalità del singolo senza differenze di età ed all'art. 32 qualifica la salute come diritto fondamentale dell'individuo<sup>4</sup>.

Proprio la valorizzazione a livello costituzionale dei diritti inviolabili dell'individuo ha consentito nel tempo di riconoscere al minore capace di discernimento sempre maggiori ambiti di autonomia per quanto concerne le decisioni riguardanti la sua salute, in linea con una tendenza che si è imposta anche a livello internazionale<sup>5</sup>.

Infatti, sebbene la disciplina contenuta nel citato art. 320, 1° comma, cod. civ. valga anche per il "grande minore", nel senso che il consenso al trattamento sanitario deve essere dato comunque dai genitori<sup>6</sup>, sono però sempre maggiori gli spazi riservati al suo personale intervento.

Non solo perché normativamente sono previste delle eccezioni, e cioè dei casi in cui è rimessa al minore la decisione sulla prestazione medica, ma soprattutto perché, anche quando la regola generale trova applicazione, è radicata la convinzione che egli debba personalmente partecipare alle decisioni dei genitori.

Ebbene, nelle pagine che seguono si affronteranno le questioni più rilevanti e delicate in tema di consenso informato al trattamento sanitario del minore, articolando la trattazione nella disamina delle seguenti questioni: a) la disciplina applicabile nel caso di contrasto tra genitori sul trattamento sanitario del figlio minore privo di capacità di discernimento; b) le fattispecie normative che attribuiscono al "grande minore" la capacità decisionale sul trattamento sanitario; c) il ruolo del "grande minore" nelle decisioni dei genitori sui trattamenti sanitari che lo riguardano.

## 2. Segue. Disaccordo tra i genitori esercenti la potestà e tra costoro ed il medico.

Nel caso in cui la decisione sul trattamento sanitario al quale sottoporre il figlio rientri tra gli atti di straordinaria amministrazione, è possibile che i genitori siano in disaccordo sulle soluzioni da adottare.

In tal caso, sempre che non vi siano particolari ragioni di urgenza, ciascun genitore può ricorrere al

<sup>1</sup> Sul superamento della tesi che riteneva riferibile la distinzione tra ordinaria amministrazione e straordinaria amministrazione ai soli atti patrimoniali, v. G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, II, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1079 e ss.

<sup>2</sup> Così L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina, Tratt. biodiritto*, diretto da S. RODOTA' e P. ZATTI, II, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 417 e ss., in part. 429 - 430.

<sup>3</sup> La capacità di discernimento del minore di età non è definita normativamente. L'età costituisce senz'altro uno dei criteri, forse il più importante, per accertare la concreta capacità decisionale, ma è ovvio che detta verifica deve essere condotta tenendo conto di ogni altra circostanza, ivi comprese la personalità del minore, le caratteristiche dell'ambiente familiare e dell'ambiente sociale in cui egli vive. Così M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, Cedam, 2007, pp. 303 - 304.

<sup>4</sup> G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico - chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero - determinazione*, in *Fam. dir.*, 2004, pp. 407 ss., in part. 410, evidenzia l'uguaglianza sostanziale tra il minore maturo e l'adulto, in quanto entrambi titolari di diritti inviolabili ex art. 2 Cost., ed in proposito richiama l'art. 3, comma 2, Cost., che pone come obiettivo dello stato la rimozione di ciò che, limitando la libertà e l'uguaglianza, impedisce il pieno sviluppo della persona.

<sup>5</sup> La *Convenzione dell'ONU sui diritti del minore* (New York, 20 novembre 1989, ratificata con l. n. 1776/2001) stabilisce all'art. 12 che il minore ha diritto di essere ascoltato e di vedere prese in considerazione le sue opinioni, in proporzione al suo grado di maturità; la *Convenzione europea sui diritti dell'uomo e*

*la biomedicina* (c.d. *Convenzione di Oviedo* del 4 aprile 1997), peraltro non formalmente in vigore in Italia, stabilisce all'art. 6, 2° comma la necessità di coinvolgere il minore capace di discernimento nel processo decisionale che porta alla manifestazione del consenso da parte del genitore, come pure la necessità di informarlo e di ascoltare la sua opinione. La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* stabilisce all'art. 84 che i bambini possono esprimere liberamente la propria opinione: questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

<sup>6</sup> Nonostante i maggiori spazi di autonomia riconosciuti al minore sembra infatti pacifico che, al di là delle eccezioni normativamente previste, il minore capace di discernimento non possa manifestare validamente il consenso al trattamento sanitario senza l'accordo dei genitori. Così G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico - paziente*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 153 ss. La necessità del consenso dei legali rappresentanti è ribadita dall'art. 37, 1° comma, del Codice di deontologia medica del 2006.





tribunale per i minorenni purché si tratti di una questione "di particolare importanza"<sup>7</sup>.

Il tribunale, ascoltati tutti gli interessati, ivi compreso il minore capace di discernimento<sup>8</sup>, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio. Se il contrasto permane, attribuisce ad uno dei genitori che meglio gli pare poter curare gli interessi del figlio, il potere di decidere (cfr. art. 316, commi 3° e 5°, cod. civ.)

L'art. 316, 4° comma, cod. civ. prevede inoltre che se non è possibile rivolgersi al tribunale per i minorenni e sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il minore, la decisione spetta al padre<sup>9</sup>.

Al di fuori di questi casi, il genitore che dia il consenso unilateralmente commette un atto abusivo, cosicché l'altro potrebbe richiedere un provvedimento che limiti nei suoi confronti l'esercizio della potestà (art. 333 cod. civ.).

Occorre chiedersi se, allorché il genitore abbia commesso un siffatto abuso, ciò si rifletta sulla attività compiuta dal medico, rendendola illecita.

Al riguardo è bene anzitutto chiarire che un tale problema non si pone nel caso in cui il medico si trovi ad operare in una situazione di emergenza dinanzi alla quale egli ha il dovere di agire, anche senza il consenso dei genitori, ricorrendo il c.d. stato di necessità che legittima, sia sul piano civile (art. 2045 cod. civ.) che su quello penale (art. 54 cod. pen.), la condotta del medico<sup>10</sup>.

Al di fuori di tale ipotesi si ritiene che la prestazione medica possa essere considerata lecita tutte le volte in cui, per le circostanze del caso concreto, il genitore che ha dato il consenso sia legittimamente apparso al personale sanitario come rappresentante dell'altro, non ricorrendo elementi di segno contrario, tali da sconfessare detta situazione di apparenza<sup>11</sup>.

Allorché, invece, il contrasto tra i genitori sia palese, il medico che esegua la prestazione sanitaria con il solo consenso di uno di essi, commette senz'altro un illecito.

In tali casi, così come di fronte al rifiuto opposto da entrambi i genitori, se il sanitario ritiene che vi sia il rischio di un pregiudizio per il figlio ha il dovere deontologico di farne segnalazione al pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni (art. 32 e 37 codice di deontologia medica del 2006) affinché valuti l'opportunità di chiedere al medesimo tribunale i provvedimenti limitativi della potestà previsti dall'art. 333 cod. civ.

Nella maggior parte dei casi i provvedimenti in questione sono intesi soltanto a limitare la potestà dei genitori. In generale consistono in un ordine dato dal giudice al genitore di astenersi da un certo comportamento e cioè di non rifiutare il consenso al trattamento sanitario. Se il rifiuto del genitore persiste, il giudice può sospenderlo temporaneamente dalla potestà, consentendo all'altro di dare legittimamente il consenso, oppure, allorché il rifiuto provenga da entrambi i genitori, può nominare un tutore provvisorio con il compito di prestare il consenso opportuno per il minore.

La casistica giurisprudenziale conosce un numero significativo di precedenti relativamente alle vaccinazioni obbligatorie rifiutate dai genitori.

I giudici<sup>12</sup>, ricorrendo all'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 333 cod. civ., hanno frequentemente disposto l'esecuzione coattiva della vaccinazione nonostante l'opposizione dei legali rappresentanti<sup>13</sup>.

### 3. *Segue. Consenso al trattamento sanitario prestatato dal minore capace di discernimento*

Come già anticipato, vi sono dei casi in cui il consenso informato è prestatato direttamente dal minore.

L'art. 2, ultimo comma, l. n. 194/1978 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", prevede che le ragazze minorenni possano rivolgersi personalmente ai consultori familiari per ottenere la

<sup>7</sup> La legge non indica invece modalità di risoluzione del conflitto per l'ipotesi in cui le questioni non rivestano particolare importanza. In tali casi si resta "nel limbo dell'indifferente giuridico", come evidenziato da P. VERCELLONE, *Principio di parità tra coniugi e potestà dei genitori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, cit., pp. 1059 e ss.

<sup>8</sup> La norma parla di minore maggiore degli anni 14, ma si ritiene superata dall'art. 12 della Convenzione dell'ONU sui diritti del minore.

<sup>9</sup> Si tratta di un residuo della tradizionale prevalenza del padre, di dubbia legittimità costituzionale, così L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, cit., p. 432 nota 39.

<sup>10</sup> Anche l'erronea convinzione di operare in presenza di uno stato di necessità è sufficiente ad esonerare il medico da responsabilità per avere operato in difetto di consenso informato, purché l'errore non sia ascrivibile a colpa. Così Cass., 21 febbraio 2007, n. 4122, in *Foro it.*, 2007, I, cc. 1711 e ss.

<sup>11</sup> L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., pp. 436 - 437.

<sup>12</sup> V., a titolo esemplificativo, Corte app. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 571; Trib. min. Venezia, 10 maggio 1994, in *Dir. fam.*, 1995, p. 217.

<sup>13</sup> Un altro settore in cui i genitori si sono opposti alla prestazione sanitaria è quello dei trattamenti oncologici all'epoca della c.d. multiterapia Di Bella. Gli unici precedenti che constano riguardano però casi in cui il minore malato era capace di discernimento. Ne parleremo pertanto nel successivo paragrafo 4.

prescrizione di farmaci contraccettivi che necessitano di controllo medico.

Quanto alla interruzione della gravidanza, se è vero che l'art. 12 prevede che il consenso della donna minorenni debba essere integrato da quello dei genitori esercenti la potestà, è altrettanto vero che, nel caso di loro rifiuto, è prevista una autorizzazione del giudice delegato che non ha la finalità di sostituire la volontà dell'interessata, ma di verificare la sussistenza delle condizioni di maturità nella scelta che ella opera<sup>14</sup>.

Relativamente alla interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano alla donna minorenni le stesse procedure previste per quella maggiorenne, indipendentemente dall'assenso dei genitori esercenti la potestà (art. 12, ultimo comma).

La partoriente di minore età può inoltre donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale nonché la placenta ed il sangue da cordone ombelicale, previo consenso informato dato al momento del parto (art. 3, commi 2° e 3°, l. n. 219/2005)

L'art. 95 della legge n. 685/1975 "Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza", come sostituito dall'art. 29, 1° comma, l. n. 162/1990, prevede che i minorenni possano accedere autonomamente alle strutture per la cura della tossicodipendenza, con una tutela assoluta della loro riservatezza anche nei confronti dei genitori<sup>15</sup>.

Alla luce di tale disposizione normativa si ritiene che il 4° comma dell'art. 5 l. n. 135/1990 "Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS", secondo il quale i risultati degli accertamenti diagnostici per l'infezione del virus HIV devono essere resi noti soltanto all'interessato, debba essere inteso nel senso che qualora la richiesta dei suddetti accertamenti sia stata avanzata personalmente dal minore, tali risultati debbano essere resi noti soltanto a lui<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Secondo Cort. cost., ord. 24 giugno 1993, n., 293, in *Dir. fam. pers.*, 1993, pp. 957, il giudice tutelare può negare l'autorizzazione solo qualora ritenga che la minore non abbia effettiva consapevolezza nella valutazione dei beni in gioco; nello stesso senso si veda anche Trib. Catania, 7 novembre 2002, in *Giur. mer.*, 2002, pp. 1674 e ss., con nota di PICCALUGA, *Aborto della minore e limiti di intervento del giudice tutelare*.

<sup>15</sup> Ha un identico contenuto l'art. 120 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza".

<sup>16</sup> Così P. VERCELLONE, *Il Corpo del minorenni: i trattamenti sanitari*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, cit., pp. 992 ss.

#### 4. Segue. Ruolo del minore capace di discernimento nelle decisioni prese dai rappresentanti legali sui trattamenti sanitari che lo riguardano.

Al di là dei sopra citati casi in cui il consenso è direttamente prestato dal minore età, ci si chiede se ed in quale misura il minore capace di discernimento possa avere un ruolo nelle decisioni dei rappresentanti legali concernenti i trattamenti sanitari che lo riguardano.

A livello normativo esistono delle fonti che espressamente prevedono un suo coinvolgimento; significativo al riguardo è il dlgs. n. 211/2003 "Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico" che all'art. 4 stabilisce che il consenso alla sperimentazione terapeutica spettante ai genitori debba comunque rispecchiare la volontà del minore e che quest'ultimo debba ricevere una adeguata informazione. Non solo. Lo sperimentatore ha il dovere di tenere in considerazione la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento allorché il minore sia capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni ricevute.

Se si prescinde da dette fattispecie normative in cui sono espressamente concessi al minore spazi di autodeterminazione, la questione si presenta però particolarmente complessa rimessa com'è alle opinioni dottrinali ed alle applicazioni giurisprudenziali.

Anzitutto può dirsi che il minore capace di discernimento ha senz'altro il diritto di essere informato relativamente al trattamento sanitario al quale si intende sottoporlo nonché ai *pro* ed ai *contro* dello stesso.

Ma pare altresì pienamente condivisibile quella diffusa opinione dottrinale secondo la quale il minore non deve essere solo informato ma anche ascoltato<sup>17</sup>, come del resto previsto dal Codice di deontologia medica del 2006 e dal Codice deontologico dell'infermiere del 2009<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà e autodeterminazione*, in *Minorigiustizia*, 2009, 2, 149 e ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico - paziente*, cit., 2008, pp. 148 ss.; F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. al n. 3, pp. 95 ss.

<sup>18</sup> L'art. 38, 2° comma del Codice di deontologia medica prevede che "Il medico, compatibilmente con l'età e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà"; l'art. 31 del Codice deontologico dell'infermiere che questi "si adopera affinché sia presa in considerazione l'opinione del minore rispetto alle scel-







Il problema fondamentale è allora quello di stabilire quale peso possa avere la volontà manifestata dal minore informato ed ascoltato, in particolare allorché rifiuti il trattamento sanitario consigliato dal medico.

Al riguardo si ritiene che nessuna persona capace di discernimento, ancorché minorenni, possa essere sottoposta con coercizione alle cure mediche, salvi i casi previsti dalla legge di trattamento sanitario obbligatorio<sup>19</sup>. Se il d.lg.s n. 211/2003 attribuisce rilievo al rifiuto del minore nell'ambito della delicata materia della sperimentazione clinica dei farmaci, ove la valutazione della opportunità o meno del trattamento sanitario è particolarmente complessa, a maggior ragione tale rifiuto deve essere rispettato in tutti gli altri casi<sup>20</sup>.

Contrariamente si incorrerebbe in una inammissibile violazione del diritto alla autodeterminazione del minore nella gestione del proprio corpo e nella tutela della propria salute<sup>21</sup>, tanto più ingiustificata ma anche inutile qualora si tratti di una terapia invasiva, dolorosa e prolungata nel tempo.

Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza riguardo ai trattamenti oncologici invasivi, come la chemioterapia.

Si tratta invero di poche pronunce, ma assai significative, perché dimostrano come nelle rare occasioni in cui i giudici si sono trovati di fronte ad un minore capace di discernimento che opponeva un categorico rifiuto al trattamento terapeutico, sia prevalsa l'esigenza di tutelare la sua libertà di autodeterminazione a discapito della salute.

E' noto il caso della piccola Ketha Berardi, una bambina di dieci anni affetta da una grave forma di leucemia acuta. Sottoposta alla chemioterapia, che stava dando ottimi risultati, i genitori decidevano di sospendere il trattamento per seguire il c.d. metodo Di Bella.

Su iniziativa del p.m., il tribunale per i minorenni di Brescia ordinava ai genitori di riprendere la

chemioterapia, decisione poi confermata dalla Corte di appello di Brescia. Stante l'inottemperanza da parte dei genitori alle prescrizioni loro impartite, il tribunale di Brescia riapriva d'ufficio il caso e disponeva una consulenza tecnica per valutare la possibilità di sottoporre coattivamente Ketha alla chemioterapia. Durante la consulenza tecnica la bambina risultava particolarmente matura per la sua età ed opponeva un lucido rifiuto alla terapia ufficiale. Il tribunale, davanti al rifiuto apposto non solo dai genitori ma anche dalla stessa minore, constatava l'impossibilità di procedere alla attuazione coattiva del trattamento chemioterapico, disponendo l'archiviazione del caso<sup>22</sup>.

In altri casi il tribunale per i minorenni ha invece addirittura rinunciato *a priori* ad entrare nel merito della decisione di interrompere il trattamento chemioterapico presa dai genitori assieme al figlio<sup>23</sup>.

Insomma, dinanzi al rifiuto opposto da un minore capace di discernimento, pare che il tribunale non possa andare oltre la sospensione dei genitori dalla potestà attuata prescrivendo loro di astenersi dal rifiutare il consenso. Ma non può spingersi fino ad ordinare l'esecuzione della prestazione medica, dovendosi riconoscere al "grande minore" un vero e proprio potere di veto rispetto a qualsiasi forma di esecuzione coattiva del trattamento sanitario sul proprio corpo<sup>24</sup>, analogamente al soggetto capace di agire.

### 5. Il nuovo sistema di protezione della persona adulta priva in tutto o in parte di autonomia: il ruolo centrale dell'amministrazione di sostegno.

Nell'originaria stesura del codice civile italiano del 1942, la protezione della persona maggiore d'età incapace – in tutto o in parte – di provvedere a se

<sup>22</sup> V. Trib. min. Brescia, decr. 28 dicembre 1998; Corte app. Brescia, decr. 13.02.1999; Trib. min. Brescia, decr. 22 maggio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, pp. 204 e ss.

<sup>23</sup> V. Trib. min. Venezia, decreto 2 giugno 1998, in *Dir. fam. pers.*, 1999, II, pp. 689 e ss.

<sup>24</sup> Così testualmente L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., p. 453. Nello stesso senso si segnala altresì una nota decisione straniera, la sentenza 18 luglio 2002 n. 154 del tribunale costituzionale spagnolo che, nel caso di un minore che aveva rifiutato, assieme ai genitori Testimoni di Geova, le trasfusioni di sangue in maniera così ferma, vivendo con terrore tale intervento al punto da convincere i giudici della impossibilità di eseguirlo coercitivamente, arrivando poi alla morte, afferma che al di là delle ragioni religiose, riveste particolare interesse il fatto che il minore, opponendosi ad un'ingerenza estranea sul proprio corpo, eserciti il proprio diritto alla autodeterminazione. Il caso è commentato da V. SELLAROLI, *Autodeterminazione, libertà di cura, libertà di coscienza e consenso informato*, in *Minorigiustizia*, 2009, II, pp. 147 e ss., in part. pp. 152 ss

*te assistenziali, diagnostico – terapeutiche e sperimentali, tenuto conto dell'età e del suo grado di maturità*". Nello stesso senso si è espresso il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Bioetica con l'infanzia*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1994.

<sup>19</sup> L'art. 32, 2° comma Cost. pone una riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori, subordinando in ogni caso la validità costituzionale della legge che prescrive il trattamento ai limiti imposti dal rispetto della persona umana. Gli unici casi in cui una persona capace di agire può essere sottoposta ai trattamenti sanitari obbligatori sono quelli previsti dalla legge 180/1978 (riforma dell'assistenza psichiatrica) e dalla legge 833/1978 (istitutiva del servizio sanitario nazionale).

<sup>20</sup> Così M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 314.

<sup>21</sup> L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., p. 453.

stessa gravitava intorno ai due istituti “classici” dell’interdizione giudiziale e dell’inabilitazione.

La condizione giuridica dell’interdetto era (ed in larga misura continua ad essere), assai triste ed amara. Di fatti: per effetto della pronuncia d’interdizione, la persona che versava in una situazione d’infermità mentale grave ed abituale era sempre del tutto privata della capacità di agire; e quindi, di necessità, si doveva nominare un tutore con il compito invariabile di sostituire l’interdetto nel compimento di tutti gli atti che tollerassero il meccanismo della rappresentanza.

Meno pesante, ma affatto lieve, era (e in buona parte è) la condizione giuridica dell’inabilitato. In seguito alla dichiarazione giudiziale d’inabilitazione, infatti, la persona con ridotta attitudine a curare i propri interessi subiva una considerevole limitazione della capacità di agire: ella poteva compiere da sola gli atti di ordinaria amministrazione del suo patrimonio, mentre doveva – senza possibilità d’eccezione – farsi assistere da un curatore per gli atti patrimoniali di straordinaria amministrazione.

Semplificando e stilizzando, si può dire che l’interdetto era sempre incapace a trecentosessanta gradi, l’inabilitato a centottanta. *Tertium non datur.*

Questo quadro normativo è stato il bersaglio di accese critiche. Con buone ragioni, e da tempo, una parte autorevole della dottrina italiana<sup>25</sup> ne aveva messo in luce l’insufficienza e i limiti. In particolare, denunciandone la rigidità, che non consentiva di graduare la misura di protezione sulla base delle effettive esigenze di tutela del sofferente psichico.

Ed è così che nel 2004, dietro la spinta di suggestioni dottrinali e nel solco di esperienze maturate in altri Paesi europei, il legislatore italiano è giunto a ridisegnare lo statuto giuridico della persona adulta priva in tutto od in parte di autonomia. Più precisamente, la legge 9 gennaio 2004, n. 6 ha inciso su due aspetti: da un lato, introducendo elementi di flessibilità nell’anelastica disciplina dell’interdizione giudiziale e dell’inabilitazione<sup>26</sup>; e,

dall’altro lato, inserendo nel corpo del codice civile il nuovo istituto dell’amministrazione di sostegno<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, merita almeno accennare alla modifica apportata all’art. 427 cod. civ., il cui comma d’esordio attualmente così recita: «Nella sentenza che pronuncia l’interdizione o l’inabilitazione [...] può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall’interdetto senza l’intervento ovvero con l’assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l’ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall’inabilitato senza l’assistenza del curatore».

Quanto al secondo aspetto (primo per importanza), non ci si può esimere dal fornire le principali coordinate della nuova misura di protezione dei soggetti deboli, che, nella *mens legis*, dovrebbe essere quella di generale applicazione. Da privilegiarsi, quindi, rispetto all’interdizione e all’inabilitazione.

La platea dei possibili destinatari dell’amministrazione di sostegno è pressoché sterminata: ne possono beneficiare tutte le persone che «per effetto di una infermità, fisica o psichica», si trovano «nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi» (art. 404 cod. civ.). Stando alla lettera della legge, quindi, l’istituto si presta ad essere impiegato in una vasta gamma d’ipotesi che spaziano dalle forme più serie di disagio mentale fino a situazioni di mero impedimento fisico. Ma, è da sottolineare, il “luogo strategico” per la comprensione della *quidditas* dell’amministrazione di sostegno è idealmente posizionato nella norma di cui all’art. 409 cod. civ., a mente della quale il «beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che», secondo quanto stabilito nel provvedimento del giudice in considerazione delle peculiarità del caso concreto, «non richiedono la rappresentanza esclusiva o l’assistenza necessaria dell’amministratore di sostegno». All’evidenza, è questa la regola operativa che traduce il proposito di tutelare chi si trova in difficoltà nell’esercizio dei propri diritti, ma in modo tale che ne derivi la minore limitazione possibile della sua capacità di agire. Ed infatti, il beneficiario può compiere autonomamente tutti gli atti che non gli sono specificatamente preclusi; quelli, cioè, che non debbono essere fatti per il tramite dell’amministratore di sostegno in qualità di rappresentante legale, o con la sua assistenza. Volendo

<sup>25</sup> In argomento, per tutti, C. M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 25 ss.; P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell’«infermo di mente»*. A proposito dell’*andicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 46; P. CENDON, *Profili dell’infermità di mente nel diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 31 ss.

<sup>26</sup> La scelta di lasciare in vita i vecchi istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione è stata vivacemente contestata. Al punto che alcuni studiosi hanno elaborato un progetto volto alla loro abrogazione (P. CENDON e R. ROSSI, *L’amministrazione di sostegno va rafforzata, l’interdizione abrogata*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 503 ss.).

<sup>27</sup> Per una trattazione sistematica della novellata disciplina: P. CENDON e R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, Utet, 2009; G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Dell’amministrazione di sostegno* (artt. 404 – 413), in *Commentario Schlesinger*, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2008, ove (tra l’altro) ampi riferimenti bibliografici.





adoperare una formula riassuntiva, l'incapacità da regola è divenuta eccezione<sup>28</sup>.

In linea di principio, chiunque potrebbe essere chiamato a svolgere l'ufficio di amministratore di sostegno. Alla stregua dell'art. 808 cod. civ., infatti, la scelta del giudice deve avvenire «con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario». Ed è agevole osservare che si tratta di una bussola interpretativa atta ad orientare in tutte le direzioni. Detto questo, però, bisogna aggiungere che la disposizione da ultimo richiamata prosegue stabilendo che l'amministratore di sostegno possa «essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata»<sup>29</sup> da un notaio e che, in mancanza di tale designazione, il giudice debba preferire (s'intende: purché ciò corrisponda all'interesse del beneficiario) «il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado».

Ai fini della nostra particolare indagine, taluni aspetti meritano di essere evidenziati. Anzitutto, che la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno può ricadere su qualsiasi persona, anche se estranea al nucleo familiare<sup>30</sup>. In secondo luogo, che

la legge menziona «la persona stabilmente convivente» (*per incidens*, subito dopo il coniuge non legalmente separato) tra quelle da prediligersi nella nomina all'ufficio di amministratore di sostegno. Orbene, l'espressione impiegata è sufficientemente generica per comprendere nel suo ambito semantico tanto il convivente eterosessuale, quanto quello omosessuale. Cosa che, in assenza di una disciplina generale sulle unioni familiari non fondate sul matrimonio, costituisce comunque un'apertura del legislatore italiano – timida sì, ma significativa – all'universo mondo delle realtà affettive. Vien semmai da chiedersi, in chiusura di paragrafo, se la locuzione «persona stabilmente convivente» sia idonea ad abbracciare situazioni di coabitazione diverse da quelle di tipo “para-coniugale”<sup>31</sup>; basti qui segnalare il caso di chi vive all'interno di una comunità monastica o di una comune.

#### 6. Segue. I poteri dell'amministratore di sostegno riguardo alla cura della persona beneficiaria.

In accordo alle considerazioni sopra svolte, pare potersi affermare che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno conserva la piena capacità di consentire/dissentire alle cure mediche, ove il provvedimento del giudice non disponga diversamente. Ed anzi, si può fondatamente ritenere che in ambito sanitario nessuna limitazione possa essere tollerata nell'ipotesi di beneficiario affetto da una menomazione soltanto fisica: senza riflessi, cioè, sulla capacità di discernimento. Ma può ben darsi, ed in concreto spesso accade, che il paziente non abbia le occorrenti abilità mentali per esprimere autonomamente un valido consenso/dissenso informato<sup>32</sup> in ordine ad una determinata proposta terapeutica. Nel qual caso, l'istituto dell'amministrazione di sostegno si rivela particolarmente versato nella risoluzione di problemi inerenti alla scelta di un trattamento sanitario. Così, in ragione delle effettive esigenze di tutela della singo-

comma 4, cod. civ.). Si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi di sopravvenuta incapacità del soggetto designato o a quella in cui lo stesso si sia reso responsabile di comportamenti pregiudizievoli a danno della persona divenuta incapace.

<sup>31</sup> Sul punto, cfr. G. BONILINI, in G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2007, p. 155 ss.

<sup>32</sup> Sulla complessità della nozione di “capacità di consentire alle cure” e sulla possibilità di disarticolargli in ulteriori e più specifiche abilità mentali (capacità di valutare criticamente la situazione nella quale ci si trova e di riferire a sé la malattia, capacità di ragionare sulle possibili opzioni terapeutiche e sulle conseguenze derivabili da ognuna di esse, etc.), si veda il recente contributo di E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in AA. VV., *I diritti in medicina*, cit., p. 341 ss.

<sup>28</sup> Assai brillanti, in proposito, le notazioni di G. FERRANDO, *La protezione dei soggetti deboli. Luci ed ombre della legge n. 6/2004*, in AA. VV., *L'utopia dell'uguaglianza*, ESI, Napoli, 2006, p. 151 ss., spec. 162, ove si sottolinea come rispetto ai vecchi istituti incapacitanti dell'inabilitazione e dell'interdizione «la prospettiva è completamente rovesciata: da una situazione generale di incapacità si passa ad un'altra in cui su una condizione generale di capacità si stagliano alcune isole, più o meno vaste, relative agli atti che l'interessato non può compiere o che non può compiere da solo». Sul punto, altresì, si veda il recente scritto di A. GORGONI, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione*, in *Persona e mercato*, 2011, p. 49 ss., spec. 65: «Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non subisce [...] una limitazione della capacità di agire già preconstituita nella sua estensione, come nei casi dell'interdizione e dell'inabilitazione [...]. L'intervento protettivo è piuttosto calibrato sulla specifica condizione di salute dell'interessato, con l'intento di conservare il più possibile la capacità di agire».

<sup>29</sup> È stato opportunamente evidenziato che l'atto di designazione in parola non può essere confuso con l'istituto, di diritto francese, del *mandat en prévision de l'incapacité*. La legislazione italiana, infatti, «prevede soltanto il potere di designare colui il quale svolgerà la funzione di amministratore di sostegno, la cui nomina, si badi, spetta al giudice tutelare, ed i cui poteri non sono punto prestabiliti, come avviene attraverso l'istituto del mandato, essendo fissati dallo stesso giudice, il quale, pertanto, ha un considerevole potere decisionale, anche sotto il profilo contenutistico» (G. BONILINI, *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, in *Fam. pers. e successioni*, 2007, p. 105).

<sup>30</sup> V'è da dire, al riguardo, che il giudice tutelare è tenuto a conformarsi alla designazione preventiva dell'interessato, salvo il caso in cui ricorrano «gravi motivi» per disattenderla (art. 408,



la persona sofferente, l'amministratore di sostegno può essere autorizzato ad esprimere consensi (o rifiuti) in sostituzione del beneficiario<sup>33</sup> oppure ad intervenire nel processo decisionale ponendosi al suo fianco<sup>34</sup>. Non solo. Rappresentanza esclusiva ed assistenza necessaria possono variamente combinarsi.

Si pensi, ma è solo uno fra i molti possibili esempi, all'ipotesi in cui all'amministratore di sostegno sia richiesto di affiancare il paziente nella scelta cruciale sul se curarsi e, nell'eventualità di una decisione positiva, di sostituirsi al medesimo nella scelta del percorso terapeutico da seguire tra quelli proposti dai sanitari.

L'amministratore di sostegno, quindi, sostituendosi al beneficiario e/o integrando il suo consenso alle cure mediche, si propone quale figura di riferimento in tutte quelle ipotesi in cui si presentino delle difficoltà nel "dare voce" alla persona malata. Detto questo, però, occorre anche evidenziare che, in assenza di una disciplina *ad hoc* sul testamento biologico<sup>35</sup>, l'istituto dell'amministrazione di soste-

<sup>33</sup> Trib. Trieste, 11 marzo 2009: «nell'amministrazione di sostegno, quando non sussiste uno stato di necessità, il sanitario può richiedere o far richiedere dai familiari la nomina di un legale rappresentante della persona incapace al fine di esprimere un consenso (o un dissenso) informato alle cure, esami diagnostici e interventi chirurgici».

<sup>34</sup> Cfr. M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in AA. VV., *I diritti in medicina*, cit., p. 361 e ss., spec. 372 ss.

<sup>35</sup> Nel momento in cui si scrive (luglio 2011), è stato appena varato dalla Camera dei deputati ed è in attesa di essere approvato in "terza lettura" dal Senato un controverso progetto di legge riguardante "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni di trattamento". Il progetto detta, anzitutto, prescrizioni riguardo al *vestmentum* delle dichiarazioni anticipate prevedendo che esse debbono essere redatte «in forma scritta con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere [...] raccolte esclusivamente dal medico di medicina generale che contestualmente le sottoscrive» (art. 4, comma 1), e, ancora, che «eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto» (art. 4, comma 2); riguardo ai limiti temporali di efficacia si stabilisce che la «dichiarazione anticipata di trattamento ha validità per cinque anni [...] oltre il quale perde ogni efficacia» (art. 4, comma 3); in relazione al *dies a quo* di efficacia si dispone che la «la dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui il soggetto si trovi nell'incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale» (art. 4, comma 5); si prevede, inoltre, che l'alimentazione e l'idratazione «nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita» e che esse «non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento» (art. 4, comma 4); si sancisce il carattere non vincolante per il medico delle volontà preve di trattamento (alla stregua dell'art. 7, comma 1, «Gli orientamenti espressi dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono presi in considerazione dal medico

gno è parso a molti come lo strumento giuridico più appropriato per dare rilievo alla volontà manifestata dal paziente in previsione di un futuro ed eventuale stato d'incapacità. Più nel dettaglio, particolarmente adatto allo scopo è sembrato il dettato dell'art. 408 cod. civ. che, come già si è accennato, consente allo stesso interessato di designare «mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata» la persona che il giudice dovrà di regola incardinare nell'ufficio di amministratore di sostegno qualora la situazione potenziale d'incapacità dovesse divenire attuale. Ebbene, muovendo da questo dato legislativo, si è inclini ad ammettere che il contenuto dell'atto di designazione possa essere integrato con l'indicazione di direttive anticipate in merito alle terapie che l'interessato intende o non intende accettare nel caso in cui non fosse più in grado di esprimersi<sup>36</sup>. Ma a fronte di tale convergenza, molti dubbi permangono in ordine all'efficacia di queste direttive nei confronti del giudice, dell'amministratore di sostegno e dell'esercente una professione sanitaria<sup>37</sup>. Dubbi, si chiosa, che la presenza di talune indicazioni normative dagli "angoli smussati" – frequentemente caratterizzate dal generoso impiego di locuzioni come "tener conto" o "prendere in considerazione" – contribuiscono ad alimentare.

Il punto merita di essere approfondito.

È opinione generalmente condivisa che in base al diritto vigente il giudice non sia pienamente vincolato alle direttive precedentemente espresse dall'interessato. Si può discutere, tuttavia, se il giudice possa disattenderle tutte le volte in cui lo ritenga opportuno<sup>38</sup> o soltanto ove ricorrano gravi motivi

curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirli o meno); infine, si dispone che «In condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica» (art. 4, comma 6). In relazione al testo precedentemente approvato dal Senato (il 26 marzo 2009), cfr. F. D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 153 ss., spec. 158: «Sussiste [...] il timore che una legge che confermasse i contenuti essenziali del Disegno di legge approvato dal Senato nel 2009, ci potrebbe condurre verso un non tanto desiderabile isolamento in Europa con il suo divieto di estendere all'alimentazione e all'idratazione artificiale il contenuto di una "dichiarazione anticipata di trattamento" [...] e con il suo silenzio "ostile" a una ricostruzione di volontà ipotetica o presunta anche in mancanza di una direttiva anticipata».

<sup>36</sup> In questo ordine di idee, tra gli altri, G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in AA. VV., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffè, Milano, 2011, p. 1865 ss., spec. 1893.

<sup>37</sup> Questo profilo è stato indagato, con speciale approfondimento, da M. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 407 ss.

<sup>38</sup> Ferma restando, naturalmente, la facoltà di conformarsi ad esse sia nella confezione del provvedimento istitutivo







(in analogia con quanto previsto per la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno *ex art.* 408, comma 3, cod. civ.).

Riguardo all'amministratore di sostegno, viene in primo piano l'art. 410, comma 1, cod. civ., secondo cui: «Nello svolgimento dei suoi compiti [...] deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario». Naturale domandarsi: fino a che punto l'amministratore deve tenerne conto? Il tentativo di soluzione del delicato quesito trascende l'orizzonte di queste rapide note, ma anche qui una cosa si può e si deve dire: alle linee guida palesate nell'atto di designazione deve riconoscersi, quantomeno, il valore di fonte di cognizione privilegiata da cui poter attingere informazioni circa le convinzioni e le aspirazioni dell'amministrato.

Un ordine di considerazioni analoghe vale per il personale sanitario. Al riguardo, sovviene subito la disposizione dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione»<sup>39</sup>. Cui fa eco l'art. 35, comma 5, del codice di deontologia medica<sup>40</sup>: «Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace [...] tenendo conto delle precedenti volontà del paziente». Come si può constatare, anche in questo caso non si offrono decisivi ragguagli su come sciogliere il nodo gordiano del grado di vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento. Ma tra i due opposti estremi, da un lato, quello dell'(assolutamente) vincolante, e dall'altro, quello del (meramente) orientativo, una posizione intermedia pare preferibile: di regola, il medico deve attenersi alle direttive formulate dal paziente prima di perdere la capacità di consentire alle cure, ma può disattenderle – indicando puntualmente i motivi del-

dell'amministrazione di sostegno sia nei provvedimenti successivi a tale atto.

<sup>39</sup> La Convenzione è stata ratificata dal Parlamento italiano con la legge 28 marzo 2001, n. 145.

<sup>40</sup> Il codice vigente è stato approvato dal Consiglio nazionale della Federazione italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri il 16 dicembre 2006, in sostituzione di quello del 1998. Sulla natura delle norme in esso contenute e, più in generale, sulla possibilità di considerare le regole deontologiche come norme giuridiche cfr.: F. GALGANO, *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 287 ss.; G. MANFREDI, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in *Jus*, 2008, p. 565 ss.; G. D. COMPORI, *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 855 ss.; E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2002, p. 925 ss.; A. BELLELLI, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 577 ss.

la sua decisione – là dove non le ritenga più attuali per il venir meno della situazione di fatto presupposta nel momento in cui furono dichiarate. Può considerarsi esemplare in tal senso il caso in cui sopravvenuti progressi della tecnologia medica e/o della ricerca farmacologica inducano a ritenere superate le volontà antecedentemente manifestate dalla persona malata<sup>41</sup>. Si tratta, in definitiva, di una sorta di “valvola di sicurezza”, capace di rendere sensibili le dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario al mutamento delle circostanze che ne accompagnarono la genesi.

Resta da fare un accenno, per concludere, ad una questione che tuttora divide la dottrina<sup>42</sup> e la giurisprudenza; e, per la cui comprensione, conviene muovere da una constatazione: in casi d'emergenza la previa designazione dell'amministratore di sostegno (pur se integrata con l'indicazione di direttive anticipate) non esclude il rischio che il medico, mancando il tempo per procedere alla nomina, agisca in forza dello stato di necessità. Tanto premesso, la soluzione accolta da alcuni giudici è stata quella di acconsentire alla nomina «ora per allora» di un amministratore di sostegno con il compito – nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità del beneficiario – di accordare o negare il consenso alle cure in consonanza con le volontà previe di trattamento<sup>43</sup>. In via pretoria, quindi, si è giunti ad attribuire all'amministratore di sostegno il ruolo di esecutore del testamento biologico. Ma a fronte di tale indirizzo, altri giudici hanno propugnato la soluzione opposta, ritenendo che non possa «trovare accogliamento l'istanza di nomina di amministratore di sostegno *pro futuro*, presentata da soggetto sano e capace di intendere e volere, poiché la legge richiede, al fine della nomina, l'attualità del requisito dell'impossibilità del beneficiario di provvedere ai propri interessi»<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Quest'idea è sostanzialmente corrispondente a quella espressa dal Comitato nazionale per la bioetica nel parere del 18 dicembre 2003 sulle dichiarazioni anticipate di trattamento: [http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni\\_anticipate\\_tr\\_attamento.pdf](http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_tr_attamento.pdf).

<sup>42</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. “morte dignitosa”*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 288 ss.; P. CENDON e G. ROSSI, *Individuato un neo-segmento operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 11, p. 41 ss.

<sup>43</sup> In tal senso: Trib. Firenze, 22 dicembre 2010; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009; Corte App. Cagliari, 16 gennaio 2009; Trib. Modena, 23 dicembre 2008; Trib. Modena, 5 novembre 2008;.

<sup>44</sup> Così, Trib. Roma, 1 aprile 2009. Lungo questa via, altresì: Trib. Verona, 4 gennaio 2011; Trib. Varese, 28 agosto 2010; Trib. Cagliari, 14 dicembre 2009; Trib. Pistoia, 8 giugno 2009; Trib. Firenze 8 aprile 2009; Trib. Pistoia, 1 aprile 2009; Trib. Catania, 26 aprile 2009; Trib. Mantova, 24 luglio 2008.

## 7. Il consenso al trattamento sanitario dell'interdetto.

| 218

L'applicabilità delle disposizioni sulla tutela dei minori all'interdetto (art. 424, 1° comma, cod. civ.) sembra attribuire al tutore il potere di dare il consenso al trattamento sanitario che riguardi la persona sottoposta alla sua tutela<sup>45</sup>.

Non sussistono particolari dubbi circa il potere del tutore di sostituirsi all'interdetto nelle scelte mediche allorché questi sia, sul piano naturalistico, completamente incapace di intendere o di volere<sup>46</sup>.

Va però affermandosi, in linea con i sempre maggiori spazi di autonomia riconosciuti all'incapace legale capace di discernimento, la tendenza ad attribuire rilevanza alla volontà manifestata dall'interdetto quando risulti possedere un equilibrio ed una maturità sufficienti per comprendere il significato delle proprie decisioni.

Secondo un indirizzo dottrinale, addirittura, nel caso in cui l'interdetto risulti nella fattispecie concreta pienamente capace di intendere e di volere, ogni decisione riguardante la sua salute dovrebbe spettare esclusivamente a lui<sup>47</sup>.

In tal modo si riconosce all'interdetto capace di discernimento una autonomia maggiore rispetto a quella accordata al "grande minore", che potrebbe

<sup>45</sup> Diversamente dall'interdetto, l'inabilitato conserva la piena capacità di consentire alle cure. L'inabilitazione, infatti, rispondendo soltanto ad esigenze di protezione del patrimonio, non comporta alcuna limitazione della capacità di compiere atti di natura personale. Questo aspetto, tuttavia, non è tenuto in considerazione dall'art. 2, comma 8, del progetto di legge riguardante "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni di trattamento" (varato dalla Camera dei deputati l'11 luglio 2011 ed in attesa di approvazione da parte del Senato) che - accostando indebitamente la situazione dell'interdetto a quella dell'inabilitato - così recita: «Per tutti i soggetti interdetti o inabilitati il personale sanitario è comunque tenuto, in assenza di una dichiarazione anticipata di trattamento, a operare avendo sempre come scopo esclusivo la salvaguardia della salute e della vita del paziente».

<sup>46</sup> Tale ipotesi è stata esplicitamente analizzata dalla giurisprudenza nella nota vicenda relativa ad Eluana Englaro. La donna si trovava in stato vegetativo permanente a causa di un incidente stradale. A seguito di interdizione, il padre era stato nominato suo tutore. Nel decreto 31 dicembre 1999 la Corte di appello di Milano (*Famiglia*, 2002, II, pp. 231 e ss.) ha affermato, tra le altre cose, che tra i compiti di cura spettanti al tutore vi è anche la legittimazione ad esprimere il consenso al trattamento sanitario riguardante l'interdetto.

<sup>47</sup> Così G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, cit., p. 157. Si ricorda altresì che la Raccomandazione del Comitato dei Ministri degli Stati Membri del Consiglio d'Europa Rec. R (99) 4E, adottata dal Comitato dei ministri il 23 febbraio 1999, nella parte V dedicata agli interventi in ambito sanitario suggerisce ai governi degli Stati membri di procedere a riforme legislative che tengano conto della necessità di ottenere il consenso dell'adulto laddove questi abbia la capacità di farlo.

giustificarsi tenendo conto del diverso ruolo rivestito dal tutore rispetto ai genitori.

Infatti, se è vero che il tutore non provvede soltanto alla gestione del patrimonio dell'incapace, dovendo curare anche la sua persona, è altrettanto vero che, diversamente dai genitori del minore, egli non è, fisiologicamente, il suo protettore naturale.

Per protettore naturale si intende infatti quel soggetto con il quale l'incapace ha un particolare rapporto affettivo e di fiducia, alimentato dalla convivenza o comunque da una effettiva condivisione della quotidianità che legittima, sul piano sostanziale, il potere di sostituzione all'incapace medesimo<sup>48</sup>.

Se è per tale ragione, e non solo per l'elemento formale della rappresentanza legale, che i genitori conservano un ruolo importante nelle decisioni che riguardano i trattamenti sanitari dei "grandi minori", il diverso rapporto che lega il tutore all'interdetto potrebbe legittimare la sua completa estromissione dalle decisioni concernenti la salute dell'interdetto pienamente capace di autodeterminazione.

V'è da dire, però, che un'eventualità del genere è scarsamente probabile nella prassi, posto che l'art. 414 cod. civ. subordina la pronuncia di interdizione alla esistenza di una infermità mentale grave e duratura, che impedisce completamente al soggetto di provvedere ai propri interessi.

Ciò che invece in concreto può verificarsi è che l'interdetto sia in possesso di facoltà intellettive e cognitive deboli ed affievolite, tali da non consentirgli di prendere autonomamente delle decisioni ma, al contempo, tali da non impedirgli di comprendere il significato del trattamento sanitario al quale si intende sottoporlo.

In tali casi, pur essendo indiscutibile che l'interdetto debba essere informato ed ascoltato, pare difficile dubitare che spetti al tutore prestare il consenso, analogamente a quanto avviene allorché l'interdetto sia invece completamente incapace di intendere o di volere.

V'è da chiedersi, semmai, in relazione a tutte le ipotesi in cui il consenso al trattamento sanitario deve essere prestato dal tutore, se costui, stante la peculiarità del proprio ruolo, possa esercitare il potere di sostituzione di cui è titolare in piena autonomia<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Sulla figura del protettore naturale v. U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici ed applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania ed Italia*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 364 e ss.

<sup>49</sup> Ad avviso di A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *I diritti in medicina, Tratt. biodiritto*, cit., pp. 817 e ss., in part. 836 - 837, il potere sostitutivo dell'incapace in relazione agli "atti personalissimi" si configura a carattere eccezionale; pertanto le disposizioni che lo prevedono non si presterebbero, tendenzialmente, a forme di





Ebbene, quantomeno in relazione alle ipotesi in cui il tutore non è legato all'interdetto da particolari vincoli affettivi e di familiarità, pare plausibile sostenere che egli debba coinvolgere nel processo decisionale anche i protettori naturali dell'incapace, al fine di individuare, assieme a costoro, quale sia la decisione più rispondente al suo interesse ma anche, ove possibile, alla sua volontà<sup>50</sup>.

E' bene però subito precisare che, non prevedendo l'attuale disciplina della interdizione alcun ruolo per i protettori naturali dell'interdetto, non commette un illecito il medico che sia stato autorizzato al trattamento sanitario dal tutore che abbia estromesso dalla decisione i protettori naturali, purché la decisione assunta possa essere considerata rispondente all'interesse dell'interdetto nonché, ove vi sia spazio per una tale valutazione, alla sua volontà. In caso contrario, il medico, pur non potendo superare la determinazione posta in essere dal tutore, dovrebbe sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria<sup>51</sup>.

## 8. Il consenso al trattamento sanitario dell'incapace di intendere o di volere.

E' d'altro canto possibile che a necessitare di una prestazione sanitaria sia un soggetto legalmente capace ma di fatto non in grado di intendere o di volere (si tratta della c.d. incapacità naturale).

Se in tal caso pare indubbio che l'incapace naturale non possa validamente esprimere il consenso al trattamento sanitario (v. anche l'art. 428 cod. civ.),

---

interpretazione in via analogica. Di qui il dubbio che il potere di rappresentanza legale attribuito ai genitori anche per le decisioni concernenti la salute del figlio possa essere automaticamente ed incondizionatamente esteso al tutore dell'interdetto.

<sup>50</sup> Sempre nel caso Englaro, la Corte di Cassazione, in relazione al tema specifico della interruzione dei mezzi di sostegno vitale della persona in stato vegetativo permanente, ha affermato che il potere di sostituzione del tutore all'interdetto nelle decisioni mediche è sottoposto al duplice vincolo della corrispondenza della decisione all'interesse ed alla volontà dell'interdetto medesimo (Cass., 16 ottobre 2007, n. 2178, in *Foro it.*, cc. 3025 e ss.). Tale duplice vincolo, secondo M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., pp. 361 e ss., p. 382 può ritenersi operante per tutte le decisioni sanitarie da prendere nell'interesse di persone non in grado di decidere da sé. E' però evidente che il limite del rispetto della volontà può trovare applicazione solo quando, per le peculiarità del caso di specie, vi siano elementi su cui basare una siffatta indagine come può accadere nel caso di infermità sopravvenuta oppure allorché l'interdetto sia comunque in possesso di facoltà mentali, ancorché indebolite.

<sup>51</sup> Ai sensi dell'art. 384 cod. civ. il giudice tutelare può rimuovere o sospendere il tutore che si sia reso colpevole di negligenza, abbia abusato dei propri poteri, si sia dimostrato inetto nell'adempimento di essi o sia divenuto immeritevole dell'ufficio per atti anche estranei alla tutela.

al contempo non è normativamente previsto chi possa ad esso sostituirsi.

In mancanza di una espressa regolamentazione da parte del legislatore, si ritiene che la decisione, anche al di là dello stato di necessità, spetti al medico, pur avendo costui l'obbligo di coinvolgere nel processo decisionale i protettori naturali dell'incapace<sup>52</sup>.

Tuttavia, poiché i protettori naturali non sono titolari di poteri sostitutivi<sup>53</sup>, essendo il loro coinvolgimento esclusivamente finalizzato a garantire che la decisione venga presa nell'interesse del paziente ma anche nel rispetto della sua volontà quando essa sia appurabile,<sup>54</sup> sembra anche qui da escludere la responsabilità del medico allorché, pur avendo estromesso i protettori naturali, abbia effettuato una scelta rispettosa della suddetta duplice limitazione.

---

<sup>52</sup> Così M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., p. 386. Di diversa opinione G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico - paziente*, cit., p. 165, secondo il quale l'attribuzione al medico dell'obbligo di rivolgersi ai parenti è una soluzione troppo gravosa per il medico, che potrebbe pericolosamente ritardare l'intervento terapeutico.

<sup>53</sup> Così Trib. Milano, 14 maggio 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, pp. 1623 e ss.; Trib. Milano, 4 dicembre 1997, in *Danno resp.*, 1998, pp. 1030 e ss.; App. Firenze, 8 novembre 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, pp. 978 e ss.

<sup>54</sup> Attribuisce tale specifico significato all'intervento dei protettori naturali U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., p. 349.