

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Fasc. 2 - 2012

Antonio Gorgoni

**AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO
E TRATTAMENTI SANITARI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

OSSERVATORIO

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E TRATTAMENTI SANITARI

SOMMARIO: 1. Amministrazione di sostegno, salute e direttive anticipate di trattamento: i problemi. - 2. Il diritto alla salute della persona priva di autonomia: cinque casi. - 3. Salute e autodeterminazione. - 4. *Segue*: la salute come dimensione dell'identità personale. - 5. Incapacità di manifestare il consenso al trattamento medico. - 6. *Segue*: assunzione di stupefacenti e ricovero. - 7. *Segue*: terapia sperimentale. - 8. Il coinvolgimento dell'incapace nelle decisioni sulla salute. - 9. *Segue*: capacità di autodeterminarsi e profilo rimediabile. - 10. Trattamento sanitario obbligatorio e amministratore di sostegno. - 11. Atto di designazione e incapacità di agire nel sistema delle fonti. - 12. Il contenuto ulteriore dell'atto di designazione: decisioni e regole sui trattamenti medici. - 13. L'amministrazione di sostegno in caso di malattia progressivamente invalidante. - 14. Dichiarazioni anticipate di trattamento nell'atto di designazione e nomina dell'amministratore di sostegno. - 15. *Segue*: l'effettività del diritto di rifiutare trattamenti medici. - 16. Determinazioni sulla fine della vita ricostruite dall'amministratore di sostegno: legittimazione e limiti.

1. L'amministrazione di sostegno non ha soltanto una funzione protettiva e conservativa del patrimonio della persona priva di autonomia (*cura patrimonii*). Esso ha come obiettivo principale la promozione della persona, consentendole di realizzare anche interessi non patrimoniali (*cura personae*) (1). La salute appartiene com'è noto

(1) Il fatto che l'amministratore di sostegno, nello svolgimento dei suoi compiti debba « tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario » (art. 410, co. 1 c.c.) fa sì che l'amministrazione del patrimonio del beneficiario debba svolgersi « in un'ottica meno custodialistica e maggiormente orientata al rispetto della dignità umana ed alla cura complessiva della persona e della sua personalità, e non già del solo suo patrimonio » (così Cass. 12-6-2006 n. 13584, Guida al dir., 2006, 27, 81 s.). Il che renderebbe legittimi atti volti a soddisfare interessi culturali, attività di svago e di divertimento.

Un discorso specifico riguarda l'esercizio dei diritti soggettivi inviolabili che costituiscono un modo essenziale di espressione della personalità umana. Sul punto per una sintesi cfr. in dottrina G. Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno* (Milano 2008), 422 s. In giurisprudenza Trib. Varese, 24-10-2011, www.altalex.it, sul diritto alla ses-

alla sfera non patrimoniale, ma gli artt. 404-413 c.c. non adoperano mai questo termine, né prevedono che l'amministratore di sostegno possa affiancare o sostituire il beneficiario nell'assumere decisioni sui trattamenti medici.

È stato perciò osservato che il nostro ordinamento non contempla « un'adeguata disciplina del trattamento chirurgico » del disabile (2), sebbene vi siano alcune disposizioni del codice civile e di altre fonti che consentono di regolare questa fattispecie.

L'art. 405, co. 4 c.c. e l'art. 408, co. 1 c.c. impiegano l'espressione « cura della persona »; il primo quale oggetto dei provvedimenti urgenti che può adottare, anche d'ufficio, il giudice tutelare, il secondo come criterio che governa la scelta dell'amministratore di sostegno. Inoltre il generico riferimento contenuto nell'art. 404 c.c. agli « interessi » — cui deve essere impossibile anche in parte provvedere — senza alcuna distinzione tra quelli patrimoniali e non patrimoniali e l'attenzione posta dall'art. 410, co. 1 c.c. ai « bisogni » e dall'art. 44 disp. att. c.c. agli « interessi morali » del beneficiario sono elementi che aprono senz'altro alla salvaguardia del bene salute (3).

Il giudice tutelare, quindi, nel decreto di nomina o in un provvedimento integrativo dello stesso decreto (art. 407, co. 4 c.c.), potrebbe delimitare l'« oggetto dell'incarico » (art. 405, co. 5 n. 3 c.c.) oltre che a taluni interessi patrimoniali anche alla protezione della salute. Ma ciò non è sufficiente, dovendo egli individuare e calibrare il potere da attribuire all'amministratore di sostegno: rappresentanza o assistenza del beneficiario nell'acconsentire a una ben individuata operazione chirurgica o a una ben precisa terapia farmacologica.

Un potere perciò circoscritto a specifici atti, in osservanza di una delle principali linee-guida della riforma del 2004 che impone al

sualità di un interdetto; Trib. Varese, 6-10-2009, Fam. e dir., 2010, 3, 287, con nota di R. Russo, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, ha affermato che non si può attribuire all'amministratore di sostegno la facoltà di prestare, in luogo dell'interessato, il proprio consenso al matrimonio; Trib. Cagliari, 15-6-2010, www.altalex.it, ha accolto il reclamo ex art. 739 c.p.c., autorizzando l'amministratore di sostegno a proporre, in nome e per conto della beneficiaria, ricorso giudiziale o congiunto per separazione personale (cfr. *amplius infra* nota 185); Trib. Varese, 7-12-2011, www.dirittogiustizia.it, ha riconosciuto rilevanza costituzionale al sentimento per gli animali e, di conseguenza, ai sensi degli artt. 411 co. 1 e 379 c.c. in combinato disposto, ha nominato un ausiliario dell'amministratore di sostegno con il compito di prendersi cura del cane della beneficiaria e di portarlo nella struttura dove quest'ultima vive.

(2) Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno* cit., 28.

(3) Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno* cit., 343-344, argomentando dalle disposizioni citate nel testo, conclude che « il sistema normativo rende sicuro il riconoscimento che l'amministratore di sostegno è tenuto, altresì, alla cura della persona del beneficiario dell'amministrazione di sostegno ». In questo senso anche G. Lisella, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli, a cura di G. Ferrando (Milano 2005), 130-131.

giudice una riduzione della capacità di agire strettamente correlata alla specifica condizione psico-fisica della persona (4). Il che comporta una nuova sistematica delle misure di protezione delle persone, dove l'intervento sulla capacità d'agire si pone come eccezione (alla capacità) da contenere il più possibile (5).

Tutelare la salute del beneficiario determina due problemi, connessi tra loro, di non poco conto. Il primo riguarda il ruolo dell'amministratore di sostegno nell'assumere decisioni sui trattamenti sanitari. Egli di certo — salvo casi di gravissima infermità mentale — non può dialogare esclusivamente con il medico, estromettendo dal processo formativo della decisione il beneficiario. L'art. 410, co. 1 c.c. pone, infatti, a carico dell'amministratore il dovere « di tener conto (...) delle aspirazioni del beneficiario », cioè dei forti proponimenti della persona. I quali, come ha insegnato la più moderna psichiatria, appartengono anche a chi non è del tutto capace di agire.

L'amministrazione di sostegno, del resto, è un istituto che mira

(4) Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno* cit., 28. Il nuovo istituto, rispetto a quelli tradizionali, ha, com'è noto, preso le distanze da modelli astratti e precostituiti di incapacità. Esso è infatti uno strumento connotato da flessibilità e proporzionalità. Quest'ultima esprime l'esatta correlazione che deve esserci tra la riduzione della capacità di agire e le condizioni di salute del singolo soggetto. Sarebbe illegittima una diminuzione superiore a quanto strettamente necessario ad assicurare adeguata protezione degli interessi personali e patrimoniali del beneficiario. La flessibilità indica, invece, la possibilità di modulare con precisione i poteri dell'amministratore di sostegno. Per un'efficace disamina dei punti cardine dell'amministrazione di sostegno cfr. P. Cendon, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, a cura di P. Cendon - R. Rossi, I-II (Milano 2009), 80 s.

(5) Molti sono i contributi che hanno analizzato la disciplina dell'amministrazione di sostegno; se ne segnalano soltanto alcuni: S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, Nuova giur. civ. comm., 2004, II, 29 s.; U. Roma, *L'amministrazione di sostegno e i difficili rapporti con l'interdizione*, Nuove leggi civili comm., 2004, 933 s.; F. Ruscello, « *Amministrazione di sostegno e tutela dei « disabili »* », *Studium iuris*, 2004, 149; L. Balestra, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, *Famiglia*, 2005, I, 659 s.; M. Paladini, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 585 s.; S. Patti, *Una nuova misura di protezione della persona*, *Famiglia*, 2005, I, 221 s.; G. Ferrando, *Il beneficiario*, *Famiglia-Quaderni*, L'amministrazione di sostegno, a cura di S. Patti (Milano 2005), 4, 25 s.; P. Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli cit., 21 s.; P. Rescigno, *Status e capacità, I mobili confini dell'autonomia privata*, *Atti del convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, a cura di M. Paradiso (Milano 2005), 15 s.; A. Gorgoni, *L'amministrazione di sostegno: profili sostanziali*, *Riv. dir. priv.*, 2006, 3, 603 s.

Per un approfondito quadro d'insieme cfr. G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*² (Padova 2007); E.V. Napoli, *L'amministrazione di sostegno* (Padova 2009); Cendon - Rossi, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche* cit.; A. Turco, *Amministrazione di sostegno. Novella e sistema* (Napoli 2010).

soprattutto a salvaguardare e a promuovere le residue capacità intellettive e volitive della persona. Ma allora, laddove sia possibile, occorre che l'amministratore e il medico si adoperino affinché l'intervento sanitario sia almeno accettato dal beneficiario, la cui autonomia nelle decisioni sulla salute non deve essere annullata dalla presenza di un soggetto incaricato di proteggerlo (6).

In verità al raggiungimento di quest'obiettivo possono frapporsi consistenti difficoltà. Tendenzialmente non è semplice valorizzare la capacità di autodeterminarsi della persona disabile o sofferente, ma, come abbiamo constatato, è ciò che il nostro diritto obbliga a fare. Di conseguenza, medico, familiari e amministratore di sostegno non possono prescindere dal relazionarsi col beneficiario. Tant'è che in caso di lesione dell'autodeterminazione, nonostante il rispetto delle *leges artis* da parte del medico, il beneficiario ha diritto, come vedremo, al risarcimento del danno.

Diventa allora preminente la comunicazione con il disabile, la quale è talvolta complessa, contrassegnata anche da mezze parole, da gesti e in generale da tutti quei segni del « linguaggio non verbale ». Lo scopo di essa è promuovere la formazione di una volontà consapevole e comunque di capire se la volontà manifestata dal beneficiario « faccia parte di una valutazione pessimistico-depressiva o quanto sia espressione di un suo specifico orientamento esistenziale » (7).

Il secondo problema cui si accennava poco sopra riguarda, invece, l'applicabilità dell'amministrazione di sostegno ai diversi casi in cui viene in rilievo l'autodeterminazione. Quelli più discussi riguardano la persona affetta da una malattia progressivamente invalidante o immobilizzata ma lucida o, ancora, perfettamente sana che intende anticipare le direttive sulla fine della vita qualora dovessero verificarsi determinati eventi. Nella seconda ipotesi la piena capacità mentale impedirebbe la nomina dell'amministratore qualora la tecnologia consentisse di manifestare ugualmente la propria volontà. Nella terza, invece, la mancanza di una legge specifica e l'assenza dell'attualità dell'infermità o della menomazione — requisito, questo, che sembra richiesto dall'art. 404 c.c. — impedirebbero la nomina dell'amministratore di sostegno.

Dall'impostazione dei problemi appena tratteggiati emerge un dato: qualora l'individuo non sia pienamente capace di intendere e di volere e gli occorra un trattamento sanitario, la categoria astratta

(6) Negli scritti dei giuristi e come vedremo meglio in seguito anche nel legislatore è oramai maturata la consapevolezza che la malattia mentale non pregiudica necessariamente, e comunque non del tutto, la capacità di intendere e di volere. Questa è la condizione maggiormente diffusa tra i sofferenti psichici (cfr. Cendon, *Amministrazione di sostegno* cit., 175-179 e ivi altri riferimenti bibliografici). Fondamentali le influenze sulla psichiatria degli studi di M. Merleau Ponty, *Fenomenologia della percezione* (Milano 2009), V ed. (pubblicato per la prima volta nel 1945), in part. cfr. le pagine sul corpo 111 s.

(7) Cendon, *Amministrazione di sostegno* cit., 171.

dell'incapacità appare talvolta inidonea a regolare il caso concreto, non riuscendo a dominare la complessità dei fatti (8). Così come, del resto, accade in altri ambiti, come in quello della tutela dell'embrione (9), della vita nascente (10) e del corpo umano inanimato (11).

(8) Esito, questo, senz'altro da avversare, altrimenti il diritto diviene una sovrastruttura della società in tensione con la stessa, privo di « forza promozionale trasformatrice » (così P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*³ (Napoli, 2006), 161-162). Cfr. anche D. Messinetti, voce *Personalità (diritti della)*, Enc. dir. (Milano 1983), 373 s.; Id., *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, Riv. crit. dir. priv., 2008, 4, p. 553.

(9) P. Schlesinger, *Il concepito e l'inizio della persona*, Riv. dir. civ., 2008, 3, 247 s., rivendica al giurista la competenza ad intervenire sul problema dell'individuazione dell'inizio della persona umana. Non ne c'è la difficoltà: inidoneità a dare indicazioni e insufficienza sia dell'art. 1 c.c. che dell'art. 1, co. 1, l. 19-2-2004 n. 40. Certo è innegabile che l'art. 1 c.c. conservi ancora attualità, avendo codificato il rifiuto di « ogni premessa che leghi la capacità a requisiti ulteriori rispetto al nascere di un essere umano vivo quale che ne sia la qualità di vita e l'integrità corporea, le attitudini e potenzialità presenti o assenti ». Ma è altrettanto vero che in taluni casi come quelli che coinvolgono il nato non vitale « è sempre più necessario sciogliersi dall'idea di capacità giuridica ». Cfr. anche C.M. Mazzoni, *La tutela reale dell'embrione*, Nuova giur. civ. comm., 2003, II, 457 s.; Id., *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C.M. Mazzoni - S. Rodotà - P. Zatti, tomo II (Milano 2011), 1299 s.; F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, Riv. dir. civ., 2004, I, 533 s.; G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, Riv. dir. civ., 2005, I, 99 s.; Id., *L'inizio della vita umana*, Riv. dir. civ., 1982, II, 499 s.

In giurisprudenza: cfr. Cass. 11-5-2009 n. 10741, *Danno e resp.*, 2010, 2, 144 s., con nota di F. Di Ciommo, *Giurisprudenza-normativa e « diritto a non nascere se non sano »*. La Corte di Cassazione in vena di *revirement?*, ha affermato che la nozione soggettività giuridica è più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche; il nascituro o concepito è « dotato di autonoma soggettività giuridica » perché titolare dei diritti, sia pur con dei limiti, alla vita, alla salute, all'onore o alla reputazione, rispetto ai quali la nascita è *condicio iuris* imprescindibile della loro azionabilità in un giudizio. In questa pronuncia il riferimento alla soggettività ha rappresentato il fondamento della pretesa risarcitoria del nato nei confronti del medico per le lesioni subite a causa di un farmaco somministrato dal medico stesso. In una pronuncia più risalente la Cassazione, pur non impiegando la categoria del soggetto, ha comunque ammesso la risarcibilità del danno alla salute subito dal nato per negligenze del medico avvenute durante la gravidanza (cfr. Cass. 22-11-1993 n. 11503, *Resp. civ. e prev.*, 1994, 403 s., con nota di E. Ioratti, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*). Su questa stessa linea già Corte cost. 18-2-1975 n. 27, *Giur. cost.*, 1975, 117, la quale ha affermato che la tutela del concepito ha fondamento costituzionale. Anche la Corte eur. giust. 18-10-2011 C-34/10, Guida al dir., 2011, 44, 15 s., ha accolto un approccio di tutela in concreto dell'embrione, alla luce del contesto normativo di riferimento, rifuggendo da qualsiasi generalizzazione che potesse orientare la soluzione in un senso o nell'altro.

(10) P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo cit., 1334.

(11) F.D. Busnelli, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in Tratt. Biodi-

Questa considerazione si rafforzerà nel corso della trattazione del tema oggetto di queste pagine.

2. L'amministrazione di sostegno è l'istituto deputato alla tutela della salute della persona non in grado di esprimere autonomamente la volontà sui trattamenti sanitari che la riguardano. Gli artt. 404, 405, co. 4, 408, co. 1 e 410, co. 1 c.c., sui quali torneremo ancora, suffragano questa conclusione.

Occorre però precisare i limiti di applicabilità della misura alla luce dell'indiscutibile rilevanza della volontà del beneficiario nonostante la nomina dell'amministratore di sostegno. Rilevanza desumibile dai commi 1 e 2 dell'art. 410, co. 1 c.c., i quali obbligano l'amministratore sia a « tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario » sia a informare quest'ultimo circa gli atti da compiere.

Il discorso sui limiti si estende anche all'ambito applicativo dell'amministrazione di sostegno rispetto sia ai trattamenti sanitari obbligatori sia, come si accennava, alle direttive anticipate di trattamento.

Ma prima di affrontare questi delicati aspetti e di delineare più esattamente i casi su cui rifletteremo, è utile soffermarsi sulle ragioni che consentono di ritenere l'amministrazione di sostegno lo strumento preposto a tutelare la salute delle persone menomate o inferme. Il discorso può scandirsi nei seguenti passaggi. Intanto non v'è dubbio che il diritto alla salute debba essere garantito anche alle persone prive in tutto o in parte di autonomia. Il venir meno o la riduzione della capacità di intendere e di volere non può certo comportare la perdita o l'affievolimento del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.). Si violerebbe altrimenti il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazione sancito dalla Costituzione, dalla CEDU e, più nello specifico, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (12).

ritto, il governo del corpo cit., 2317 s., denuncia « l'incapacità delle categorie giuridiche a rappresentare fenomeni della realtà naturale » (p. 2144), affrontando i temi dell'analisi del DNA per accertare la paternità, della diffusione dell'immagine del defunto e del prelievo di organi e tessuti a scopo di trapianto.

(12) L'art. 14 della CEDU (ratificata il 26-10-1955) impone di assicurare il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione « senza distinzione di alcuna specie ». L'art. 2 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13-12-2006 e resa esecutiva in Italia il 30-3-2007, stabilisce che « per discriminazione fondata sulla disabilità si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, e il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole ». Altre due norme della medesima Convenzione che interessano il nostro tema sono l'art. 3 che indica, tra i principi generali, « il rispetto per

L'amministrazione di sostegno scongiura decisamente questa eventualità, potendosi dedurre dalla formulazione degli artt. 405, co. 4., 408, co. 1 e 410, co. 1 c.c. che l'istituto tutela interessi non soltanto patrimoniali ma anche personali, tra i quali vi è senz'altro la salute.

La prima disposizione, nel delimitare lo scopo dei provvedimenti urgenti, distingue tra « cura della persona interessata » e « conservazione e amministrazione del suo patrimonio ». Il termine cura significa, in generale, interessamento attento e costante, ma nel contesto normativo allude all'attenzione per gli aspetti personali, poiché quelli patrimoniali sono stati già considerati dalla stessa disposizione.

La seconda, l'art. 408, co. 1 c.c., con riferimento alla scelta dell'amministratore di sostegno, riprende la medesima distinzione di cui all'art. 405, co. 4 c.c. con una terminologia più sintetica. Stabilisce che, in tale attività, il giudice debba operare con « esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario ». Qui il termine interessi, privo com'è dell'aggettivo qualificativo, può essere riferito anche alla sfera non patrimoniale. Come del resto ha sottolineato la Cassazione con riguardo allo stesso termine contenuto nell'art. 414 c.c. sulle persone che possono essere interdette (13). Naturalmente identica considerazione deve valere con riguardo al termine « interessi » impiegato nell'art. 404 c.c.

Il nesso tra amministrazione di sostegno e tutela della personalità emerge anche da altre disposizioni (14), tra cui in particolare —

la dignità intrinseca, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone » [corsivo mio], e l'art. 10 secondo cui « Gli Stati Parti riaffermano che il diritto alla vita è connaturato alla persona umana ed adottano tutte le misure necessarie a garantire l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri ».

(13) Cass. 18-12-1989 n. 5652, Nuova giur. civ. comm., 1990, I, 512 s., con nota di C.M. Mazzoni, ha affermato che l'espressione incapacità di provvedere ai propri interessi, contenuta nell'art. 414 c.c., deve essere riferita anche al « profilo della protezione degli interessi non patrimoniali » come la salute. I quali però corrono il rischio di essere pregiudicati dal compimento di atti giuridici. Il tutore, continua la Suprema Corte, può essere nominato anche qualora non vi siano patrimoni da proteggere, ma occorra assicurare la sopravvivenza di una persona « messa in pericolo da un suo rifiuto (determinato da infermità psichica) a interventi esterni di assistenza quali il ricovero in luogo sicuro e salubre o anche il ricovero in ospedale per urgenti e necessari interventi sanitari ». Si può ritenere che queste considerazioni valgano anche con riferimento all'art. 404 c.c. in cui vi è l'espressione « impossibilità (...) di provvedere ai propri interessi ».

(14) Tra le altre disposizioni possono essere richiamate: l'art. 405, co. 5 n. 6 c.c. secondo cui il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve indicare la periodicità con cui l'amministratore riferirà al giudice « circa (...) le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario »; l'art. 44 disp. att. c.c. che attribuisce al giudice tutelare il potere di convocare in qualunque momento l'amministratore di sostegno

lo si ribadisce — l'art. 410, co. 1 c.c., il quale detta una norma fondamentale, espressiva dello *spirito* del nuovo istituto. L'amministratore di sostegno, nello svolgimento del suo ufficio, « deve tenere conto dei bisogni (...) del beneficiario » (15). Il sostantivo bisogno allude in generale a qualcosa che occorre, come, ad esempio, un trattamento medico necessario per migliorare la propria salute, per evitare o procrastinare il decesso.

L'amministrazione di sostegno è dunque l'istituto da applicare per tutelare la salute di chi, al momento in cui appaia necessario un intervento sanitario, sia incapace di decidere consapevolmente o di comunicare qualsiasi volontà. Quest'ultima situazione si verifica tra l'altro nel caso — di cui ci occuperemo specificamente — della malattia progressivamente invalidante fino all'eliminazione della coscienza di Sé. Qui è evidente che soltanto prima di tale momento è possibile anticipare le proprie determinazioni sui trattamenti medici.

La giurisprudenza ha ampiamente utilizzato l'amministrazione di sostegno a tutela della salute del beneficiario, in ossequio anche all'art. 6 della Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina (16). Disposizione, questa, che richiede, nell'interesse delle persone prive della capacità di prestare il consenso, l'autorizzazione di un rappresentante, di un'autorità o di un soggetto designato dalla legge quale condizione di legittimità dell'intervento medico.

Vi è però un'applicazione dell'istituto in parola che ha diviso giurisprudenza di merito e dottrina: come strumento di attuazione delle direttive anticipate di trattamento o, con terminologia meno appropriata, del testamento biologico. La fattispecie concreta è nota.

per dargli « istruzioni inerenti agli interessi morali (...) del beneficiario »; l'art. 418, co. 3 c.c. che richiama l'art. 405, co. 4 c.c.

(15) P. Cendon, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno*, Diritto privato, Persone, famiglia e successioni, a cura di S. Mazzaresse-A. Sassi (Torino 2009), 157 s., sottolinea che la protezione delle persone sofferenti prende vita dal basso. Significa che la regolazione dei poteri dell'amministratore di sostegno, ma anche il loro esercizio è condizionato dalla capacità di comprensione del beneficiario e di trasmissione della sua volontà. Questa capacità di comunicare deve spesso essere favorita e compresa dall'amministratore in uno sforzo, talvolta, non certo semplice (artt. 407, co. 2, 410, coo. 1 e 2 c.c.). Giustamente Cendon — l'A. che più ha studiato l'amministrazione di sostegno — parla di « persuasione » e di « ascolto ».

(16) Con l. 28-3-2001 n. 45 è stata autorizzata la ratifica della *Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina* (Oviedo, 4-4-1997) ma ad oggi non risulta ancora ratificata dallo Stato italiano. Ad essa, per effetto della legge di autorizzazione alla ratifica, deve riconoscersi « una funzione ausiliaria sul piano interpretativo » delle norme interne, nel senso di leggerle nel modo più conforme possibile alla Convenzione (così Cass. s.u. 16-10-2007 n. 21748, caso E. Englaro). L'art. 6, co. 3 stabilisce che « Nei casi in cui, a causa di handicap mentale, di malattia o per motivi simili, secondo la legge un maggiorenne non possiede la capacità di dare il consenso a un intervento, questo può essere effettuato solo con l'autorizzazione del suo rappresentante, o di una autorità o di persona o istanza designata dalla legge ».

L'interessato chiede al giudice tutelare di nominare amministratore di sostegno la persona designata ai sensi dell'art. 408, co. 1 c.c.; gli chiede altresì di attribuire all'amministratore il potere di comunicare al medico le proprie direttive anticipate di trattamento, esplicitate sempre nell'atto di designazione, garantendone così l'osservanza. Ma come si accennava nel primo paragrafo le problematiche non mancano con riguardo sia all'ipotesi appena descritta, sia al più diffuso impiego dell'amministrazione di sostegno a tutela della salute.

Per affrontarle più efficacemente è utile delineare compiutamente i casi su cui ci soffermeremo, peraltro già oggetto di specifico esame da parte della giurisprudenza di merito. Sono soprattutto cinque: 1) persona affetta da malattia mentale che necessita di un'operazione chirurgica o di una cura farmacologica, non in grado di autodeterminarsi e di comprendere le conseguenze di qualsivoglia decisione sulla propria salute; 2) persona con disabilità, non priva di un certo grado di capacità di intendere e di volere, che rifiuta un trattamento sanitario o un'operazione chirurgica essenziale; 3) persona perfettamente capace di intendere e di volere, colpita da una malattia progressivamente invalidante, che, di fronte alla diagnosi di una futura perdita di coscienza, intenda affidare a un rappresentante la trasmissione delle proprie determinazioni sui trattamenti che desidera ricevere o che rifiuta; 4) persona sana, pienamente capace di agire, che designa ai sensi dell'art. 408, co. 1 c.c. un amministratore di sostegno — nominato successivamente dal giudice tutelare — affinché manifesti al medico le proprie volontà contrarie a taluni trattamenti salvavita in presenza di un sopravvenuto irreversibile stato di incoscienza; 5) persona in stato vegetativo permanente che, pur non avendo formalizzato per iscritto alcuna direttiva anticipata di trattamento, abbia espresso in passato una personalità da cui poter presumere una ferma e sicura contrarietà al mantenimento in vita.

3. Se l'amministrazione di sostegno tutela la salute del beneficiario e se quest'ultimo, come già posto in luce, deve essere coinvolto nel rapporto con il medico e con l'amministratore di sostegno, occorre soffermarsi sul concetto di salute. Anche perché, chiarendo quest'ultimo nel contesto normativo di riferimento, si comprendono più a fondo le diverse dinamiche e gli esiti desiderabili cui può pervenire il rapporto con il malato disabile.

Naturalmente il discorso sulla salute e, più in generale, sulla persona si colloca in uno « scenario sopranazionale » (17). Oltre agli artt. 404, 405, co. 4, 408, co. 1 e 410, co. 1 c.c. interessano alcune disposizioni della Costituzione — le cui norme com'è noto possono essere fonte diretta della regola giuridica (18) — della Convenzione sui

(17) P. Costa, *Cittadinanza* (Roma-Bari 2009), 147.

(18) È noto come nello sviluppo dei diritti della personalità, avvenuto nel se-

Diritti Umani e la biomedicina, della Convenzione delle Nazioni Unite sulla Disabilità e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Senza tralasciare talune leggi interne e neppure, tra le cosiddette fonti legate all'autonomia privata, il Codice di deontologia medica, al quale è stata riconosciuta, sia pur con talune distinzioni, natura giuridica (19).

L'interprete si confronta con una pluralità di livelli normativi (20): costituzionale, internazionale, comunitario, giurisprudenziale (21) —

colo scorso, la Costituzione abbia svolto un ruolo decisivo. Non occorre certo indugiare sul tema della c.d. *Drittwirkung*, ampiamente svolto dalla migliore dottrina (cfr. N. Lipari, *Le singole fonti del diritto privato*, Le fonti e i soggetti, Tratt. Lipari-Rescigno (Milano 2009), 57 s.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II (Napoli 2006), 542, che richiama l'art. 54 Cost. - il quale stabilisce che tutti i cittadini devono osservare la Costituzione e le leggi — osservando che il principio di legalità vale, appunto, per tutti i cittadini, dunque « è fuorviante ricercare nel legislatore il destinatario esclusivo delle norme costituzionali; altrettanto sterile è discutere sulla loro natura politica non giuridica ». Le norme costituzionali non fungono solamente da parametro per una rilettura della legislazione ordinaria. Esse sono applicabili nei rapporti di diritto civile (c.d. applicazione diretta) anche quando contengono valori o principi pur in assenza di norme ordinarie specifiche.

(19) Cass. s.u. 20-12-2007 n. 26810, Foro it., 2009, I, 3167, con nota di G. Scarselli, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, ha riconosciuto al codice disciplinare forense natura di fonte normativa integrativa del precetto legislativo ed esattamente della norma di legge che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare. Vi è un'analoga norma anche con riguardo all'Ordine dei medici (cfr. d.p.r. 5-4-1950 n. 221). Ne consegue l'ammissibilità del ricorso in Cassazione per violazione di legge (cfr. anche Cass. s.u. 30-4-2008 n. 10875, Nuova giur. civ. comm., con nota di C. Marras, *Divieto di duplicazione di onorari per attività non effettivamente prestate*, 2008, 12, 1378 e Cass. s.u. 7-7-2009 n. 15852, www.giuridico.zanichelli.it/le-pubblicazioni-del-foro-italiano/) In dottrina si discute da tempo su una possibile efficacia anche « esterna » delle norme deontologiche, nel senso di riconoscere agli enti una potestà a dettare norme applicabili nell'ordinamento generale in una prospettiva di tutela del paziente. È stato osservato che il codice deontologico contiene norme che integrano concetti elastici e clausole generali dell'ordinamento giuridico (ad es. l'art. 1375 c.c.). Talvolta esso detta norme procedurali per rendere effettivo un diritto previsto dalla legge come nell'esempio del consenso informato (artt. 33-35). In altri casi è lo stesso legislatore che prevede l'adozione di un codice deontologico (art. 139 d.lgs. 30-6-2003 n. 196, protezione dati personali). Cfr. *amplius* A. Bellelli, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, Riv. dir. civ., 1995, 6, 581 s.

(20) V. Bongiovanni, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, Fam. e dir., 2011, 3, 310 s.; S. Cassese, *Trattato di Lisbona: la Germania frena*, Gior. di dir. amm., 2009, 9, 1003; M. Castellaneta, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Notariato, 2010, 2, 197; M. Cartabia, *Il Trattato di Lisbona*, Giorn. dir. amm., 2010, 3, 221, afferma che l'adesione dell'Unione europea alla CEDU (art. 6, co. 2 Trattato UE) da realizzarsi attraverso una determinata procedura comporterà l'assoggettamento delle istituzioni europee al rispetto della Convenzione e alla giurisdizione della sua Corte dei diritti.

(21) La complessità delle fonti e il ricorso ai principi — norme a tutti gli effetti (cfr. *infra* nota 19) — mostra l'insufficienza, spesso, della mera esegesi, spingendo l'in-

con riguardo anche alle Corti sovranazionali (22) — e deontologico. E l'interpretazione, di conseguenza, non può che essere sistematica e — secondo la concezione del diritto come strumento di ordine sociale — orientata « in funzione applicativa alle fattispecie concrete al fine di riconoscere a ciascuna di esse l'ordinamento adeguato » (23).

terprete ad individuare una regola che prima non emergeva, *expressis verbis*, dal tessuto normativo. Si tratta di un'attività diversa da quella del legislatore, ma pur sempre protesa alla formazione di un nuovo diritto; sotto questo profilo è stato giustamente affermato che la giurisprudenza è fonte del diritto. Lipari, *Le singole fonti del diritto privato*, cit., 5 s. (spec. 124), giunge a questa conclusione dopo un'analisi sul diritto. A riprova l'A. segnala il riferimento da parte della Corte costituzionale al diritto vivente « inteso come il risultato precettivo che viene assegnato all'enunciato (o ad un sistema di enunciati) all'esito del procedimento interpretativo quale prevalso in sede giurisprudenziale ». Sul ruolo della giurisprudenza cfr. le riflessioni di L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano 1967), 359 s. e di P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto* (Milano 2006), 151, 173, 196, 244.

In giurisprudenza cfr. Cass. 11-5-2009 n. 10741 cit., la quale, in tema di interpretazione, svolge le seguenti considerazioni: 1) la pluralità delle fonti ha determinato i processi di decodificazione e di depatrimonializzazione, ponendo al centro la persona portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali; 2) la configurazione del nostro sistema giuridico come « semi aperto » (cioè fondato anche sulle clausole generali e su indicazioni di valori) consente al giudice di individuare « nuove aree di protezione degli interessi »; 3) in questa attività espansiva dell'ordinamento il giudice incontra il limite della Costituzione e del principio di legalità, inteso, questo, in un quadro di pluralità di fonti. In questo quadro e con questi limiti la giurisprudenza si pone come « autonoma fonte del diritto ».

(22) L'art. 267 TFUE attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale: « a) sull'interpretazione dei trattati ». L'art. 32 CEDU stabilisce che la « competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli... ». In giurisprudenza cfr.: Cass. 24-10-2007 n. 348 e Cass. 24-10-2007 n. 349, *Corr. giur.*, 2008, 2, 185, con nota di M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale - La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, si sono soffermate sull'ambito applicativo degli artt. 7, 10, 11 e 117 Cost.; Corte cost. 12-3-2010 n. 93, Foro it., 2010, 7-8, 1; Cass. s.u. 23-12-2005 n. 28507, Foro it., 2006, 5, 1, 1423; Cass. 30-9-2011 n. 19985, Guida al dir., 2011, 44, 42 s., ha affermato che le sentenze della Cedu hanno valore di giudicato formale e devono essere osservate dal giudice italiano anche se sopravvengono durante il procedimento (nel caso di specie il giudicato riguardava il fatto che le dichiarazioni diffamatorie non erano connesse alla funzione parlamentare e dunque non erano coperte dall'art. 68 Cost.).

P. Perlingieri, *Il principio di legalità nel diritto civile*, Rass. dir. civ., 2010, 2, 177 s.

(23) P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, Riv. dir. civ., 2010, 3, 319 e 335, rileva come l'unitarietà dell'ordinamento « esige che l'interpretazione a fini applicativi sia realizzata mediante uno stesso argomentare, ispirato ad un'unica logica e ad un'unica assiologia, ricavabile dal sistema nel suo complesso, senza che il giudice italiano possa tener distinte le regole idonee a interpretare le leggi nazionali, da quelle idonee a interpretare le disposizioni comunitarie, da quelle ancora idonee a interpretare le disposizioni costituzionali ». Ciò trova conferma nella rico-

Ogni soluzione dovrà essere conforme a principi e valori che, in quanto posti al vertice del sistema ordinamentale unitario, ne costituiscono l'identità. Principi, il riferimento ai quali appare non più come *extrema ratio* del processo ermeneutico ma come costante di ogni ricostruzione (24).

Posta questa premessa il discorso sulla salute può muovere da qualche interrogativo. È giustificabile un intervento chirurgico che consenta al malato di sopravvivere nonostante la sua contrarietà? Deve prevalere un'accezione oggettiva della salute quando l'individuo non è pienamente capace di intendere e di volere? La scienza medica può impossessarsi del corpo separandolo dall'io della persona?

È stato giustamente osservato che il linguaggio dell'appartenenza è inadeguato a regolare le decisioni sulla propria salute (25).

nosciuta idoneità delle norme comunitarie e delle direttive a integrare le riserve di legge poste dalla Costituzione (L'A. parla perciò di superamento della ricostruzione dualistica dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario). Anche N. Lipari, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, Riv. crit. dir. e proc. civ., 2011, 8 s., constata come « il quadro ordinamentale cui [il giudice] deve richiamarsi per individuare i principi di fondo in chiave assiologica sui quali fondare la sua decisione non ha alcun confine di tipo statutale ». L'allargamento dei punti di riferimento della giuridicità ha fatto sì che l'analogia abbia progressivamente perso quella specificità strutturale « di segno meramente logico », palesando « l'asfittica prospettiva » dell'art. 12 della preleggi al c.c. (p. 12). L'A. parla di « passaggio dal sistema come postulato all'interpretazione sistematica come processo » (p.15). E ciò « riscoprendo una operante dialettica fra tutti gli indici che concorrono a formare, in un dato momento storico, l'esperienza giuridica al di là di ogni formalistico tentativo di fondare il procedimento applicativo sulla necessaria postulazione di una norma » (p. 17).

(24) G. Vettori, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo tra le Corti*, in questa *Rivista*, 2011, 1, 250-251, osserva che i principi come i diritti hanno « pari giuridicità e capacità di essere fonti di diritti e di doveri », sicché invece di tentare una distinzione sotto il profilo effettuale, è più produttivo concentrarsi sulle « tecniche di attuazione degli uni e degli altri » (cfr. dello stesso Autore anche, *La lunga marcia dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Riv. dir. priv., 2007, 4, 706 s. In argomento anche G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia* (Bologna 2008), 210 s. e R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, Riv. dir. civ., 2005, I, 417 s.

La debolezza della distinzione tra diritti e principi sembra emergere anche dalle sentenze cosiddette manipolative — additive o sostitutive — della Corte costituzionale, le quali, in sostanza, riscrivono, applicando un principio, una determinata disposizione, assicurando così a fonte del diritto. Sull'interpretazione e sulla centralità del ruolo del giurista cfr. P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, Quaderni Fiorentini, 2003, 32, 35 s.; L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, Jus, 1976, 14; M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali* (Roma-Bari 2009), 5 s. e 28 s.

(25) P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, Nuova giur. civ. comm., 2007, 4 s.; S. Rodotà, *Il corpo "giuridificato"*, cit., 56 s. Entrambi gli Autori ritengono che le decisioni sulla propria salute si lasciano comprendere e rappresentare con il linguaggio dell'identificazione del corpo-io con il corpo-cosa. Il corpo non è (e non può essere) micro oggetto di una *voluntas*, ma è un tutt'uno con quest'ultima.

Se la storia del corpo « mi costruisce », esso esprime « interamente me » (26).

Identità e corpo possono dunque intrecciarsi (27) ma anche separarsi diversificando i loro cammini, « rivendicando autonomie » (28), come accade quando l'individuo non riconosce più se stesso nella vita corporale. Si ha una disidentificazione: l'io si stacca dal corpo inerte, doloroso. Il che può accadere nel coma irreversibile o nella malattia progressivamente invalidante. In quest'ultimo caso l'impiego delle nuove tecnologie può consentire all'individuo di autodeterminarsi anche quando egli abbia perso l'uso della parola (29) e finanche — ma è ancora una frontiera — quando il corpo sia inerte in ogni sua parte (30).

(26) Così Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza* cit., 6. Ma il diritto allora deve consentire di collegare ogni singola vicenda del corpo alla persona nel suo insieme, altrimenti vi è il rischio di assimilare le sue parti a qualsiasi altra merce. Come pure vi è il rischio di legittimare regole e interpretazioni che guardano al corpo come altro dalla persona. Rodotà, *Il corpo "giuridificato"* cit., 70 s., argomenta l'unità funzionale della persona dall'art. 3, co. 2 lett. c) della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Soltanto da questa prospettiva si spiega il divieto di lucrare dall'impiego di parti del corpo umano. L'A. reca diversi esempi da cui emerge un « corpo scomponibile, disseminabile, manipolabile, falsificabile », il che esige nuove garanzie e determina una nuova dialettica tra responsabilità e risarcimento del danno. Anche P. Zatti, *Principi e forme del "governo" del corpo*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, I cit., 112 s., nel trattare della doppia verità del corpo — il corpo *mio* corpo — Sé — rimarca con riferimento alla prima che « l'appartenenza può impregnarsi di aspetti interiori che rendono l'oggetto un luogo dell'io »; si pensi ai gameti congelati e distrutti dalla Banca per errore o alle protesi (v. il noto caso Pistorius). A tal proposito l'A. parla di « corpo esteso ». Una parte del corpo separata da esso può anche staccarsi dall'io (ciocca di capelli da vendere). Si passa « dall'io alla cosa-non io ». Queste differenze esigono risposte giuridiche differenti: « la modalità identitaria reclama la protezione dell'identità, la modalità oggettiva richiama una diversa tutela. La loro sovrapposizione è possibile, e la prospettiva destinata a prevalere può dipendere dal contesto di aggressione o dal contesto di decisioni dell'interessato » (p. 117). Certo è che, osserva l'A., la parte del corpo separata o da separare « non è mai (o quasi mai) solo oggetto », restando comunque « vaso di identità ».

(27) D. Le Breton, *L'appartenance du corps*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, I cit., 25, sottolinea quale mutamento dell'antropologia il passaggio dalla dissociazione all'unificazione tra corpo e persona. Corpo come identità: « *la dignité est évoquée pour protéger la personne contre elle-même, et justement pour ne jamais considérer le corps comme une propriété mais comme identité à soi* ».

(28) E. Resta, *L'identità nel corpo*, in Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, I, cit., 3.

(29) Trib. Sassari 16-7-2007, Foro it., 2007, I-2, 3026 s., ha ammesso in un caso di sclerosi laterale amiotrofica (Sla) l'uso del sintetizzatore vocale *MyTobii*. Il quale ha consentito al malato di esprimere la propria volontà contraria alla permanenza in vita.

(30) F. G. Pizzetti, *Autodeterminazione e salute nel "Brain-computer interfacing"*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 1, 31 s.

Queste dinamiche dell'esistenza umana in cui il corpo incontra la tecnica o si scontra con essa non sono estranee al diritto. Il quale è chiamato a risolvere il rapporto, anche conflittuale, tra identità e vita, autodeterminazione e limiti della rappresentanza. Ritorna quindi la domanda posta poco sopra: l'applicazione delle tecniche mediche che tengono in vita un corpo immobilizzato, con o senza coscienza di sé, può prescindere dalla considerazione che l'individuo abbia di questa condizione? Viene in rilievo il problema dei limiti (31) per l'interessato, per il medico e per il potere legislativo.

Sul punto vi è un dato sistematico che assume un rilievo assolutamente centrale. A un attento esame condotto in diversi ambiti emerge come la regola giuridica sia conformata dall'elemento soggettivo. Si pensi alle nozioni di stato di abbandono nella dichiarazione di adottabilità (32), di salute e di danno biologico (33), al principio

(31) B. Magni, *I confini del corpo*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, I, cit. 44-46.

(32) Cass. 14-11-2003 n. 17198, Guida al dir., 2004, I, 53 s.; Cass. 11-10-2006 n. 21817, Fam. e dir., 2007, I, 77 s.; Cass. 22-1-2010 n. 1108, Fam. e dir., 2010, 12, 1099, con nota di F. Astiggiano, *Il procedimento di adottabilità del minore: alcuni aspetti procedurali e ruolo dei parenti*; Cass. 24-2-2010 n. 4545, www.dejure.giuffre.it; ivi Cass. 31-3-2010 n. 7961 e Cass. 4-5-2010 n. 10706, Cass. 4-4-2011 n. 7608, Guida al dir., 2011, 24, 63.

Da queste pronunce si evince che lo stato di abbandono è caratterizzato da una componente oggettiva e una soggettiva. Com'è noto, l'art. 8 della l. 4-5-1983 n. 184 individua lo stato di abbandono nella privazione per il minore dell'« assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi ». Si tratta di una norma sostanzialmente « in bianco », la quale assume un contenuto preciso alla luce degli artt. 30, 31 e 32 Cost., in un difficile equilibrio con il diritto del minore di essere educato nella propria famiglia. Educare e istruire il figlio (art. 30 Cost., e art. 147 c.c.) significa trasmettergli « i valori necessari per fargli progressivamente acquistare le capacità e posizioni proprie di ogni membro della collettività [provvedendo] anche finanziariamente al soddisfacimento dei bisogni del minore e alle sue esigenze di crescita ». Dunque, a contrario, si ha stato di abbandono se, all'esito di un rigoroso accertamento, emergono « carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare, di per sé, una situazione di pregiudizio per il minore », consistente nella compromissione « in modo grave e irreversibile di un armonico sviluppo psico-fisico dello stesso » [elemento oggettivo]. In questa valutazione tuttavia si considera il minore non in astratto « ma in concreto, cioè in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche fisiche e psicologiche, alla sua età, al suo grado di sviluppo e alle sue potenzialità » [elemento soggettivo]. Con la conseguenza che la mera volontà dei genitori di prendersi cura del minore, in mancanza di concreti riscontri, è non sufficiente a superare la situazione di abbandono.

(33) Corte cost. 14-7-1986 n. 184, Foro it., 1986, 2, 2054 s., con nota di G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, e ivi, 2976 s., con nota di P.G. Monateri, *La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico (« Staatsrecht verghe, Privatrecht besteh »)*, ha ritenuto l'art. 32 Cost. direttamente applicabile ai rapporti tra privati, con la conseguenza che l'individuo leso nella salute poteva pretendere il risarcimento del danno ai sensi del-

del consenso informato e alla rilevanza delle determinazioni degli incapaci. In questi casi la tensione tra autorità e libertà, tra fattispecie astratta e concreta si scioglie valorizzando le specificità delle dinamiche-relazionali nel danno biologico, il grado di maturità e di autodeterminazione del minore nella situazione di abbandono e nel campo della salute, la volontà del beneficiario dell'amministrazione di sostegno e, entro certi limiti, quella dell'interdetto.

Il minore, il beneficiario, l'interdetto e l'inabilitato non possono essere esclusi a priori dal rapporto con il medico. L'incapacità legale e lo schema della potestà non regolano, dunque, l'intera gamma degli atti giuridici. L'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, cui va ricondotta la sfera della salute, non è governato dall'antitesi capacità-incapacità, né dalla potestà, non più intesa come soggezione (34), ma dalla concreta e specifica (sia pur minima) capacità di intendere e di volere (35).

4. La nozione di salute contribuisce a chiarire quando possa essere attribuito all'amministratore il potere sostitutivo del volere del beneficiario, ma anche a stabilire quale sia la funzione e il limite dell'esercizio di tale potere. Il discorso si intreccia con la rilevanza più volte segnalata della volontà del beneficiario.

Il concetto di salute non esiste soltanto in astratto, ma deve misurarsi con la persona specifica della cui salute si discute. Certamente

l'art. 2043 c.c.. Com'è noto questa pronuncia, collegando la norma civilistica all'art. 32 Cost, ha consentito di superare i dubbi di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.

In dottrina sull'evoluzione del diritto alla salute sono fondamentali le letture di P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, Rass. dir. civ., 1982, II, 1037 s.; C. Castronovo, *Danno biologico: un itinerario di diritto giurisprudenziale* (Milano 1988); F.D. Busnelli, *Il danno biologico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"* (Torino 2001). Cfr. anche l'interessante quadro di sintesi di G. Marini, *La responsabilità civile. Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra (Milano 2008), 243 s.

(34) P. Stanzione, voce *Minori (condizione giuridica dei)*, Enc. dir., Annali (Milano 2011), IV, 726-728.

(35) F. Giardina, *Tutela della salute degli incapaci e interventi « protettivi » di terzi*, Il diritto alla salute, a cura di F.D. Busnelli - U. Breccia (Bologna 1979), 128 s.; F.D. Busnelli, *Capacità e incapacità di agire del minore*, Dir. fam. e pers., 1982, 54 s.; A. Carratta, *I procedimenti sullo stato di adottabilità e de potestate dopo l'entrata in vigore della l. 149 del 2001: verso un giusto processo civile minorile*, Dir. fam. e pers., 2010, 1, 276 s.; P. Di Marzio, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, Dir. fam. e pers., 2001, 1, 365 ss.; A. Gorgoni, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione*, Persona e mercato, 2011, 1, 55 s.; Stanzione, voce *Minori (condizione giuridica dei)* cit., 732, rileva come non siano ammissibili interpretazioni degli artt. 2 e 3 Cost. « volte ad espungere il minore dal godimento e dall'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali ». Piuttosto da diverse disposizioni contenute sia del codice civile che in altre fonti anche sovranazionali si deduce che « il progressivo imporsi della maturità di discernimento del minore (...) restringe le aree di eterodeterminazione » (p. 730).

applicando le conoscenze e i parametri della scienza medica potrà dirsi che un soggetto necessita di un determinato intervento chirurgico. Ma questa valutazione, prevalentemente generale e astratta, può non corrispondere al sentire individuale. Questo contrasto tra scienza e individualità è alimentato inevitabilmente dall'unicità di ciascun essere umano. Il quale valuta il proprio stato di salute anche secondo criteri intimi che prescindono dagli standard della medicina.

La consapevolezza di una nuova dimensione della salute è frutto di un'evoluzione, oramai recepita dal diritto, che ha segnato, nella seconda metà del Novecento (36), tappe significative. Le quali hanno svelato anche l'inadeguatezza dell'alternativa capacità-incapacità per risolvere i problemi giuridici posti dalla necessità di curare una persona priva in tutto o in parte di autonomia.

Secondo la concezione più antica la salute esprimeva esclusivamente una condizione di normalità, la cui alterazione richiedeva l'intervento del medico il quale applicava conoscenze, protocolli e tecniche consolidate nella scienza. In questo senso la salute — è stato finalmente osservato — poiché « traduce una descrizione in prescrizione ha carattere (...) normativo » (37). Ma è evidente che se la salute esprimeva soltanto l'assenza di malattia, la valutazione del bene del paziente si muoveva in una logica esclusivamente oggettiva.

In questa prospettiva il medico diventava la figura preminente nella relazione con il malato, tanto che il primo decideva, in luogo del secondo, la soluzione più giusta in sé, in astratto. Il medico era detentore di una « potestà » di curare. Ma con l'ampliarsi della nozione in parola, apertasi alla soggettività, si è assistito al superamento del paternalismo medico (38), con conseguente ridimensionamento della concezione normativa della salute « che non è più l'indicatore dominante della relazione terapeutica » (39).

Le radici di questo mutamento sono ravvisabili nella nota definizione legale di salute redatta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (40). La quale, nel riferirsi al benessere fisico, psichico e so-

(36) R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, Tratt. biodiritto, Salute e sanità, a cura di R. Ferrara (Milano 2010), 12 s., sottolinea come l'art. 32 Cost. abbia determinato una netta cesura con lo Stato di diritto ottocentesco, il quale di disinteressava della salute dei cittadini. È con l'avvento dello Stato sociale — le cui radici si trovano nella Germania di Bismarck — che la salute muove verso la configurazione come diritto individuale.

(37) P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e « integrità » della persona*, Nuova giur. civ. comm., 2008, 403.

(38) M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, Tratt. biodiritto, I diritti in medicina, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti (Milano 2011), 217-218.

(39) Zatti, *Rapporto medico-paziente e « integrità » della persona* cit., 404; V. Durante, *La salute come diritto della persona*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, I cit., 584 s.

(40) D.lgs. C.P.S. 4-3-1947 n. 1068, Approvazione del protocollo concernente la

ziale, specifica che tale stato non possa consistere solamente nell'assenza di malattia o d'infermità. Subentra così la dimensione soggettiva della salute, in cui assumono rilievo le valutazioni insindacabili formulate dal paziente sulla propria condizione fisica e psichica. Valutazioni che possono anche non coincidere con quanto la scienza medica prescrive nel caso specifico, attingendo ad altri fattori quali i rapporti familiari, le relazioni sociali, l'ambiente in cui si vive, le proprie concezioni spirituali e religiose.

Il discorso assume maggiore evidenza e spessore giuridico se si esamina la Convenzione dei diritti dell'uomo (41), e, soprattutto, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina. Queste ultime due pongono la salute in relazione con l'identità, la dignità e l'integrità. In particolare dall'interpretazione degli artt. 1, 2 e 3 della Carta si evince come la salute sia espressione dell'identità personale e al contempo dimensione dell'integrità. Se, infatti, soltanto il consenso libero e informato legittima un trattamento nel campo della medicina e della biologia, se la dignità umana deve essere rispettata e se ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica, si deve ammettere che al centro del rapporto terapeutico sta l'identità dell'uomo e, prima ancora, il valore della libertà. Proprio questa centralità ha costituito il punto decisivo della motivazione della Cassazione nel caso Englaro (42).

Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) stipulato a New York il 22 luglio 1946. Nel Preambolo della Costituzione OMS si afferma che « *La santé est un état de complet bien-être physique, mentale et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ».

(41) Cedu 29-4-2002, *Petty c. Regno Unito*, www.coe.int., ha affermato che l'imposizione di un trattamento medico viola l'integrità fisica della persona, coinvolgendo i diritti tutelati dall'art. 8, co. 1 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

(42) Cass. 16-10-2007 n. 21748, Riv. dir. civ., 2008, 3, 363, con nota di E. Palmerini, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; Nuova giur. civ. comm., 2008, 1, 1, 86, con nota di A. Venchiarutti, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; Fam. e dir., 2008, 2, 129, con nota di R. Campione, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; Corr. giur., 2007, 12, 1676, con nota di E. Calò, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; Fam. pers. e success., 2008, 6, 508, con nota A. Gorgoni, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; Foro it., 2008, 1, 2609, con nota di S. Cacace, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario « life-sustaining »*; Dir. fam. e pers., 2008, I, 107 s., con nota di F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*; Fam. pers. succ., 2008, 960, con nota di F.D. Busnelli, *Il caso Englaro in Cassazione*. Nella sentenza si riconosce che la salute non è più intesa « come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza ».

Ma le considerazioni appena svolte preparano un altro passo, in verità già compiuto da un'autorevole e attenta dottrina (43). La salute è diventata una dimensione dell'integrità, la quale a sua volta si compone di tre aspetti: genetico, corporale e psicologico-morale, come si desume dall'art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE. L'integrità trascende l'aspetto dell'assenza di malattia « per assumere quello della propria, unica qualità di esistenza, nella sintesi dei tre aspetti che formano l'uomo. Proprio perciò l'integrità [nella Carta dei Diritti dell'UE] si connette alla vita e sta sotto l'insegna della dignità (44) ».

Anche l'art. 1 della Convenzione dei Diritti Umani e la biomedicina stabilisce uno stretto legame tra identità e integrità (e quindi salute) (45). Questa disposizione vuol significare che lo Stato non può garantire l'integrità senza contestualmente proteggere e valorizzare l'identità.

La nostra giurisprudenza di legittimità ha colto la dimensione identitaria della salute (46). Una prima significativa pronuncia si è avuta nel 1990, quando la Corte costituzionale ha affermato che l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1 Cost.) postula « l'esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo » (47). Non può esservi libertà se ciascuno non ha il potere di decidere cosa sia più confacente per il proprio corpo, per se stesso. E

(43) Zatti, *Rapporto medico-paziente e « integrità » della persona* cit., 406 s., sottolinea come l'integrità si declini in due accezioni: integro come intatto e integro come intero nel senso di pienezza del Sé. Nella prima viene in rilievo l'assenza di malattia, nella seconda l'integrità si apre ad aspetti del vissuto che coinvolgono l'identità.

(44) Zatti, *ibidem*.

(45) Il legame tra identità e integrità (salute) è posto dall'art. 1 (Oggetto e finalità) della *Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina* secondo il quale « Le parti firmatarie della presente Convenzione proteggono la dignità e l'identità di tutti gli esseri umani e garantiscono a ogni persona, senza discriminazioni, il rispetto della sua integrità e dei suoi diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina ». Anche l'art. 2 è significativo di tale legame stabilendo che « Gli interessi e il bene dell'essere umano devono avere priorità rispetto al semplice interesse della società e della scienza ». Ma chi stabilisce quale sia il bene della persona? Non sembra che la norma taccia del tutto. Certamente non è il medico né la società, quindi neppure il diritto quale espressione di quest'ultima. Ciò si desume dal fatto che la norma subordina l'interesse della società e della scienza all'interesse e al bene della persona. Cfr. altresì art. 5 sul consenso informato.

(46) Zatti, *Rapporto medico-paziente e « integrità » della persona* cit., 405, parla di « contaminazione identitaria della salute ».

(47) Corte cost. 22-10-1990 n. 471, Foro it., 1991, I, 14 s., con nota di R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto « attivo » e in quello « passivo »*. È interessante notare come sotto il profilo dell'evoluzione delle norme costituzionali, l'art. 13 Cost., previsto allo scopo di difendere il singolo dall'abuso dei pubblici poteri, sia stato interpretato come fondante il diritto all'autodeterminazione nell'ambito della salute. Opinando diversamente la stessa libertà personale verrebbe fortemente incrinata.

affinché questo potere sia effettivo, si è sviluppato un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto al consenso informato natura di diritto fondamentale (48), precisandone altresì l'oggetto (49).

In questo nuovo scenario la Consulta ha efficacemente definito la funzione del consenso informato — dopo averne riconosciuto il fondamento costituzionale — quale « sintesi » dei diritti fondamentali all'autodeterminazione e alla salute (50). Esso « rappresenta, a un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un

(48) Cass. 11-5-2009 n. 10741 cit.; Cass. pen. s.u. 21-1-2009 n. 2437, Guida al dir., 2009, 7, 54 s., ha richiamato la sentenza della Corte cost. n. 438/2008 — cit. *infra* la quale ha riconosciuto fondamento costituzionale al consenso informato — sottolineando come la Consulta abbia ricostruito il consenso informato « in modo del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta la giurisprudenza » della Cassazione. Le Sezioni unite penali hanno ritenuto penalmente irrilevante — sia quanto all'art. 582 c.p. che 610 c.p. — aver sottoposto il paziente a un trattamento chirurgico diverso da quello per cui era stato prestato il consenso informato, purché l'intervento si sia concluso con esito fausto. Sempre le sezioni unite penali hanno richiamato note sentenze che hanno contribuito a delineare il consenso informato tra cui: Cass. pen. 21-4-1992 n. 5639 (Massimo), Cass. pen. 1992, 34; Cass. pen. 11.7.2001 n. 35822 (Firenzani), Cass. pen., 2002, 2041; Cass. pen. 29-5-2002, n. 528 (Volterrani), *Studium iuris*, 2003, 511; Cass. pen. 14-3-2008 n. 1135 (Hascer), *Giur. it.*, 2008, 10, 2283.

In giurisprudenza civile cfr. Cass. 25-11-1994 n. 10014, Foro it., 1995, I, 2913 con nota di E. Scoditti, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*; Cass. 26-3-1981 n. 1773, Arch. civ., 1981, 544.

(49) Cass. 30-7-2004 n. 14638, *Giur. it.*, 2005, 7, con nota di M. D'Auria, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*, chiarisce che il medico deve informare il paziente sui rischi oggettivi e tecnici con riguardo alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della scienza, sulla situazione ospedaliera, sui rischi prevedibili e imprevedibili — non su quelli anomali — e sui rischi ridotti che tuttavia incidono gravemente sulle condizioni fisiche o sulla vita stessa, nonché sui rischi specifici di determinate scelte alternative. Il medico deve altresì informare circa i rischi propri di una fase autonoma di un intervento complesso svolto in *equipe* (ad es. l'anestesia).

(50) Corte cost. 23-12-2008 n. 438, *Giur. cost.*, 2008, 4947, con note di R. Balduzzi - D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*; di D. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale del « consenso informato » ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*; e di C. Coraggio, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 3 della l. reg. Piemonte 6-11-2007 n. 21 che subordinava la somministrazione di sostanza psicotrope su bambini e adolescenti fino a 18 anni al consenso « scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto » resa dai genitori o dal tutore. La ragione dell'incostituzionalità risiede nella competenza del legislatore statale nel conformare il consenso informato, trattandosi di un « principio fondamentale [artt. 2, 13 e 32 Cost.] in materia di tutela della salute » (art. 117, co. 3 Cost.). Questa pronuncia, diversamente dalla sentenza della Consulta n. 471/1990, ha collegato la salute al diritto all'autodeterminazione senza peraltro indicare alcun limite a tale diritto; limite individuato dalla più remota sentenza della Corte cost. nella dignità umana (*amplius* p. 4961).

mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi » (51). Il consenso informato (*id est*: l'autodeterminazione) è dunque un bene autonomo rispetto al bene salute. Ne deriva, sul piano rimediabile, la risarcibilità del danno cagionato al paziente dall'omessa o insufficiente informazione nonostante l'esecuzione a regola d'arte dell'intervento terapeutico.

I casi giurisprudenziali riconducibili a quest'ultima ipotesi sono diversi (52), ma un tratto comune li unisce: la rilevanza del profilo soggettivo dell'integrità (53). Il che porta in primo piano personali e

(51) Cass. 9-2-2010 n. 2847, Nuova giur. civ. comm., 2010, 783 s., con note di S. Cacace, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. Scacchi, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; Persona e mercato, 2010, 4, 189 ss., con nota di A. Gorgoni, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*. Cfr. altresì il commento di A. Riccio, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, Contr. e impr., 2010, 2, 313 s.

(52) Cass. 30-1-2009 n. 2468, *Danno e resp.*, 2009, 4, 446 s. (sul test anti HIV); Cass. 14-3-2006 n. 5444, *Risp. civ.*, 2006, 6, 566 s. (omessa informazione sulle possibili conseguenze negative della radioterapia); Cass. 6-10-1997, www.giuridico.zanichelli.it/le-pubblicazioni-del-foro-italiano/ (omessa informazione sulle conseguenze inevitabili di un intervento di chirurgia estetica al seno). Sul tema delle trasfusioni di sangue praticate al Testimone di Geova cfr.: Cass. 15-9-2008 n. 23676, *Corr. giur.*, 2008, 11, 1503 s., a cura di V. Carbone, *Trattamenti sanitari e diritto di non curarsi*; Cass. 23-2-2007 n. 4211, *Corr. giur.*, 2007, 5, 615 s., a cura di V. Carbone, *Dissenso sulle trasfusioni ed esigenze sopravvenute nel corso dell'intervento*.

In caso di nascita indesiderata viene in rilievo il diritto di autodeterminarsi in ordine all'interruzione della gravidanza. La donna ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale qualora, per effetto della tardiva o errata diagnosi di malformazione fetale, non abbia potuto interrompere la gravidanza. Anche se non vi è danno biologico viene ugualmente in gioco la salute della donna in quell'accezione più ampia che coinvolge il benessere nella vita quotidiana e di relazione. Anche il padre ha diritto al medesimo risarcimento essendo soggetto protetto dal contratto tra la gestante e l'ospedale (c.d. contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi): cfr. Cass. 4-1-2010 n. 13, *Corr. giur.*, 2010, 2, 163 s., a cura di Carbone, *Responsabilità medica per la nascita di bambini malformati*; Cass. 11-5-2009 n. 10741 cit. (sull'omessa informazione della capacità teratogena del clomifene); Cass. 14-7-2006 n. 16123, *Corr. giur.*, 2006, 12, 1691, con nota di G. Liserre, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; Cass. 29-7-2004 n. 14488, *Fam. e dir.*, 2004, 6, 559 s. (sull'omessa informazione dei rischi di trasmissione di una malattia della donna al nascituro) con nota di G. Facci, *Wrongfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?*

In caso di perdita di un figlio ai genitori spetta il risarcimento del danno non patrimoniale per la definitiva perdita del rapporto parentale. In tale danno, diverso da quello alla salute (inteso come lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile), rientrano lo « stato di prostrazione con tutti i suoi sintomi, quali profondo abbattimento, disinteresse per il lavoro, tendenza all'isolamento, ecc. » (così, Cass. 3-2-2011 n. 2557, *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 761 s., con nota di G. Facci, *Nessun risarcimento del danno biologico alla madre per la morte del figlio, in assenza di un effettivo pregiudizio alla salute*).

(53) R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura* (Mi-

insindacabili scelte e aspettative di vita che coinvolgono l'idea che la persona ha di sé (54) e del proprio benessere.

Da questa prospettiva si può osservare che il bene giuridico protetto non è l'autodeterminazione in sé (55), la quale non è un valore assoluto. Il dogma della volontà, messo in crisi negli anni sessanta del secolo scorso (56) e l'individualismo estremo non si attagliano a un ordinamento moderno in cui, in un ampio quadro di principi, valori e fini, si incrociano e si scontrano istanze diverse.

Si deve allora più correttamente ritenere che, sul terreno della salute e delle scelte di fine vita, oggetto di tutela siano i valori dell'integrità, dell'identità e della dignità attraverso il medio dell'autodeterminazione. Ma se le decisioni sulla salute e la stessa nozione di salute sono intimamente legate all'identità personale, divengono illegittimi tutti gli interventi medici — anche l'idratazione e l'alimentazione artificiali — senza o contro la volontà della persona.

lano 2010), 175 s., distingue più casi in cui la non esauriente informazione da parte del medico determina effetti diversi: 1) lesione della salute per aver privato il paziente della possibilità di scegliere un intervento medico diverso da quello praticato; 2) lesione della dignità-identità per aver precluso decisioni che avrebbero potuto essere assunte in presenza di una completa informazione sugli effetti collaterali. Qui il danno — ritiene l'A. — non è effetto consequenziale della lesione dell'interesse protetto, ma coincide con quest'ultima. Egli afferma che « la sola lesione è sufficiente a dar luogo al risarcimento mentre il diverso atteggiarsi del danno, caso per caso, definisce l'intensità del disvalore insito nella lesione, non la sua conseguenza » (p. 205).

(54) Cass. 9-2-2010 n. 2847 cit., chiarisce che per ottenere il risarcimento del danno biologico da omessa informazione non basta provare quest'ultima, ma occorre dimostrare il nesso di causalità tra condotta omissiva e lesione della salute. Ossia che l'adempimento dell'obbligo di informare avrebbe indotto il paziente a negare il consenso all'intervento chirurgico (c.d. valutazione controfattuale). In mancanza di tali presupposti — continua tale pronuncia — è risarcibile quantomeno il danno non patrimoniale da turbamento ingenerato da una complicità sconosciuta.

(55) G. Cricenti, *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, Nuova giur. civ. comm., 2011, 4, 203 s., nega che vi sia un generale diritto all'autodeterminazione distinto dai singoli diritti di libertà come il diritto al consenso informato, il diritto di rifiutare le cure o quello di procreare. Se, continua l'A., talune limitazioni dell'autodeterminazione sono pacificamente accettate (ad es: il divieto di riduzione in schiavitù o di vendita di organi) ed altre sono inammissibili (ad es: divieto di professare una religione), significa che il fondamento dei singoli diritti di libertà « non è nell'autodeterminazione del singolo, ma nella legge » (p. 211). Sulla stessa linea R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 237, il quale sottolinea come il diritto ad autodeterminarsi è strumentale alla protezione di altri valori quali l'integrità, la dignità e l'identità.

(56) Macario-Lobuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi* cit., 145 s., ripercorrono efficacemente la complessa e composita riflessione in materia di autonomia privata maturata negli anni Settanta, indagandone il lascito nella nuova disciplina dell'autonomia privata regolamentata. Su ciò cfr. anche le interessanti considerazioni di Nivarra, *Ipotesi sul diritto privato e suoi anni settanta*, in *Gli anni Settanta del diritto privato* cit., 18 s.

Questa stretta connessione rende particolarmente delicato il problema dell'attribuzione del potere rappresentativo nell'ambito della salute e delle decisioni di fine vita. Anche perché, alla luce di talune disposizioni, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non può essere estromesso dal rapporto con il medico. Il che esige una riflessione sulla rilevanza della volontà dello stesso beneficiario nonostante la patologia mentale o fisica che lo affligga.

5. Qualora la persona a causa delle proprie condizioni psichiche non possa decidere consapevolmente su un intervento sanitario necessario o si opponga a esso, l'amministrazione di sostegno consente alla stessa di esercitare il diritto alla salute.

Questa ipotesi deve essere tenuta distinta dal trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale. Mentre quest'ultimo riguarda il trattamento coattivo della malattia mentale, la prima attiene alla cura di una patologia sopravvenuta non inerente all'infirmità o alla menomazione psichica dell'interessato.

La Costituzione, com'è noto, subordina a una riserva di legge e a un atto motivato dell'autorità giudiziaria qualsiasi restrizione della libertà personale (art. 13, ma anche artt. 14, 16 e 32 Cost.). Ora poiché le scelte sulla propria salute sono da ricondurre alla libertà personale, si deve ritenere che se la persona difetti della capacità di intendere e di volere, il trattamento medico cui si intenda sottoporla sia assoggettato alle garanzie costituzionali. Se ne prescinde soltanto in caso di urgente necessità terapeutica quale fatto scriminante o, secondo una concezione più esatta (57), in forza della finalità dell'attività del medico di tutelare la salute quale fondamentale diritto della persona (58).

(57) F. Mantovani, *Diritto penale* (Padova 1992), 274-275, sottolinea come non sia possibile applicare la scriminante dello stato di necessità « rispetto alle attività già giuridicamente disciplinate nella loro portata e limiti da specifiche norme di legge o sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico, per cui eventuali conflitti di interessi sono già previamente risolti dal diritto ». Così è per l'attività medico-chirurgica. « L'urgente necessità terapeutica [continua l'illustre A.] può rilevare non come scriminante, ma soltanto per sostituire al consenso reale del malato, in stato di incoscienza, il consenso presunto all'intervento terapeutico a suo beneficio, che è pur sempre, ideologicamente, espressione del principio personalistico del consenso ».

(58) P.G. Monateri, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, Tratt. biodiritto, La responsabilità in medicina, a cura di A. Belvedere - S. Riondato (Milano 2011), 21 ss., afferma giustamente che l'autodeterminazione terapeutica quale principio costituzionale non ha impedito alle sezioni unite della Cassazione (n. 2437/2008, cit.) di accogliere la teoria dell'autolegittimazione dell'atto medico, secondo la quale l'attività del medico ha fondamento non in specifiche scriminanti ma nella finalità di tutela del bene-salute quale diritto fondamentale garantito dall'art. 32 Cost. Questi due versanti — continua l'A. — non sono contraddittori ma, osserva l'A., « consentono la giudice di temperare gli estremismi degli opposti orientamenti sulla natura

Naturalmente non sempre occorre procedere immediatamente; in molti casi l'intervento chirurgico o il trattamento farmacologico, nonostante la serietà del quadro clinico, non deve essere praticato senza attendere altro tempo. In queste situazioni, mancando lo stato di necessità, qualora il medico intervenisse senza il consenso del paziente, commetterebbe un illecito. Non si determina però una *impasse*, giacché vi sono alcune norme che consentono di ripristinare il dualismo medico-paziente: l'art. 357 c.c. (richiamato dall'art. 424, co. 1 c.c.) per l'interdetto e gli artt. 405, co. 4 c.c., 408, co. 1 e 410, co. 1 per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

In particolare l'art. 405, co. 4 c.c., attribuendo al giudice tutelare il potere di adottare anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona (*id est*: della salute), integra la riserva di legge costituzionale cui si accennava (59). Il medico perciò può eseguire un intervento o un trattamento sanitario nell'interesse del paziente solo se, in attuazione dell'art. 405, co. 4 c.c., il giudice abbia autorizzato l'amministratore di sostegno (o il tutore *ex art.* 357 c.c.) a esprimere il necessario consenso nel nome e per conto del paziente-beneficiario (o interdetto).

Sempre a proposito del principio di legalità si è già ricordato come esso operi in un quadro ordinamentale più ampio di quello meramente interno. Non occorre indugiare ancora se non per segnalare qualche altra disposizione a conferma del corretto impiego dell'amministrazione di sostegno a tutela della salute. L'art. 6 della Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina stabilisce che se un maggiore è privo della capacità di prestare il consenso a un intervento medico, questo possa essere effettuato « solo con l'autorizzazione del suo rappresentante o di un'autorità designata dalla legge ».

Ancora, gli artt. 25 e 12, co. 4 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità stabiliscono, rispettivamente, che i disabili « hanno il diritto di godere del miglior stato di salute possibile, senza discriminazioni fondate sulla disabilità » e che le misure adottate dagli Stati Parti « relative all'esercizio della capacità giuridica [*rectius*: di agire] » devono fornire « adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani ». Vi è un nesso funzionale tra le misure protettive — quali l'amministrazione di sostegno e l'interdizione — e

dell'attività medica e di giustificare soluzioni applicative flessibili nei casi in cui il principio di beneficiarietà entra in contrasto con quello di autodeterminazione terapeutica ». Difatti le sezioni unite penali hanno escluso, come si diceva, la rilevanza penale della condotta consistente nell'effettuare un intervento — con esito fausto e secondo le regole dell'arte medica — diverso da quello assentito o che vada oltre quest'ultimo. Cfr. anche L. Balestra, *L'autodeterminazione nel « fine vita »*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2011, 4, 1023, il quale afferma che in presenza di una doverosità dell'intervento medico deve escludersi l'ingiustizia del danno.

(59) Trib. Milano 5-4-2007, Resp. civ., 2007, 7, 667 s., a cura di G. Facci.

la salute del disabile, con particolare riguardo per quella della donna (art. 6) e del minore (art. 7).

L'ampia casistica della giurisprudenza di merito (60) dimostra come l'amministrazione di sostegno sia uno strumento efficace e versatile per salvaguardare la salute di chi non può manifestare un consenso o un dissenso libero e consapevole agli accertamenti e ai trattamenti prospettati dal medico. Naturalmente l'intervento del giudice è assai delicato: egli dovrà valutare la concreta capacità di intendere e di volere, verificando se vi sia un impedimento psichico ad assumere decisioni consapevoli (61). Capacità in concreto, dunque, e non piena capacità di autodeterminarsi; quel tanto che basta per poter compiere una libera scelta. In questa prospettiva, lontana da ogni astrattezza, si cerca di salvaguardare l'autonomia individuale del disabile, principio, questo, espressamente affermato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 lett. a) (62).

Vi può essere il caso in cui l'interessato si opponga fermamente a un'operazione chirurgica reputata necessaria dalla scienza medica.

(60) Trib. Parma 7-6-2011, Fam. e dir., 2011, 8-9, 791 s., con nota di A. Scalera, *I trattamenti sanitari dell'interdetto: poteri del tutore e ruolo del giudice*; Trib. Roma 6-12-2010 (anoressia), www.personaedanno.it; Trib. Roma 24-3-2010 (terapia sperimentale), Fam. e dir., 2010, 11, 1021 s., con nota di E. Falletti, *Amministrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di Alzheimer*; Trib. Palermo 9-12-2009, Fam. e dir., 2010, 5, 492, con nota di S. Andaloro, *L'amministrazione di sostegno come strumento di tutela del consenso informato*; Trib. Genova 6-4-2009, www.giuridico.zanichelli.it/le-pubblicazioni-del-foro-italiano/; Trib. Genova 6-3-2009 (trasfusioni), www.dejure.giuffre.it; Trib. Milano 13-12-2007 (assunzione di droghe e disturbo della personalità), www.personaedanno.it; Trib. Milano 5-4-2007, cit.; Trib. Termini Imerese 15-1-2007, *Corr. del merito*, 2007, 5, 558; Trib. Bari 27-12-2006, www.dejure.giuffre.it; Trib. Roma 22-12-2004 (anziana con disturbo delirante e neoplasia), www.giuridico.zanichelli.it/le-pubblicazioni-del-foro-italiano/; Trib. Modena, 15.9.2004, Fam. e dir., 2005, 1, 85 s., con nota di F. Ruscello, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*; Trib. Modena 28-6-2004, www.leggiditaliaprofessionale.it; Trib. Roma 19-3-2004, *Notariato*, 2004, 3, 249 s., con nota di E. Calò, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*.

(61) Trib. Milano 5-4-2007 cit.

(62) Trib. Parma 7-6-2011 cit. ha giustamente respinto l'istanza con la quale il tutore chiedeva di essere autorizzato a esprimere il consenso, nel nome e per conto dell'interdetto, a un intervento chirurgico. Da una parte il certificato medico non evidenziava né la necessità dell'operazione né il rapporto rischi/benefici. Dall'altra non era stata dimostrata l'incapacità dell'interdetto a manifestare una volontà consapevole con riferimento all'intervento chirurgico prospettato. Del resto, continua il Trib., « non sussiste un principio generale secondo cui al sostituto *ex lege* nell'attività giuridica (cioè al rappresentante legale) va riconosciuto sempre e comunque il potere di esprimere il consenso informato in nome e per conto del rappresentato ». Il tutore, in primo luogo, « è tenuto a conoscere e a rispettare la volontà del beneficiario con riguardo alle scelte di cura ».

Questa volontà negativa è rilevante solo se consapevolmente espressa. Il che postula non — come si diceva — la piena capacità di intendere e di volere ma la capacità di valutare le conseguenze del mancato intervento. Alla base del rifiuto vi deve essere una motivazione che, seppur del tutto soggettiva, sia stata espressa in modo cosciente.

Vero è, allora, che se il dissenso non può più essere valutato attraverso la rigida alternativa capacità/incapacità, si viene a creare una zona grigia. La quale non deve affatto irretire il giurista teorico né quello pratico, piuttosto essa deve essere valorizzata allo scopo di far emergere l'autodeterminazione. Del resto è oramai acquisita la consapevolezza che non si possono trasporre sul terreno non patrimoniale gli strumenti della capacità e della volontà, tradizionalmente legati all'ambito contrattuale e al perseguimento di interessi meramente economici. Il nostro ordinamento ha riconosciuto, almeno sul versante degli interessi non patrimoniali, la rilevanza giuridica della concreta capacità di comprensione.

Certamente un dissenso manifestato con deliranti, confusi e contraddittori argomenti rende inesistente la volontà (63). Il giudice dovrà acquisire tutti gli elementi disponibili, soprattutto scientifici (attraverso la documentazione medica), senza omettere di sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisca (art. 407, co. 2 c.c.). Egli, accertata l'incapacità dell'interessato di decidere consapevolmente, gli nominerà un amministratore di sostegno, attribuendogli il potere rappresentativo di prestare il consenso all'atto medico.

Nonostante il potere rappresentativo, il disabile deve comunque essere coinvolto nel processo decisionale che lo riguarda. Egli dovrà pertanto, nei limiti del possibile, ricevere tutte le informazioni ed avere un contatto diretto con il medico nonostante la presenza dell'amministratore di sostegno (64).

(63) Trib. Modena 28-6-2004, cit. Nel caso di specie, nonostante la necessità di un'operazione alla gamba sinistra (osteosintesi) per scongiurare prevedibili malformazioni future, l'interessato si dichiarava contrario alla stessa. Il giudice, accertata la mancanza di genuinità del dissenso e ad integrazione del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno (art. 407, co. 4 c.c.), ha autorizzato quest'ultimo ad esprimere nel nome e per conto del beneficiario il consenso informato al trattamento terapeutico proposto dagli ortopedici. Cfr. anche: Trib. Roma 22-12-2004 cit., in cui il giudice tutelare ha autorizzato l'amministratore di sostegno ad acconsentire ad una operazione di rimozione di una neoplasia mammaria e ai conseguenti trattamenti terapeutici; Trib. Palermo 9-12-2009 cit.

(64) Trib. Palermo 9-12-2009 cit. Nel caso di specie si rendeva necessaria un'operazione cardiaca, rifiutata però dall'interessato affetto da deficit mentale. Secondo il Trib., l'amministratore avrebbe dovuto tener conto del rifiuto e aver informato l'organo giudiziario prima di rendere la dichiarazione rappresentativa. È stata adottata una soluzione prudente sul presupposto che la non piena capacità di inten-

In due casi particolari — su cui ci si soffermerà brevemente — l'amministrazione di sostegno, essendo un istituto flessibile (*tailored measures*), è apparsa una misura appropriata a tutela della salute. Si tratta dell'assunzione di sostanze stupefacenti e delle terapie sperimentali.

6. La dipendenza da stupefacenti, da sola o associata a un disturbo *borderline* della personalità, spesso, priva l'individuo della capacità di provvedere ai propri interessi, spingendolo a rifiutare qualsiasi trattamento medico-assistenziale. In questa condizione la soluzione più efficace appare essere, talvolta, il ricovero presso una struttura residenziale specializzata (65). Ma se l'interessato si oppone, l'amministrazione di sostegno non sempre consente di superarne il diniego.

L'istituto non sembra applicabile quando la persona, pur presentando disagi caratteriali e assumendo abitualmente sostanze stupefacenti, si mostri al giudice lucida, sufficientemente orientata nello spazio e nel tempo e consapevole della sua contrarietà al ricovero presso una struttura specializzata (66). In tal caso l'attribuzione all'amministratore del potere rappresentativo di prestare il consenso al ricovero e alle terapie occorrenti violerebbe, dell'individuo, sia la libertà personale sia il diritto di scegliere a quali trattamenti sottoporsi (67).

Se, invece, l'assunzione di stupefacenti incide sulle capacità cognitive e volitive del soggetto fino al punto da spingerlo a negare la realtà, può dirsi integrato il presupposto della « menomazione psichica » (art. 404 c.c.) (68). Il giudice tutelare attribuirà all'amministratore il potere rappresentativo di decidere il percorso di cura più appropriato anche attraverso il ricovero (69). Tale potere può essere

dere e di volere non è sufficiente a confinare nell'irrelevanza la volontà dell'interessato (*amplius infra* nel testo).

(65) Trib. Milano 13-12-2007 cit., ha affrontato espressamente il caso.

(66) F. Giardina, *Dell'annullabilità del contratto*, Sub art. 1425, Commentario al codice civile. Dei contratti in generale, a cura di E. Navarretta - A. Orestano (Milano 2011), 15, osserva che la prodigalità, l'accolismo o la tossicodipendenza non sono sufficienti di per sé a giustificare una pronuncia di inabilitazione; occorre anche che il soggetto sia infermo di mente.

(67) Trib. Trani 17-5-2011, *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 799 s., con nota di V. Amendolagine, *La ricerca del "best interest" del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*.

(68) Secondo il dizionario della lingua italiana Devoto - Oli, ed. 2002, « nella psicologia moderna e nell'uso comune, [il termine psiche] indica il complesso dei fenomeni e delle funzioni che consentono all'individuo di formarsi un'esperienza di sé nel mondo, e di agire in conseguenza ». La menomazione della psiche interrompe questo rapporto tra maturazione dell'esperienza e assunzione di decisione conseguente, rendendo necessaria l'applicazione di un istituto di protezione come l'amministrazione di sostegno.

(69) Trib. Milano 13-12-2007 cit., ha ritenuto che l'amministratore di sostegno

conferito anche qualora l'individuo attraversi un periodo di astinenza dalle droghe se vi è ancora la probabilità di una ricaduta, ovvero in previsione del riacutizzarsi della patologia psichica. In tale situazione permangono i presupposti dell'art. 404 c.c.

Nella delicata fase di recupero della persona o, *a fortiori*, del riacutizzarsi della dipendenza, la figura dell'amministratore di sostegno può essere decisiva, soprattutto se vi è già un rapporto significativo con il beneficiario. Egli, con una saggia opera di persuasione, potrà spingere quest'ultimo ad assumere da solo la decisione preferibile, senza necessità di alcuna imposizione. In certi casi può essere pertanto sufficiente attribuire il potere di assistenza, lasciando l'assunzione delle decisioni al beneficiario. Qualora però tale misura dovesse apparire *ex ante* o risultare *ex post* inadeguata, si dovrà ricorrere alla rappresentanza (70).

Del resto l'individuazione volta a volta dei poteri dell'amministratore di sostegno e il dosaggio del loro esercizio, è il principale tratto distintivo del nuovo istituto. Il cui dinamismo consente al giudice di avvicinarsi il più possibile al fatto storico, sempre unico nel suo manifestarsi. È questo un indiscutibile pregio se, di regola, com'è stato ben sottolineato (71), il « fatto perde la propria individualità e ricchezza di determinazioni » quando è oggetto del giudizio giuridico (72).

potesse, in rappresentanza del beneficiario, « [assumere ogni valutazione di cura della sua persona quando dovesse ripresentarsi un'acuzie patologica che, incidendo sulle sue capacità cognitive e volitive, la portasse a negare la malattia stessa e le correlate esigenze terapeutiche, ovvero comunque ad assumere valutazioni e condotte gravemente pregiudizievoli alla stessa (...)]. Il fatto che il tossicodipendente viva un periodo in cui non assume stupefacenti, può, come nel caso di specie, far ritenere che la patologia non sia stata ancora superata.

(70) Trib. Milano 13-12-2007 cit. Se il potere di assistente dovesse rivelarsi insufficiente, l'amministratore di sostegno può chiedere al giudice tutelare di modificare il decreto di nomina (art. 407, co. 4 c.c.).

(71) N. Irti, *Norme e fatti* (Milano 1984), 53 (dal saggio *Rilevanza giuridica*), sottolinea come il dualismo tra fatto e norma sia ineliminabile. Nel senso che il fatto (naturale o storico), nella sua genesi, non è mai giuridico; esso diventa tale per effetto di un procedimento logico. Ne consegue che « il diritto non conosce il significato del fatto nella sua complessità, ma quel tanto di significato che è riconducibile alla norma ». Cfr. dello stesso A. anche, *Significato giuridico dell'effettività* (Editoriale scientifica 2009), 18, in cui egli afferma che il criterio di giudizio scelto dal giurista porta a sovrapporre un significato giuridico alla verità effettuale.

(72) Da questo punto di vista anche le clausole generali, norme senza fattispecie, consentono di individuare una regola in grado di cogliere la specificità del fatto. Non si tratta, com'è noto, di norme che aprono alla eterointegrazione da parte del giudice, giacché il criterio di integrazione della norma deve essere ravvisato nella interpretazione sistematica, cioè attraverso il « ricorso a fonti, e in particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo ». Valorizzando in ruolo dell'argomentazione per principi nell'interpretazione e applicazione delle norme giuridiche, si rende controlla-

Naturalmente anche sotto il profilo patrimoniale può essere necessario adottare una soluzione elastica, soprattutto quando l'individuo adoperi sostanze stupefacenti. Si può ad esempio attribuire all'amministratore di sostegno, di concerto con i sanitari, il potere di stabilire l'importo massimo che possa essere lasciato alla gestione autonoma dell'interessato. Attraverso, quindi, una *relatio* sostanziale, tecnica già prevista in materia contrattuale (art. 1349 c.c.) e successoria (artt. 631, co. 2, 632, co. 1, 653, 665, 733, co. 2 c.c.), il giudice può demandare a un terzo — nella specie: all'amministratore e al personale medico — il compito di precisare quale livello di autonomia possa essere concessa al beneficiario per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione (73).

7. La flessibilità dell'amministrazione di sostegno si coglie anche con riguardo alle sperimentazioni cliniche su adulti incapaci di darvi il consenso. L'istituto contribuisce a rendere effettiva la rilevanza che la normativa speciale sulle sperimentazioni (74) attribuisce alla volontà della persona nonostante la sua incapacità.

L'art. 5, co. 1 lett. b) del d.lgs. 24-6-2003 n. 211 prevede, quale condizione per intraprendere una sperimentazione, che l'incapace « abbia ricevuto informazioni *adeguate alla sua capacità di comprendere* la sperimentazione ed i relativi rischi e benefici ». Non vi è dunque alcun automatismo tra incapacità (legale e naturale) e impossibilità di comprendere il significato delle informazioni che lo sperimentatore deve fornire (75). Emerge, dunque, quella zona grigia di

bile la decisione giudiziale che ha fatto applicazione della clausola generale (cfr. *amplius* M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 3, 355-357 e 371-376).

(73) Trib. Milano 13-12-2007 cit., ha distinto tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, stabilendo che « in assenza di redditi o disponibilità personali [dell'interessata], che riceve solo ciò che le proviene dai genitori, sarà comunque compito dell'A.d.S. valutare (di concerto con i sanitari) quale importo lasciare all'autonomia della parte interessata, subordinando all'autorizzazione specifica del G.T. il compimento di atti eventuali di straordinaria amministrazione (in funzione dell'entità della spesa o della tipologia dell'atto, ex artt. 374 e/o 375 c.c., quali atti di riscossione di capitali, vendita, transazione, divisione patrimoniale, accettazione di eredità, donazioni... ».

(74) D.lgs. 24-6-2003 n. 211, *Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico*.

(75) Alla luce delle peculiarità di un trattamento in fase sperimentale, il legislatore ha dettato una disciplina analitica del consenso informato. Gli artt. 2, co. 1 lett l) e 3, co. 1 lett. b) e d) del d.lgs. 211/2003 contengono disposizioni sul contenuto, sul momento in cui deve essere reso e sulla forma del consenso informato. Da sottolineare la previsione secondo cui ai fini della validità della procedura di rilascio del consenso non è sufficiente che quest'ultimo sia stato reso per iscritto. Del resto è noto come la sottoscrizione di un documento predisposto integralmente da un altro non garantisce

cui si scriveva poc'anzi, in cui l'ordinamento promuove l'autodeterminazione attraverso l'obbligo informativo.

Occorrerà pertanto compiere una valutazione caso per caso delle facoltà mentali del malato al fine di accertare se egli abbia la capacità di formarsi un'opinione propria. In caso di risposta positiva, l'art. 5, co. 1, lett. c) d.lgs. 211/2003 prescrive che lo sperimentatore debba « [tener] conto del desiderio esplicito (...) di rifiutare la partecipazione o di ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento » (76).

Ora poiché l'ampiezza dei poteri dell'amministratore di sostegno è strettamente connessa al grado d'infermità o di menomazione, è possibile, in caso di malattie a decorso progressivo, prevedere una modulazione di siffatti poteri. Stabilendo, ad esempio, che l'amministratore sostenga la volontà del beneficiario di sottoporsi alla terapia sperimentale e che la sostituisca quando l'avanzamento della patologia precluda ogni forma di espressione (77).

Se dunque residua una qualche capacità di intendere, l'amministrazione di sostegno è senz'altro la misura protettiva più idonea ad assicurare adeguata protezione (78). Naturalmente non è facile con-

affatto la conoscenza e la comprensione del suo contenuto. Opportunamente allora l'art. 3, co. 1 lett. b) d.lgs. 211/2003, cit. statuisce che chi partecipa alla sperimentazione o il suo rappresentante legale deve aver avuto la possibilità « in un colloquio preliminare con uno degli sperimentatori, di comprendere gli obiettivi, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione, le condizioni in cui sarà realizzata ». Egli deve inoltre essere stato informato « del suo diritto di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento ». L'art. 4 d.lgs. cit. contiene disposizioni specificamente dedicate alla sperimentazione clinica su minori.

(76) *La convenzione sui diritti umani e la biomedicina*, cit., nel capitolo V, intitolato alla Ricerca scientifica, detta alcune disposizioni sulla persona che si presta a una ricerca. L'art. 17, co. 1, V, sancisce che la ricerca su una persona che non ha la capacità di dare il consenso non può essere iniziata se ella opponga un rifiuto.

(77) Trib. Roma 24-3-2010 cit. Il caso riguardava una donna anziana malata di Alzheimer incapace di prestare autonomamente il consenso alla sperimentazione clinica prevista per tale patologia. L'interessata aveva accettato la terapia diversa ma la volontà era stata valutata non pienamente cosciente. Il Trib. allora ha configurato i poteri dell'amministratore di sostegno in modo perfettamente congeniale al caso di specie. In una prima fase l'amministratore avrebbe dovuto limitarsi a sostenere la volontà positiva della beneficiaria e solo quando e se sarebbe stata preclusa ogni comunicazione tra quest'ultima e il medico, egli avrebbe dovuto intervenire comunicando al medico stesso, nell'esercizio del potere rappresentativo, la volontà di proseguire nella sperimentazione. Naturalmente — ha precisato il trib. — lo sperimentatore avrebbe dovuto fornire tutte le informazioni previste dalla legge con riguardo alla specifica terapia che si intendeva praticare.

(78) L'interdizione, infatti, come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità, è diventato un istituto residuale, applicabile soltanto quando oltre alla grave e abituale infermità mentale vi siano talune circostanze di fatto che inducano a ritenere indispensabile l'interdizione per assicurare adeguata protezione (per le indicazioni giurisprudenziali cfr. *infra* nota 173). Neppure l'inabilitazione è adatta a consentire i tratta-

temperare l'obbligo di valorizzare questa residua capacità, con la necessità di garantire anche al soggetto disabile l'esercizio del diritto alla salute. È evidente che confidando eccessivamente sulla prima si rischia di pregiudicare la salute, ma, all'opposto, imponendo la cura si rischia di ledere la libertà di autodeterminarsi.

Il giudice, quindi, per un verso potrà attribuire all'amministratore di sostegno il potere di prestare il consenso a un intervento chirurgico o a una misura terapeutica anche contro la volontà del beneficiario, qualora quest'ultimo non sia assolutamente in grado di valutare con sufficiente coscienza le conseguenze di una determinazione contraria (79). Per altro verso egli attribuirà un potere di sola assistenza qualora il soggetto, pur non pienamente capace, sia in grado di comprendere gli eventuali benefici ed effetti collaterali della terapia sperimentale.

Insomma — giova ancora ripetere — al disabile, menomato o infermo, deve essere garantito l'accesso alle cure mediche e il rispetto della dignità in condizioni di uguaglianza (80). Ciò vale anche nel caso di incapacità naturale; il fatto che non operi una misura di protezione non esime certo il medico dall'instaurare un rapporto con il paziente volto ad informarlo e a raccogliergli le volontà. Di recente la Corte costituzionale con una sentenza additiva ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 245 c.c. nella parte in cui non estende all'incapace naturale, che sia abituale e grave infermo di mente, la sospensione della decorrenza del termine annuale di proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità prevista dall'art. 245 c.c. soltanto per l'interdetto (81).

menti medici, avendo il curatore solo poteri di assistenza. È la rigidità degli istituti tradizionali che fa prediligere, anche con riguardo all'esercizio del diritto alla salute, l'amministrazione di sostegno.

(79) Trib. Roma 6-12-2010 cit. Nel caso di specie una ragazza anoressica si mostrava inconsapevole della propria malattia pur avendo sottoscritto il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno. Il Trib. ha autorizzato l'amministratore « a compiere ogni attività volta a sostenere, persuadere ed indirizzare la beneficiaria, con lo specifico obiettivo di realizzare il ricovero e la permanenza presso un centro specializzato nella cura dei disturbi dell'alimentazione ». In caso di opposizione della beneficiaria e di diminuzione del peso sotto i 35 Kg, avendo il trattamento ad oggetto proprio la patologia mentale, sarebbe stato necessario attivare il trattamento sanitario obbligatorio.

(80) L'art. 10 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* protegge la vita stabilendo che « Gli Stati Parti riaffermano che il diritto alla vita è connaturato alla persona umana ed adottano tutte le misure necessarie a garantire l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri ». L'art. 3 della stessa Convenzione enuncia tra i principi generali la dignità e la non discriminazione.

(81) Corte cost. 25-11-2011 n. 322 (red. P. Grossi), www.leggiditaliaprofessionale.it, ha argomentato dalla violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) — determinandosi una irragionevole equiparazione del soggetto capace a quello di fatto in-

8. La « menomazione psichica » (art. 404 c.c.) o, più in generale, la disabilità (art. 1, co. 2, Conv. N.U.) (82) non precludono la rilevanza della volontà di colui che ne è affetto. Rilevanza che emerge chiaramente dai primi due commi dell'art. 410 c.c. Da qui il problema sotteso a queste pagine del rapporto tra amministratore di sostegno, medico e beneficiario con riferimento alla formazione del consenso o del dissenso ai trattamenti sanitari.

Sul terreno della salute le fonti normative segnalano l'inadeguatezza della capacità legale — categoria tradizionalmente legata soprattutto al contratto e agli interessi economici (83) — a costituire il *discrimen* di validità dell'atto: nella specie del consenso o del dissenso informato all'intervento medico. Le Convenzioni di Oviedo e delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità pongono l'accento su un principio: il riconoscimento al disabile dell'autonomia individuale e della libertà di compiere le proprie scelte nonostante la disabilità. Il che implica, nei limiti del possibile, l'obbligo di coinvolgerlo in tutti i processi decisionali che lo riguardano (84).

capace, « ovvero (specularmente) [un]irragionevole diversità di trattamento riservata a soggetti che versino in un'identica situazione di abituale grave infermità di mente, che preclude in entrambi i casi la conoscenza dei fatti costitutivi dell'azione » — e del diritto di azione (art. 24 Cost.). Naturalmente — soggiunge la Consulta — l'estensione della garanzia della sospensione vale fino a quando non sia stato provato il venir meno dello stato di incapacità.

(82) L'art. 1, co. 2 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, cit. stabilisce che « Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni psichiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri ».

(83) A. Venchiarutti, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, Tratt. biodiritto, I diritti in medicina cit., 831; P.G. Monateri, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico*, Tratt. biodiritto, Le responsabilità in medicina cit., 25; Cendon, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno* cit., 154, parla di « declino delle categorie onnicomprensive dell'incapacità, legale o naturale, anche nei settori non toccati esplicitamente dalla riforma » che ha introdotto l'amministrazione di sostegno. Già in questo senso A. Falzea, *I fatti giuridici della vita materiale*, Riv. dir. civ., 1982, II, 489 s.

(84) L'art. 6 della *Convenzione di Oviedo*, cit., prevede che la persona cui è diretto l'intervento sanitario « deve, per quanto possibile, aver parte alla procedura di autorizzazione ». L'art. 3 let a) della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, cit., indica tra i principi generali « l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte e l'indipendenza delle persone ». Ciò in piena coerenza con la lett. n) e la lett. o) del Preambolo. Quest'ultima lettera sottolinea l'opportunità di coinvolgere attivamente i disabili « nei processi decisionali relativi alle politiche e ai programmi, inclusi quelli che li riguardano direttamente ». Inoltre l'art. 12, co. 4 della Conv. in parola pone quale finalità preminente delle misure « relative all'esercizio della capacità giuridica » [*rectius* nel nostro ordinamento: di agire] il rispetto dei « diritti », della « volontà » e delle « preferenze della persona ». Il che postula il rifiuto di ogni automatismo tra disabilità e irrilevanza della volontà dell'interessato. Ancora e incoerenza con quanto appena ricordato, l'art. 25 lett. d) vincola

Quest'obbligo, desumibile anche dalle fonti di diritto interno, rappresenta un notevole progresso del diritto, una conquista di civiltà frutto di un difficile percorso. È utile ripercorrerne le tappe fondamentali, propedeutiche al ribaltamento della primitiva concezione secondo cui il malato di mente è un soggetto alienato che, per ragioni di sicurezza sociale, va emarginato e rinchiuso in un manicomio. Una prima incrinatura di tale impostazione si è avuta con la l. 431/1968, la quale, prevedendo il ricovero volontario anche in caso di trattamento sanitario obbligatorio (TSO), ha rigettato l'equazione tra malattia mentale e totale inettitudine a prestare il proprio consenso.

Occorre tuttavia attendere qualche anno per veder tradotte in prescrizioni normative le nuove conquiste della più moderna psichiatria. Queste possono riassumersi nella preferenza della cura sulla custodia, della volontarietà sulla coattività, della socializzazione sull'emarginazione e, non ultimo, nell'importanza di favorire la volontà del soggetto malato, fragile, attraverso l'instaurazione di una relazione con lo stesso.

La l. 180/1978 (« *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori* »), ispirata dagli studi innovativi del Prof. Franco Basaglia, ha rappresentato una netta cesura nella storia del trattamento delle malattie mentali, ribaltando, come si è appena accennato, diverse anacronistiche convinzioni (85). La vecchia psichiatria riduceva il malato a una serie di sintomi trascurando — e con l'ingresso in manicomio annientando — la sua individualità. L'articolato normativo era retto, invece, da un preciso convincimento radicato nell'impostazione cosiddetta fenomenologica (86): anche il malato di

gli Stati Uniti a far sì che gli specialisti sanitari « otten[ano] il consenso libero e informato della persona con disabilità coinvolta ».

(85) D. Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, Un altro diritto per i malati di mente (Napoli 1988), a cura di P. Cendon, 178 s., e ivi cfr. C. Castronovo, *La legge 180 la Costituzione e il dopo*, 189 s., sottolinea come la legge 180/1978 consegua ad una visione della malattia mentale opposta rispetto a quella che aveva dato vita alla l. 36/1904 (« *Disposizioni sui manicomi e sugli alienati* »). Quest'ultimo Autore, come emerge fin dal titolo del suo saggio, rivolge giuste critiche alla legge 180, critiche in parte superate dall'evolversi della normativa interna, comunitaria e internazionale. Su alcune di queste, ancora attuali, ci soffermeremo nel § successivo.

(86) Secondo l'impostazione fenomenologica, in contrapposizione a quella positivista che oggettivizza il malato, chi soffre di disturbi mentali deve essere curato non soltanto analizzando i sintomi ma anche cercando di instaurare una relazione con la persona sofferente. Fu così che Franco Basaglia (1924-1980) iniziò a sperimentare il modello della comunità terapeutica e della cooperativa di lavoro per i pazienti, nel tentativo di favorire quanto meno l'emersione di quelle attitudini e capacità che anche il sofferente è in grado di esprimere. Tendendo nella migliore delle ipotesi al reinserimento della persona nell'ambiente sociale dal quale è stata allontanata. Questi esperimenti porteranno Basaglia a sostenere la necessità di chiudere i manicomi, per fare posto a servizi esterni volti a curare le persone affette da disturbi mentali. Le idee di

mente ha una più o meno estesa capacità di consentire (87). E l'ordinamento deve promuoverla.

La l. 180/1978 aveva, com'è noto, carattere transitorio in attesa del completamento della normativa istitutiva del servizio sanitario nazionale. Essa fu così abrogata e sostituita, conservandone alcune disposizioni, dalla l. 833/1978 (« *Istituzione del servizio sanitario nazionale* »). La quale, oltre a porsi come obiettivo nuovo il recupero funzionale e sociale del disabile (88), ribadisce e rafforza il principio fondamentale della volontarietà degli accertamenti e dei trattamenti sanitari (art. 33, co. 1, l. 833/1978).

Tale principio ha notevoli ricadute proprio in materia di trattamenti sanitari obbligatori. L'obbligatorietà dovrebbe, come tale, escludere ogni rilevanza della volontà del malato di mente; così come il procedimento del TSO dovrebbe avere a oggetto l'individuo, disinteressandosi completamente della sua volontà.

L'art. 33, co. 5, l. 833/1978 stabilisce, invece, che i trattamenti in parola « devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato ». L'obbligatorietà non esclude affatto la rilevanza della volontà dell'interessato (89), anzi quest'ultima va ricercata per espressa disposizione di legge.

La dottrina (90) ha subito rilevato che l'importanza di questa disposizione risiede nell'aver segnalato « l'intima natura » del consenso informato « e la necessità dell'uso di ogni strumento concretamente utilizzabile per conseguirlo ». Naturalmente la « partecipazione » all'atto medico implica un'attività di informazione del malato, le cui modalità espositive non possono prescindere dalle effettive capacità recettive del malato stesso (91). Esse devono adeguarsi a queste ul-

Basaglia furono influenzate da eminenti filosofi come E. Husserl, M. Heidegger, M. Merleau-Ponty e Jean-Paul Sartre.

(87) Tant'è che l'art. 11 della l. 13-5-1978 n. 180 ha abrogato coerentemente l'art. 420 c.c., il quale stabiliva che il tribunale poteva disporre la nomina del tutore provvisorio « con lo stesso provvedimento col quale autorizza[va] in via definitiva la custodia dell'infermo di mente in un manicomio o in un altro istituto di cura o in una casa privata ».

(88) L'art. 1, co. 3, l'art. 2 lett. g) e l'art. 26 l. 23-12-1978 n. 833 pongono l'accento sul recupero della salute psichica del malato. Il quale, pertanto, è visto non più come soggetto da emarginare ma da reinserire nella società (cfr. M. Zana, *Sub art. 26 l. n. 833/1978*, Nuove leggi civ. comm., 1979, 1236).

(89) L'art. 33, co. 2 l. 833/1978 stabilisce che il TSO deve consentire, « per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura ».

(90) L. Brusaglia, *Sub art. 1 l. n. 180/1978*, Nuove leggi civ. comm., 1979, 180; tale disposizione è confluita nell'art. 33, co. 5, l. 833/1978.

(91) In questo senso si è orientato, sia pur con qualche chiaroscuro, il Codice di deontologia medica. L'art. 33, co. 2 CDM stabilisce che « Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte

time, il che implica l'individuazione, talvolta non semplice, della « chiave » di volta per comunicare col paziente. Una comunicazione che può essere dialogica, ma anche gestuale o tramite strumenti tecnici.

La legislazione successiva (92) ha continuato su questo solco, riconoscendo l'autonomia delle persone handicappate come diritto e promuovendone il più elevato livello possibile. Al raggiungimento di quest'ultimo obiettivo ha senz'altro contribuito l'introduzione nel nostro ordinamento dell'amministrazione di sostegno; istituto incentrato sul dialogo con il beneficiario, come si evince chiaramente dagli artt. 407, co. 2 e 410, co. 1 e 2 c.c.. Il beneficiario (così come l'interdetto) deve essere per quanto possibile coinvolto nella procedura del consenso informato.

S'impongono allora alcuni interrogativi: può il diritto entrare in uno spazio non più regolato dalla rigida alternativa capacità-incapacità, ma da un criterio elastico che opera nello svolgersi del rapporto tra medico, paziente e rappresentante legale? Può il diritto imporre di promuovere la volontà del disabile, ma soprattutto di saperla cogliere e conseguentemente prescrivere un rimedio in caso d'inosseranza dell'imposizione?

diagnostico-terapeutiche ». Questa disposizione deve essere letta con l'art. 35, co. 2 CDM secondo cui « Il consenso, espresso informa scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33 ». Emerge la decisività del contatto diretto tra medico e paziente per far maturare una consapevole volontà da parte del paziente. L'art. 37 CDM (« Consenso del legale rappresentante »), però, non fa alcun riferimento alla volontà dell'incapace — e sul punto la norma andrebbe riformulata — stabilendo che se si tratta di minore o di interdetto « il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale ». Qualora, invece, sia stato nominato un amministratore di sostegno, il medico « deve debitamente informarlo e tenere in massimo conto le sue istanze ».

(92) L. 5-2-1992 n. 104, *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*. Le finalità espresse dall'art. 1 di garantire il rispetto della dignità e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata si specificano nei due momenti preventivo-sanitario e integrativo sociale disciplinati dalla legge. Fondamentale è la promozione dell'autonomia, perseguita dalla l. 104/1992 attraverso taluni obiettivi indicati dall'art. 4. Ma l'autonomia, l'integrazione e l'inserimento sociale sono favorite anche attraverso la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità, condizioni, queste, indispensabili per garantire il pieno godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali dei disabili. La l. 1-3-2006 n. 67 (*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*) prevede all'art. 3 una specifica tutela giurisdizionale per chi è vittima di una discriminazione, la quale può essere diretta o indiretta secondo quanto disposto dall'art. 2. Il rimedio è la risarcibilità del danno anche non patrimoniale. Cfr. *amplius* A. Venchiarutti, *I diritti delle persone disabili*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo, I cit., 77 s.

9. Quando una categoria giuridica mostra i segni del tempo, può aprirsi una fase feconda per lo sviluppo del diritto. L'incapacità legale di agire, come già rilevato, non riesce a governare i problemi posti dall'autodeterminazione nel campo del consenso al trattamento medico (93). Non foss'altro perché le decisioni da assumere in tale ambito sono spesso legate alla parte più profonda del Sé, alla stessa identità della persona (94).

Il concetto di identità che qui viene in rilievo non si riferisce al diritto di essere rappresentati correttamente, ma al diritto di essere ciò che si è (95). Quest'accezione di identità ha un sicuro fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost. ove si parla di *svolgimento della personalità* e nell'art. 13, co. 1 Cost. così come interpretato dalla Consulta (96). Ma il diritto di essere ciò che si è non postula la piena capacità di intendere e di volere, perché anche la persona priva in tutto o in parte di autonomia può, nonostante la propria condizione, saper scegliere cosa sia preferibile per sé.

Naturalmente spesso occorrerà favorire la capacità di decidere del disabile e cogliere ciò che egli vuole. Chi soffre è senza maschera, cioè non ha un'identità che appare; « ogni suo gesto o parola o smorfia sono in funzione di una verità da interpretare » (97). E questa ve-

(93) P. Zatti, *Maschere del diritto. Volti della vita* (ivi saggio *Oltre la capacità*) (Milano 2009), 120, constata come « il territorio dominato dalla capacità legale si restring[er] gradualmente (...) nelle zone in cui emerge l'implicazione diretta degli interessi personali: dal contratto di lavoro, agli atti di disposizione del proprio corpo, al consenso al trattamento medico, ai consensi familiari, agli atti di disposizione degli interessi personali ».

(94) Vasta è la letteratura sull'identità personale. Tra gli scritti recenti cfr.: G. Pino, *L'identità personale*, Ambito e fonti del biodiritto, a cura di S. Rodotà-M. Tallacchini (Milano, 2010), 297 s.; F.D. Busnelli, *La persona alla ricerca dell'identità*, Riv. crit. dir. priv., 2010, 1, 7 s.; A. Gorgoni, *I limiti alla critica, alla satira e all'esercizio dell'arte*, *Obblig. e contr.*, 2010, 7, 525 s. (e in *Persona e mercato*, 2010, 1, 41 s.); D. Messinetti, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, Riv. crit. dir. priv., 2008, 4, 547 ss.

(95) G. Pino, *L'identità personale* cit., 301 s., sottolinea come il paradigma del diritto ad essere ciò che si è — diritto fondamentale di rilevanza costituzionale (p. 316) — abbia « dimostrato una forza espansiva notevole ». Egli tratta dei rapporti dell'identità personale con il nome, con la « verità biologica », con le scelte sul corpo, con la libertà di coscienza.

(96) Corte cost. 22-10-1990 n. 471 cit.

(97) A. Pizzorno, *Sulla maschera* (Bologna 2008), 86-87, ha studiato, mostrando un percorso affascinante, la funzione della maschera in alcune civiltà e popoli antichi. Essa ha scisso l'uomo quotidiano dall'uomo del culto o del mistero. Quest'ultimo, in quanto portatore della maschera, vede l'abolizione della verità interna a sé, identificandosi agli altri mostrando un'identità forte « immutabile e fatale ». In seguito con la messa al bando della maschera da parte del Cristianesimo, l'uomo del fare quotidiano e l'uomo dell'essere identico a se stesso tendono a coincidere. Riprende campo l'identità interna, la quale però, non apparendo, deve essere svelata nel rapporto con l'altro.

rità emerge nella relazione col malato. Relazione che diviene pertanto il mezzo per promuovere la capacità di autodeterminarsi.

È questo un terreno scivoloso sul quale il legislatore ha cominciato a muoversi, compiendo passi significativi che hanno tagliato i ponti col passato. Passi preparati dal rinnovamento della cultura giuridica. Da una parte il superamento della concezione kantiana del soggetto dotato di ragione e volontà. La quale ha costituito il fondamento della teorizzazione della soggettività da parte della Scuola storica e della Pandettistica (98). Dall'altra l'attenuarsi del predominio della generalità e dell'astrattezza nella costruzione degli istituti a tutela degli incapaci.

Quest'evoluzione costituisce, insieme con gli sviluppi della psichiatria, il retroterra culturale dell'amministrazione di sostegno. Strumento di protezione che valorizza la persona concreta senza isolarla nell'incapacità. La sua disciplina consente di dare una risposta di tutela modellata sulle condizioni di salute (nell'accezione soggettiva), perciò adeguata alle esigenze del singolo.

Tutto questo movimento ha determinato una nuova consapevolezza del legislatore: non vi può più essere una soglia precostituita di lucidità sulla cui base valutare la validità delle decisioni sulla propria salute (99). Se la capacità è « un'idea deforme » (100) perché rifiuta la complessità insita nella sofferenza, si impongono concetti elastici (101) come ad esempio la capacità di discernimento da valutarsi caso per caso.

Diverse disposizioni di diritto interno, comunitario e internazionale segnalano il passaggio, denso di significato, efficacemente sinte-

(98) Il razionalismo illuministico e il sapere psicologico dell'Ottocento e del Novecento sono alla base dell'idea di valutare tutti gli atti sulla base dell'esistenza o meno di un intelletto pienamente integro e perciò dotato di ragione. Il limite di quest'impostazione risiede nell'astrazione, ossia nell'irrigidimento dei caratteri dell'uomo in sé: ragione e volontà. Ma questi ultimi possono essere presenti — naturalmente non sempre — anche nella persona minore di età, disabile o sofferente.

(99) In verità tale soglia non è stata del tutto accolta neppure sul terreno patrimoniale. Zatti, *ibidem*, sottolinea come il passaggio dalla nullità all'annullabilità abbia eroso il modello ottocentesco del soggetto « senza uso di ragione » quale unica realtà in opposizione all'uomo kantiano come essere morale dotato di volontà e ragione.

(100) Zatti, *Maschere del diritto. Volti della vita* cit., 127.

(101) S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Riv. dir. comm., 1967, 83 s., nella sua prolusione maceratese ragionava sulle tecniche legislative più opportune per regolare la complessità dei fatti nella realtà sociale, caldeggiando, in certi settori, la legislazione per principi e per clausole generali. Una legislazione che espandesse i principi costituzionali. Il che non implica, continua l'A., favorire il « più spinto decisionismo irrazionalistico » da parte dei giudici aprendo all'incertezza del diritto (p. 96). Cfr. anche G.B. Ferri, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, Riv. dir. comm., 1968, 347 ss.

tizzato con la locuzione « dal soggetto alla persona » (102). Esse spaziano in vari ambiti (103), ma è preferibile soffermarsi soltanto su quelle che interessano più da vicino il tema di queste pagine. La Convenzione di Oviedo stabilisce che, in campo sanitario, il minore e il maggiorenne affetto da handicap mentale devono, per quanto possibile, « avere parte nella procedura » (art. 6). La stessa esigenza di coinvolgimento è garantita da più disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (lett. n. e o Preambolo, artt. 3, 7, 8, 12, 19).

Conformemente l'Unione europea — secondo cui la salute mentale e il benessere « costituiscono fattori essenziali per la realizzazione dei [propri] obiettivi » (104) — ha più volte (105) posto l'accento sulla necessità di favorire l'autonomia, le potenzialità e l'inserimento sociale di chi è affetto da malattia mentale. L'art. 19 TFUE attribuisce agli organi comunitari il potere di adottare provvedimenti « per combattere le discriminazioni fondate (...) sulla disabilità ». Le quali sono vietate dall'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE; disposizione, questa, che in tal modo pone un limite al potere normativo.

La discriminazione del disabile lede diritti e libertà fondamentali o, slegandosi da questi ultimi, può arrecare un pregiudizio autonomo conseguente proprio all'atto discriminatorio. Ma in questi casi si verifica anche una lesione dell'autonomia — *id est*: autodeterminazione e indipendenza dagli altri — e del diritto di partecipare e di essere incluso nella società. Questo legame tra autonomia e socialità è ben rappresentato dall'art. 26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE. Il quale promuove misure che perseguono due obiettivi: l'autonomia del disabile e la sua partecipazione alla vita sociale. Così realizzandosi altresì lo scopo ulteriore dell'uguaglianza sostanziale.

(102) S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona* (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa 2007), 1 ss.; *Id.*, *Antropologia dell'"Homo dignus"*, Riv. crit. dir. priv., 2010, 4, 551.

(103) Cedu 2-1-2010, ric. n. 36168/09, Piazzi c. Italia, Fam. e dir., 2011, 7, 653 s., con nota di R. Russo, *La Cedu censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate e automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione europea*, e ivi cfr. anche Trib. Varese decr. 3-2-2011, in cui il giudice — che richiama la sentenza Cedu appena citata — adotta, per garantire l'esercizio del diritto di visita, un provvedimento non espressamente previsto dall'art. 155 ma ricavabile dalla locuzione « ogni altro provvedimento relativo alla prole » (art. 155, co. 2 c.c.).

(104) Risoluzione Parlamento europeo, 19-2-2009, *Sulla salute mentale*, in www.europa.eu.

(105) Libro verde, 14-10-2005, Commissione europea, *Migliorare la salute mentale della popolazione. Verso una strategia sulla salute mentale per l'Unione europea*; Risoluzione Parlamento europeo, 6-9-2006 *Migliorare la salute mentale della popolazione. Verso una strategia sulla salute mentale per l'Unione europea*; Risoluzione Parlamento europeo, 19-2-2009, *Sulla salute mentale*, www.europa.eu.

La volontà dell'incapace è valorizzata anche dal diritto interno. L'art. 13 della l. 194/1978 stabilisce che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza possa provenire anche dall'interdetta. E che comunque detta richiesta, pur formulata dal marito o dal tutore, debba essere confermata dalla stessa interdetta (co. 2). In caso di contrasto decide il giudice entro cinque giorni dal ricevimento della relazione del medico, sentiti gli interessati se lo ritenga opportuno (co. 4) (106). Ancora, in materia di sperimentazioni cliniche, l'art. 5, co. 1, lett. b) della l. 211/2003 attribuisce all'incapace (legale e naturale) il diritto di ricevere « informazioni adeguate alla sua capacità di comprendere la sperimentazione ed i relativi rischi e benefici ».

La grave infermità mentale non esclude, dunque, la rilevanza della volontà dell'incapace sebbene quest'ultima diverga da quella del tutore o del marito.

Anche la volontà del minore ha acquisito un importante rilievo nelle questioni che lo riguardano, qualora egli sia capace di discernimento, ossia in grado di formulare un giudizio e di scegliere conformemente alle esigenze della situazione. Tra le disposizioni generali dell'adozione l'art. 7, co. 3, l. 184/1983 stabilisce che il minore di anni dodici « deve essere sentito in considerazione della sua capacità di discernimento » (107). La medesima regola è espressa dall'art. 155-sexies c.c. nel procedimento di separazione giudiziale. In definitiva la maturità del minore orienta la decisione del giudice, così come previsto nel giudizio di ammissione al matrimonio del sedicenne (art. 84, co. 2 c.c.).

Ancora in tema di sperimentazioni cliniche, secondo l'art. 4 lett. b) l. 211/2003 il minore deve aver ricevuto « informazioni commis-

(106) L'art. 13 della l. 28-5-1978 n. 194 (*Interruzione volontaria della gravidanza*) pone chiaramente in luce che in caso di contrasto sull'interruzione della gravidanza tra i genitori (o il tutore) e la figlia non prevale *sic et simpliciter* la volontà dei primi. Il co. 2 stabilisce infatti che « il giudice tutelare, entro cinque giorni [dal ricevimento della relazione del consultorio o della struttura socio-sanitaria], sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza ».

(107) Cass. 26-3-2010 n. 7282, Fam. e dir., 2011, 3, 268 s., con nota di L. Querzola, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*; con nota di A. Gorgoni, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione* cit., 55 s., dopo aver affermato che il minore, per effetto della riforma del 2001, non è più semplice destinatario di una decisione presa da altri nel suo interesse, ma « soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili », ha concluso che l'audizione del minore, avendo lo scopo di consentire allo stesso di esprimere il proprio pensiero scevro da condizionamenti, non può essere qualificato né atto di accertamento né atto istruttorio. Di conseguenza il tribunale può adottare, tra le opportune cautele dell'audizione, il divieto di interlocuzione con i genitori e/o con i difensori. L'esigenza di favorire la manifestazione della volontà del minore è stata garantita attraverso la previsione dell'audizione nelle sperimentazioni cliniche (art. 4 lett. b) l. 211/2003).

rate alla sua capacità di comprensione sulla sperimentazione, i rischi e i benefici »; tale informativa deve provenire « da personale esperto a trattare » con lo stesso. È evidente l'obiettivo di incentivare la decisione del minore, la quale, se consapevole e matura, dovrà ragionevolmente prevalere su quella del rappresentante legale (108).

Egli, di conseguenza, non può che essere parte sostanziale e processuale quando vengono in gioco suoi diritti o interessi (109), come si evince anche dalla Convenzione di New York e dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Diritti e interessi oggi maggiormente tutelati per effetto della recente istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (110).

Le disposizioni appena richiamate — ma anche altre ancora (111) — dimostrano come, con riguardo alle decisioni sulla salute,

(108) L'art. 4 lett. c) l. 211/2003 prevede tra le condizioni della sperimentazione che « lo sperimentatore o lo sperimentatore principale tenga in considerazione la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, se il minore stesso è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni di cui alla lett. b) » di cui si diceva nel testo.

(109) Corte cost. 11-3-2011 n. 83 (rel. Criscuolo), Fam. e dir., 2011, 6, 545 s., con nota di F. Tommaseo, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, ha affermato, in base a un'interpretazione sistematica e coordinata dell'art. 250 c.c., la necessità della nomina di un curatore speciale qualora, nel giudizio di opposizione ex art. 250, co. 4 c.c., vi sia un conflitto di interessi tra il minore e il genitore che lo ha già riconosciuto. Sulla qualità di parte sostanziale e processuale del minore cfr. anche: Cass. 19-5-2010 n. 12290, Guida al dir. 2010, 29, 60; Cass. 17-2-2010 n. 3804 e Cass. 17-2-2010 n. 3805, entrambe in Fam. e dir., 2010, 6, 550 s., con nota di A. Figone, *Sulla rappresentanza del minore nel procedimento di adozione*; Cass. s.u. 21-10-2009 n. 22238 in Fam. pers. e succ., 2010, 4, 254, con nota di F.R. Fantetti, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*.

(110) L. 12-7-2011 n. 112, pubb. in g.u. 19.7.2011 n. 166, ha istituito l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, la quale ha la finalità di « assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età, in conformità a quanto previsto dalla Convenzione di New York, ... dalla Cedu... dalla Convenzione fatta a Strasburgo... nonché dal diritto dell'Unione europea e dalle norme costituzionali e legislative nazionali vigenti ». Tra i compiti dell'Autorità garante di più specifica tutela e garanzia della minore età si segnalano la lett. h) e i commi 9, 10 e 11 dell'art. 3. Essa ha un potere di segnalazione alle autorità competenti; non ha invece poteri sanzionatori.

(111) L'art. 1 della l. 15-3-2010 n. 38 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*), prevede tra i principi fondamentali la « tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione ». L'art. 95 della l. 22-12-1975 n. 685 (*Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*) prevede che il minore di età o l'incapace di intendere possa chiedere personalmente « al servizio pubblico per le tossicodipendenze di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di definire un programma terapeutico e socio-riabilitativo ». L'art. 3, co. 2 l. 22-10-2005 n. 219 (*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderi-*

non sia affatto decisivo sapere che un soggetto è, per l'ordinamento giuridico, in tutto o in parte privo di autonomia. Difatti il medico deve comunque colloquiare e interagire con il paziente a prescindere dal fatto che gli sia stato nominato un tutore, un curatore o un amministratore di sostegno. E non si tratta semplicemente di offrire informazioni, ma di assicurarsi, ove possibile, che esse siano state comprese.

Il bene giuridico che viene in rilievo è l'autodeterminazione del disabile, da promuovere attraverso la relazione con l'altro (112). Lo strumento è la comunicazione, la quale può avvenire non soltanto con le parole ma anche attraverso i segnali del corpo (113). La difficoltà e la specificità di questa relazione ha giustamente indotto il Parlamento europeo a proporre « che la salute mentale sia inserita nei programmi di studio di tutti i professionisti della sanità e che siano previste una formazione e un'istruzione continue in tale settore » (114).

Se alcune norme stabiliscono il diritto di ricevere informazioni adeguate alla propria capacità, se si richiede il coinvolgimento del disabile nella decisione che lo riguarda, significa che l'accento è posto sulla residua — fosse anche tenue — capacità di comprendere o anche solo di intuire le conseguenze di una determinazione volitiva (115). Certo ci muoviamo su un terreno difficile, ma pur sempre — è bene ribadirlo — giuridico. Con tutte le conseguenze sotto il profilo della responsabilità civile a carico di chi abbia colpevolmente

vati) stabilisce che « La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato ».

(112) Zatti, *Oltre la capacità* cit., 124, ha giustamente sottolineato la necessità di un nuovo paradigma incentrato su quattro connotati: 1) « interdipendenza tra singoli e tra singoli e gruppo, anziché sul rapporto di separazione tra monadi individuali e ambiente-oggetto »; 2) « guardare all'esperienza psichica degli uomini come ad una continuità di stati che procedono [dalla] sofferenza (...) [al] benessere »; 3) « ne consegue che le decisioni si devono analizzare non come atti ma come processi » in cui domina l'interazione tra i protagonisti e il contesto »; 4) « eliminazione della relazione tra protezione e incapacità. Su quest'ultimo punto, il nostro ordinamento ha compiuto significativi passi in avanti: l'introduzione dell'amministrazione di sostegno impedisce di considerare il beneficiario come un incapace tout court ».

(113) Cendon, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno* cit., 170, sottolinea come nella relazione con il soggetto debole oltre al prestare ascolto alle parole, « non meno cruciale è, abitualmente, un altro tipo di riscontro, quello in ordine alla mimica del corpo, ai segni del linguaggio non verbale. Sospiri, occhiate in tralice, dita sulle labbra... agitarsi di braccia, espressioni incredule... ». Cfr. Id., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche* (Torino 2009), 172 s.

(114) Risoluzione Parlamento europeo, 19-2-2009, *Salute mentale*, cit., § 29; Risoluzione Parlamento europeo, 6-9-2006, *Migliorare la salute mentale della popolazione*, cit., § 39.

(115) Zatti, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, *Maschere del diritto. Volti della vita* cit., 137 s.

travisato o ignorato il volere di un disabile o di un minore di età capace di autodeterminarsi.

Del resto se l'autodeterminazione del disabile (o del minore), ricostruita nel quadro normativo appena richiamato, è un diritto fondamentale giacché strettamente connesso allo svolgimento della personalità (art. 2 Cost.), alla libertà individuale (art. 13 Cost.) e alla dignità sociale (116), ne deriva una indefettibile conseguenza in caso di lesione. La risarcibilità del danno, la quale « costituisce la forma minima di tutela » (117), non suscettibile di essere limitata se non si intenda rifiutare la tutela.

Alla luce delle cose dette si impone una considerazione: il diritto postmoderno ha relativizzato il paradigma del soggetto se le norme appena ricordate valorizzano la limitata (o la crescente nel caso del minore) capacità di intendere e di volere. Il che è avvenuto con tecniche diverse ma con un tratto comune: il rifiuto della logica proporzionalista e generalizzante su cui si è basata per molto tempo la risposta ordinamentale al problema dell'incapacità e della limitata capacità.

Diversamente il nuovo approccio può essere così sintetizzato: la capacità non è un requisito del soggetto, una « grandezza previa » (118) rispetto alla relazione. Essa è concepibile e si manifesta nella relazione attraverso uno scambio virtuoso con la persona — medico, amministratore di sostegno, rappresentante legale — deputata a verificare o a far maturare una decisione.

Questa diversa lettura della capacità, immersa nella relazione, apre una fruttuosa prospettiva rimediabile — come si è appena accennato — che consentirebbe di valutare la condotta al di là degli stretti confini dei vizi del consenso (119).

(116) S. Rodotà, *Editoriale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, I, 5, e ivi F. De Sanctis, *Riflessioni sull'Homo dignus*, 9 s.; G. Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 21 s.; M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67 s.

(117) Cass. 31-5-2003 n. 8827 e Cass. 31-5-2003 n. 8828, *Foro it.*, 2003, I, 227 s., con nota di E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

(118) Zatti, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)* cit., 138, sottolinea come la capacità — non soltanto la volontà — sia una grandezza interna alla relazione. Limpido e profondo il pensiero dell'A. in queste parole: « La capacità è la presenza della persona a sé stessa in un contesto dato: essa non è là, come un dato che "riguarda il soggetto", un soggetto avulso dalla relazione, influenzato al più dall'impatto con l'oggettività dell'evento vissuto. Come ogni aspetto della psiche, la capacità è immersa nella relazione, si riscontra e vive nella relazione, è accesa, mantenuta, sopita, spenta anche dalle parole, dai gesti, dai silenzi, dalle azioni e reazioni di chi sta di fronte alla persona e con cui la persona attraversa l'evento » [cursivo mio].

(119) Zatti, *Il tragico caso di Carmelo P.* cit., 139, apre questa prospettiva rife-

10. Gli artt. 33-35 della l. 833/1978 disciplinano i trattamenti sanitari volontari e obbligatori (TSO). Questi ultimi sono disposti quando il malato di mente rifiuti, pur necessitandone, accertamenti e cure riguardanti la propria patologia psichica. Essi hanno dunque ad oggetto proprio la malattia mentale.

Alla situazione appena descritta non è applicabile l'amministrazione di sostegno. Istituito, questo, al quale si può ricorrere qualora la persona, pur necessitando di cure o di interventi chirurgici per fatti diversi dalla patologia della mente, si opponga recisamente ad essi.

Il fatto che l'amministratore di sostegno non entri nel merito della procedura di TSO non esclude che egli possa svolgere comunque un ruolo significativo nella stessa e nell'esecuzione della misura coattiva. Innanzi tutto egli può adoperarsi per evitare la degenza ospedaliera, può favorire inoltre l'esercizio di alcuni diritti riconosciuti dalla l. 833 in seno alla procedura di TSO o, infine, può cercare di promuovere quest'ultima nell'interesse della salute del beneficiario.

Quanto al primo aspetto si deve preliminarmente constatare che, in applicazione del principio di volontarietà dell'intervento sanitario, il trattamento sanitario dell'infermo di mente in condizioni di degenza ospedaliera è previsto dalla legge come intervento eccezionale (120). L'art. 34, co. 4, l. 833/1978, nel dettarne le condizioni, prevede infatti che ove vi sia il consenso dell'interessato debba escludersi il trattamento in condizioni di degenza ospedaliera (121).

Ma allora l'amministratore di sostegno già nominato (122), stante la sua funzione preminente di cura della persona, potrebbe

rendo il caso di un anziano che subisce trattamenti medici e un intervento chirurgico senza che essere stato messo in condizione di esprimere il suo pensiero al riguardo. Qui la minaccia ad esempio potrebbe venire in considerazione sotto il profilo non della volontà ma della capacità accertata. Ciò al fine di valutare se la minaccia, sebbene sprovvisoria dei caratteri propri della violenza (art. 1435 c.c.), « abbia inciso, e quanto, sulla presenza a sé medesima della persona minacciata e sulla sua possibilità di fare uso delle proprie risorse di intendimento e di determinazione ».

(120) Brusciuglia, *Sub art. 2 l. n. 180/1978 cit.*, 192, confluito nell'art. 34 l. 833/1978. Il co. 4 stabilisce, affinché possa disporsi il TSO, le seguenti condizioni: 1) « alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici » (*id est*: alterazioni gravi); 2) rifiuto dei trattamenti da parte dell'infermo di mente; 3) mancanza delle « condizioni » e delle « circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere ». La residualità del TSO si evince anche da altre disposizioni: art. 33, co. 5 l. 833/1978.

(121) Il legislatore ha dunque attribuito rilevanza alla volontà del malato di mente anche in fase di attuazione dello specifico TSO, pertanto l'alterazione psichica non comporta necessariamente incapacità naturale.

(122) Se l'amministratore di sostegno non è stato ancora nominato, l'art. 35, co. 6, l. 833/1978 stabilisce che « Qualora ne sussista la necessità il giudice tutelare [cui deve essere notificato il provvedimento con cui il sindaco dispone il TSO] adotta i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo ».

prodigarsi per convincere il beneficiario ad accettare volontariamente l'intervento medico obbligatorio, evitando così la degenza ospedaliera. Non foss'altro perché il dialogo con il beneficiario è uno dei tratti salienti che connotano l'ufficio dell'amministratore di sostegno (artt. 407, co. 2 e 410, co. 1 e 2 c.c.).

Anche qualora dovesse essere impossibile evitare la degenza ospedaliera, permanendo il rifiuto del malato di sottoporsi alle misure sanitarie proposte, vi sarebbe ancora spazio per l'amministratore di sostegno. Egli può adoperarsi per rendere effettivi diritti che la normativa prevede a favore del soggetto coartato al trattamento. La l. 833/1978 afferma che la disposizione del TSO da parte dell'autorità sanitaria (123) deve avvenire « nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura » (art. 33, co. 2, l. 833/1978). Inoltre le attività sanitarie da praticare « devono essere accompagnat[e] da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato ».

Nel disegno legislativo, come si può facilmente rilevare, l'obbligatorietà non esclude il dialogo tra medico e paziente, anzi esso è promosso attraverso la previsione di obblighi a carico dei sanitari e della struttura. Il paziente ha diritto di conoscere il trattamento, al fine di potervi partecipare, nonostante l'abbia rifiutato. Si tratta di una regola che presidia la dignità umana, come quella contenuta nell'art. 33, co. 6, l. 833/1978, secondo cui « Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno ».

Vi sono infine norme volte a garantire più in generale la libertà personale del malato di mente, come gli artt. 33, co. 7 e 35, co. 8, l. 833/1978. La prima attribuisce a chiunque il potere di « rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato [art. 35 co. 4] il trattamento sanitario obbligatorio ». La seconda legittima colui che è sottoposto al TSO e chiunque vi abbia interesse a « proporre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare ». Questo procedimento si svolge secondo le regole

(123) In sintesi la procedura del TSO si articola nel modo seguente: 1) proposta motivata di un medico qualsiasi di un accertamento o trattamento sanitario obbligatorio (art. 33, co. 3 l. 833/1975); 2) convalida di tale proposta da parte di un medico dell'Unità sanitaria locale (art. 34, co. 4); 3) provvedimento del sindaco che dispone il TSO in condizioni di degenza ospedaliera (art. 33, co. 3), da emanarsi entro 48 ore dalla predetta convalida (art. 35, co. 1); notifica, tramite messo comunale, del provvedimento del sindaco al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune entro 48 ore dal ricovero (art. 35, co. 1); 4) decreto motivato del giudice tutelare di convalida o meno del provvedimento del sindaco, da emanarsi entro le successive 48 ore e da comunicare al sindaco stesso (art. 35, co. 2).

del rito sommario di cognizione, come ha stabilito recentemente l'art. 21 del d.lgs. 150/2011 (124).

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle giuste critiche che all'epoca dell'entrata in vigore della l. 833 furono rivolte al procedimento del TSO (125). Se non per sottolineare che la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia, integra la l. 833/1978, in particolare sotto il profilo del rispetto del contraddittorio; principio, questo, con riferimento al quale la legge italiana si mostrava, all'epoca, carente (126).

L'art. 13 di della Convenzione N.U. garantisce la « partecipazione effettiva » del disabile in tutte le fasi del procedimento giudiziario. Per effetto di questa disposizione il tribunale, in sede di ricorso contro il provvedimento del sindaco convalidato dal giudice tutelare, deve assicurarsi che sia rispettato il principio del contraddittorio nei confronti del malato di mente e che quest'ultimo, se del caso, sia adeguatamente rappresentato (127).

L'amministratore di sostegno potrebbe, si diceva, promuovere il TSO rivolgendosi a un medico affinché ne valuti la praticabilità. Il tribunale di Roma, in un caso di anoressia, ha stabilito che l'amministratore di sostegno, nella specie un medico, avrebbe dovuto attivare l'autorità sanitaria (il sindaco) ai sensi dell'art. 33 l. 833/1978, qualora egli non fosse riuscito, nell'esercizio del potere di assistenza, a favorire un ricovero volontario della beneficiaria in un centro specializzato per la cura dei disturbi alimentari (128).

11. L'art. 408, co. 1 c.c. sancisce che « l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità ».

Designare, com'è noto, non significa nominare e istituire l'isti-

(124) Il d.lgs. 150/2011 contiene « Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009 n. 69 ».

(125) Castronovo, *La legge 180 e il dopo* cit., 196 s., ha criticato la l. 833/1978 sotto diversi profili argomentando dagli artt. 32, co. 2 e 13, co. 2 Cost.: 1) non perfetta attuazione della riserva di legge di cui all'art. 32, co. 2 Cost., non essendo stati indicati dal legislatore i requisiti di fatto ai quali l'obbligatorietà deve essere collegata; 2) illegittima previsione di un modello prevalentemente amministrativo in luogo di un procedimento giurisdizionale caratterizzato dal rispetto del contraddittorio. Al giudice è attribuito un potere di controllo; solo eventualmente egli esercita una funzione giurisdizionale.

(126) Castronovo, *La legge 180 e il dopo* cit., 206.

(127) Tra l'altro, a tutela della parte della parte cui il procedimento di riferisce, l'art. 21, co. 5, d.lgs. 1-9-2001 n. 150 stabilisce che, in sede di opposizione alla convalida, il Presidente del tribunale, « acquisito il provvedimento che ha disposto il trattamento sanitario obbligatorio e sentito il pubblico ministero, può sospendere in trattamento medesimo [anche] d'ufficio ». Ciò costituisce un'importante novità rispetto all'art. 5 l. 180/1978 che richiede la domanda di parte.

(128) Trib. Roma 6-12-2010 cit.

tuto dell'amministrazione di sostegno. Potere, questo, che compete esclusivamente al giudice tutelare come si evince dagli artt. 405 c.c. e 348 c.c., i quali distinguono chiaramente designazione e nomina (129). La designazione tuttavia preclude al giudice la scelta di un amministratore diverso da quello designato, salvo che ricorrano « gravi motivi » da esplicitare nel provvedimento di nomina.

La disposizione a tutta prima è chiara nel suo dettato letterale, volta com'è a regolare un caso preciso. Essa in realtà ha generato consistenti dubbi interpretativi, dovuti alla laconicità del testo, ma soprattutto all'interazione con il sistema delle fonti. L'evoluzione dell'ordinamento ne ha sollecitato significative applicazioni ben oltre la singola fattispecie astratta tipizzata. Il che è avvenuto, più precisamente, per effetto di alcune norme sovranazionali e di un'attenta e coraggiosa (non certo spregiudicata) giurisprudenza teorica e pratica.

Prima di soffermarsi su queste recenti applicazioni dell'art. 408, co. 1 c.c. — riguardanti la salute e il più controverso ambito delle direttive anticipate di trattamento — assume valenza preliminare un problema ermeneutico di non poco conto: l'interpretazione della locuzione « in previsione della propria eventuale futura incapacità ».

Solo una premessa metodologica: l'interpretazione « se vuole stabilizzarsi come modello di decisione » deve garantire « la razionalità globale dell'ordinamento » (c.d. dogmatica giuridica) (130). Applicando quest'autorevole insegnamento si fa presto a costatare che l'interpretazione letterale non raggiunge affatto questa finalità di giustizia dell'interpretazione nel sistema dogmatico del diritto positivo.

Il significato della disposizione in esame appare inequivocabile soltanto a una prima lettura: la designazione avviene in previsione di un evento futuro, l'incapacità. Chi designa, quindi, deve essere pienamente capace di intendere e di volere; magari egli diventerà incapace, ma qualora ciò dovesse accadere, vi è già stata una legittima designazione. Si ha una manifestazione della volontà ora per allora. Ma l'ora deve, in questa prospettiva, essere governato dalla piena capacità di intendere e di volere.

(129) La disposizione contenuta nell'art. 408, co. 1 c.c. (designazione) innova profondamente rispetto alla previsione di cui all'art. 348, co. 1 c.c. Quest'ultima, applicabile anche in materia di interdizione (art. 424, co. 1 c.c.), attribuisce il potere di designazione al genitore che ha esercitato per ultimo la potestà, ma non alla persona su cui eserciterà i propri poteri di tutore. Tuttavia, per effetto della legge 9-1-2004 n. 6, l'art. 408, co. 1 c.c. si applica anche all'interdizione e all'inabilitazione: l'art. 424, co. 3 c.c. stabilisce che « Nella scelta del tutore dell'interdetto e del curatore dell'inabilitato il giudice tutelare individua di preferenza la persona più idonea all'incarico tra i soggetti, e con i criteri, indicati nell'art. 408 c.c. ».

(130) L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano 1996), 87, osservava che « l'ermeneutica è soltanto un metodo di ricerca di ipotesi di decisione razionalmente fondate e quindi socialmente plausibili, non anche un procedimento di verifica della loro giustizia ».

Del resto — si potrebbe aggiungere — la necessità della piena capacità per designare sarebbe suffragata dalla previsione della forma solenne richiesta dall'art. 408, co. 1 c.c. Il che implica una verifica da parte del pubblico ufficiale della capacità di chi chiede di effettuare la designazione (art. 54 regolamento notarile e art. 47 legge notarile). Si dovrebbe pertanto concludere che chi sia affetto da infermità o da menomazione psichica non possa designare.

Questa conclusione stride con il principio — di diritto interno e sovranazionale — di *favor* per l'autonomia e l'indipendenza delle persone con disabilità, compresa la libertà di compiere le proprie scelte. Tale principio è alla base della disciplina dell'amministrazione di sostegno. Istituto che, com'è noto, subordina ogni intervento protettivo alla « minore limitazione possibile della capacità d'agire » (art. 1 l. 6/2004). Il che implica una selettività dell'intervento protettivo con riferimento a determinati atti (artt. 405, co. 5 nn. 3 e 4 e 411, co. 4 c.c.), rispetto ai quali la capacità di agire può essere eliminata (potere rappresentativo esclusivo) o ridotta (potere di assistenza).

Ne consegue che una persona in grado di comprendere gli effetti di un determinato atto deve essere libera di compierlo, non potendo essere destinataria, con riferimento a tale atto, di una limitazione della propria capacità di agire (131). L'amministrazione di sostegno, rispetto agli istituti di protezione tradizionali, ha il pregio di evitare riduzioni della capacità di agire sovradimensionate rispetto alle condizioni di salute (132). Essa ha respinto l'equazione infermità = incapacità, non equiparando gli infermi di mente nella stessa condizione giuridica. Finanche l'incapacità di agire dell'interdetto e dell'inabilitato deve essere modulata dal giudice se il caso concreto lo esige (art. 427, co. 1 c.c.).

Il nostro problema interpretativo si avvia allora a una soluzione richiamando quelle disposizioni attuative del principio della minore limitazione possibile della capacità di agire. L'art. 407, co. 2 c.c. stabilisce che il giudice « deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona (...) delle richieste di questa ». Ora una di tali richieste può essere quella di volere una determinata persona come amministratore di sostegno (133).

(131) S. Patti, *L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione*, Familia - Quaderni, L'amministrazione di sostegno, a cura di S. Patti (Milano 2005), 4, 221, ha esattamente posto in luce che le limitazioni della capacità di agire hanno carattere eccezionale.

(132) Prima della riforma del 2004 l'interdizione e l'inabilitazione avevano creato un sistema che presentava profili d'incostituzionalità (artt. 2 e 3 Cost.) perché, non consentendo di graduare l'intervento giudiziale sulla capacità d'agire, finivano con l'equiparare situazioni diverse. Sul punto mi permetto di rinviare a Gorgoni, *L'amministrazione di sostegno: profili sostanziali cit.*, 10 s.

(133) Richiesta che può essere rivolta al giudice tutelare anche a seguito della

Il giudice, verificata la consapevolezza del richiedente e accertata l'idoneità della persona indicata a ricoprire l'ufficio di amministratore, deve nominare quest'ultima. Ma allora se chi è privo in tutto o in parte di autonomia può vincolare il giudice nella nomina dell'amministratore di sostegno, egli deve pur essere legittimato a intervenire in un atto pubblico per effettuare la designazione. Altrimenti non si capirebbe perché ciò che può essere fatto dopo non si possa realizzare prima. Del resto il beneficiario può orientare perfino l'attività dell'amministratore di sostegno, come si desume dai commi 1 e 2 dell'art. 410 c.c.

Il punto saliente diventa se il designante o il richiedente sia capace — nonostante l'infermità o la menomazione — di scegliere consapevolmente la persona nella quale ripone fiducia. Se lo è si deve ritenere che l'interessato abbia una capacità sufficiente, sebbene non piena, per compiere un valido atto di designazione.

L'inciso « in previsione della propria futura incapacità » presuppone, dunque, non la piena capacità di intendere e di volere, ma la capacità di comprendere l'importanza per sé di designare una determinata persona quale amministratore di sostegno. Ne consegue che il notaio cui sia richiesto di ricevere un atto di designazione non possa richiedere la piena capacità d'agire, ma solo quel tanto di capacità sufficiente a esprimere consapevolezza dei propri bisogni e delle qualità della persona che s'intende scegliere come amministratore di sostegno (134). In questo caso, non essendovi obbligo di assistenza né di rappresentanza, il notaio non incorre nel divieto di cui all'art. 54 del regolamento notarile.

L'interpretazione qui sostenuta trova conferma nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 lett. a), nella Convenzione di Oviedo (art. 6) e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (artt. 21 e 26) che proclamano e invitano gli Stati a favorire l'autonomia individuale del disabile, quale condizione imprescindibile per garantirne la dignità umana.

Le disposizioni sopra ricordate sull'autonomia individuale e

rimozione dell'amministratore di sostegno per intervenuti contrasti con il beneficiario (cfr. artt. 410, co. 2, 411, co. 1 che richiama l'art. 384 c.c.).

(134) G. Bonilini, *La designazione dell'amministrazione di sostegno*, Studium iuris, 2004, 9, 1052, afferma che « (...) data la materia sulla quale la designazione (...) è destinata ad incidere, deve reputarsi troppo severa l'applicazione dei requisiti di capacità e volontà prescritti per i consueti negozi giuridici, sicché gioverebbe considerare sufficiente, al fine di una adeguata designazione, la mera capacità di discernimento di chi l'abbia manifestata ». Cfr. anche E. Calò, *Designazione dell'amministratore di sostegno*, quesito n. 5988/C, Ufficio studi - settore civilistico.

In giurisprudenza cfr. Trib. Parma 2-4-2004, Notariato, 2004, 4, 399, che ha nominato amministratore di sostegno la persona designata da un soggetto menomato nella psiche. L'interessato, nel corso dell'esame ex art. 407 co. 2 c.c., era apparso « sufficientemente orientato nel tempo e nello spazio » anche se non in grado di gestire autonomamente il suo patrimonio.

sulla libertà di compiere le proprie scelte sono altresì appropriate per sciogliere positivamente i dubbi sulla cosiddetta designazione in sostituzione o in negativo e sulla nomina del co-amministratore di sostegno (135).

12. L'atto di designazione consiste nell'indicazione della persona su cui si ripone fiducia per svolgere l'ufficio di amministratore di sostegno. L'art. 408, co. 1 c.c. si limita a prevedere tale atto, mentre tace sulla possibilità che quest'ultimo possa contenere anche determinazioni aggiuntive rispetto a quella tipica della designazione. Da qui il dubbio sulla legittimità di una designazione che abbia un contenuto più ampio.

Sulle determinazioni di natura patrimoniale la dottrina si è espressa favorevolmente, argomentando soprattutto dall'art. 407, co. 2 c.c. in cui si afferma che il giudice tutelare deve tener conto dei bisogni e delle richieste della persona interessata alla nomina dell'amministratore di sostegno. Queste volontà potrebbero essere anticipate nell'atto di designazione e il giudice, pur non obbligato a recepirle, dovrà tenerne conto ove gli appaiano idonee ad assicurare adeguata protezione al beneficiario (136).

Indubbiamente una volta ammesso un contenuto ulteriore dell'atto di designazione — nella specie patrimoniale — sembra aperta la via anche a quello non patrimoniale riguardante la salute e le di-

(135) La designazione in sostituzione consiste nella facoltà di sostituire alla persona designata come amministratore di sostegno un'altra persona nell'eventualità in cui la prima non possa assumere l'ufficio perché, ad esempio, al tempo in cui inizia il procedimento per la nomina, è deceduta, scomparsa o è divenuta incapace. La designazione in negativo, invece, si ha quando il designante dichiara, nella forma prevista dall'art. 408, co. 1 c.c., che una o più persone specificamente indicate non dovranno assumere l'ufficio di amministratore di sostegno. Ancora, la figura del co-amministratore di sostegno interviene quando il giudice nomina due amministratori con poteri identici (ipotesi ritenuta giustamente non ammissibile) oppure quando ai due amministratori sono attribuiti poteri diversi. Ad esempio non vi sono ostacoli ad ammettere la nomina di due amministratori di sostegno: il primo con il compito di assistere il beneficiario negli atti di natura patrimoniale e il secondo (co-amministratore) con compiti attinenti esclusivamente alla cura e alla realizzazione delle esigenze essenziali e di vita quotidiana del beneficiario stesso. Per approfondimenti cfr. G. Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno* (Milano 2008), 237 s.

(136) L'atto di designazione potrebbe contenere una dettagliata descrizione di aspetti essenziali dell'amministrazione di sostegno, quali ad esempio: la durata dell'incarico dell'amministratore (a tempo determinato o indeterminato); gli atti o le categorie di atti (straordinaria amministrazione) su cui esercitare il potere rappresentativo da parte dell'amministratore di sostegno; l'elenco degli atti che il futuro beneficiario intenderà compiere soltanto con l'assistenza dell'amministratore; la fissazione sia di un limite di spesa, in relazione ad un certo periodo di tempo (mensile, trimestrale o annuale), cui l'amministratore dovrà attenersi, sia della periodicità con cui il designato, nominato dal giudice tutelare, dovrà riferire a quest'ultimo in ordine all'attività svolta nonché alle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.

rettive anticipate di trattamento (137). Ma questo parallelismo suggerisce molto poco rispetto ai complessi problemi sollevati dal contatto tra amministrazione di sostegno, tutela della salute e decisioni sulla fine della vita. Per ammettere ad esempio che l'amministratore di sostegno possa garantire l'osservanza di tali decisioni, occorre prima stabilirne il grado di rilevanza giuridica, poi accertare se, nel caso di specie, possa operare l'amministrazione di sostegno sussistendo i presupposti di cui all'art. 404 c.c.

Proprio con riguardo alle scelte di fine vita sono emerse diffuse resistenze da parte della giurisprudenza pratica ad applicare l'amministrazione di sostegno. Esse sono state originate soprattutto dall'art. 404, co. 1 c.c. e probabilmente anche dalla mancanza di una legge sul c.d. testamento biologico (*rectius*: direttive anticipate di trattamento).

Si può fin da subito rilevare che queste difficoltà appaiono superabili, adottando la tecnica dell'interpretazione sistematica. La quale deve tener conto non solo della Costituzione, ma anche, e in ossequio a quest'ultima, delle disposizioni comunitarie e internazionali (art. 117, co. 1 Cost.), nonché della giurisprudenza di legittimità. Da tale quadro di riferimento può senz'altro desumersi la rilevanza della volontà contraria a determinati trattamenti sanitari che dovessero rendersi necessari in futuro.

Si è già osservato come sulla base dell'interpretazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., il diritto di decidere sulla propria salute si sia distaccato dall'orbita esclusiva del diritto alla salute per entrare in quella, più vasta, della libertà dell'individuo. Il cui corollario è il consenso informato (138) previsto da numerose leggi speciali oltre che a livello comunitario e internazionale (139).

(137) Cendon, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche* cit., 176, afferma che « nulla vieta di utilizzare [l'atto di designazione] per indicare anche le modalità con le quali il futuro, nominando AdS debba esercitare i suoi poteri di cura della persona, con particolare riferimento ai trattamenti non desiderati, anche se ritenuti necessari dagli operatori sanitari ».

(138) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit.; cfr. anche Cass. 31-1-2009 n. 2468, *Danno e resp.*, 2009, 4, 446.

(139) Art. 1 della l. 180/1978 (*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*); art. 33 della l. 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*); artt. 2 lett. l) e 3 del d.lgs. 24-6-2003 n. 211 sulle sperimentazioni, cit.; art. 3 della l. 21-10-2005 n. 219 (*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati*); art. 6 della l. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*); l'art. 1 della l. 15-3-2010 n. 38 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) afferma che l'autonomia del malato è un principio fondamentale; art. 35 del *Codice di deontologia medica* (2006). L'art. 5 della *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina* (Oviedo 4-4-1997), resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28-3-2001 n. 145, posta al comma 1° la regola del consenso libero e informato, al comma 2 ne precisa il contenuto: l'informazione deve essere adeguata con riguardo « sia allo scopo e alla natura dell'intervento, che alle sue con-

Ma è bene precisare che dalle norme costituzionali non sembra potersi desumere il diritto di morire, almeno allo stato dell'attuale « *dinamica evolutiva dei rapporti sociali, che attualizza il precetto costituzionale* » (140). Tale diritto implicherebbe il diritto di ricevere un trattamento eutanasi o di ricorrere al suicidio assistito. Pratiche, queste, che nel nostro ordinamento assumono, com'è noto, rilevanza penale (141).

Piuttosto dalla Carta Fondamentale può ricavarsi, come ha esattamente chiarito la Cassazione (142), l'incoercibilità del vivere quale principio fondamentale. Il che implica il diritto di rifiutare le cure quale norma precettiva desumibile dalla Costituzione. Un diritto che, come ha affermato sempre la Suprema Corte, può essere oggetto di rappresentanza legale qualora non sia esercitabile direttamente dal titolare (143).

Esiste dunque il diritto di rifiutare determinati trattamenti, diritto spettante al malato cosciente, a chi perderà certamente la co-

seguenze e ai suoi rischi ». L'art. 3 co. 2 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Carta, questa, che per effetto dell'art. 6 TUE « ha lo stesso valore giuridico dei trattati ») stabilisce che « nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge ». L'art. 5 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo* (1997) stabilisce che in tutti i casi in cui si intenda svolgere una ricerca, una cura o una diagnosi che verta sul genoma di un individuo « sarà raccolto il consenso preliminare, libero e informato dell'interessato ». La lettera c) del medesimo articolo sancisce altresì il diritto di non essere informato dei risultati di un esame genetico, mentre l'art. 9 circoscrive rigidamente le limitazioni al principio del consenso informato.

(140) Corte cost. 18-12-2009 n. 335 (red. P. Grossi), Nuova giur. civ. comm., 2010, 5, 657, con nota di A. Gorgoni, *La commutazione e la compatibilità con i membri della famiglia legittima*.

(141) F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, Riv. trim. dir. e proc. pen., 1997, 74 s., esclude che il lasciar morire possa essere ricondotto all'eutanasi o al suicidio assistito. Cfr. però G. Cricenti, *Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni rilevanti*, in questa *Rivista*, 2011, 3, 710, il quale, muovendo dal consenso del paziente quale fondamento dell'attività medica, si chiede « perché esso dovrebbe avere un diverso rilievo a seconda che la condotta acconsentita sia attiva o omissiva ». La Suprema Corte federale tedesca, nella sentenza del 25.6.2010, ha affermato che la volontà del malato è il criterio in base al quale distinguere tra atti che danno luogo all'eutanasi passiva (ammessa dall'ordinamento tedesco) e atti che integrano invece l'eutanasi attiva (sanzionata dal codice penale). Se tale volontà, anche presunta, è nel senso di interrompere (o di rifiutare) il trattamento medico, quest'ultimo deve essere interrotto anche mediante una condotta attiva, senza che ciò costituisca un illecito penale.

(142) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit.

(143) Così Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit., la quale ha richiamato, a sostegno, oltre all'art. 405, co. 4 c.c. e l'art. 357 c.c. cui rinvia l'art. 424, co. 1 c.c., anche altre disposizioni già qui ricordate quali: gli artt. 3 e 4 d.lgs. 211/2003 (*sperimentazioni cliniche*), l'art. 13 l. 194/1978 (*norme sull'interruzione volontaria della gravidanza*) e l'art. 6 *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina*.

scienza e a chi, perfettamente sano, vuole formalizzare le proprie dichiarazioni anticipate di trattamento. Il diverso stadio della patologia o il fatto di essere sani o malati non giustifica affatto una diversa regola sulla rilevanza dell'autodeterminazione.

Il diritto di rifiutare le cure esiste non solo quando la persona già malata deve scegliere se accettare un trattamento salvavita o se chiederne la sospensione, ma anche nell'eventualità o nella certezza che in futuro insorga uno stato di incoscienza. Opinando diversamente si determinerebbe una palese violazione del principio di uguaglianza (144) e del divieto di discriminazione.

Naturalmente quando la decisione sui trattamenti si proietta in un futuro non vicinissimo o solo ipotizzato si pone il problema degli strumenti volti a garantirne il rispetto. In Germania una legge del 2009, intervenendo sull'impianto del BGB, ha individuato l'amministratore di sostegno quale soggetto garante (§ 1901) (145).

In Italia, in mancanza di una normativa specifica, è stata una parte della giurisprudenza pratica a ritenere, con non poche difficoltà ermeneutiche, che l'amministrazione di sostegno sia strumento idoneo a garantire l'osservanza delle direttive anticipate di trattamento. Esso è stato applicato a diversi casi su cui occorre soffermarsi.

13. L'art. 404, co. 1 c.c. subordina la nomina dell'amministratore di sostegno a una infermità o menomazione fisica o psichica che determini l'impossibilità di provvedere ai propri interessi. Quest'effetto preclusivo della cura dei propri interessi, originato dalla condizione patologica, sembra dover sussistere al momento della richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno. La norma adopera infatti l'indicativo presente « si trova » e non il condizionale presente « potrebbe trovarsi ».

È sorto così il problema dell'applicabilità dell'istituto qualora l'individuo, pienamente capace di intendere e di volere, sia affetto da una malattia che in un futuro più o meno prossimo condurrà ineso-

(144) S. Rodotà, *La vita e le regole* (Milano 2006), 254, ha posto il problema dell'« uguaglianza nel morire ». E proprio sotto questo profilo va affrontato il problema dell'inquadramento giuridico del cosiddetto « distacco della spina ». Segnatamente se il distacco del ventilatore meccanico da parte del medico integri, cagionando la morte del paziente, la fattispecie penale dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.c.). Secondo alcuni autori si impone un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 579 c.p. secondo la quale sebbene tale norma « si riferisca a qualunque azione che determina la morte dell'individuo, l'interruzione del trattamento sanitario costituisce un diritto di chi consapevolmente la chiede, garantito dalla Costituzione » (così A. Morace Pinelli, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, Riv. dir. civ., 2011, 5, 724 e ivi altri riferimenti bibliografici).

(145) S. Patti, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, Fam. pers. e succ., 2009, 12, 964 s.; G. Valente, *Testamento biologico ed eutanasi nel diritto tedesco: Patientenverfügung und Sterbehilfe*, Fam. e dir., 2011, 12, 1167 s.

tabilmente alla perdita di coscienza. Qui l'interesse in rilievo è quello di poter esprimere subito le proprie determinazioni sui trattamenti sanitari che si desiderano o che si rifiutano quando sopraggiungerà l'incoscienza. Ma per garantire l'effettività di siffatte determinazioni è decisivo affidarsi a un soggetto munito del potere di trasmetterle al medico.

Non vi è una legge specifica che individui tale soggetto o che prescriva una determinata forma (146) per la validità delle determinazioni sulla fine della vita. Ciononostante non si può ravvisare un vuoto normativo. I principi e le regole su cui ci siamo soffermati, riconducendo la salute alla libertà e all'identità personale, segnalano la rilevanza di tali determinazioni. Occorre allora verificare se l'amministratore di sostegno possa essere nominato quando la persona non è ancora impossibilitata a curare i propri interessi, essendo la malattia soltanto nella fase iniziale.

Questa ipotesi è ben diversa da quella ampiamente discussa dalla dottrina riguardante la possibilità di nominare un amministratore di sostegno a chi sia menomato solo fisicamente, ma integro mentalmente (147). Essa infatti si caratterizza per un aspetto: la futura e certa perdita della lucidità o della coscienza. La persona, quindi, non « si trova » ma si troverà sicuramente nell'impossibilità di curare i propri interessi.

La giurisprudenza (148), pur non riferendosi espressamente al-

(146) La legge tedesca del 2009, al § 1901 a BGB, ha previsto la forma scritta (non l'atto pubblico) per le determinazioni di un maggiorenne capace di volere con cui si autorizzano o si vietano, per il futuro, determinati trattamenti o interventi medici.

(147) S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, Nuova giur. civ. comm., 2004, 38-40, conclude che l'infirmità o la menomazione fisica, per quanto gravi possano essere, non sono autonomi presupposti della nomina dell'amministratore di sostegno, ma debbano accompagnarsi « all'annullamento, al mancato sviluppo o ad un'apprezzabile compromissione delle facoltà intellettive dell'individuo ». Ciò in quanto chi è capace di intendere e di volere non è impossibilitato a curare i propri interessi patrimoniali, perché potrebbe avvalersi di una procura ovvero concludere un contratto di mandato. D'accordo Bonilini, *Dell'amministrazione di sostegno cit.*, 90-95. Altra parte della dottrina (Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Ferrando cit., 63-67; G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, Fam. pers. e succ., 2010, 2, 842) e taluni giudici di merito ritengono legittima la nomina dell'amministratore di sostegno a chi sia capace di intendere e di volere ma menomato fisicamente. Si argomenta soprattutto dall'art. 409, co. 1 c.c.: la rappresentanza qualificata esclusiva lascia intendere la possibilità di attribuire una rappresentanza concorrente.

(148) Trib. Modena 23-12-2008, Dir. fam. e delle pers., 2009, 699; Trib. Modena 13-5-2008, Danno e resp., 2008, 8-9, 889, con nota di S. Cacace, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale. Rappresentazione in tre atti*; Fam. pers. succ., 2008, 11, 910, con nota di A. Landini, *Amministrazione di sostegno e autodeterminazione terapeutica*; Nuova giur. civ. comm., 2008, 11, 1299, con nota di M. Piccinni, *Chi decide*

l'interpretazione estensiva dell'art. 404 c.c., ha ammesso la nomina dell'amministratore di sostegno qualora il soggetto, affetto da una malattia irreversibile e progressiva, abbia lucidamente espresso volontà contraria a certi trattamenti. In un caso specifico all'amministratore è stato attribuito il potere di negare, in nome e per conto del beneficiario, il consenso alla ventilazione forzata con tracheostomia, qualora l'evolversi della malattia avesse richiesto tale trattamento (149).

Non si è ragionato — si può osservare — in termini di stretta attualità come invece sembra esigere l'art. 404 c.c. Al momento della nomina dell'amministratore potrebbe anche mancare il presupposto dell'impossibilità di curare i propri interessi, sebbene esso si verificherà. Ma la giurisprudenza ha valorizzato soprattutto il diritto fatto valere, allargando le maglie dell'art. 404 c.c., pur nel rispetto della finalità protettiva dell'amministrazione di sostegno. Essa ha fatto leva sugli argomenti addotti dalla Cassazione sul caso Englaro.

In sintesi: 1) dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. si è dedotto che il consenso informato del paziente costituisce il fondamento che legittima l'attività del medico. Il paziente può anche rifiutare o decidere di interrompere la terapia e tale volontà deve essere rispettata, altrimenti si avrebbe uno Stato etico senz'altro ripudiato dai costituenti (150); 2) il rifiuto o l'interruzione delle cure non dà luogo all'eutanasia, non determinandosi alcuna accelerazione del percorso biologico naturale della malattia. Del resto — ha osservato sempre la giurisprudenza di merito — se la Cassazione ha riconosciuto rilevanza giuridica alla volontà sulla fine della vita ricostruita sulla base di elementi proba-

per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita; Fam. e dir., 2008, 10, 923, con nota di G. Ferrando, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*; Foro it., 2008, 2692, con nota di Banaccorsi, *Amministrazione di sostegno e disposizioni di fine vita*.

Il caso deciso da Trib. Modena 13-5-2008, riguardava una persona affetta da sclerosi laterale amiotrofica, con un quadro clinico che avrebbe richiesto, all'insorgere di una diagnosticata crisi respiratoria, una ventilazione forzata con tracheotomia. Trattamento, questo, lucidamente rifiutato dalla paziente per iscritto (in un documento sottoscritto) e oralmente in un incontro con lo psichiatra (che l'ha riportata nella sua relazione) e con giudice tutelare (art. 407, co. 2 c.c.).

(149) Naturalmente la volontà espressa dall'amministratore di sostegno deve essere osservata dal medico se, nel frattempo, non è intervenuta una diversa determinazione, espressa in qualsiasi forma, da parte del beneficiario.

(150) Rodotà, *La vita e le regole cit.*, 261, afferma giustamente che non basta assicurare al morente « l'accoglienza in ambienti adeguati (...) e la vicinanza degli affetti »; occorre soprattutto assicurargli « il possesso di sé. Un possesso preventivo, garantito dal rispetto pieno di quel che in precedenza ha deciso. Un possesso attuale, che gli mette a disposizione tutte le opportunità che gli permettono di accompagnarsi liberamente verso la fine. Un morente ben accudito, ma privo di diritti, è più oggetto che persona; lenisce angosce sociali, ma può segnare l'abbandono nel patimento individuale; corrisponde a un modello, non a una soggettività » [corsivo mio].

tori, *a fortiori* deve essere rilevante la dichiarazione anticipata di trattamento che invece è stata formalizzata ai sensi dell'art. 408, co. 1 c.c. (151).

Si può dunque ritenere che l'art. 404 c.c. comprenda anche l'ipotesi della malattia degenerativa progressivamente invalidante. Si deve valorizzare il fatto che l'invalidità, pur non necessariamente presente al momento del ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno, si manifesterà certamente, rendendo attuale l'impossibilità di curare i propri interessi. *Nulla quaestio* naturalmente se la malattia abbia già cagionato al momento del ricorso una menomazione fisica e/o psichica che renda impossibile la cura dei propri interessi.

Il problema interpretativo appena esposto ritorna con più forza in un altro caso, molto discusso e abbastanza diffuso nella giurisprudenza pratica. Esso può così sintetizzarsi: la persona, perfettamente sana, richiede la nomina dell'amministratore di sostegno al fine di far conoscere al medico le proprie determinazioni sui trattamenti medici che si accettano o si rifiutano, qualora dovesse verificarsi la perdita di coscienza. In questo caso, diversamente dal precedente, manca l'ineluttabile: la persona prefigura una o più situazioni eventuali, anticipando fin da subito quali saranno le proprie decisioni riguardo ad esse. Diventa allora più problematico giustificare l'applicazione dell'amministrazione di sostegno.

Vengono in rilievo le direttive anticipate di trattamento, un tema, questo, ancora oggetto di vivace discussione. Nel nostro Paese la mancanza di una specifica normativa ha favorito un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 404 c.c. — non unanimemente condivisa né in dottrina né in giurisprudenza — sul presupposto della rilevanza giuridica di tali direttive. Sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha costituito il fondamento di questa rilevanza ci siamo già soffermati. Preme piuttosto rilevare che l'applicazione dell'amministrazione di sostegno ha consentito di passare dalla rilevanza all'effettività delle direttive anticipate di trattamento.

14. Con le direttive anticipate di trattamento l'individuo decide sulla propria salute prima che sopravvenga una malattia o un evento traumatico che gli impedisca di esprimersi. Esse consistono soprattutto nel rifiuto di interventi sanitari quali la ventilazione, l'idratazione e l'alimentazione artificiali o, più in generale, di quelle tecniche

(151) Trib. Modena 13-5-2008 cit., ha sottolineato come alle luce del quadro normativo descritto e dell'art. 408, co. 1 c.c. « appare di difficile confutazione la conclusione dell'assoluta superfluità di un intervento del legislatore volto a introdurre e disciplinare il testamento biologico ». In verità una legge che chiarisca taluni aspetti che rafforzino la rilevanza — senz'altro già esistente della dichiarazione anticipata di trattamento — dovrebbe essere vista con favore.

che tengono vivi impedendo la vita di relazione (152). L'individuo, generalmente in perfetta salute, esprime la volontà di non essere mantenuto in vita in caso di irreversibile perdita di coscienza o di definitiva immobilità (153).

Le direttive anticipate di trattamento differiscono dall'eutanasia e dal suicidio assistito (154). Con esse non si chiede al medico un comportamento attivo che cagioni la morte né di collaborare nel porre fine alla propria esistenza, ma si pretende il rispetto della libertà di non sopravvivere (155). Il rifiuto della sopravvivenza non costituisce esercizio del diritto di morire, ma esprime la propria concezione della dignità della vita umana nella sua fase finale. Si tratta di una volontà che per evidenti ragioni deve apparire certa e frutto di un'adeguata ponderazione. Ecco perché per esprimerla validamente le normative di altri paesi hanno previsto la forma solenne.

In Italia la mancanza di una legge e la necessità di rispondere adeguatamente a chi chiede la sicurezza di poter governare l'ultimo periodo della propria vita hanno reso indispensabile una supplenza da parte della giurisprudenza. La quale ha ammesso in primo luogo che l'atto formale di designazione — l'art. 408, co. 1 c.c. richiede l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata — possa contenere anche decisioni sulla fine della vita (c.d. contenuto facoltativo).

Ma questo semplice atto non è sufficiente per garantire la sicurezza cui si è appena fatto cenno. Compiuta la designazione, il desi-

(152) Nella Premessa del parere del Comitato Nazionale per la bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18-12-2003, www.Governo.it/bioetica, si afferma che con tale locuzione si intende un « documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato ».

(153) Molti autori tra cui P. Zatti e G. Cricenti hanno giustamente distinto tra vita in senso meramente « biologico » (corpo che vive immobilizzato con o senza coscienza di sé) o e vita senso « biografico ». Le versioni laiche del principio della sacralità della vita fanno scaturire da quest'ultimo il dovere di protezione delle vite in senso biografico e non in senso puramente biologico.

(154) M. Franzoni, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia*, Contr. e impr., 2007, 266.

(155) La liceità della condotta del medico che interrompe l'alimentazione o la respirazione artificiale, dando seguito alle volontà del paziente, non si spiega tanto sotto il profilo del nesso causale. In base a quest'ultimo ragionamento si osserva che nell'eutanasia passiva la morte sopraggiunge a causa della condotta umana commissiva (ad esempio: iniezione letale). Nell'eutanasia cosiddetta passiva (*id est*: interruzione dei trattamenti) la morte sarebbe cagionata non dalla condotta attiva dell'uomo ma dalla stessa malattia. Si tratta di una distinzione basta sull'intenzione degli agenti non del tutto solida. Più convincente appare un'altra ricostruzione. La contrarietà del paziente preclude qualunque trattamento medico; dunque se quest'ultimo è già in essere deve essere interrotto, altrimenti si preclude l'esercizio di una libertà personale inviolabile (artt. 32 e 23 Cost.).

gnante, soggetto sano e capace di intendere e di volere, deve rivolgersi al tribunale competente chiedendo la nomina quale amministratore di sostegno della persona già designata. Il giudice tutelare, sentito personalmente il ricorrente, dà seguito a tale nomina — potendo discostarsene solo per gravi motivi (156) — attribuendo all'amministratore designato il potere di negare il consenso a quei trattamenti medici indicati nella stessa designazione.

Si potrebbe obiettare che se le direttive anticipate di trattamento fossero giuridicamente rilevanti, sarebbe sufficiente l'atto di designazione che le contiene. Ebbene la nomina dell'amministratore di sostegno è sì qualcosa in più, ma non è superflua. Essa precostituisce un soggetto legittimato a interloquire con il medico, impedendo prontamente che al beneficiario vengano praticati trattamenti dallo stesso non voluti.

Diversamente, negando la nomina, il medico, all'oscuro delle volontà del paziente, gli praticherà quei trattamenti dallo stesso rifiutati in attesa che l'amministratore di sostegno sia nominato e assuma le proprie funzioni (157). Ciononostante una parte della giurisprudenza (158) ha negato l'applicabilità dell'amministrazione di soste-

(156) Cass. 26-9-2011 n. 19596, Fam. e dir., 2011, 12, 1085 s., con nota adesiva di F. Tommaso, *Un principio di diritto nell'interesse della legge sui criteri di scelta dell'amministrazione di sostegno*, ha affermato che, in mancanza di designazione, l'ordine legale — contenuto nell'art. 408, co. 1 c.c. — dei soggetti tra cui il giudice sceglie l'amministratore di sostegno non determina un ordine rigoroso da rispettare necessariamente. Ciò emerge non solo dal tenore letterale della norma — « ove possibile » — ma soprattutto dal fatto che il criteri fondamentale che orienta la scelta giudiziale è quello attento a realizzare la cura e gli interessi del beneficiario.

(157) L'amministratore di sostegno nominato dal giudice tutelare, prima di assumere l'ufficio, deve prestare davanti allo stesso il giuramento. L'art. 411, co. 1 c.c. richiama infatti l'art. 349 c.c. Non è richiamato, invece, l'art. 362 c.c. che obbliga il tutore a procedere all'inventario dei beni del minore (o dell'interdetto) nei dieci giorni successivi a quello in cui ha avuto legalmente notizia della sua nomina. L'amministratore, quindi, per assumere le proprie funzioni deve prestare il giuramento ma non deve procedere all'inventario, salvo che quest'ultimo sia stato espressamente previsto e motivato dal giudice tutelare nel decreto di nomina, in applicazione dell'art. 411, co. 4 c.c.

(158) Corte App. Firenze 3-7-2009, Nuova giur. civ. comm., 2010, 5, 436 s., con nota di R. Masoni-A. Farolfi, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*; Trib. Pistoia 8-6-2009, Foro it., 2011, 608 s.; Trib. Firenze 8-4-2009, Dir. fam. e pers., 2009, 1277 s.; Trib. Roma sez I bis 1-4-2009, Fam. dir., 2010, 1, 51, con nota di V. Busi, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*; Trib. Pistoia 1-4-2009, Fam. e dir., 2010, 1, 52 s., con nota di V. Busi, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*; Trib. Roma 3-4-2009, www.dejure.giuffre.it; Trib. Verona, 4-1-2011, www.personedanno.it. Corr. giur., 2011, 9, 1289, con nota critica di G. Spoto, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno: il giudice tutelare compie un passo indietro*, il quale replica a tutti gli argomenti addotti dal tribunale veronese. Particolarmente significativo è il riferimento all'art. 410, co. 1 c.c. « che invita al riconoscimento delle aspirazioni del beneficiario ».

gno quando l'interessato sia persona sana e capace. Le motivazioni meritano senz'altro attenzione, segnalando, sostanzialmente, una forzatura nell'interpretazione opposta.

La prima muove dal tenore letterale dell'art. 404 c.c. che, come si è già osservato, sembra richiedere, quale presupposto per la nomina, l'attualità dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi. Non varrebbe obiettare che i commi 2 e 3 dell'art. 405 c.c. prevedono casi di scissione tra l'emanazione del provvedimento e la sua efficacia. Essi, infatti, non si basano sulla mancanza dell'attualità, ma sull'operatività di un altro istituto di protezione (159), costituendo un'eccezione alla regola dell'immediata esecutività del decreto di nomina dell'amministratore.

Un altro argomento considera che dalla legittimazione ad agire anche per chi abbia piena capacità di agire (arg. ex art. 406, co. 1 c.c.) (160) non possa desumersi l'ammissibilità dell'amministrazione di sostegno ora per allora. La disposizione significherebbe soltanto che per accedere alla misura protettiva non occorre trovarsi nelle situazioni descritte dagli artt. 414 e 415 c.c. (161).

Ma questi e altri argomenti (162) — si può replicare — sono me-

(159) L'art. 405, co. 2 c.c. consente la nomina dell'amministratore di sostegno nell'ultimo anno della minore età di un minore non emancipato, prevedendo ovviamente che il decreto di nomina « diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta ». La finalità è quella di assicurare continuità di tutela al minore di età, infermo o menomato, il quale al raggiungimento della maggiore età sarà immediatamente destinatario della protezione giuridica fornita dall'istituto dell'amministrazione di sostegno (cfr. anche art. 416 c.c.). Sarebbe, questo, un caso eccezionale di scissione tra nomina e assunzione delle funzioni e come tale non suscettibile di interpretazione analogica. Analogo ragionamento può essere svolto con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 405, co. 3 c.c.

(160) Dalla congiunzione « anche » contenuta nell'art. 406 c.c. si potrebbe desumere che legittimato ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno sia, in primo luogo, una persona diversa dal minore dall'interdetto o dall'inabilitato, dunque una persona capace di intendere e di volere. La dottrina più che altro ha sottolineato la novità di aver attribuito la legittimazione attiva allo stesso beneficiario, ossia anche alla persona in tutto o in parte priva di autonomia. Disposizione, questa, specularmente prevista anche in materia di interdizione e di inabilitazione (art. 417 c.c.), a dimostrazione che « i procedimenti limitativi della capacità d'agire (...) non sono costruiti contro l'incapace, bensì a suo favore ed è appunto per il proprio interesse che questi domanda la misura di protezione » (così Tommaso, *La legittimazione attiva cit.*, 174-175).

(161) Trib. Verona 4-1-2011 cit.

(162) La Corte App. Firenze 3-7-2009 cit., a sostegno della tesi contraria alla nomina dell'amministratore di sostegno, ha addotto anche i seguenti argomenti: 1) l'obbligo imposto al giudice di sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce (art. 407, co. 2 c.c.), essendo volto a verificare lo stato di incapacità, sarebbe del tutto inutile se tale condizione non fosse attuale; 2) anche l'obbligo imposto sempre al giudice di indicare la durata dell'incarico sarebbe inattuabile, essendo nel caso in esame « incerti sia l'an che il quantum dell'eventuale operatività futura dello stru-

ramente letterali, tutti rigidamente confinati nella normativa dell'amministrazione di sostegno. E per questa ragione non convincono. Vi è la necessità, come più volte rilevato, che l'interprete tenga conto di un quadro normativo più ampio; non più soltanto interno, ma anche comunitario e internazionale, come pure della giurisprudenza di legittimità, prediligendo un'interpretazione sistematica.

Questa tecnica interpretativa, oramai ineludibile nell'attuale sistema delle fonti, è stata attuata da un'altra parte della giurisprudenza (163) che ha, invece, ammesso la nomina dell'amministratore di sostegno, quale soggetto deputato a trasmettere e a garantire l'osservanza delle direttive anticipate di trattamento formalizzate nell'atto di designazione.

15. Secondo una parte della giurisprudenza di merito è possibile nominare l'amministratore di sostegno alla persona sana e in salute al fine di garantire l'effettività delle sue dichiarazioni anticipate di trattamento. Non vi sarebbero ostacoli normativi, neppure, a ben guardare, quello rappresentato dall'attualità dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi desunto dall'art. 404 c.c. La delicatezza della questione impone di procedere con ordine.

Nelle motivazioni delle pronunce giudiziali, la rilevanza giuridica del rifiuto delle cure è ben argomentata. In esse si pone in luce come tale rilevanza debba essere riconosciuta non soltanto quando la persona già malata esprime volontà contraria a certi trattamenti, ma anche quando la stessa, pur in perfetta salute, rifiuta i medesimi trattamenti nell'eventualità che sopravvenga una determinata patologia. Del resto perché mai distinguere i due casi? Se il rifiuto delle cure è un diritto come tutta la giurisprudenza ha ammesso, esso deve po-

mento di tutela»; 3) l'obbligo di comunicare all'ufficiale dello stato civile il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno (art. 405, co. 8 c.c.) risulterebbe incongruo in caso di persona pienamente capace; 4) l'atto di designazione (art. 408, co. 1 c.c.) postula un più o meno ampio lasso di tempo tra designazione e nomina, altrimenti la stessa designazione formale apparirebbe inutile, essendo sufficiente indicare nel ricorso introduttivo il nominativo di colui che si vuole come amministratore di sostegno.

(163) Trib. Firenze 22-12-2010 (g.t. Palazzo), Guida al dir., 2011, 23, 61 s. e Nuova giur. civ. comm., 2011, 6, 483 s., con nota di D. Infantino, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*; Trib. Cagliari 22-10-2009, Fam. e dir., 2010, 2, 161, con nota di M. N. Bugetti, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace e autonomia: oltre i confini dell'istituto?*; Trib. Modena 14-5-2009, Dir. fam. e pers., 2009, 4, 1837 s.; Trib. Prato, 8-4-2009, www.personaedanno.it; Trib. Modena 5-11-2008, Fam. e dir., 2009, 3, 277 s., con nota di G. Ferrando, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*. Sull'attribuzione all'amministratore di sostegno del potere di negare il consenso alle trasfusioni di sangue cfr.: Trib. Vibo Valenzia sez. dist. Tropea 30-11-2005 e Trib. Roma 21-12-2005, entrambe Fam. e dir., 2006, 5, 523 s., con nota di R. Campione, *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*; Trib. Modena 16-9-2008, Dir. pers. e fam., 2009, 1, 261 s.; Trib. Bologna sez. dist. Imola 4-6-2008, Giur. mer., 2011, 1, 245 s.

tersi esercitare anche nei casi di ipotizzata perdita di coscienza o immobilità.

Vi sarà indubbiamente un problema di permanenza dell'attualità della volontà espressa tempo addietro qualora il soggetto si trovi davvero in stato di incoscienza (164). È senz'altro vero che fatti sopravvenuti possono incidere sull'efficacia vincolante delle direttive anticipate di trattamento, ma si tratta di una mera eventualità che attiene comunque a un piano diverso da quello della rilevanza (165). La verifica dell'attualità e della specificità delle determinazioni è conaturata alla fattispecie e correttamente induce a negare incondizionata efficacia al c.d. « *living will* ».

Sui riferimenti normativi posti a fondamento di questa impostazione che sostiene la rilevanza delle direttive anticipate di trattamento ci siamo già soffermati. Essi sono stati richiamati dai giudici tutelari e sono: gli artt. 2, 13, e 32 Cost., gli artt. 1 e 33 l. 833/1978 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), l'art. 3 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, gli artt. 5, 6 e 9 della Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina. Così come è stata ampiamente citata la giurisprudenza sia della Cassazione sul caso Englaro (166) e su quello dei Testimoni di Geova (167), sia della Corte costituzionale (168) che ha legato il tema del consenso alla libertà personale e all'autodeterminazione.

(164) Balestra, *L'autodeterminazione nel « fine vita »* cit., 1028, osserva esattamente che il discostarsi dalla scelte del malato qualora manchi l'attualità, « lungi dall'introdurre un qualsiasi profilo di autonomia nell'attività del medico, risponde unicamente all'esigenza di tutelare la stessa volontà del malato, il quale, qualora fosse stato in condizione di farlo, avrebbe espresso un diverso volere e, comunque, modificato le scelte recedenti ». Cfr. in tal senso S. Brandani-G. Navone, *Il consenso ai trattamenti sanitari delle persone incapaci*, Persona e mercato, 2011, 3, 217, i quali tra l'altro argomentano la rilevanza delle dichiarazioni anticipate contenute nell'atto di designazione dall'art. 410, co. 1 c.c. in forza del quale « deve riconoscersi [a tale atto], quantomeno, il valore di fonte di cognizione privilegiata da cui poter attingere informazioni circa le convinzioni e le aspirazioni dell'amministrato ». Se però le direttive del beneficiario sono state recepite nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, quest'ultimo deve senz'altro osservarle, salvo che motivi sopravvenuti — sottolineati dal medico o dallo stesso amministratore — le rendano non più conflacenti agli interessi del beneficiario (sul punto cfr. M. Sesta, *Riflessioni sul testamento biologico*, Fam. e dir., 2008, 4, 407 s.).

(165) L'art. 9 della *Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina* postula la consapevolezza che il passare del tempo possa rendere inattuali le dichiarazioni anticipate di trattamento: ma se, nel caso concreto, ciò non è accaduto, non vi sono motivi per disattenderle. L'art. 9 stabilisce che « Al riguardo di un intervento medico concernente un paziente che al momento dell'intervento non è in grado di esprimere il proprio volere, devono essere presi in considerazione i desideri da lui precedentemente espressi ».

(166) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit.

(167) Cass. 15-9-2008 n. 23676 cit.; Cass. 23-2-2007 n. 421 cit.

(168) Corte cost. 22-10-1990 n. 471 cit.; Corte cost. 23-12-2008 n. 438 cit.

Si devono però richiamare altri importanti passaggi del ragionamento giudiziale. Soprattutto quelli volti negare che la mancanza di attualità sia elemento preclusivo della nomina dell'amministrazione di sostegno. Se — è stato rilevato — sul piano del diritto sostanziale emerge il diritto di rifiutare le cure, l'amministrazione di sostegno è lo strumento più adatto ad attuarlo. Specialmente se si considerano i tratti peculiari del diritto coinvolto, il pregiudizio che questo subirebbe negando la nomina dell'amministratore di sostegno e il regime giuridico dell'istituto.

Sotto i primi due profili è stato posto in luce come il solo atto di designazione contenente le direttive anticipate di trattamento, senza che ad esso segua la nomina dell'amministratore di sostegno, non sia sufficiente a garantire l'effettività del diritto di rifiutare le cure. Difatti i tempi occorrenti per la nomina sono incompatibili con l'urgenza del trattamento. Solo l'amministratore già nominato potrà agire prontamente, impedendo che al beneficiario sia praticato il trattamento non voluto (169) con conseguente lesione del diritto di rifiutare qualsiasi intervento sanitario.

Vero è che il godimento reale ed effettivo di un diritto è coesistente alla sua stessa esistenza. Trascurare questa dimensione significa proclamare diritti, anche fondamentali, soltanto sulla carta (170). Ne

(169) Secondo Trib. Pistoia 8-6-2009 cit., la nomina dell'amministratore di sostegno che segua alla designazione non garantirebbe l'attuazione del diritto di rifiutare le cure, essendo comunque necessario un controllo da parte del giudice tutelare del rifiuto dei trattamenti che l'amministratore intenda manifestare al medico. Il Tribunale basa quest'asserzione sul fatto che la Cassazione, nella sent. 16-10-2007 n. 21748 cit., abbia ritenuto necessario il controllo di legittimità da parte del giudice dell'autenticità della volontà che il curatore speciale riporta al medico quale volontà del rappresentato (v. punto 8 motivazione Cass.). Ma il Trib. erra nell'accostare due casi diversi. Il controllo del giudice si giustifica perché quando il tutore ricostruisce una volontà mai formalizzata. In tal caso è evidente che vi debba essere un controllo per valutare se il rappresentante legale abbia valutato correttamente i desideri espressi oralmente prima della perdita della coscienza, ovvero abbia inferito correttamente la volontà del rappresentato da una serie di elementi (quali la personalità, lo stile di vita, le inclinazioni, i valori, le convinzioni etiche e religiose). Il caso di cui discutiamo nel testo è del tutto diverso giacché vi è una precisa volontà espressa nell'atto di designazione; di conseguenza non vi è necessità di alcun controllo da parte del giudice, salvo l'insorgenza di contrasti tra l'amministratore di sostegno e i medici nell'interpretare tale volontà con riguardo alla situazione concreta in cui si trovi il beneficiario. È evidente che il decorso del tempo può rendere la volontà espressa all'epoca, nell'atto di designazione, non più attuale; il che accade se muta il contesto tecnico scientifico cui era riferita quella volontà. La legge tedesca del settembre 2009 riguardante le « disposizioni del paziente » stabilisce che l'amministratore di sostegno verifica se le decisioni scritte all'epoca dal paziente « sono adeguate rispetto all'attuale situazione di vita e di trattamento ».

(170) N. Trocker, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'« azione » nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, parte prima, Riv. trim. dir. proc. civ.,

è ben consapevole la Corte di Giustizia (171) che, in un caso riguardante la cittadinanza dell'Unione di due minori, ha affermato che per non vanificare i diritti collegati ad essa occorreva rilasciare al genitore i permessi di soggiorno e di lavoro, superando così le difficoltà tecniche esistenti nella normativa interna al rilascio di tali permessi. Del resto l'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE sancisce il diritto ad un rimedio effettivo.

Spostando ora l'attenzione sul terzo profilo accennato poc'anzi attinente alla disciplina specifica dell'amministrazione di sostegno, non si può che constatare la mancanza di una norma espressa sulle direttive anticipate di trattamento. Ciononostante una parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto l'amministrazione di sostegno strumento idoneo a garantirne l'attuazione. Essa ha in primo luogo negato che l'attualità dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi fosse un presupposto indispensabile per la nomina dell'amministratore di sostegno.

I giudici hanno fatto leva sulla congiunzione « anche » di cui all'art. 406, co. 1 c.c. per desumere che pure un soggetto con piena capacità di agire è legittimato a presentare il ricorso. Ma v'è di più: dalla stessa lettera dell'art. 404 c.c. si desume che l'attualità sia un presupposto per la produzione degli effetti non anche requisito per la istituzione dell'amministrazione di sostegno. La norma infatti collega l'assistenza e non la nomina all'impossibilità di curare i propri interessi. Sicché pur mancando tale impossibilità, si potrà nominare l'amministratore di sostegno il quale, ovviamente, non eserciterà alcun potere (172).

2007, 35 s.; Id., parte seconda, Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, 439 s.; D. Messinetti, *La sistemica rimediabile*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 1 15 s.; S. Mazzamuto, *I rimedi*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto (Milano 2007), vol II, 739 s.

(171) Corte eur. gius. 8-3-2011 C-34/2009, *Zambrano/Office National de l'emploi*, www.curia.europa.eu. La *ratio decidendi* si incentra sull'effettività dei diritti attribuiti dall'art. 20 TFUE. Questa disposizione, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, deve essere interpretata nel senso che ad essa osta che « a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione ». Ed è evidente che tale privazione si verificherebbe, poiché il genitore costretto a lasciare lo Stato di cui i figli minori sono cittadini porterà questi ultimi con sé.

(172) Si aggiunga che la locuzione « cura e interessi della persona » di cui all'art. 408, co. 1 c.c. nonché il termine « bisogni » dell'art. 410, co. 1 c.c., su cui ci siamo già soffermati, fanno sì che l'amministrazione di sostegno sia la misura protettiva « maggiormente orientata [rispetto all'interdizione e all'inabilitazione] al rispetto della dignità umana ed alla cura complessiva della persona e della sua personalità, e non già

Il nuovo istituto appare tra l'altro maggiormente idoneo, nel caso in esame, rispetto all'interdizione e all'inabilitazione, ad assicurare adeguata protezione. Se così è, sono inapplicabili gli istituti tradizionali alla luce degli artt. 404 e 414 c.c. come interpretati dalla giurisprudenza di legittimità (173).

Non si può negare tuttavia che, nel caso in esame, la nomina dell'amministratore di sostegno prescinda dal requisito dell'infermità e della menomazione richiesto dall'art. 404 c.c. È anche vero però da un lato che l'amministratore nominato non esercita — come si diceva — alcun potere, proprio perché non vi è menomazione né infermità. Dall'altro l'esercizio del diritto di rifiutare taluni trattamenti postula un amministratore già nominato al momento in cui sopravviene la menomazione o l'infermità. Altrimenti essi verranno attuati in attesa che la volontà del paziente sia comunicata al medico da un soggetto munito dei poteri specifici. Da qui la necessità della previa nomina che, in definitiva, non sembra preclusa dall'attuale normativa.

Ciò nonostante si deve ammettere che il quadro normativo allora non è del tutto limpido. Occorre un intervento legislativo, anche perché la presenza di orientamenti giurisprudenziali contrapposti e di opinioni dottrinali divergenti (174) non garantiscono adeguata-

del solo suo patrimonio». Il Trib. Firenze 22-12-2010 cit., ha ritenuto che il contenuto dell'art. 408, co. 1 c.c. sull'atto di designazione, alla luce della *ratio* dell'amministrazione di sostegno, consenta di affermare che quest'ultimo « è l'istituto più appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per le ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico ».

(173) Corte cost. 9-12-2005 n. 440, Fam. pers. e succ., 2006, 2, 136 s., con nota di S. Patti, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*; Nuove leggi civ. comm., 2006, 4-5, 851, con nota di U. Roma, *Sunt certi denique fines? La Corte costituzionale definisce parzialmente i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*; Cass. 12-6-2006 n. 13584, Nuova giur. civ. comm., 2007, 3, 281 s., con nota di U. Roma, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*; Fam. e dir., 2007, 1, 31 s., con nota di M. Sesta, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniale e personali?*; Cass. 29-11-2006 n. 25366, Fam. pers. e succ., 2007, 1, 15, con nota di A. Chizzini, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica: una prima (non risolutiva) decisione della Cassazione*; Cass. 22-4-2009 n. 9628, in Nuova giur. civ. comm., 2009, 10, 966, con nota di M.N. Bugetti, *L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a realizzare l'adeguata protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario*; Cass. 24-7-2009 n. 17421, Fam. e dir., 2009, 12, 1085, con nota di R. Russo, *Interdizione misura residuale ma a volte necessaria*; Cass. 1-3-2010 n. 4866, www.giuridico.zanichelli.it/le-pubblicazioni-del-foro-italiano/.

(174) Contrari all'utilizzo dell'amministrazione di sostegno quando la richiesta di nomina provenga da una persona sana: F.D. Busnelli, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, Riv. dir. civ., 2011, 2, 169, non solo perché manca la condizione di attualità dell'infermità, ma per il « travisamento della finalità dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, chiaramente enunciata dall'art. 1 della l. 6/2004, nella tutela di persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o perma-

mente l'autodeterminazione, l'identità e la dignità della persona coinvolta (175).

16. Se di una persona in stato vegetativo permanente (SVP) non si conoscono le volontà sui trattamenti medici che avrebbe desiderato o rifiutato in tale condizione, il nostro ordinamento non ha una norma che regoli espressamente questo caso. Il medico di conseguenza praticherà l'alimentazione e l'idratazione artificiali, tecnica essenziale per tenere in vita il paziente.

Questa semplice descrizione pone in rilievo due questioni strettamente connesse. La prima: se la situazione debba essere fronteggiata esclusivamente dal medico — libero nella scelta dell'*an* e della durata di qualsiasi intervento — dai parenti più prossimi o dal coniuge del paziente o, infine, da quest'ultimo attraverso un rappresentante (176). La seconda riguarda le modalità di ricostruzione del consenso — ove ciò sia possibile — qualora si ammetta che è solo il diretto interessato a poter decidere sui trattamenti sanitari che lo coinvolgono.

Prima di svolgere il discorso è utile precisare che non può sempre invocarsi l'accanimento terapeutico, perché l'idratazione e l'alimentazione artificiali non integrano di per sé tale circostanza. L'accanimento costituisce una mera eventualità che, nel nostro caso, si avrebbe qualora il corpo non assimilasse più il composto nutritivo preparato dal medico, divenendo intollerante allo stesso. La nutrizione artificiale, inoltre, non è un supporto vitale ordinario che, in quanto tale, il medico non può negare ma, essendo un trattamento sanitario, è assoggettato alla regola del consenso. In questo senso si è espressa la Suprema Corte nel caso Englaro (177).

nente»; M. Piccini, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, Tratt. Biodiritto, I diritti in medicina cit., 409; Balestra, *L'autodeterminazione nel « fine vita »* cit., 1026.

Favorevoli: G. Ferrando, *Fine della vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in Tratt. biodiritto, II cit., 1892 s.; Sesta, *Riflessioni sul testamento biologico* cit., 415; R. Rossi, *Cura della persona e compimento degli atti di natura personale*, Amministrazione di sostegno, di Cendon-Rossi cit., 345 s.; D. Infantino, *Direttive anticipate a amministrazione di sostegno*, Nuova giur. civ. comm., 2011, 490.

(175) Ferrando, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici* cit., 1896-1897, si sofferma sulle conseguenze positive di una legge. Cfr. anche P. Zatti, *Le "disposizioni del paziente": ci vorrebbe un legislatore*, Nuova giur. civ. comm., 2009, 11, 313 s.; A. Belli, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, Nuova giur. civ. comm., 2011, 85 s.

(176) Negare la possibilità della rappresentanza nell'esercizio del consenso o del dissenso al trattamento medico comporta la negazione di un diritto fondamentale e del principio di uguaglianza.

(177) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit., § 4, a sostegno della configurazione dell'idratazione e alimentazione artificiali come trattamento medico richiama l'opinione

Questa oramai notissima pronuncia ha affrontato due nodi cruciali: la configurabilità della rappresentanza anche per diritti personalissimi come la salute e la possibilità di ricostruire le volontà di un soggetto che non abbia lasciato direttive anticipate di trattamento.

Sul primo la Cassazione ha riconosciuto il tutore (artt. 424 e 357 c.c.) e l'amministratore di sostegno (artt. 408, co. 1 e 405, co. 4 c.c.) come i soggetti preposti a interloquire con il medico quanto ai trattamenti da praticare al paziente, rispettivamente interdetto o beneficiario (178). La soluzione è condivisibile, poiché opinando diversamente si violerebbe il principio di uguaglianza e si avrebbe una discriminazione sulla base di una condizione personale.

Ma è il secondo nodo a essere più problematico; esso riguarda più esattamente l'individuazione di limiti che conformino la dichiarazione resa dal terzo al medico di continuare il nutrimento artificiale o di interromperlo. Qui si profilano due diversi approcci. Uno, denominato *best interest*, prescinde necessariamente dalla volontà del paziente, non essendovi di questa alcuna traccia nella vita dello stesso. L'altro, incentrato sul cosiddetto *substituted judgement test*, è proteso a far emergere la presunta volontà del paziente, traendolo da una molteplicità di fatti — suscettibili di essere provati — che ne connotano l'esistenza.

Il primo è quello inglese applicato dalla House of Lords nel caso Bland (179). Costui era un adolescente che, prima di trovarsi in stato vegetativo persistente, non aveva espresso alcuna direttiva anticipata di trattamento (« *any indication of his wishes* »). Si è invocato il *best interest* dell'interessato, avuto riguardo sia all'impossibilità di recuperare la coscienza che connota il *persistent vegetative state* (P.V.S.), sia alla conseguente futilità del « *life support system* » (180).

della comunità scientifica internazionale nonché la giurisprudenza sul prelievo ematico.

(178) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit.; v. anche Cass. s.u. 13-11-2008 n. 27145, Fam. e dir., 2008, 12, 1085 s., con nota di F. Tommasco, *Procedimenti camerali e impugnazioni del Pubblico ministero: davvero inammissibile il ricorso in Cassazione proposto nel caso Englaro? Contra* Cass. 21-7-2000 n. 9582, Fam. e dir., 2000, 6, 622, ha escluso la rappresentanza per gli atti c.d. personalissimi, salvo nelle ipotesi tassative previste dalla legge.

(179) House of Lords (dal 2009 Supreme Court), 4-2-1993 (Airedale NHS trust v. Bland), in www.parliament.uk. Anthony David Bland era un ragazzo di 17 anni che, a seguito dei fatti catastrofici avvenuti sugli spalti dello stadio Hillsborough a Sheffield, fu ridotto in stato vegetativo persistente.

(180) La House of Lords, 4-2-1993 (Airedale NHS trust v. Bland) cit., nell'opinione di Lord Goff of Chieveley dopo aver chiarito che non si discute di possibilità di uccidere il paziente né di accelerarne la morte, si è soffermata con attenzione sull'individuazione del punto essenziale della vicenda, riassunto nella seguente domanda ossia se « *is in his [del paziente] best interest that treatment which has the effect of artificially prolonging his life should be continued* ». Il giudice reca alcuni esempi di malattie gravissime in cui la scelta di praticare o no un trattamento dipende da una mol-

Il miglior interesse è stato ravvisato nell'interruzione del trattamento, posto che la condizione del paziente era « *in reality no more than a living death* » (181). Non si è trattato però di una valutazione soggettiva, bensì oggettiva, incentrata su circostanze attentamente soppesate dal medico.

La Suprema Corte italiana ha preso le distanze da quest'impostazione, ricostruendo la regola di giudizio attraverso una rigorosa interpretazione sistematica che ha attinto da principi costituzionali e sovranazionali, da norme di legge e dalla giurisprudenza anche straniera. Il rappresentante legale, nel trasmettere la volontà del rappresentato, è assoggettato a limiti ben precisi. I quali devono essere desunti dallo stretto legame tra salute, consenso informato, libertà, identità e dignità della persona.

Questa è la strada maestra percorsa dalla Cassazione, secondo la quale « la libertà di rifiutare le cure presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi *squisitamente soggettive* » (182); nel senso di riferibili al paziente.

Se le decisioni sulla salute, soprattutto quelle sulla fine della vita, esprimono un atto di libertà e un tratto dell'identità della persona, allora il rappresentante legale (tutore o amministratore di sostegno) deve decidere non « al posto dell'incapace né per l'incapace, ma con l'incapace » (183) (ecco il primo limite). Egli non può comu-

plicità di valutazioni che soppesano questa o quella conseguenza. Ma nel caso Bland, continua il giudice, « *there is in reality no weighing operation to be performed. Here the condition of the patient, who is totally unconscious and in whose condition there is no prospect of any improvement, is such that life-prolonging treatment is properly regarded as being, in medical terms, useless* ». Anche Lord Mustill lega il venir meno della giustificazione del trattamento invasivo allo svanire dell'interesse di Bland a essere mantenuto vivo.

(181) House of Lords, 4-2-1993 (Airedale NHS trust v. Bland) cit., così Lord Goff of Chieveley.

(182) Cass. s.u. 16-10-2007 n. 21748 cit. In dottrina tuttavia non si è mancato di sottolineare la vaghezza e la suscettibilità di plurime letture dei criteri indicati dalla Suprema Corte: personalità, stile di vita, inclinazioni, convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche. La forma scritta sarebbe l'unico modo per garantire l'esistenza di una volontà certa e ponderata (cfr. L. d'Avack, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, Tratt. biodiritto, Il governo del corpo cit., II, 1927). Critici nei confronti della sent. n. 21748/2007 della Cass.: C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in questa Rivista, 2010, 4, 1060 s.; Id., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in questa Rivista, 2009, 1, 105 s., A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in questa Rivista, 2009, 1, 33 s.; L. Nivarra, *Autonomia biogiuridica e tutela della persona*, in questa Rivista, 2009, 3, 740 s.

(183) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit. ha tratto dal legame tra salute e identità personale la seguente conseguenza giuridica. Il carattere personalissimo della salute

nicare al medico una decisione che rispecchi la sua personale concezione della vita in stato d'incoscienza. Questa volontà è prima che inefficace giuridicamente irrilevante.

Piuttosto l'amministratore di sostegno (o il tutore) dovrà ricostruire — se ne è in grado — la presunta volontà del paziente-beneficiario (o interdetto), tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita di coscienza, ovvero inferendo quella volontà « dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalla sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalla sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche » (184).

In questa ricostruzione rilevano sia le dichiarazioni rese oralmente prima di cadere in stato di incoscienza, sia i convincimenti più profondi — naturalmente conosciuti da terzi — sul significato della vita in tale condizione. Da questi elementi di prova devono potersi presumere, in modo chiaro, univoco e convincente, le determinazioni circa i trattamenti in condizione d'incoscienza (185). E la presunta contrarietà a questi ultimi impedisce al medico di praticarli o lo obbliga a interromperli (186).

impedisce di trasferire al tutore (o all'amministratore di sostegno) un potere incondizionato di disporre della stessa.

(184) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit., ha indicato due norme specifiche a sostegno dell'opinione secondo cui il rappresentante deve trasmettere la presunta volontà del rappresentato. L'art. 6 della *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina* impone di correlare la scelta terapeutica espressa dal rappresentante al beneficio diretto del rappresentato. L'art. 5, co. 1 lett. a) d.lgs. 211/2003 (sperimentazioni cliniche) stabilisce che il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà del rappresentato.

(185) La ricostruzione della volontà dell'incapace è stata effettuata dalla giurisprudenza anche con riguardo alla domanda di separazione personale presentata in nome e per conto del beneficiario dall'amministrazione di sostegno. Il quale può essere autorizzato dal giudice tutelare a compiere tale atto solo se dimostra che il beneficiario, prima che insorgesse la malattia, era già determinato a chiedere la separazione. Il che è senz'altro esatto poiché, essendo la separazione un diritto personalissimo, il suo esercizio non può essere rimesso alla decisione autonoma del rappresentante legale. In questo senso si è espresso il Trib. Cagliari 15-6-2010 cit., il quale ha affermato che l'attribuzione all'amministratore di sostegno del potere di presentare domanda di separazione è subordinata alla « ricostruzione del vissuto dell'incapace (ossia delle opinioni espresse e delle scelte compiute durante il periodo anteriore alla condizione psico-fisica incapacitante) che, fornendo un quadro degli "orientamenti esistenziali" manifestati dal soggetto in condizione di piena capacità, consenta per tale via un accertamento della (presumibile permanente) volontà dello stesso sulla scorta di argomentazioni logico-presuntive (dalla prova storica di fatti noti si risale, cioè, al presunto contenuto della volontà che il soggetto avrebbe espresso se non fosse sopravvenuta la incapacità) ».

(186) Corte d'App. Milano 9-7-2008, Foro it., 2009, 4, 1, 983, con nota di R. Caponi-A. Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*. Cfr. anche M. Azzalini, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro*, Nuova giur. civ. comm., 2008, 331 s. Questa pronuncia com'è noto ha

Ed è — si diceva — l'amministratore di sostegno (o il tutore) il soggetto deputato a comunicare la voce del beneficiario (187) in stato d'incoscienza; a indicare quelle volontà che lo stesso beneficiario avrebbe espresso se ne fosse stato capace (188). Queste determi-

concluso, su rinvio della Cassazione, il caso Englaro. La Corte doveva verificare se le dichiarazioni rese oralmente da E. Englaro prima che sopravvenisse lo svp, unitamente a quegli elementi indicati dalla Suprema Corte formativi della personalità e del modo di concepire la dignità della persona, facessero emergere una volontà contraria ai trattamenti che mantengono in vita in stato di incoscienza. La Corte, accertato il giudicato interno sull'irreversibilità dello Stato vegetativo permanente, ha verificato (nel c.d. giudizio rescissorio) la corrispondenza tra la scelta del tutore (padre di Eluana) di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiali e la presunta volontà della figlia interdetta. I giudici hanno rilevato come fosse già stato appurato per testi nella precedente fase processuale che la paziente aveva dichiarato di preferire la morte piuttosto che vivere artificialmente in coma. Il che non basta, occorrendo altresì chiarire i tratti fondamentali della personalità dell'incapace. A tal proposito la Corte d'App. ha sentito il padre, tutore della ragazza in svp, dal cui racconto è emerso un ritratto della figlia assolutamente incompatibile con una condizione di vita in stato vegetativo. Ma un ruolo decisivo ha svolto la posizione convergente del curatore speciale, nominato per eliminare ogni possibile rischio di conflitto di interessi. Questi e altri elementi hanno indotto al Corte d'App. a escludere che la scelta del tutore « [potesse] essere inquinata o appannata da interessi o fini secondi, piuttosto che essere stata dettata semplicemente da affetto e rispetto ». Dunque le deposizioni testimoniali unitamente alle informazioni fornite dal tutore e dal curatore speciale avrebbero dimostrato in modo chiaro, univoco e concordante che la E. Englaro aveva espresso una personalità assolutamente incompatibile con il vivere in stato di incoscienza. Si legge nella sentenza che « le condizioni di sopravvivenza meramente biologica non potevano] considerarsi "degne di lei", per come lei stessa concepiva la dignità e una vita dignitosa ». Così la Corte ha autorizzato a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale.

(187) Zatti, *Rapporto medico-paziente e « integrità » della persona* cit., 406, osserva acutamente che nell'ottica ricostruttiva della concezione della propria dignità e identità, la volontà del rappresentante legale non appare sostitutiva nei termini propri del potere di rappresentanza. Essa appare piuttosto « il veicolo che unico consente alla "concezione di sé" del paziente di farsi dinamica e dispositiva quando la persona è imprigionata nel suo definitivo silenzio ». Si ha quindi una figura che si avvicina più a quella del *nuncius*, il quale si limita a veicolare l'altrui manifestazione di volontà.

(188) Se non è possibile ricostruire la volontà presunta del paziente, si prospetta una situazione davvero complessa, mancando qualsivoglia ragione legittima per giustificare l'interruzione del trattamento che mantiene in vita. Il che può accadere in due casi: 1) quando la persona attualmente incapace non abbia in precedenza espresso alcuna volontà né concezione etica o filosofica da cui inferire un convincimento sul valore della vita in stato di incoscienza; 2) quando la persona incapace non sia mai stata capace. In questi due casi, seguendo il *decisum* della Cassazione sul caso Englaro, si dovrebbe praticare il trattamento salva vita senza mai interromperlo (salva la valutazione sull'accanimento terapeutico. Abbiamo però rilevato che in Inghilterra, anche in questi casi, la giurisprudenza, pur invocando più volte l'intervento di una legge, ha indicato il *best interest* del paziente quale criterio che può portare anche all'interruzione di un trattamento medico, determinando la morte del paziente (cfr. su

nazioni (ricostruite), tuttavia, non possono essere eseguite se prima non sono state sottoposte al vaglio del giudice tutelare, il quale, attraverso l'istruttoria, ne verifica l'attendibilità (189).

Il giudice deve accertare anche un altro elemento: l'irreversibilità dello stato vegetativo secondo « un rigoroso apprezzamento clinico » (ecco il secondo limite). Il che postula la verifica della mancanza di « alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno a una vita fatta anche di percezione del mondo esterno » (190).

Dimostrata la volontà contraria del paziente e l'irreversibilità della patologia, il giudice autorizza l'amministratore di sostegno (o il tutore) a negare, in nome e per conto del beneficiario (o dell'interdetto), il consenso al trattamento che tiene in vita in stato d'incoscienza. In definitiva il giudice svolge, nell'interesse dell'incapace, un controllo di legittimità della scelta effettuata dal rappresentante legale. Scelta che — si ribadisce — deve corrispondere, in base ad una rigorosa ricostruzione, a quella che avrebbe assunto il rappresentato.

È bene precisare che i predetti limiti enucleati dalla Cassazione non valgono quando la volontà è espressa, oralmente o per iscritto, direttamente dall'interessato. Ad esempio se vi sono convincimenti profondi come quelli religiosi (191), la persona può rifiutare un trat-

questi casi le considerazioni di G. Anzani, *Capacità di agire e interessi della personalità*, Nuova giur. civ. comm., 2008, II, agg., 518-520.

(189) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit.; Corte d'App. Milano 9-7-2008 cit.

(190) Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit. Secondo d'Avack, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit., II, 1925, il requisito della certa irreversibilità della malattia del paziente deve essere inteso in senso debole, ossia tenere conto « della natura e delle ragioni della condizione vegetativa del paziente e in considerazione di parametri statistici e scientifici verificare l'utilità o meno dell'attesa di altro tempo per ritenere irreversibile uno stato vegetativo ». Altrimenti — continua l'A. — stante l'attuale mancanza di protocolli che possano diagnosticare con certezza l'irreversibilità della SVP, si rischia di annullare la volontà del paziente.

(191) Cass. 15-9-2008 n. 23676 cit., ha ritenuto insufficiente il mero sintagma « niente sangue » al fine impedire al medico di praticare la trasfusione qualora il paziente sia in pericolo di vita. Il medico, infatti, dovrebbe presumere (dato che il tesserino dei Testimoni di Geova non lo specifica) che l'affermazione « niente sangue » debba valere anche in casi estremi, ma ciò è incompatibile con la protezione del valore della vita. La Suprema Corte non ha però escluso che il soggetto in stato di incoscienza possa pretendere il rispetto della sua volontà. Occorre che il dissenso al trattamento trasfusionale sia stato espresso dallo stesso paziente « che rechi con sé un'articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita ». Oppure è necessario che un diverso soggetto indicato dallo stesso paziente quale rappresentante *ad acta*, « dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi

tamento salva vita anche qualora non vi sia irreversibilità della patologia (192). In questo caso si deve prescindere sia dal rappresentante legale sia dall'autorizzazione giudiziale.

Se invece manca una dichiarazione espressa, inequivoca, attuale e informata, prendono campo i limiti individuati dalla Cassazione. I quali assurgono a presupposti di rilevanza della volontà — ricostruita sulla base di testimonianze e presunzioni — contraria a ricevere certi trattamenti.

L'autodeterminazione insomma governa qualunque intervento medico. Essa può spingersi fino al rifiuto del mantenimento in vita, senza che ciò integri un atto di disposizione di sé, bensì esercizio della libertà individuale (193). È evidente che questa prospettiva comporta una rilettura costituzionale dell'art. 5 del codice civile alla luce degli artt. 13 e 32 della Costituzione strettamente collegati tra loro. Se il paziente chiede l'interruzione di un trattamento, atto da cui consegue una lesione della propria integrità fisica o la morte, non viola l'art. 5 c.c. (194), ma esercita la propria libertà di non curarsi; libertà la cui esistenza garantisce l'invulnerabilità della persona.

Chi non desidera sopravvivere in un corpo sofferente, immobilizzato, sconnesso dalla coscienza chiede — anche tramite un fiduciario più che un rappresentante — il « riconoscimento della oggettualità del corpo che vive, nel quale "non c'è più nessuno" e [il] riconoscimento dell'avvenuta separazione tra corpo e Io » (195). Sostenere, pur in mancanza di una legge specifica, che questa decisione debba essere rispettata è del tutto congruente con l'evoluzione dei

tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari ». Seguendo questo assunto, il Testimone di Geova potrebbe chiedere la nomina anticipata dell'amministratore di sostegno (sul punto v. § 11) per far rispettare la sua volontà contraria alle trasfusioni.

(192) Il § 1901 BGB tutela fortemente le determinazioni del maggiorenne capace riguardanti esami, trattamenti o interventi medici espresse in forma scritta. Il co. 1 stabilisce infatti che « l'amministratore di sostegno deve fare in modo che la volontà del beneficiario trovi espressione e venga realizzata »; il co. 3 chiarisce, invece, che il comma 1, ma anche il comma 2 sulla rilevanza della presunta volontà del beneficiario, « si applichino indipendentemente dal tipo e dallo stadio della malattia del beneficiario ». Se vi è disaccordo tra l'amministratore di sostegno e il medico su quale sia la reale volontà del beneficiario occorre l'autorizzazione del tribunale dell'amministrazione di sostegno (cfr. § 1904 BGB). Autorizzazione che, ai sensi del § 1904 co. 3, « deve essere concessa se il consenso, il diniego del consenso o la revoca del consenso [da parte dell'amministratore di sostegno] corrisponde alla volontà del beneficiario ».

(193) Ferrando, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici* cit., 1892.

(194) Morace Pinelli, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita* cit., 711-712, sostiene un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c. G. Spoto, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in questa *Rivista*, 2011, 4, 1175 s.

(195) Zatti, *Principi e forme del "governo" del corpo* cit., 119.

concetti di salute, di infermità e d'incapacità, nonché con i principi e le regole di diritto interno, comunitario e internazionale.

Anche chi è in stato di incoscienza o impossibilitato a parlare deve poter dar voce alle proprie determinazioni sulla fine della vita espresse in precedenza o desumibili dalla sua complessiva personalità. Altrimenti — si ribadisce — la propria condizione fisica diviene fattore di disuguaglianza e occasione per violare l'identità, la libertà e la dignità (196) della persona.

Forse è difficile credere che questa sia una verità « necessaria e inderogabile » del diritto (197). Ma è ancora più arduo ritenere giusta e compatibile con l'attuale evoluzione dell'ordinamento una regola che precluda la libertà di rifiutare o di far cessare cure mediche anche fino alle estreme conseguenze.

Certamente le problematiche e i conflitti sollevati dalla salute e dalle scelte di fine vita richiedono il contributo di saperi diversi, ma è altrettanto vero che al diritto spetta, forse, il compito più difficile: dettare regole sicure, adeguate all'evoluzione e alle conquiste del nostro tempo.

Antonio Gorgoni

(196) L'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* stabilisce che la dignità non deve essere solo « rispettata » ma anche « tutelata ». Proprio il principio di dignità consente di replicare a coloro che sottolineano l'incompatibilità tra un individualismo fondamentale e il principio di solidarietà. Afferma Zatti, *Principi e forme del "governo" del corpo*, cit., 125, che « la sovranità di ciascuno su ciò che è costitutivo dell'identità e da essa non distinguibile — su ciò che è "mio" nel senso che è il luogo in cui sono me — ha fonte nella dignità dell'uomo, che è anche in radice sovranità dell'uomo riguardo a sé. La dignità come condizione in cui non si può essere fatti strumento di scopi e interessi altrui è fondativa di un principio di sovranità nello spazio dell'identità ».

(197) N. Irti, *Diritto senza verità* (Roma-Bari 2011), 11; G. Benedetti, *La contemporaneità del civilista, Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi (Milano 2004), 1287, attraverso la critica al positivismo giuridico, condotta anche attraverso il richiamo dell'Antigone e soprattutto del pensiero del Prof. Giuliano Vassalli, riapre efficacemente il problema « del diritto nei termini fondazionali, secondo i criteri di verità e giustizia ». Criteri, questi, che postulano l'unione dello Stato con la società, quindi con la storia, come ha più volte sottolineato P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, Riv. trim. dir. pubb., 2011, 1, 12. La separazione tra Stato e società dà luogo a « un risultato perverso », perché « porta a un distacco dalle esigenze in basso circolanti e a una sordità dell'apparato potestativo » (p. 17).